

INSTITUTO DE FEDERALISMO
MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE
CENTROS DE ESTUDIOS FEDERALES (I.A.C.F.S.)

Director: Dr. ANTONIO M. HERNÁNDEZ

ASPECTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES DEL FEDERALISMO ARGENTINO

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2010

Colección Federalismo

Volumen III

Aspectos Jurídicos e Institucionales del Federalismo Argentino

Antonio María Hernández [et.al.]. - 1a ed. - Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011.

264 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-74-2

1. Ciencias Sociales. I. Antonio María Hernández.

CDD 301

Fecha de catalogación: 05/04/2011

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

Copyright © 2009, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba

Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

PEDRO J. FRÍAS

OLSEN A. GHIRARDI

INSTITUTO DE FEDERALISMO

Director: Académico Dr. Antonio M. Hernández

Director Honorario: Académico Dr. Pedro J. Frías

Secretario: Dr. José Manuel Belisle (h)

INTRODUCCIÓN

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ *

Con este libro continuamos una nueva serie de publicaciones sobre distintos aspectos del federalismo argentino. Habíamos pensado que era necesario profundizar estas cuestiones e inicialmente consideramos que este proyecto del Instituto de Federalismo debía comprender los siguientes aspectos: 1. Financieros y económicos; 2. Históricos y políticos; 3. Jurídicos e institucionales, y 4. Culturales y sociales. El objetivo no fue otro que avanzar en el conocimiento, difusión, debate y estudio de nuestro federalismo, que es uno de los principios fundamentales de nuestra organización política y constitucional.

Podemos decir que estamos cumpliendo nuestros objetivos, ya que ahora estamos entregando el tercer tomo, destinado a los aspectos específicamente jurídicos e institucionales. Por eso, en esta oportunidad no habrá una visión interdisciplinaria, como ocurriera en el análisis de los otros aspectos.

Como en las anteriores oportunidades, en forma previa a esta obra organizamos y dirigimos un seminario sobre estos aspectos, que se realizó en la ciudad de Mendoza, que contara con la presencia de distinguidos

* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales. Fue convencional constituyente de la Nación, de la Provincia de Córdoba y de la ciudad de Córdoba.

miembros de nuestro Instituto, provenientes de distintas disciplinas, universidades y ciudades del país. En cuanto a la estructura del libro, expresamos que hemos intentado tratar la mayor cantidad de aspectos jurídicos e institucionales del federalismo, como se observará posteriormente. Pero debemos formular en tal sentido una aclaración previa: los temas que personalmente hemos considerado también incluidos en este aspecto y a la luz de la reforma constitucional de 1994, como los cuatro órdenes gubernamentales de nuestra federación, la distribución de competencias, los cambios en el Senado y los partidos políticos, fueron ya analizados en el tomo anterior sobre los aspectos históricos y políticos y más profundamente, en nuestra obra *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, adonde nos remitimos, para evitar repeticiones.

El libro comprende los siguientes trabajos:

“El federalismo en emergencia y su necesaria reconstrucción”, por María Angélica Gelli; “El Congreso y el federalismo”, por Juan Fernando Armagnague; “El Congreso Nacional frente a los conflictos federales: ¿protagonista o actor de reparto?”, por Pablo Riberi; “El federalismo y el poder de policía”, por Susana G. Cayuso; “La cuestión capital: asignatura pendiente. La reformulación del federalismo argentino”, por Humberto Quiroga Lavié; “Los recursos naturales tras la reforma constitucional de 1994”, por Pablo Luis Manili; “Integración regional *ad extra* y federalismo intraestatal: ¿compaginación o antagonismo?”, por Víctor Bazán; “Las provincias y sus relaciones con la Nación y los municipios en el federalismo argentino”, por María Gabriela Abalos, y “Servicios públicos en el constitucionalismo provincial”, por Alejandro Pérez Hualde.

En mi carácter de director de esta obra, expreso mi más profundo agradecimiento a los autores de los trabajos y al secretario del Instituto, que han colaborado en esta obra destinada al estudio y debate de aspectos verdaderamente cruciales de nuestro federalismo.

EL FEDERALISMO EN EMERGENCIA Y SU NECESARIA RECONSTRUCCIÓN

por MARÍA ANGÉLICA GELLI

SUMARIO: 1. Estadios de la persistencia federal en la República Argentina. 2. Características ineludibles del federalismo. 3. Evolución del federalismo en la República Argentina. 4. La reforma federal de 1994, incumplimientos y perspectivas.

1. Estadios de la persistencia federal en la República Argentina

El sistema federal en la República Argentina constituye una verdadera inconsistencia social. En lo que hoy es nuestro país se han librado batallas y se han celebrados pactos defensivos a fin de resguardar el federalismo y las autonomías provinciales desde los orígenes mismos de la construcción del Estado Nacional ¹. Las luchas y los acuerdos parciales se mantuvieron hasta que el sistema federal se impuso finalmente en

¹ Los pactos celebrados por las provincias argentinas, antes de la organización nacional, son numerosos. Entre los más significativos pueden mencionarse el Pacto de Pilar (1820), el Tratado del Cuadrilátero (1822), el Pacto Federal (1831) y el Acuerdo de San Nicolás (1852), verdadero “asiento jurídico” de la Constitución de 1853, tal como lo denominó Spota. Asiento jurídico sostenido por un hecho político constituido por el triunfo en la batalla de Caseros (confr. Alberto Antonio SPOTA, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, págs. 122/23).

El art. 1º del Acuerdo de San Nicolás, reconociendo que el Pacto Federal de 1831 -firmado por las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, al que adhirieron todas las demás provincias de la Confederación- era Ley Fundamental de la República, facultó al encargado de las Relaciones Exteriores para ponerlo en ejecución en todo el territorio de la República.

la Constitución histórica de 1853 y se profundizó en las normas, mediante las enmiendas constitucionales propuestas por la provincia de Buenos Aires, al integrarse ésta, a la entonces denominada Confederación, en 1860². Dos constituciones anteriores a la de 1853 -las sancionadas durante las experiencias políticas de 1819 y de 1826- fueron rechazadas por las provincias por considerárselas unitarias y centralistas y sellaron la suerte adversa del sistema unitario en la Ley Suprema³. A partir de entonces, las sucesivas reformas que se le hicieron a la Constitución Nacional respetaron formalmente el federalismo aunque, en algunos casos, modificando el entramado de las relaciones interjurisdiccionales y estableciendo, en 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, menos que una provincia pero más que un municipio⁴ y, al decir de la Corte Suprema de

² Con la caída del gobernador de la provincia de Buenos Aires -Juan Manuel de Rosas- derrotado por la coalición encabezada por el caudillo entrerriano Justo José de Urquiza, el Congreso Constituyente reunido en la provincia de Santa Fe, sancionó la Constitución de 1853. Pero la provincia de Buenos Aires no selló ese acuerdo y se mantuvo separada de la llamada Confederación hasta que vencida en la batalla de Cepeda, en 1859, se integró al Estado federal. A pesar de la derrota, Buenos Aires logró revisar la Constitución de 1853 e imponer reformas que incrementaron las notas federales de la forma de Estado y, a su vez, protegieron sus propios intereses frente a los poderes nacionales.

³ La Constitución de 1819 no definió la forma de gobierno pero los rasgos del Senado y del Poder Ejecutivo, en especial, indicaban de modo claro su sesgo unitario. Por otro lado, esta Constitución guardó significativo y absoluto silencio acerca de las provincias y sus atribuciones, aunque el Congreso podía someter a los gobernadores provinciales a juicio político. No obstante, debe recordarse que en el Manifiesto del Soberano Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sud América, al dar la Constitución [de 1819] se expresó que aunque el poder ejecutivo recuperaba la autoridad de que se hallaba despojado, en virtud de la Constitución que se dictaba, "... *quedó en la feliz impotencia de ser déspota*" (confr. Arturo Enrique SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*. Recopilación, notas y estudio preliminar del autor, Buenos Aires, Eudeba, 1975, pág. 281).

Por su parte, la Constitución de 1826 adoptó para el gobierno de la Nación argentina "la forma representativa republicana, consolidada en unidad de régimen". El rechazo de estas constituciones por las provincias dilató la organización nacional, aumentó los enconos entre ellas y contra lo que se consideraba centralismo de Buenos Aires.

⁴ Así lo consideré en María Angélica GELLI, "La Constitución estatuyente de la Ciudad de Buenos Aires", L.L.B.A. del 21/3/1997.

Justicia de la Nación, un ente con un perfil diferenciado de las provincias, los municipios y la Capital Federal⁵.

La convalidación del federalismo en 1994 partió de una convención constituyente de la más amplia legitimidad política y social de la historia argentina, pues ningún partido político resultó proscripto en esa ocasión, ni ninguna provincia estuvo ausente o sin representación. Todavía más, la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional de 1994, dispuso, como uno de los temas habilitados de esas enmiendas, el fortalecimiento del federalismo⁶. En esa dirección, se propuso a la Convención Constituyente, el debate de cuatro cuestiones sustantivas: 1) la distribución entre la Nación y las provincias de competencias sobre prestación de servicios, gastos y recursos. Como corolario de ello, el establecimiento de un nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos; 2) la creación de regiones para el desarrollo económico social; 3) la jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidad nacional ubicados en territorio de las provincias, y 4) la habilitación a las provincias para efectuar “gestiones internacionales” en tanto éstas no afectaran las atribuciones que en tal sentido correspondieran al gobierno nacional, ni la política exterior del país, ni implicaran la celebración de tratados de aquel carácter.

Las cuatro cuestiones fueron debatidas en 1994 y reguladas con suerte diversa en la Constitución Nacional. De entre ellas, dos denotan las dificultades y los entorpecimientos que padece el federalismo argentino. En primer lugar debe señalarse que a dieciséis años de reformada la Constitución, no le ha sido posible al Congreso dictar una nueva ley de coparticipación de impuestos, pese a los reclamos de algunas provincias y de los respectivos senadores que las representan. En segundo lugar, la posibilidad de realizar gestiones internacionales -traducida en la competencia de las provincias para celebrar convenciones con otros estados o con orga-

⁵ Sobre el carácter de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, conf. consid. 8º del primer voto de la mayoría en “Gauna, Juan O.”, Fallos 320:875 (1997), L.L. 1997-C-517. Allí se dijo que la Constitución de 1994 había otorgado a la Ciudad de Buenos Aires “un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios”. Examiné el fallo “Gauna” en María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, 2ª reimp., Buenos Aires, 2009, t. II, pág. 635 y ss..

⁶ Art. 3º A ley 24.309 (B.O., 31/12/93).

nismos multilaterales de crédito- han encontrado, por parte del gobierno nacional, un intermitente bloqueo a esa atribución conferida también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ⁷.

Hasta aquí, en prieta síntesis, la historia jurídica del federalismo argentino. Pero para examinar la emergencia en la que ha caído el federalismo se requiere algo más que el examen de las normas constitucionales anteriores o vigentes. Considerando y evaluando los hechos duros de la realidad puede coincidirse en que en el comportamiento del federalismo argentino, se advierte la inconsistencia social a la que se hacía referencia más arriba, porque al mismo tiempo que se consagró en las normas ese sistema, se luchó y lucha en diferentes ámbitos para mantenerlo en las disposiciones constitucionales y de continuo -salvo contadas excepciones- se hace profesión de fe federal, se lo minimiza en las relaciones reales de poder y las mismas autoridades provinciales aceptan, en los hechos, el centralismo nacional o se encuentran atrapadas en las decisiones del gobierno central, en virtud de las inversiones que éste promete hacer en las jurisdicciones locales o en el manejo y distribución discrecional de los llamados Aportes del Tesoro Nacional (ATN) a los entes locales.

Por eso resulta muy ilustrativo lo expresado por Sergio Berenztein (2008) en la consideración minuciosa y detallada de la realidad del federalismo en la República Argentina, observado como un medio para lograr un fin ⁸. En consecuencia, en el análisis de la estructura jurídica del federalismo, se tendrá en cuenta esa realidad. Ello así, porque el derecho es algo más que un conjunto de normas, sistemáticas y ordenadas. Desde una perspectiva trialista puede afirmarse que el derecho es un fenómeno complejo integrado por normas, por hechos sociales -lo que los operadores, gobernantes y ciudadanos hacen con las normas- y valores -o disvalores- que ingresan en las disposiciones legales en el momento en

⁷ Confr. arts. 75, incs. 2 y 30, y 124 de la C.N. La necesidad de obtener préstamos internacionales para desarrollar obra pública imprescindible, por ejemplo en materia de transporte, requiere el apoyo del gobierno federal no siempre dispuesto a otorgarlo si las autoridades locales no son de su misma pertenencia partidaria.

⁸ El politólogo argentino examinó los problemas del federalismo, desde esa perspectiva, en el seminario organizado por la Fundación Red de Acción Política (RAP): Hacia una Visión País Compartida, “El federalismo argentino”, realizado en la Universidad Austral, sede Pilar, el 22/9/08.

que éstas se sancionan y en el momento en que son aplicadas, en las relaciones jurídicas concretas, por sus destinatarios o ejecutadas por los poderes del Estado.

Berenztein presentó un panorama de la historia argentina, de sus orígenes, tan modestos y tan desafiantes. Ciertamente, en el espacio geográfico de lo que es hoy la República Argentina se construyó un país ⁹. Con muy poco, con escasos recursos y muchas necesidades se levantó una nación que fue capaz de idear un proyecto de realización. Y ese proyecto se plasmó en una norma, el común pacto de unión, la Constitución Nacional, ofrecida -en un ofrecimiento inédito, desconocido en el derecho comparado de entonces- a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino ¹⁰.

Aunque pueda partirse -para examinar el federalismo argentino- de su observación como un medio para lograr un objetivo, conviene referirse, previamente, a tres características del federalismo, de todo sistema federal.

2. Características ineludibles del federalismo

En primer lugar y desde la perspectiva de una realidad geográfica concreta -ésta es una de las riquezas del federalismo- el sistema crea una división de poder de base territorial ¹¹. Por cierto, ese es el perfil general

⁹ Empleo la expresión “se construyó un país” porque se trata de una historia, de un pasado común del que la sociedad argentina, según lo entiendo, debe de hacerse cargo; con sus realizaciones y sus fracasos.

¹⁰ Esa invitación a todos los hombres del mundo está inscrita en el Preámbulo de la Constitución histórica, sancionada en 1853 y ha permanecido inalterable hasta hoy. Aunque una de las fuentes de la Constitución Nacional fue la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, incluido su Preámbulo, de este punto -como en otros- emanan diferencias. Según lo manifiesta el Preámbulo de la Constitución norteamericana, ésta fue sancionada con el fin de “... *asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad...*” (las bastardillas me pertenecen).

Aquella invitación, inserta en la Constitución de la Nación Argentina, implica un pacto abierto ofrecido a una sociedad que se asumía respetuosa de la pluralidad.

¹¹ A la división tripartita y clásica del poder entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial -y, según lo entiendo, luego de la reforma constitucional de 1994, el Minis-

del sistema, porque hay tantos federalismos como Estados federales en el diseño normativo que adopte cada país, en el desarrollo histórico y en la experiencia concreta ¹². Aunque los estados locales o provincias puedan preexistir al Estado federal desde la perspectiva histórica y política específica, desde el punto de vista jurídico, como estados locales, nacen en el momento de constituirse la federación, como partes integrantes de ésta, que también se instituye al dictarse la Ley Suprema o Constitución federal. En ese acto constitutivo, los estados que se federan renuncian al derecho de secesión y se obligan a respetar las atribuciones que delegan en el gobierno central, a cumplir las disposiciones que emanan de los poderes centrales y se obligan a no ejercerlas por sí mismos. Al mismo tiempo, se reservan competencias que no delegan y, además, comparten con el Estado federal, las denominadas competencias concurrentes.

En suma, todo sistema federal supone la existencia de dos órdenes de poder territorial entre quienes se distribuyen atribuciones: los Estados federados y el Estado central. En ese sentido, el art. 121 de la Constitución argentina enuncia un principio propio de aquel sistema en virtud del cual los poderes delegados por los entes locales en el gobierno federal, están taxativamente enunciados en la Constitución. En consecuencia, esas atribuciones delegadas constituyen competencias de excepción, amplias pero no por eso menos excepcionales. Es el principio de limitación federal. Las relaciones que emergen en los Estados federales se dan entre el poder central y los poderes locales y entre unos estados provinciales con los otros.

Las federaciones nacen, sin duda, con un objetivo. Quizás podríamos adjudicar a algunos federalismos, o a varios Estados federales, lo que escribió Borges a propósito de la Ciudad de Buenos Aires: “*no nos une*

terio Público- se añaden la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos y la división federal de base territorial entre el gobierno central y los gobiernos locales, estatales o provinciales, como se los denomina en la República Argentina.

¹² Canadá ha constituido un sistema federal en el que las tensiones en la forma de Estado se mantienen latentes. Es conocido el reclamo del Estado de Québec en pos de la secesión y los plebiscitos que se han convocado al efecto, hasta ahora fallidos para esa pretensión independentista, pero que abren interrogantes acerca de qué ocurrirá en el futuro. Se suele señalar como un signo del empeño de los ciudadanos de Québec por su independencia la leyenda que llevan en las patentes de los automóviles: “yo recuerdo”, como un modo de hacer manifiesta la voluntad de no olvidar lo que algunos consideran una expresión de los orígenes de la dominación que padecen.

el amor, sino el espanto”¹³. Dicho en términos menos poéticos, lo que en ocasiones une a estados diversos, asimétricos, en una unión federal, es la necesidad de complementarse, de ayudarse entre sí o defenderse de contingencias no sólo militares; ello, aunque también exista entre los Estados federados una historia común, una identidad que se quiere preservar y un futuro que se proyecta para todos. Así, se entretejen empatías e intereses de los cuales nace la necesidad de crear la Unión federal, pero conservando las provincias todo el poder no delegado a la Nación¹⁴. Este es el punto crucial del federalismo: más allá de cuánto poder se delega -y la extensión de los poderes delegados define la amplitud del federalismo- la delegación siempre es considerada una excepción. Por ello, lo que no está expresamente delegado, se lo reservan las provincias o estados locales, más allá de que en algunas normas, expresamente, se establezcan competencias expresamente reservadas, u otras no delegadas en el Estado federal. Estas disposiciones constitucionales son importantes a la hora de interpretar la dinámica del sistema y las relaciones que se crean entre el Estado central o federal, y las provincias.

En segundo lugar, el federalismo implica un reforzamiento del sistema democrático. Karl Loewenstein, el notable teórico de la Constitución, describe al federalismo como un sistema de control del poder, un sistema vertical de distribución del poder y, por ende, *“incompatible con la autocracia que encarna la concentración del poder”*¹⁵, que limita y puede detener los eventuales abusos del poder central sobre los ciudadanos de la federación. En esta línea, la República Argentina, en la norma constitucional de 1994 avanzó más aún, consagrando la autonomía municipal en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero¹⁶. De ese modo, los municipios están atribuidos para dictarse sus propias constituciones o, al menos, a contar con leyes orgánicas que los estructuren; para elegir a sus propias autoridades sin intervención de los

¹³ Borges escribió estos versos en uno de sus poemas, *Obras completas*, “El otro, el mismo”, Buenos Aires, Emecé, 1974, pág. 947.

¹⁴ Confr., en ese sentido, el art. 121 de la Constitución argentina.

¹⁵ Confr. Kart LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Colección Demos, Barcelona, Ariel, 1976, pág. 353 y ss., en especial, pág. 384.

¹⁶ Confr. Art. 123 de la Constitución argentina.

Estados provinciales; para organizar su administración y su régimen económico y financiero. Como se advierte, de tan amplias atribuciones reconocidas a los municipios, emergen límites al gobierno provincial, e indirectamente, al gobierno federal.

El sistema federal y el régimen municipal autónomico -cuando es genuino- cuentan con una ventaja comparativa, facilitan la división del poder, bloquean las tentaciones autocráticas y fortalecen el ejercicio democrático, porque al mismo tiempo que se requiere la realización de elecciones nacionales, provinciales y municipales, se crea una red de controles en resguardo de los derechos fundamentales de las personas. Además, el gobierno municipal autónomo acerca a los gobernantes y a los gobernados y éstos tienen vías más directas de participación en la resolución de los conflictos de las ciudades o partidos y pueden pedir cuentas con mayor facilidad, ante los desvíos de las autoridades.

En tercer término, el federalismo constituye -pese a las notables ventajas reseñadas- una forma de Estado compleja, difícil, conflictiva. Quizás por ello existan tan pocos Estados federales. El sistema es complejo porque al existir muchos centros de decisión política de base territorial y uno de orden central se multiplican las controversias de competencias, sobre todo en el orden tributario. El sistema, bascula, en consecuencia, entre dos tensiones: la tendencia hacia el unitarismo o hacia la secesión. Aunque las relaciones de poder entre los órganos de decisión estadual y los de decisión nacional estén estructuradas en una norma de base, que es la Constitución Nacional, esas relaciones son tributarias de los condicionamientos políticos y sociales y, en ocasiones, de las necesidades de la política agonal para obtener el poder político o para conservarlo. Resulta mucho más sencillo estructurar el sistema federal y las autonomías municipales en las normas constitucionales, que resolver los múltiples problemas de distribución de competencias que se suscitan en ese sistema.

3. Evolución del federalismo en la República Argentina

El federalismo en Argentina, desde la perspectiva jurídica, ha atravesado diversas etapas. Desde la sanción de la Constitución histórica, prevaleció el criterio territorial de ocupar, de integrar un espacio que se concebía desierto o parcialmente ocupado. Más allá de la injusticia que esa

visión podría significar para los habitantes originarios, lo cierto es que en una extensión enorme de territorio, se proyectó la ocupación física y el fomento de la inmigración, favoreciendo el ingreso, con exenciones impositivas, de los extranjeros que trajeran por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes ¹⁷.

Lo cierto es que en los comienzos de la historia argentina hubo, por lo menos en quienes estructuraron el sistema institucional, a lo menos en germen, políticas de inmigración sostenidas en un criterio territorial de ocupación y desarrollo productivo. Debe señalarse y efectuarse el homenaje a quienes sancionaron las primeras leyes de inmigración. Tenían, esas normas y sus inspiradores, muy en claro la dirección que se trazaba. Conocían la necesidad de poblar... y lo hicieron. Se recuerda y resulta notable esa realidad extraordinaria que construyeron los denominados gauchos judíos, establecidos en el Litoral argentino, en especial en la provincia de Entre Ríos; eran inmigrantes que llegaban con su capacidad de trabajo, algunos sin recursos materiales, pero con una cultura del trabajo excepcional. El país abierto los recibía -como recibió sucesivas oleadas inmigratorias de diferentes países- y los impulsaba a ir a zonas que se conocían ricas, con una definición muy precisa de las necesidades integrales del país. Esa inmigración, favorecida para poblar y desarrollar, impulsaba los inicios del fortalecimiento de la organización nacional y produjo un fenómeno de integración fuera de lo común, del que el país en su conjunto puede sentirse satisfecho. En el bicentenario del comienzo del proceso emancipador de la República Argentina, ese es un éxito tangible que ayudó a construir la escuela sarmientina, pública, igualitaria, inclusive de los inmigrantes a través de la escolarización de los hijos, quienes aprendían el idioma nacional por medio de éstos.

¹⁷ Confr. art. 25 de la Constitución argentina. La norma está inspirada en el ideario de Alberdi. Recibió -y recibe- muchas críticas de quienes señalan la discriminación implícita que contiene hacia otras regiones del planeta. Considero, no obstante, que la disposición debe, por un lado, ponerse en el contexto de la época y repararse que el art. 25 establece que el gobierno federal fomentará, es decir, preferirá sin por ello impedir otros ingresos al país. Por otro lado, el art. 25 debe interpretarse armónicamente con el Preámbulo de la Constitución y su invitación a todos los hombres del mundo. No obstante, también estimo que en una eventual enmienda constitucional ese artículo debiera reformarse, por el valor simbólico que la preferencia constitucional instala.

La primera etapa del federalismo argentino a partir de 1853, reconoció dos fuerzas en tensión: el establecimiento de la autonomía de las provincias como una realidad a la que se le daba forma jurídica en el marco de un Poder Ejecutivo poderoso -idea de Alberdi- para evitar la anarquía en un país extenso¹⁸. Aquella primera Constitución dispuso el control político de las constituciones provinciales por parte del Congreso Nacional. No se trataba de un control jurisdiccional sino de la revisión política no partidaria del texto de las constituciones locales¹⁹.

Esa limitación al federalismo desapareció en 1860. Con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la federación comenzó otra etapa: la Constitución argentina fue, desde entonces, más federal en la distribución del poder porque se limitaron algunas atribuciones del gobierno federal. Sin embargo se temió que el poder central se transformara en la hegemonía de la provincia de Buenos Aires sobre el resto del país.

Entre otras reformas que impuso la provincia de Buenos Aires resulta curioso el interés de ese estado local por asegurar la “libertad de imprenta”, contra los eventuales entrometimientos de la legislación y de la jurisdicción federal²⁰. La prohibición constitucional -sancionada en 1860,

¹⁸ Alberdi proponía la estructuración de un Poder Ejecutivo enérgico y vigoroso, “con todas las facultades que hacen necesarias los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para el que es instituido pero de origen democrático y representativo, de carácter constitucional y responsable” (confr. Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, El pensamiento hispanoamericano, directores: Guillermo Lousteau Heguy y Salvador M. Losada, Buenos Aires, Depalma, 1964, pág. 95).

¹⁹ En los Anales de la Legislación Argentina pueden verse varias leyes del Congreso Nacional que, luego de examinar la compatibilidad de la Constitución Provincial de que se trataba, con la Nacional, la aprobaba o, en su defecto, la observaba.

²⁰ Confr. art. 32 de la Constitución argentina. La norma prohíbe expresamente al Congreso federal dictar normas que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

En octubre de 2010, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, en medio de una intensa polémica acerca de los vicios de procedimiento con los cuales se habría aprobado y sobre las eventuales inconstitucionalidades sustantivas de algunas de sus disposiciones. La provincia de San Luis objetó la ley con base en el art. 32 de la C.N., sosteniendo que vulneraba atribuciones provinciales.

con un país que tenía poco más de un millón de habitantes- exhibió la preocupación por resguardar la libertad expresiva, un rasgo de modernidad y de control político ejercido por la sociedad. Por cierto, cabría la pregunta acerca de cuántas personas pensaron en las garantías de la libertad expresiva frente al poder estatal en ese entonces, cuántos habitantes del país tenían clara conciencia de que se estaba protegiendo un instrumento de la democracia incipiente y el sistema federal, porque los límites se le imponían al gobierno central. Sin embargo, se tuviera conciencia de ello o no, la reforma implicó un reforzamiento de aquella libertad preferida de las democracias.

En esta segunda etapa también se incluyó una importante modificación impositiva, referida a uno de los grandes problemas del federalismo: la distribución de poderes tributarios. En 1860 se estableció un límite temporal a las atribuciones del gobierno central para atender a los gastos de la Nación con los derechos de importación y exportación, fijándolo hasta 1866. Sin embargo, en ese año volvió a modificarse la Constitución con el único objetivo de eliminar ese límite temporal. A partir de entonces, esos tributos se mantuvieron como atribución del Estado federal, generando, en ocasiones, graves conflictos por el monto porcentual de los derechos de importación y exportación -las denominadas retenciones- y por la instrumentación de esos impuestos como política económica, al margen y en perjuicio de los intereses provinciales ²¹.

En 1949 se abrió una tercera etapa. En el apogeo del primer peronismo se produjeron transformaciones muy interesantes y muy controversiales, por cierto, sobre el federalismo y acerca del presidencialismo. La reforma constitucional de ese año mostró de qué modo una república presidencialista, fuertemente presidencialista y concentrada, puede afec-

²¹ Confr. art. 4° de la Constitución argentina. Uno de los conflictos más intensos y prolongados, se desató por el aumento de los derechos de exportación agraria -las llamadas retenciones- en marzo de 2008. Dado que este impuesto no es coparticipable, su incremento perjudicaba directamente a las provincias agroexportadoras. He examinado el sistema tributario federal en 1853 y en 1860 en AA.VV., *Historia de la tributación argentina (1810-2010)*, Cap. 4°, Período 1853-1866, *Homenaje de la Asociación de Estudios Fiscales a la Patria en su Bicentenario*, en AA.VV., Horacio García Belsunce; Vicente Oscar Díaz (directores), Buenos Aires, Errepar, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2010, pág. 157 y ss..

tar, comprimiéndolo, al sistema federal y a las autonomías provinciales. En ese año se dispuso en la Constitución Nacional la estatización nacional de las fuentes de energía. En el debate que se desató a propósito de esas reformas, las opciones se redujeron a defender la propiedad estatal o privada de aquellos recursos, sin examinar si la opción estatal implicaba el dominio por parte del Estado Nacional o de las provincias, según dónde estuvieran ubicados los yacimientos. La mentada reforma estableció la intervención del Estado Nacional en la distribución y la utilización del campo; se habilitó al Estado para intervenir en la economía y monopolizar determinadas actividades; se garantizó la libre iniciativa privada, excepto en materia de exportación e importación, a cargo, éstas, del Estado Nacional y, como se adelantó, se declaró la propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación sobre las fuentes de energía ²². Huelga señalar que cuando la reforma de 1949 fue dejada sin efecto -por uno de los seis gobiernos de facto que quebraron la institucionalidad constitucional en el siglo pasado- los criterios de estatización sobre las fuentes de energía permanecieron inmutables. Aunque resulta obvio, conviene recordar que durante los gobiernos militares no sólo se afectó la democracia y la República. El eclipse del federalismo fue total, en primer lugar porque las autoridades provinciales y municipales eran designadas por los detentadores del poder de entonces y respondían a sus expresas instrucciones ²³. En segundo término porque aquellos gobernadores e intendentes aplicaban las decisiones tomadas en el orden nacional.

4. La reforma federal de 1994, incumplimientos y perspectivas

Finalmente, en 1994 se produjo la mayor reforma federal en la Constitución argentina. El Senado -la Cámara legislativa federal- pasó de te-

²² Confr., en especial, arts. 38, 39 y 40 de la Constitución Nacional de 1949.

²³ En el siglo XX se quebrantó la continuidad institucional en la República Argentina, en un verdadero proceso de desconstitucionalización, en 1930; 1943; 1955; 1962; 1966 y 1976, ocasión, esta última en la que se derrocó a la primera presidenta de la Nación que tuvo la República Argentina, María Estela Martínez de Perón. En los otros golpes de Estado se destituyen a los presidentes Yrigoyen, Castillo, Perón, Frondizi e Illia, respectivamente.

ner dos representantes por provincia y dos por la Capital Federal, a tener tres, elegidos por el cuerpo electoral de cada ente local, dos por la mayoría y uno por la minoría. Dicho en otros términos, el Senado mantuvo la representación provincial igualitaria, pero en ella se integró la representación político-partidaria y, más tarde, la representación femenina. De su lado, la representación de la ciudad de Buenos Aires, dejó de ser la de la Capital de la República para otorgarse a la Ciudad Autónoma²⁴.

La reforma de 1994 modificó el principio del federalismo fiscal en virtud del cual gasta quien recauda, en pos de la constitucionalización del sistema de coparticipación de impuestos ya existente. Esa enmienda dispuso que deben respetarse por la ley de coparticipación federal de impuestos a dictarse, criterios de equidad, solidaridad y desarrollo igualitario, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional²⁵.

La exigencia constitucional de sancionar una nueva ley de coparticipación federal de impuestos y la posibilidad de las provincias de crear regiones, favorecen la estructuración de un federalismo competitivo, de acuerdos, de deberes y de conciliación. Pero ello requiere que la acción de los gobiernos provinciales y del nacional se defina más que en torno a la política agonal, a la política arquitectónica. Pero, ya se sabe, ello necesita de ciudadanos comprometidos, dispuestos a ejercer los controles sobre los gobernantes que la Constitución les otorga. El estancamiento en el que se encuentra el establecimiento de un nuevo régimen de coparticipa-

²⁴ La representación de las minorías políticas en el Senado ya se había experimentado por iniciativa de un gobierno de facto, en 1972. Esta reforma quedó sin efecto al restaurarse las instituciones democráticas. Pese a ello, existía consenso político acerca de la conveniencia de tal reforma, que se concretó en 1994.

La Capital Federal perdió la representación en el Senado de la Nación. Por ello, en caso de traslado de la Capital a otro lugar del territorio argentino, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mantendría su representación en la Cámara de Senadores.

²⁵ Confr. art. 75 inc. 2 de la Constitución argentina. El sistema de coparticipación federal ya existía, establecido mediante leyes-convenio, dictadas al margen de la Constitución. Durante la administración del presidente Carlos Saúl Menem -también una presidencia fuerte- el sistema se parecía más a un federalismo de deberes que de atribuciones por parte de las provincias, porque detrás de la ley-convenio que dictaba el Congreso y ratificaban las provincias, se percibía la presión que éstas recibían para seguir los lineamientos de la política nacional a fin de obtener la redistribución de los recursos.

ción federal -que resulta indispensable pero es de difícil concreción- ha llevado, con acierto, a proponer la creación de un “Foro o Conferencia Nacional de Gobernadores [que debe de incluir al jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires] -como existe en otras federaciones como la mexicana o norteamericana- a los fines de consolidar las relaciones interjurisdiccionales y lograr una interlocución más equilibrada de las provincias frente al poder hegemónico del gobierno central”²⁶.

Como se señaló antes, el sistema federal es complejo por las distintas atribuciones que corresponden a cada área territorial. En la República Argentina cada provincia debe dictar su propia constitución bajo el sistema representativo y republicano, asegurando la educación primaria, el régimen municipal -a partir de 1994, autonómico-²⁷ y la administración de justicia. Competencias muy concretas para las que se requieren recursos y eficacia en la administración de los medios, que resultan siempre escasos. Los conflictos educativos no bien comienzan las clases luego de las vacaciones y los requerimientos a la justicia, generalizados en todo el país, constituyen sendos ejemplos que ponen en evidencia que el federalismo exige ajustes en la distribución y en la asignación del gasto, para ser competitivo y atender al bienestar de los ciudadanos.

Por otro lado, desde 1994 los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional; los demás tratados tiene jerarquía superior a las

²⁶ Confr. Antonio María HERNÁNDEZ, “La coparticipación impositiva federal”, L.L.B.A. 2010-A., 16/2/10.

²⁷ Después de 1994, todas las provincias argentinas deben de establecer un régimen municipal que asegure la autonomía de los municipios en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Ello no las obliga a consagrar un único modelo de autonomía. En consecuencia, pueden coexistir en una misma provincia, municipios de convención con atribuciones para dictar sus propias cartas autonómicas y municipios reglados por leyes orgánicas de las municipalidades, partidos o departamentos según se los denomine en cada ente local, sancionadas esas leyes orgánicas, por la Legislatura provincial. El punto crítico de la autonomía municipal está referido a las atribuciones económico-financieras de los municipios, y en especial a esta última. La autonomía no debe vulnerar la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados locales en ninguna materia en general ni en materia tributaria en especial. El sistema de coparticipación, cualquiera sea la opinión que merezca sobre la conveniencia de su implementación, constituye un instrumento constitucional que no debe de ser alterado por delegaciones provinciales efectuadas en favor de los departamentos, partidos o municipios.

leyes y todos, en el bloque de constitucionalidad, se encuentran por sobre el derecho provincial. Ello significa que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben obediencia a aquellos tratados y a los tratados regionales, como el Tratado de Asunción que creó el Mercado Común del Sur (Mercosur). Al mismo tiempo, y en materia de derechos humanos, el Estado federal ha asumido responsabilidad internacional por la eventual violación de los derechos fundamentales que puedan ocurrir en las provincias. Ello, tanto si se restringen intolerablemente derechos personales como derechos económicos y sociales²⁸. Estos compromisos internacionales generan una serie de problemas nuevos que requieren la máxima coordinación y armonización de políticas públicas del Estado Nacional y de los Estados locales, a través de leyes-convenio o de regionalización, a fin de maximizar los beneficios de aquellas políticas.

Otro de los problemas complejos de resolver para el federalismo se refiere al ejercicio del denominado “poder de policía”, por parte del Estado Nacional y por parte de los Estados locales. Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en doctrina que el Tribunal ha mantenido hasta el presente, el poder de policía en sentido amplio, que incluye la realización de los objetivos de bienestar general, corresponde al Estado Nacional; el poder de policía en sentido estricto, en materia de salubridad, moralidad y orden, es competencia de las provincias²⁹.

Al Congreso federal se le atribuyeron -en la muy liberal Constitución histórica- competencias en orden al desarrollo, al crecimiento, a la creación de canales navegables, la construcción de ferrocarriles, el establecimiento de industrias por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo, todo sin desmedro de los derechos a comerciar, a navegar y ejercer industrias lícitas, garantizando la propiedad³⁰. En 1994 se amplió la cláusula para el progreso y se atribuyó al Congreso competencias para proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso

²⁸ Confr. art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁹ La Corte Suprema efectuó la delimitación entre el poder de policía amplio y el estricto en dos precedentes de mediados del siglo XIX. Confr. “Varios puesteros próximos al Mercado Central c/ Empresario del mismo Mercado”, Fallos 3:468 (1866) y “Empresa Plaza de Toros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 7:150 (1869).

³⁰ Confr. art. 75 inc. 18 de la Constitución argentina.

económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda y, un punto clave, crucial, proveer al crecimiento armónico de la Nación, y al poblamiento de su territorio, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones ³¹.

Como se advierte, ese conjunto de objetivos que debe de instrumentar el Congreso de la Nación pueden y deben afianzar las relaciones federales, sobre todo desplegando un sentido de equilibrio en el establecimiento de las poblaciones en todo el país, por cierto respetando las libertades personales. De lo que se trata, es de sancionar una política de Estado, favoreciendo la ocupación y el desarrollo de las regiones. Según lo señalara Berenztein, esas políticas son una necesidad imperiosa en el país.

Según lo entiendo, el mandato de los convencionales constituyentes de 1994 fue claro: siguiendo la dirección trazada en 1853 y más allá de las dificultades que han impedido la sanción de una nueva ley de coparticipación federal de impuestos, pueden volver a concretarse políticas que en el pasado fueron exitosas -favoreciendo, entonces, la inmigración- hoy incentivando la ocupación de los espacios vacíos para desarrollarlos y asegurar el progreso de los habitantes del país. Ello implica, también, la exigencia del cumplimiento de los deberes constitucionales por parte de los inmigrantes que quieran incorporarse a la República Argentina y el dictado de políticas públicas para resolver los múltiples problemas de los conglomerados habitacionales en las grandes ciudades, sin demagogias y con racionalidad, evitando, además, ingresos incontrolados con fines de explotación laboral. En este punto, según lo entiendo, se requieren, también, políticas culturales de esclarecimiento e inclusión responsable de inmigrantes.

La Convención Constituyente de 1994 habilitó un instrumento más, a fin de desplegar las potencialidades de las provincias, afianzando el federalismo. Se trata de la competencia de los Estados locales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para celebrar convenios internacionales, de orden económico, financiero, cultural, de radicación de pobladores. Se requiere, para ello, de la generosidad institucional del Estado Na-

³¹ Confr. art. 75 inc. 19 de la Constitución argentina.

cional que, en ocasiones deberá firmar los avales para que esos convenios se formalicen y, siempre, deberá evitarse la tentación de entorpecer esas negociaciones según sea el color partidario de las autoridades locales, empeñadas en esos acuerdos ³².

A más de ello y después de un insistente reclamo por parte de los Estados locales, se dispuso en la Constitución Nacional que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio ³³. El territorio provincial comprende tierra, mar, aire y subsuelo. Ese dominio habilita a las provincias a percibir tributos sobre la explotación de los recursos y a disponer el aprovechamiento de éstos por sí mismas o en políticas concertadas con la Nación. En este punto y como bien se ha dicho, “*la propiedad y administración de los recursos naturales garantizan un presupuesto vital del federalismo*” ³⁴.

No obstante, el Estado federal conserva la atribución de dictar los códigos de Comercio y de Minería ³⁵, rasgo fuertemente centralizador del sistema argentino, porque atribuye al Congreso Nacional, en exclusiva, la competencia para reglamentar esas actividades ³⁶. Este doble orden de competencias, de las provincias sobre sus recursos y de la Nación sobre la reglamentación del comercio y la minería, es complejo de armonizar. Requiere compatibilizar intereses que son cuantiosos, que hacen al desarrollo e implican, además, criterios de tributación y de protección del ambiente, obligación, ésta, que deriva expresamente del art. 41 de la C.N. Esta disposición, incorporada en 1994, además, estableció otra distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias en materia ambiental al disponer que “*corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las*

³² La generosidad institucional es lo contrario al clientelismo federal que ata las decisiones en pos del desarrollo y el progreso de las provincias y regiones, a las necesidades electorales y partidarias del gobierno central y de los locales.

³³ Confr. Art. 124 de la Constitución argentina.

³⁴ Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (h), *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 114.

³⁵ Confr. art. 75 inc. 12.

³⁶ Confr. Alejo TORANZO, “Apuntes sobre el federalismo en la ley 24.922 (con especial referencia a las relaciones entre el CFP y las provincias con litoral marítimo)” (inérito).

provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” ³⁷.

La necesaria recreación del federalismo, como un instrumento de desarrollo y progreso debe de atender a estas cuestiones y estos problemas deben de examinarse a la luz pública, comprometiendo a los habitantes del país en las soluciones que son complejas y difíciles de instrumentar. El análisis de costos y beneficios situado, es una herramienta disponible que si atiende, al mismo tiempo, las necesidades impostergables y mínimas de todos, puede alcanzar el objetivo del bienestar general, presente en el Preámbulo y en el articulado de la Constitución Nacional.

Por otro lado, las autonomías municipales entrañan un problema adicional para las provincias, cuando la Nación pasa por sobre ellas en sus relaciones con los municipios. He aquí una cuestión a resolver. También en esa realidad estaban insertos los cabildos, el germen de la democracia argentina, de la que la República surgió a la vida independiente, doscientos años atrás, el 25 de Mayo de 1810.

Cierto es que la democracia argentina fue oscurecida por los intereses, por el caudillismo, pero allí estaban esas instituciones municipales, las ciudades, en torno a las cuales se formaron las provincias. Y esas instituciones pueden dar de sí, siempre que los habitantes se conviertan en ciudadanos, rechacen el clientelismo y se comprometan con sus propios deberes constitucionales.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede proporcionar una experiencia interesante, por el tipo de autonomía que se le reconoció en la Constitución Nacional de 1994 y por el ensayo de cohabitación política que se dio en más de una oportunidad, entre el gobierno de la Nación y el de la Ciudad ³⁸.

³⁷ Analicé los problemas de la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias en materia ambiental, en María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación...* cit., t. I, pág. 570 y ss..

³⁸ Extremando el significado, uso la frase cohabitación política para referirme a las tensiones adicionales que genera en el desarrollo de la autonomía -y, por ende del federalismo y la democracia- el hecho de que las autoridades nacionales y las de la Ciudad provengan de diferentes partidos políticos. Por cierto, tensión, no significa necesariamente bloqueo o impedimento del dictado de políticas de concertación.

Desde el punto de vista jurídico, la Ciudad de Buenos Aires nació autónoma en 1994. Del mismo modo en que las provincias nacieron como Estados locales de la federación, en 1853, al sancionarse la Constitución Nacional. Desde luego, las provincias como realidades políticas e históricas, preexistieron al Estado Nacional ³⁹.

En la Constitución de 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adquirió una peculiar autonomía que la hizo, como ya se señaló, más que un municipio pero menos que una provincia. En efecto, la Ciudad, tiene representación igualitaria en el Senado; tiene atribuciones de legislación y jurisdicción, aunque esta última todavía ejercida en forma limitada ⁴⁰; forma parte del sistema de coparticipación federal y cuenta con la posibilidad de recibir los Aportes del Tesoro Nacional (ATN).

El reconocimiento formal de esa atribución partió de una resolución de la Comisión Federal de Impuestos (CFI) del 2006, emitida en virtud de una consulta del ministro del Interior. Se le requería a la CFI que se expidiese acerca de si a la Ciudad le correspondía ser beneficiaria de los Aportes del Tesoro Nacional. La Comisión no sólo respondió afirmativamente a la cuestión planteada. En los considerandos de la resolución se transcribieron las afirmaciones del Ministerio del Interior de la Nación consultante, en el sentido de que “queda clara la inclusión de la ciudad [de Buenos Aires] en el nuevo régimen delineado en la Constitución” y que: “en definitiva, no puede desconocerse que *el texto constitucional incorpora expresamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como un partícipe más del régimen*

³⁹ En la pequeña casa de San Nicolás, donde se celebró el Acuerdo que lleva ese nombre, las provincias decidieron aceptar la Constitución que dictaran sus representantes. Representantes que exhibían, alguno de ellos, cierta precariedad en la representación: eran “los alquileres”, que ni siquiera provenían de las provincias que representaban. No obstante allí se dio el primer paso exitoso en la dirección de la organización nacional.

⁴⁰ La Ciudad de Buenos Aires cuenta con justicia propia en materia de cuestiones contencioso-administrativa, tributaria y contravencional. El traspaso pleno de las competencias en materia de aplicación de los códigos de fondo no se ha concretado, en parte por la resistencia de los magistrados de esos fueros. Como un paso en la dirección correcta debe señalarse la sanción de la ley 25.752 (B.O., 28/7/03) de aprobación del Convenio de transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional a la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

*de coparticipación federal de impuestos”*⁴¹. Aunque esta manifestación y la resolución citada fueron emitidas cuando los gobiernos de la Nación y de la Ciudad compartían un mismo proyecto y espacio político, tienen valor institucional más allá de esa circunstancia, por la continuidad del Estado -de los Estados- independientemente de los gobernantes que ocupen las funciones respectivas, en cada período electoral.

El federalismo normativo que surge de las reformas de 1994 proporciona instrumentos idóneos para recrear, en los hechos, el federalismo dañado por las rupturas institucionales y los hábitos centralistas de la dirigencia y de la sociedad en la República Argentina. Una de las ventajas comparativas de la democracia es que hace visibles los problemas y las grietas en el sistema institucional. Tomar conciencia de esos problemas es un primer paso saludable, en un proceso que será necesariamente largo. La República Argentina retornó a la democracia hace veintisiete años pero aún debe -aún se debe- solidificar sus instituciones. No es imposible, aunque haya dificultades, si se mira lo ya logrado en todos esos años.

⁴¹ Confr. consids. 2 y 4 de la Resolución CFI 34/2006 (General Interpretativa) del 30/5/06 (B.O., 18/7/06).

EL CONGRESO Y EL FEDERALISMO

por JUAN FERNANDO ARMAGNAGUE

SUMARIO: 1. En materia de impuestos directos. 2. El Código Civil (ley 340). 3. Empleo de servicio doméstico (decr. ley 326/56). 4. Normas del trabajo rural (ley 22.248). 5. Ley de contrato de trabajo 20.744. 6. Ley de riesgos del trabajo (ley 24.557). 7. Medio ambiente. 8. Reglamentación de los fueros legislativos (ley 25.320).

Brevemente desarrollaremos las situaciones jurídico-políticas en aquellos hechos que el Congreso ha usurpado facultades que, constitucionalmente, pertenecen a las provincias. Desde luego, que también los interregnos de facto contribuyeron, de manera decisiva, a profundizar la brecha de invasión de potestades provinciales.

Estas materias que a continuación desarrollaremos son sólo aproximaciones en temas álgidos y que prácticamente no admiten discusión alguna. Vale decir que no se trata de “zonas grises” donde la cuestión está sometida a opiniones más o menos “provincial” o más o menos “federal”.

No es nuestra intención buscar responsables de la cesión, expresa o implícita, de impulsos en los reclamos provinciales, como tampoco imputar acrecentamientos federales que no corresponden constitucionalmente. Ello no es nuestro estudio. Sólo tiene por destino a aquéllos que, en el futuro, sean responsables de los destinos provinciales para que intenten recuperar atribuciones. Por el contrario, si se trata de funcionarios nacionales, por favor, que no perseveren en el error.

Para los demás lectores que no se encuentren en ambas categorías valga nuestro trabajo como un motivo de reflexión de este proceso de desfederalización que data desde hace bastante tiempo.

1. En materia de impuestos directos

El tema a abordar presenta aristas donde el Congreso, haciendo un ilegítimo abuso de sus facultades, ha invadido las facultades privativas que le corresponden a las provincias por imperio del art. 121 de la C.N.

En tal sentido, realizaremos un panorama, muy breve, sobre el cual campea el avance de la Nación a través de su órgano legislativo en detrimento de los Estados locales a través de la sanción de leyes que, sistemáticamente, han provocado hasta el presente una verdadera intromisión federal a las provincias.

Quizás el más lejano en el tiempo, al menos que recordemos, se trata del régimen de distribución de los recursos económico-financieros, en especial sobre los impuestos directos.

La expoliación que han venido sufriendo las provincias en materia impositiva (el más grande mal del federalismo) fue la imposición federal en materia de coparticipación federal de impuestos donde la Nación los recauda y tarde, mal y nunca les otorga un producido a las provincias.

Todo este proceso de desfederalización comenzó en 1932 con la sanción de la ley 12.147 de prórroga del impuesto a los réditos cuando la Nación en forma unilateral “centralizó” y “coparticipó” el producido de la recaudación impositiva. Si bien todo comenzó siendo por períodos cortos de vigencia, los plazos fueron sucesivamente ampliados por el gobierno central, desde luego con el asentimiento de las provincias, por intermedio de las denominadas “leyes convenio” donde los Estados locales fueron adhiriendo y delegando en el gobierno federal, facultades impositivas que les eran propias.

Toda esta distribución, para no ahondar demasiado, continuó a través del tiempo. El decr. ley 22.221/73, modificado por el decr. ley 20.413/73 y por ley 20.633 estableció una distribución de lo recaudado del 48,5% en forma automática para la Nación, otro del 48,5% a las provincias y un 3% como parte a un denominado Fondo de Desarrollo Regional.

Dicho régimen fue sucesivamente prorrogado y fue ampliado siempre en favor de las provincias. El punto máximo de logro provincial fue con la sanción de la ley 23.548 dictada en 1987 que otorgó un 54,66% de distribución primaria para las provincias y escasamente un 42,34% para la Nación.

La particularidad de dicho régimen era que en aquel entonces, la Nación disponía de sociedades y empresas del Estado, las que luego procedió a entregar a precios viles y, en la mayoría de los casos, sin el llamamiento a licitación pública.

Sin embargo, la administración que asumiera en 1989 mediante la sanción de decretos de necesidad y urgencia, priorizó subsidios a provincias e incluso a municipios políticamente adictos en perjuicio de otros que tuvieron que compensar los desfasajes mediante ajustes impositivos provinciales.

Con los denominados pomposamente Pactos Federales I y II implementados por la Nación se fue mutilando la vigencia de la ley 23.548.

Incluso, en nuestro entender, la reforma constitucional de 1994 no estableció la coparticipación de los impuestos directos, por lo que continúan las provincias como titulares de éstos, subsistiendo incólume el art. 75 inc. 2 de la Ley Fundamental.

En efecto, dicho artículo en su actual redacción que -en su parte pertinente- subsiste ya que ésta es anterior a la reforma de 1994, los impuestos directos pueden, sólo excepcionalmente, ser aplicados por la Nación, porque corresponden constitucionalmente a las provincias.

Sostener lo contrario, en el sentido de que los impuestos directos son coparticipables, salvo los que correspondan a un fondo específico, es vulnerar las autonomías provinciales. Las provincias no pueden conformarse, pacíficamente, a que esta actual situación subsista por mucho tiempo más, ya que hay provincias que si no son adherentes a los dictados de los gobernantes federales circunstanciales, éstos no les proporcionan la porción del producido de los impuestos, prácticamente son inviables.

Todo este estado de desfederalización se incrementó con el acuerdo celebrado entre el Estado federal, las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscripto el 6 de diciembre de 1999 y que fuera ratificado por ley 25.235. A ello debe agregarse otro acuerdo celebrado posteriormente por los mismos actores y que fuera ratificado por la ley 25.400 que continuó en los mismos planos inclinados que el anterior.

En la actualidad, el perjuicio que continúa se ha agravado ya que las provincias tienen sólo un treinta por ciento (30%) de la totalidad de los recursos y el resto del setenta por ciento (70%) se encuentra a favor de la Nación, sin las empresas y sociedades del Estado, de las cuales carece desde el inicio de la década del noventa, a lo que deben agregarse la salud

con los hospitales y la educación con el traspaso de establecimientos escolares primarios y secundarios.

¿Qué hacer ante esta situación que se va profundizando y puede constituir una secuela de problemas económico-financieros de importancia en los tiempos que vienen?

Una propuesta, que ahora formulamos, es que cada provincia recupere sus competencias tributarias en materia de contribuciones directas, rompiendo el pacto fiscal de unión con la Nación, a través de la derogación de las leyes provinciales que adhirieron en su momento a la última ley sancionada y que se trata de la 23.548.

Si bien es la *ultima ratio*, no es un tema menor la recuperación de la autonomía tributaria en materia de impuestos directos. Sin embargo, si las provincias derogan sus respectivas leyes que, en su momento, adhirieron al régimen de la ley 23.548, cada una de ellas percibirá lo que le es propio y genuino, sin perjudicar a ninguna de ellas y menos aún a la Nación.

Con relación al ente recaudador -la actual A.F.I.P.- es posible su traspaso, sin más a las provincias, en virtud del poder de policía que ha sido reconocido a las provincias en virtud del art. 75 inc. 30 de la Constitución federal.

2. El Código Civil (ley 340)

En nuestro entender, el párrafo segundo del art. 45 del C.C., en cuanto dispone que las decisiones administrativas que denieguen la autorización solicitada por la asociación o fundación para actuar como persona jurídica, podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en casos de ilegitimidad o arbitrariedad son inconstitucionales. Más aún, tampoco establece el tribunal competente para entender en el recurso de revisión.

Si bien nadie está en contra de que la revisión judicial de las actuaciones administrativas es indiscutible, la normativa en consideración deviene en inconstitucional, ya que corresponde a la legislación local de cada provincia la que debe determinar el procedimiento y el tribunal a que deben someterse las impugnaciones de las decisiones administrativas, de conformidad con los arts. 5º, 75 inc. 12 y 121 de la Constitución federal.

Por su parte, el art. 622 por intermedio de la denominada ley de facto 17.711, agregó el párrafo aplicable únicamente a las obligaciones de dar

sumas de dinero. Al respecto dice: “Si las leyes de procedimiento no previeren sanciones para el caso de inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar al cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesoria de pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios”.

Como bien señala Ameal, *“las sanciones que impone tienen aplicación sólo en el supuesto que las leyes de procedimiento no las previeran, con lo cual supedita la ley de fondo a las que reglamentan las formas, contrariando lo dispuesto por los arts. 67 inc. 11 (actual art. 75 inc. 12) y 104 (actual art. 121) ambos de la Constitución Nacional. El Código Civil nunca puede ser aplicado en subsidio de los códigos procesales, porque la ley de fondo ha debido ser única para toda la Nación”*¹.

La claridad del comentario nos exime de mayores explicaciones.

3. Empleo de servicio doméstico (decr. ley 326/56)

Dicha norma es inconstitucional. El servicio doméstico debe estar regulado por las provincias de acuerdo con sus costumbres y hábitos, tanto en lo atinente al pago como a la jornada de trabajo. Debe tenerse en cuenta que en este estatuto, al igual que el trabajo rural no se aplica, subsidiariamente, la L.C.T. (art. 2°).

4. Normas del trabajo rural (ley 22.248)

También se trata de una norma de facto. Debe delegarse en las provincias lo que se entiende por trabajo rural. Lo que es trabajo rural, puede no serlo en otra.

¹ Oscar José AMEAL en la obra de BELLUSCIO-ZANONI, *Código Civil y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. III, pág. 130, N° 12.

5. Ley de contrato de trabajo 20.744

A) La ley 20.744, en su art. 2° a) excluye de su vigencia las relaciones propias del derecho administrativo laboral, salvo los casos de excepción que ella misma determina (“por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas”).

Entendemos que dicha norma sólo puede hacer referencia expresa a los empleados de la administración pública nacional solamente.

Conforme al art. 121 de la Constitución federal, las provincias han delegado parte de sus facultades al gobierno. Será el derecho administrativo local quien determine tales hechos respecto a la relación de empleo público.

B) Art. 275 L.C.T.: “Cuando se declarara maliciosa o temeraria la conducta asumida por el empleador que perdiera total o parcialmente el juicio, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y medio el que cobren los bancos oficiales, para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, el que será graduado por los jueces, atendiendo a la conducta procesal asumida”.

“Se considerarán especialmente comprendidos en esta disposición los casos en que se evidenciaren propósitos obstruccionistas o dilatorios en reclamos por accidente de trabajo, atendiendo a las exigencias más o menos perentorias provenientes del estado de la víctima, la omisión de auxilios indispensables en tales casos, o cuando sin fundamento, y teniendo conciencia de la propia sin razón, se cuestionase la existencia de la relación laboral, se hiciesen valer actos cometidos en fraude del trabajador, abusando de su necesidad o inexperiencia, o se opusieren defensas manifiestamente incompatibles o contradictorias de hecho o de derecho”.

Dicha norma pertenece al derecho provincial, pues la conducta procesal temeraria o maliciosa está contemplada en los códigos de rito.

C) Art. 276 L.C.T.: “Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resultaren afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento de su efectivo pago”.

“Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte, incluso en

los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de la quiebra”.

También creemos que la referencia al “índice de precios al consumidor de la Capital Federal” constituye una cláusula inconstitucional, pues los intereses deben ser regulados por las provincias.

Al respecto, en la provincia de Mendoza, en cuanto a los intereses legales, la ley 7198, modificada por la ley 7358 determinó que a partir de su publicación, y en tanto no exista acuerdo de partes, “... la tasa de interés... será igual a la tasa anual que pague el Banco de la Nación Argentina a los inversores, por los depósitos a plazo fijo”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la provincia en la causa “Amaya, Osfaldo c/ Boglioli, Mario s/ Despido”² señaló que si bien la tasa pasiva no era inconstitucional, “no obstante el acreedor tiene derecho a ser compensado del mayor daño sufrido si acredita la lesión manifiesta a su derecho de propiedad en razón de la insuficiencia de esa tasa para indemnizar el daño moratorio producido, dado el destino específico que las sumas debidas tenían, conforme la naturaleza de la obligación reclamada judicialmente”. Con posterioridad se dictó en mayoría el plenario “Aguirre” donde declaró que siempre, en todos los casos, debe aplicarse la tasa activa, siendo inconstitucional la ley que así había declarado la legalidad de la tasa pasiva. En tal sentido, el voto de la mayoría sostuvo que “la ley 7198 ha devenido en inconstitucional atento que la tasa pasiva que la misma fija, no cumple con la función resarcitoria que deben tener los intereses moratorios, debiéndose aplicar la tasa activa carterá general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación”³.

En síntesis, las provincias deben ser las únicas facultadas para determinar los intereses⁴.

D) Art. 277 L.C.T.: “Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus

² SCJ Mendoza, plenario, 12/9/05, T y SS, 2005-745.

³ SCJ de Mendoza, plenario, voto de la mayoría, autos 93319, “Aguirre, Humberto por sí y su hijo menor” en J: 146.708/39.618, “Aguirre Humberto c/ Osep p/ Ej., sent., s/ Inc., y cas.”, LS 401-211.

⁴ Ricardo A. FOGLIA, “La facultad de las provincias de fijar la tasa de interés de los créditos litigiosos”, T y SS, 2005-745.

derechohabientes, aun en el supuesto de haber otorgado poder. Queda prohibido el pacto de cuota litis que exceda el 20% el que, en cada caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial”.

“El desistimiento por el trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación”.

“Todo pago realizado sin observar lo prescripto y el pago de cuota litis o desistimiento no homologados, serán nulos de pleno derecho”.

“La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25%) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieran representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas”.

Si bien es plausible la protección que realiza el Estado a través de las leyes de orden público laboral, no es menos cierto que tanto el pacto de cuota litis como el desistimiento de la acción y del proceso, y las costas profesionales, se trata de materia exclusivamente provincial, pues se refieren a facultades inherentes a los códigos de forma, que son de estricta competencia provincial.

6. Ley de riesgos del trabajo (ley 24.557)

La Corte federal declaró la inconstitucionalidad de los arts. 22, 23 y 46 de dicho régimen legal en cuanto atribuyen a la justicia federal, la competencia para conocer en una materia que corresponde al derecho común -como es la relacionada en materia de accidentes y enfermedades del trabajo-, sustrayéndola de la competencia de los tribunales provinciales⁵.

⁵ Revista de Derecho Laboral, número extraordinario, Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 181 y ss.).

7. Medio ambiente

Se ha intentado reglamentar el art. 41 de la C.N., en cuanto “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

En 2002 se sancionó la ley 25.612 que contiene los denominados “presupuestos mínimos de protección ambiental”, sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que se han generado en todo el territorio nacional, derivados de procesos industriales o de actividades de servicios, según establece su art. 1°.

Entendemos que dicho artículo es inconstitucional, ya que es atribución exclusiva de las provincias legislar “sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio”. Por tanto, cualquier provincia puede legislar sobre residuos de origen industrial y de actividades de servicio sin necesidad que lo realice la Nación ⁶.

En igual sentido, la ley 25.675 también es inconstitucional. En efecto, su art. 1° dispone: “Los presupuestos mínimos para el logro de una gestión adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

Tampoco la Nación puede determinar en territorio de las provincias el impacto de obra o actividad alguna, pues se trata de atribuciones que nunca cedieron al gobierno federal.

8. Reglamentación de los fueros legislativos (ley 25.320)

La ley 25.320 reglamentó los fueros legislativos. Al respecto señala el art. 1° de la mencionada norma: “Cuando, por parte de un juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador...

⁶ Juan F. ARMAGNAGUE, *Curso de derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 501.

el tribunal seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión. El llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad...”.

Me pregunto por qué una ley nacional como la mencionada puede otorgar facultades a un juez provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para someter a indagatoria a un legislador de su provincia o de la Capital Federal. Se trata de atribuciones que no fueron delegadas, máxime en una materia eminentemente de derecho público provincial.

Por todo lo expuesto, entendemos que el Congreso, desde luego con el asentimiento de legisladores de las provincias, ha invadido ámbitos que son propios de las provincias, produciendo una “desfederalización” que sin dudas les provocan perjuicios ciertos y concretos.

EL CONGRESO NACIONAL FRENTE A LOS CONFLICTOS FEDERALES: ¿PROTAGONISTA O ACTOR DE REPARTO?

por PABLO RIBERI

“Abeunt studia in mores”
(Francis Bacon).

SUMARIO: I. Introducción: proposiciones y preguntas básicas. II. Diseño institucional y federalismo. 1. La posición del Congreso en la República federal. III. Marco conceptual y antecedentes norteamericanos. 1. “Deferencia” hacia el Legislativo y control judicial de la supremacía. 2. Breve crónica de casos. IV. Epílogo.

I. Introducción: proposiciones y preguntas básicas

Existen dos proposiciones básicas cuyo entendimiento es insoslayable a la hora de analizar la posición del Congreso frente al funcionamiento institucional del federalismo argentino.

1. En primer lugar, se sostiene que el federalismo argentino -como en algunos otros países- no ha sido producto de una opción teórica de sabios expertos en derecho constitucional y en teoría del Estado.

2. En segundo lugar se sostiene que en línea con otros países que cuentan con importantes niveles de descentralización, desconcentración y autonomía, la alternativa federal trae aparejado de forma ineludible, un complejo modelo de relaciones e interconexiones estatales y subestatales, de complicada articulación ¹.

¹ Hernández rescata y complementa el pensamiento de Frías en esta materia. Personalmente, me interesa destacar cómo ambos aspectos aquí mencionados tienen una

El federalismo entraña entonces una multifacética estructura de relaciones interestatales verticales, donde diferentes centros de poder provinciales *vis à vis* el Estado Nacional, deben ordenar y compartir competencias sobre planos comunes de actividad. Por otra parte, dentro de un marco “político” de relaciones de subordinación, de participación o de cooperación, una unidad en la diversidad, toma cuerpo en su propia dinámica. El concepto de supremacía constitucional fue y sigue siendo por ello, la clave de bóveda del modelo federal ².

El federalismo argentino tiene fundamentos históricos y políticos plurales, claro está. Por lo que aun si hubiere alternativas de reforma de cualquier índole; aun cuando éstas pudieran hacerse bajo la promesa de mayor eficiencia, en realidad, no sería sencillo alterar el actual balance y reparto de competencias vigentes. El esquema básico de distribución espacial de competencias, responde a condiciones políticas e históricas de legitimidad. De hecho, durante la primera parte del siglo XIX, cuando todavía había motivos urgentes y sobraban decididos partidarios en favor de la “unidad” de régimen, tuvieron que ser las guerras civiles las que terminaron de fraguar acuerdos mínimos satisfactorios para la organización constitucional del país.

estrecha vinculación. En esta línea, es un acierto conceptual de Hernández presentar no sólo los aspectos históricos de nuestro federalismo, sino también, el haber llamado la atención sobre cómo dichos elementos han tenido un profundo impacto democrático y participativo en el país (confr. Antonio M. HERNÁNDEZ, *El federalismo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 14. Asimismo ver, Antonio M. HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, págs. 27-46).

² Al igual que los Estados Unidos, Argentina enfrentó serias dificultades en la superación de sus conflictos federales. En particular, no fue fácil ordenar la relación de los estados o colonias que como entidades y mónada activas en el proceso revolucionario, tuvieron identidad anterior a la creación del Estado Nacional. Nuestras guerras fratricidas y la división entre “unitarios” y “federales” son por ello un dato revelador en este sentido. Existe un debate muy sutil y contundente en la experiencia norteamericana que quiero traer a colación. En el proceso constituyente de las colonias rebeldes, Patrick Henry preguntó “... [qué derecho tenía la convención de hablar en el preámbulo de ‘Nosotros el pueblo’]”, en lugar de “Nosotros los estados”. Como aclara Morgan, la respuesta fue inmediata y fácil: “*La convención habló de ‘Nosotros el pueblo’ porque reconocía la superioridad del pueblo por sobre los estados*” (Edmund S. MORGAN, *La invención del pueblo*, Buenos Aires, Siglo Veinte Editores, 2006, pág. 299).

La adopción del sistema federal -al menos en nuestro caso-, ha llevado a asumir ciertas expectativas normativas. Me refiero a esas expectativas constitucionales que dan cuerpo al ejercicio político del autogobierno. Por otra parte, por propia definición, la adopción del sistema federal dispone un desafío de civismo y responsabilidad permanente a los ciudadanos. Teniendo en cuenta la trama de relaciones interjurisdiccionales; asumiendo la complejidad de todos los factores, valores y productos implicados en el ejercicio de las diversas autonomías, el federalismo argentino no puede adolecer de instituciones políticas y deliberativas robustas. El federalismo del siglo XXI necesita entonces que en tiempo oportuno, los productos “decisionales” obtenidos, tanto por el gobierno federal como por las provincias, se muestren democráticos, legítimos y también racionales.

En consecuencia, para mejorar el “federalismo de concertación y cooperación”, en primer lugar, es necesario que las instituciones fundamentales de la república puedan ser capaces, precisamente, de promover concertación y cooperación. Y desde las previsiones constitucionales de los reformados arts. 75 inc. 2, 75 inc. 19, 124 y 125 C.N., por caso, claramente puede vislumbrarse que nuestro Poder Legislativo federal está en posición de protagonismo. Por otra parte, en un insoslayable escenario de diferencias y potenciales conflictos interjurisdiccionales, hipótesis vinculadas al llamado “derecho intrafederal”, obligan al Congreso de la Nación a continuar inmiscuyéndose en los complejos pliegos de intereses locales³. Naturalmente, adelantándose a conflictos innecesarios o para atenuar malas consecuencias, el legislador debe prestar atención a las tensiones interjurisdiccionales.

No es intención ingresar en el tipo de análisis que proponen los “nuevos institucionalistas” en ciencia política, por cierto⁴. Ahora bien, habiendo

³ Los conflictos vinculados con el derecho común o los litigios donde estén en juego derechos individuales, no concentran la atención de este trabajo. Pienso más bien, en conflictos derivados del “derecho intra-federal” que, como es sabido, está integrado por los convenios celebrados por el Estado federal y las provincias, o por tratados interprovinciales, o por las llamadas leyes convenios.

⁴ Algunos autores que como Peters recorren las avanzadas teóricas sobre nuevas variantes “institucionalistas”, se han atrevido a desafiar muchos preconceptos que invARIABLEMENTE han anclado el análisis de la “acción colectiva” dentro de las férreas reglas de

hecho estas salvedades, este trabajo propone un análisis crítico y comparativo sobre el federalismo. Dos básicas y sencillas preguntas, más otros interrogantes adicionales, orientan el desarrollo de este texto. Estos son:

1. En claves institucionales de referencia, dada la plausibilidad de conflictos verticales, ¿son racionales los predicados normativos que regulan el funcionamiento actual del régimen federal argentino?

2. Si la respuesta fuere positiva, teniendo en cuenta el mencionado principio de supremacía constitucional, ¿es posible pensar algunas prácticas y escenarios “político-institucionales” alternativos para mejorar y dar más solvencia a los inevitables conflictos que el sistema promueve?

A guisa de corolario, sobre estos interrogantes básicos, propongo dos preguntas adicionales.

1. ¿Es posible tener un federalismo eficiente, racional y cooperativo cuando las autonomías y los intereses territoriales se ven agredidos por la lógica predatoria del hiperpresidencialismo y las emergencias auto-infligidas a nivel federal?

2. ¿Es acaso posible un federalismo eficiente, racional y cooperativo cuando sin conciencia ni responsabilidad institucional, el Congreso federal sigue indiferente y ajeno a prácticas y políticas plurales de deliberación, negociación y acuerdo transparentes?

II. Diseño institucional y federalismo

Presentadas así las cosas, un enfoque “democrático-republicano” en clave federal, obliga a verificar situaciones comparativas de referencia. Me parece conveniente reflexionar por caso, sobre el cuadro constitucio-

la razón económica. Personalmente, me resisto a esta tendencia. De todos modos me parecen oportunas algunas ideas de la estirpe. Sobre este punto afirma Peters: “... [La acción colectiva, en vez de seguir siendo un acertijo, como lo es para los economistas, se convertiría en el enfoque fundamental para entender la vida política. Además, la relación entre las colectividades políticas y su entorno socioeconómico debe ser una relación recíproca, en la que la política tenga la opción de moldear la sociedad, y la sociedad de moldear la política”. Excelente síntesis, sin duda (Guy B. PETERS, *El nuevo institucionalismo (Teoría institucional en ciencia política)*, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 35).

nal de prácticas y relaciones institucionales que rodean los modelos federales más exitosos. Por tratarse de sistemas parlamentarios o semi-presidencialistas, ¿no es acaso curioso que los principales procesos de descentralización y desconcentración del poder -incluso en países unitarios como Francia, España o Italia-, hayan sido articulados desde congresos nacionales activos y negociadores ⁵.

Por otro lado, la debilidad o ausencia de una conciencia ciudadana-constitucional sobre el papel fundamental que debe jugar nuestro Congreso federal en las tópicas federales, es una intuición fundamental en este trabajo. Más allá de funcionarios provincianos claudicantes, el punto de partida de estas reflexiones propone la tesis de que la debilidad o falta de compromiso y responsabilidad política de nuestro Poder Legislativo federal, es un dato plausible en la evaluación deficitaria de nuestra cultura y práctica federales ⁶.

⁵ Es una obviedad que el federalismo argentino tiene sus peculiaridades y que éstas lo diferencian no sólo del federalismo norteamericano, sino también, de otros modelos exitosos de federalismo; por ejemplo, aun cuando con sus 16 “Länders”, el alemán sea también un “federalismo histórico”. Aun cuando el modelo federal de la Ley Fundamental de Bonn promueva también un “federalismo de cooperación”. Y aun cuando desde las ordenanzas municipales prusianas de 1808 -más las reformas del barón Stein-, los alemanes han procurado un celoso ejercicio de sus autonomías locales y municipales (art. 28 LFB), por prácticas institucionales y experiencia política, nuestro sistema y el alemán, en verdad, tienen poco en común. Asimismo, por construcción, es sabido que el federalismo argentino se distancia claramente de otros federalismos o esquemas de gobierno descentralizados que cuentan con no poco prestigio. Por ejemplo, se diferencia del modelo canadiense y del modelo español. Bien aclara Carlos Nino, según el art. 91 de la Constitución canadiense y el art. 150 de la Constitución española, la regla de la “residualidad” de competencias en ambos casos revierten en el orden nacional (confr. Carlos S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 555-557). Con relación al federalismo alemán se recomienda analizar los arts. 18, 19, 30, 50-53^a, 70-82; 91, 106-115. Para el caso español, además de lo dicho y de que el art. 2^o proclama “la indisoluble unidad de España, como patria común e indivisible”, es atinado ver todo el Título VIII de la Constitución española (arts. 137 a 158).

⁶ Una interesante descripción de la trama histórica que signó la conformación y el funcionamiento de las representaciones en nuestro Congreso Nacional, puede leerse en el trabajo de Juan Segovia (confr. Juan F. SEGOVIA, “Los poderes públicos nacionales y su funcionamiento”, en AA.VV. -Academia Nacional de la Historia-, *Nueva historia de la Nación argentina*, Buenos Aires, Planeta, 2000, t. 5, págs. 115-122).

El federalismo de concertación y los modos cooperativos que buscan asegurar optimización de recursos y racionalidad política, necesitan un escenario político e institucional de referencia. Reconocer que en ejercicio de intereses propios, las autonomías están condenadas a incursionar en zonas de colisión y conflicto, es comprender que un federalismo vigoroso y democrático necesita garantías procedimentales y políticas para que sus partes se mantengan firmes y unidas ⁷. En nuestro país, por otro lado, dada la “bulimia” por recursos que exhibe el gobierno federal -principalmente, el Poder Ejecutivo Nacional-, la institucionalización de comisiones y prácticas plurales de discusión y control al máximo nivel federal, es sin duda una exigencia deseable e imprescindible ⁸. En consecuencia, tengo la impresión de que es una actitud sensata de los constitucionalistas dejar de ver al “federalismo” como un conjunto de máximas autoevidentes, siempre bondadosas, inexorablemente imperecederas.

En esta inteligencia luego, la postulación mecánica de beneficios derivados de principios tales como la “subsidiariedad” o la “descentralización”, cuando tales objetivos no se ven acompañados por prácticas civiles, ni cuenten tampoco con instancias político-institucionales de referencia, en rigor de verdad, sólo es pecado de idealismo o de optimismo pueril. Por el contrario, quienes asumimos las razones históricas y políticas de nuestro federalismo, tenemos la obligación de advertir que muchos de sus debilidades, arbitrariedades, irracionalidades y fracasos, en gran medida, son productos inevitables. Más allá de las consignas, la ausencia de compromisos y prácticas virtuosas permanentes, así como la fragilidad obsti-

⁷ La deliberación y el debate para ser racionales y legítimos necesitan apoyarse en normas y procedimientos. Correctamente sintetiza Goodin esta idea al afirmar: “... *Deliberation is supposed to have an end, it is supposed to resolve something. Occasionally deliberation yields a decision directly, as when a genuine consensus has emerged. But deliberative assemblies even of the most ideal sort more typically have to force a decision, announcing an end to the deliberations a calling for a vote...*” (Robert E. GOODIN, “Democratic Deliberation Within”, en *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, pág. 71).

⁸ Siguiendo algunas claves del pensamiento de Carlos Nino, éste es un concepto compartido y bien explicado por Hernández (confr. Antonio M. HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, págs. 259-260).

nada de las instituciones más políticas de la República, en rigor de verdad, no es un hecho que deba llamar a sorpresa ⁹.

Por ejemplo, y en este sentido, no son mejores representantes aquellos legisladores que buscan agresivamente maximizar a cualquier precio y de tanto en tanto, la defensa del interés local. Son buenos representantes más bien, quienes inflexiblemente han sabido ejercer facultades propias de sus representaciones con responsabilidad, y quienes por otro lado, han demostrado tener la tenacidad política de intentar consolidar prácticas y modos de disputa, concertación y cooperación transparentes. No estoy aludiendo sólo al Senado de la Nación. Mi impresión es que el Congreso de la Nación en general, ofrece hoy un empobrecido y desaprovechado escenario institucional para robustecer el federalismo argentino ¹⁰.

⁹ Por ejemplo, téngase presente cómo la ausencia de niveles “políticos” de debate y concertación, ha llevado a que jurisdicciones en competencia -y sin dignidad-, hayan terminado propiciando concursos de “pobrezas” para atraer ayudas federales, inversiones y capitales públicos y privados a cualquier costa. Sin mencionar ciertamente, la irresponsabilidad fiscal de gobiernos provinciales que prefieren reforzar el empleo improductivo, aun cuando éste traiga aparejado una servil sujeción al gobierno federal de turno. Vinculado incidentalmente a este debate, pensando los beneficios de los procesos de integración y de regionalización, son valiosos los aportes de Hernández (confr. Antonio M. HERNÁNDEZ, *Federalismo y...* cit., pág. 537 y ss.).

¹⁰ Naturalmente que las hipótesis aquí presentadas y el marco de expectativas constitucionales trazadas en función de las conclusiones de este trabajo, necesitarían verse profundizadas dentro de otros marcos teóricos de referencia. Por caso, con relación a cómo funciona el sistema de partidos políticos sobre cuyas lógicas derivadas de la competencia electoral y sobre la disputa agonal por espacios de poder, el Poder Legislativo es un ámbito complejo de identidad. Por ejemplo, el concepto de “faccionalismo”, idea derivada de la puja de intereses según Madison, irrumpe en las clásicas ideas de Bolingbroke en el Reino Unido, como estricta consecuencia del fenómeno de “partidización” de la representación parlamentaria. Luego, la política como “*factionalism*”, es decir como proceso faccioso que perjudicaba los sagrados y únicos intereses de la Nación, es un producto escatológico de la política de los partidos políticos. En tono conservador que todavía subsiste, Bolingbroke remataba su convencimiento afirmando: “*parties stem for passion and interest, not for reason and equity*”. Y el mismo Sartori cuando analiza el desarrollo ideológico de estos antecedentes genéricamente asume “*We must labor to factions as harmless as posible*” (confr. Giovanni SARTORI, *Parties and Party System, -A framework for analysis-*, Cambridge University Press, 1976).

1. *La posición del Congreso en la República federal*

La estructura teórica del Estado federal argentino, sin duda, responde a influencias tanto teóricas como empíricas. En este temperamento, para superar poderosas pasiones desatadas y no menos negativos enconos plantados desde las profundidades de nuestra historia, sabido es que Alberdi intentó una solución pragmática aunque con pretensiones teórica-constitucionales ¹¹. Dentro de estas coordenadas, la sanción de la Constitución, ante todo fue un logro político, claro está. Con singular éxito entonces, la inteligencia política y el patriotismo comprometido de muchos de sus protagonistas, permitieron superar un sino de rencores atávicos y no pocas frustraciones ¹².

El “pragmatismo” de todas formas, no es un argumento que alcance a ensombrecer los luminosos objetivos trazados por el autor de las *Bases*. Los protagonistas de nuestra epopeya constitucional -entre los que se destacan también hombres de armas y provincianos con escasa instrucción-, en rigor de verdad, lograron fraguar la “unidad” nacional con mucho esfuerzo. Lo hicieron sin tener que trocar por dicho logro, la pérdida de identidades locales. Lógicamente entonces, la gratitud hacia los artífices

¹¹ A mi modo de ver, dado que no existía conciencia pública ni experiencia cívica sobre la presencia del Estado federal, había buenos motivos para conceder importantes competencias a él. Incluso, en ese momento pudo ser razonable la estrategia de darle mucho poder al Poder Ejecutivo como quería Alberdi. Por otro lado, como dice Oszlak, el precio pagado por la “unidad nacional” fueron la derrota de unos y los privilegios de otros (confr. Oscar OSZLAK, *La formación del Estado argentino*, Buenos Aires, Planeta, 1999, pág. 275).

¹² No se puede entender esta inevitable tensión sin recorrer el pensamiento de Alberdi. A título enunciativo sugiero ver Juan B. ALBERDI, *Bases*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981; Juan B. ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, Buenos Aires, El Ateneo, 1929; Juan B. ALBERDI, *Estudios constitucionales*, Buenos Aires, Luz de Día, 1953; Dardo PÉREZ GUILHOU, *Historia de la originalidad constitucional argentina*, Mendoza, Depalma, 1994; Gabriela ABALOS, “El pensamiento constitucional de Juan B. Alberdi”, editado por Pablo Manili, AA.VV., *El pensamiento constitucional argentino*, Buenos Aires, Errepar, 2009; Bernardo CANAL FEIJÓO, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955; Olsen GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000; Olsen GHIRARDI, *El derecho natural en Alberdi*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1997; Olsen GHIRARDI, *El primer Alberdi*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

ces de nuestro modelo federal, en realidad, es una reacción indispensable e inevitable. Pero atención, la comprensión e imaginación institucional que tuvieron estos grandes hombres, no nos exime hoy de comentarios y también de algunas discrepancias.

En este sentido, teniendo en cuenta las dos proposiciones básicas y las preguntas reseñadas al comienzo, se argumenta que más allá del cúmulo importante de facultades reconocidas al Senado y al Congreso de la Nación, es necesario pensar originalmente una nueva combinación de propósitos y prácticas parlamentarias para recuperar el rol institucional del Parlamento en materia de federalismo. Además, como dice Frías, hay que recordar que *“el Senado es el órgano de las autonomías por su origen pero no por su conducta”*¹³. Y en este temperamento entonces, más allá de la exégesis de normas específicas, el análisis de los antecedentes y de la jurisprudencia norteamericana que aquí se propone, quizá, pueda parecernos útil, al menos para trazar un cuadro de comparación y referencia más provocadores.

En síntesis, más allá de ciertas desventajas o debilidades derivadas de la complejidad, el incremento de costos de administración y gobierno; de los requerimientos de tiempo en ordenar y racionalizar acuerdos, la

¹³ Confr. Pedro J. FRÍAS, *El comportamiento federal argentino*, Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires, 1970, pág. 34. Por otra parte merece atención la siguiente curiosidad: en la práctica constitucional de los Estados Unidos también se ha operado una evidente transformación de las condiciones representativas del sistema federal dentro del Congreso. En efecto, el Senado ha dejado de ser expresión territorial de la diversidad de los Estados para convertirse en una auténtica Cámara Nacional. Por el contrario, lejos de la representación nacional, la Cámara de Representantes, por imperio de la lógica política que domina el sistema electoral -de base “mayoritario uninominal”- se ha transformado en un ámbito fraccionado donde se defienden los intereses localistas de los distintos estados y sus distritos con mucha vehemencia. Por último, recuérdese también que existe un atávico criterio de justificación de la representación política individual de los estados subnacionales dentro de un órgano nacional que los contenga: el Senado. Solazábal Echeverría explica acertadamente que la representación en el Senado federal ha sido concebida como una “compensación”, por el abandono de la independencia anterior (de a cada estado de la federación), y como “garantía del respeto en su especificidad” (confr. Juan José SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA, “Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el Estado Autonomo Español”, *Revista de Estudios Políticos*, N^{ros} 46-47, 1985, pág. 30).

opción “federal” como forma de Estado puede presumir de algunas interesantes ventajas a saber:

1. A favor de la “libertad”, una complementaria división vertical del poder.

2. A favor de la “democracia y la ciudadanía”, una ampliación de los derechos políticos y de ciudadanía en un marco de proximidad y relación más directa frente a los desafíos y las demandas de la gente.

3. A favor de la “república”, un reforzamiento en las instituciones y en los mecanismos públicos de responsabilidad y autogobierno locales, para atender problemas y demandas de los ciudadanos y de los habitantes en general.

4. A favor de la “eficiencia”, un esquema complejo de liderazgos y de diversidad política, institucional, territorial, económicas y culturales que, siendo “competitivos” entre sí, y estando a su vez “integrados en balance”, logran que municipios, provincias y el Estado federal, especialicen, multipliquen y mejoren la oferta pública de soluciones a los problemas de gobierno y gestión.

III. Marco conceptual y antecedentes norteamericanos

Sánchez Viamonte, tempranamente, puso énfasis en apartar la calidad de nuestros antecedentes históricos federales, de aquellos existentes en las colonias de Norteamérica. Asimismo, la experiencia federal de nuestro país -según llama a pensar este autor-, ha estado menguada por comparación a aquellas desarrolladas en el Norte¹⁴. Creo que en alguna medida son correctas ambas observaciones. Por caso, a diferencia de lo que sucedió en los Estados Unidos, ha sido escaso el pensamiento constitucional revolucionario asociado al “republicanismo”. Los protagonistas comprometidos con el autogobierno democrático y republicano, en rigor

¹⁴ Para Sánchez Viamonte, según sea la aptitud constituyente, existen tres tipos de federaciones. Estados Unidos está ubicada en la primera categoría. Nuestro país en un segundo e intermedio renglón (confr. Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1956, pág. 77).

de verdad, se corresponden con las falanges de una mano ¹⁵. En mi opinión, luego, esta diferencia plausible en la matriz ideológica de aquella revolución, es una de las causas fundamentales de otras tantas diferencias en las prácticas políticas respectivas.

Por otro lado, tal como aclara Morgan: “... cuando los representantes de las trece colonias ‘reunidas en congreso general’ declararon que sus distritos electorales eran estados libres e independientes y que el pueblo de los Estados Unidos era ‘independiente e igual’ a cualquier otro pueblo, difícilmente podían darle la espalda a la idea de representación que los había impulsado a la separación” ¹⁶. La política y las representaciones institucionalizadas en el Congreso de los Estados Unidos, por tal motivo, además de imprescindibles, fueron convirtiéndose de a poco, en instrumentos racionales y eficaces para poner en contacto las demandas y los intereses de los estados.

La doctrina constitucional norteamericana constantemente introduce nuevos e interesantes enfoques en materia de federalismo ¹⁷. No conozco pormenores en el desarrollo de este apasionante debate. De todos modos, en materia de federalismo, en los Estados Unidos, se ha vuelto insoslayable referir los principales puntos de discusión a los presupuestos

¹⁵ En particular, aludiendo al significado que tuvo tanto nuestro federalismo como nuestro presidencialismo, son interesantes algunas aclaraciones que ensayan García Mansilla y Ramírez Calvo (confr. Manuel GARCÍA MANSILLA y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *La Constitución Nacional y la obsesión norteamericana*, Buenos Aires, Virtudes Editorial Universitaria, 2008, págs. 7-18).

¹⁶ Advierte Morgan: “... [la reacción estadounidense ante los problemas planteados por el gobierno representativo no fue restaurar la monarquía, como los ingleses habían hecho en 1660, aunque unos pocos hablaron desenfrenadamente de tomar ese camino. En cambio, los estadounidenses reaccionaron repensando la soberanía del pueblo, no para repudiarla, sino para ponerla al servicio de los objetivos que señalaban las ficciones asociadas a ella” (Edmund S. MORGAN, *La invención del pueblo*, Buenos Aires, Siglo Veinte Editores, 2006, pág. 259).

¹⁷ Por caso, cito los interesantes textos siguientes: Daryl LEVINSON, “Empire Building Government in Constitutional Law -working paper N° 84-”, en *New York University Law School, Public Law and Legal Theory Working Papers*; Roderick MILLS, “Federalism and Public Choice” -working paper N° 09-07-”, en *New York University Law School, Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, January, 2009. <http://ssnr.com/abstract=1337595>.

aportados por una clara corriente de interpretación ideológica de la Constitución. Me refiero al llamado “departamentalismo”.

En efecto, el “departamentalismo” es la doctrina constitucional que pregona una neta división de poderes en el sistema político. Durante más de cien años, está claro también, que el llamado “departamentalismo” forjó la doctrina constitucional hegemónica de ese país. Sin mayores disputas luego, tanto la doctrina académica como la judicial, pensaron que los mecanismos “políticos” de superación de diferencias, a través de la activa participación del Congreso federal, debían encargarse de la armonización de los intereses territoriales.

Sin embargo, la intervención del reconocido jurista Herbert Wechler, vino a hacer trastabillar esta consolidada y centenaria tradición. La pregunta que propone el nombrado es simple, profunda y todavía tiene vigencia. De hecho, es una cuestión teórica fundamental en este análisis. Pregunta Wechler si los mecanismos políticos -y el “departamentalismo”-, sirven mejor al “federalismo”; o si por el contrario, es necesario promover una expansión de la revisión judicial en la materia.

Más allá de este hito, mi impresión es que algunas intuiciones, ideas, experiencias y textos importados desde el orden constitucional norteamericano, merecen especial interés en nuestras prácticas y en nuestros discursos teóricos en materia de federalismo. De todos modos -a mi juicio-, es evidente que muy a menudo en estas alusiones, no se atina a comprender circunstancias y marcos ideológicos muy peculiares. Vale decir, para ser útiles, estas referencias deben ser integradas con sumo cuidado y ponderación. Es que, como no puede ser de otro modo, experiencias y definiciones constitucionales marcadas por vivencias intransferibles de otros países, no dejan nunca de ser categorías insulares de la vida política y constitucional mentada¹⁸. Luego, conviene evitar comparaciones y conclusiones apresuradas, fungibles o demasiado categóricas.

De todos modos, con sensata prudencia es útil reflexionar sobre algunos puntos de contacto. Por ejemplo, evaluar cómo ha impactado el

¹⁸ Un interesante análisis comparativo que especifica algunas importantes diferencias entre el modelo federal norteamericano y el argentino nos lo ofrece Arturo Bas (confr. Arturo Bas, *Derecho público provincial*, Córdoba, Imprenta y Casa Editora de F. Dominici y Cía., 1909, págs. 28-42).

pensamiento “republicano” dentro del diseño general de normas y en la consolidación de prácticas constitucionales de ese país. La “legitimidad”, “racionalidad” y un marco previsible de soluciones políticas a los conflictos interjurisdiccionales de la Unión, en gran medida, ha sido un producto derivado del compromiso republicano de los ciudadanos de las antiguas colonias británicas con las libertades positivas y el autogobierno.

En este sentido, los fundamentos republicanos se presentan asociados al principio de la soberanía popular. Luego, la categorización del Congreso federal como el poder más “político” del Estado, es un contrafuerte dentro de la doctrina del “departamentalismo” y de la separación de poderes. El Congreso como órgano superior de gobierno, control y articulación de intereses diversos a nivel federal, en rigor de verdad, está concebido como el poder más representativo del pueblo. Como órgano que debe articular intereses territoriales y económicos, un poder legislativo columna vertebral de la organización política federal, es una institución esencial para que el cuerpo de intereses generales de la Nación, dialogue con los específicos intereses de las entidades subnacionales.

No debe soslayarse -insisto-, en que si bien es cierto que a partir de 1640 la Cámara de los Comunes inglesa ya había inventado la invocación de “un pueblo soberano” para derrotar la soberanía del rey -tal como nos advierte Morgan-, durante la revolución norteamericana, “*Madison estaba inventando una soberanía del pueblo estadounidense para superar la soberanía de los estados*”¹⁹. Más aun, intuyendo las lógicas hesitaciones que pudieron acosar el instinto localista de Madison, como precisa este autor: “*finalmente (Madison) había comprendido el hecho de que un gobierno nacional con autoridad suficiente como para desafiar a los gobiernos de los estados tenía que ser de manera evidente un gobierno representativo*”²⁰.

¹⁹ Es conveniente entender, como expresa Morgan, que “... [*Madison no estaba tratando de pasar por encima del pueblo. Era un campeón de los derechos populares y del gobierno republicano representativo. Era su compromiso con esa clase de gobierno lo que lo movía. Estaba convencido de que los gobiernos de los estados no cumplían con las funciones del gobierno, no protegían los derechos de propiedad y otros derechos de los individuos y las minorías*]” (Edmund S. MORGAN, *La invención...* cit., págs. 284 y 292).

²⁰ Edmund S. MORGAN, *La invención...* cit., pág. 289.

Desde las llamadas “soberanías resilientes”, tiempo histórico que va desde la “Declaración de la Independencia” (4 de julio de 1776) hasta la sanción de la Constitución (17 de septiembre de 1787), ambos principios - el “republicano” y el “federal”- fueron conjugándose para asegurar derechos y para asegurar condiciones estructurales de “gobierno limitado” en todo el territorio. Una ciudadanía celosa de su libertad, igualdad y derechos, veía luego, tanto en la división de poderes horizontales como en la división vertical del poder, la esencia de ese concepto revolucionario: “*un gobierno limitado*”²¹. La derrota de la Confederación del Sur durante la Guerra de Secesión (1861-1865), terminó finalmente por definir el contorno de las instituciones y el marco de fuerzas centrífugas y centrípetas que, desatadas durante el proceso revolucionario, habían por fin entrado en estabilidad y reposo²².

En esta inteligencia, tanto la idea “republicana” como la idea “federal” se reconciliaron bajo el manto de un objetivo muy plausible. Este era que las usurpaciones y excesos de “poder” provinieran de donde provinieran, en tanto amenazas plausibles, debían ser evitadas. Claro, las usurpaciones y los excesos “en el poder” afectan tanto las libertades individuales (libertades negativas) como el autogobierno (libertades positivas). A su vez, en términos empíricos, el objetivo principal aquí aludido, tenía claras implicancias normativas. Según lectura de los revoluciona-

²¹ Más allá de sus puntos de vista en común, es muy importante saber notar las diferencias normativas, teóricas, políticas e institucionales que diferencian la tradición republicana del liberalismo. Mientras que la más significativa diferencia de un republicano sin duda es el compromiso con las llamadas libertades positivas y el principio de “no dominación”, a un liberal le interesa evitar las “interferencias” del Estado y los particulares sobre sus libertades negativas (confr. Philip PETTIT, *Republicanism*, Barcelona, Paidós, 1999, págs. 35 y 65). Al respecto ver también, Gordon WOOD, *The Creation of the American Republic*, University of North Carolina Press, 1969. Asimismo ver Pablo RIBERI, “Moreno: un republicano cuando la República no existía”, editado por Pablo Manili, AA.VV., *El pensamiento...* cit. También, Pablo RIBERI, “Representación y autoridad en un Congreso sin Parlamento”, en el libro AA.VV. -integrantes de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional-, *Poder Legislativo*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2008.

²² Confr. Allan NEVINS & Henry STEELE COMMANGER, *History of the United States*, Nueva York, Pocket Books, 1992, págs. 219-236. Sobre estos elementos, aun con alguna discrepancia, juzgo interesante el análisis que propone Julio Sagüir (ver Julio SAGUIR, *¿Unión o Secesión?*, Buenos Aires, Prometeo, 2007).

rios, para poder “impedir” estas invasiones y asedios a la libertad, tres proposiciones pueden describir la mecánica del poder político. Es realmente notable advertir la sencillez, profundidad y sabiduría “política” que tuvieron los padres fundadores de los Estados Unidos ²³.

Los siguientes tres enunciados entonces, dan cuenta de unas precisas intuiciones constitucionales. Estas fueron postuladas con el exclusivo propósito de dar cuerpo a toda una estructura concreta de expectativas legales en torno de verosímiles comportamientos humanos. Naturalmente, a partir de ellas, un conjunto de preestablecidas previsiones constitucionales en materia de relaciones inter e intraestatales, fueron dando cuerpo a la teoría del “departamentalismo”. Luego, para evitar efectos indeseados, los arquitectos del modelo constitucional norteamericano asumieron como irrefutables las siguientes tres situaciones aquí reseñadas:

1. “Que todo incremento y concentración injustificada de facultades y recursos en cualquier centro de poder, tiene un efecto ‘predatorio’ inmediato sobre las libertades y sobre los intereses del pueblo”.

2. “Que las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo federal tienen tendencia a incrementarse por encima de las competencias y atribuciones del resto de los poderes del Estado federal”.

3. “Que a su vez, el poder federal tiene tendencia a aumentar por encima del poder de los Estados”.

Habiendo comprendido este esquema causal de hechos y consecuencias con impacto constitucional, el pensamiento federal norteamericano repitió con Montesquieu la famosa máxima: “*le pouvoir arrête le pouvoir*”. Para preservar la supremacía constitucional sin tener por ello que renunciar a condiciones fiables de delegación y articulación de conflictos, el “departamentalismo” dotó al Congreso de los Estados Unidos de importantes competencias y responsabilidades específicas. Evidentemente entonces, teniendo en cuenta los objetivos planteados y reconociendo a su vez ese previsible marco de compromisos y expectativas, desde el punto de vista institucional por cierto, el modelo norteamericano

²³ Para comprender mejor el desarrollo y la práctica del concepto de autonomía a nivel local sobre ciudades y condados, puede consultarse la siguiente obra: Michael LIBONATI, *Home Rule y Sociedad Civil -autonomía local en los Estados Unidos: historia y desarrollo de un concepto-*, traducción Pablo Riberi, Córdoba, Advocatus, 2000.

asignó al Congreso federal de los Estados Unidos un claro protagonismo en materia de federalismo.

La doctrina constitucional de los Estados Unidos, a diferencia de los modelos continentales europeos que siguieron la impronta de un “Codex napoleónico”, se aparta también de los heredados registros británicos. Sin abrazar la tradición “románica continental” y sin quedarse con el singular derecho consuetudinario, los norteamericanos prefirieron en cambio un híbrido *corpus scriptorum* constitucional, para amalgamar ambas tradiciones²⁴. En este punto, otra peculiaridad merece atención. Es conveniente advertir que por añadidura a otros modos “constructivistas” de discernimiento legal, esto es, añadidas a la actividad judicial y a las atávicas prácticas del *common law*, la llamada *statutory interpretation* fue dando singularidad teórica e interpretativa a todo un complejo desarrollo de normas y leyes nacidas en el vientre del Poder Legislativo.

Cabe notar luego, que en ese marco, la práctica constitucional norteamericana por más de cien años fundamentó la superación de conflictos “intra” e “inter” federales, por medio de previsibles mecanismos políticos e institucionales de referencia. A caballo de la doctrina del “departamentalismo” entonces -doctrina que sabe del equilibrio de los poderes y de una lectura “independiente” de las competencias y atribuciones de cada uno de éstos-, el federalismo norteamericano prefirió que los “jueces” no se excedieran en sus facultades ni mucho menos que se convirtieran en máximos y exclusivos árbitros de las reglas constitucionales en materia federal.

¿Cuál era pues, el motivo que había perfilado este sutil cuadro de expectativas más bien políticas e institucionales en materia federal? ¿Por qué se evitó una hermenéutica judicial para clarificar soluciones; para discernir objetivamente reglas y normas aplicables a los conflictos federales? La respuesta a mi juicio, es simple: en sintonía con las normas y principios establecidos en la Constitución histórica, la opción republicana -con la titularidad excluyente del pueblo como detentador de una soberanía comunitaria-, habilita un complemento de “principios” político-consti-

²⁴ Sobre la *statutory interpretation* ver los capítulos 5 y 6 (págs. 473-705) de Otto HETSEL, Michael LIBONATI & Robert WILLIAMS, *Legislative Law and Statutory Interpretation, Cases and Materials* -third edition-, Nueva York, Lexis Publishing, 2001.

tucionales de referencia. Una estrategia federal que valore el dominio de la autonomía, los poderes retenidos y la idea de un gobierno limitado entonces, al ser también republicana, es una estrategia que naturalmente tiende a evitar excesivas intromisiones de los jueces. La suerte de las “soberanías”, de las “autonomías”, de las comunidades políticas coloniales que dieron curso a la revolución, en verdad no podían admitir que su destino quedara en manos de magistrados sin responsabilidad política. La pregunta de Wechler aunque interesante, fue durante mucho tiempo inadmisibile o al menos impertinente.

Por otra parte, está claro que en Estados Unidos, las autonomías irrumpieron más robustas que en el nuestro. Piénsese, por ejemplo, que la Constitución norteamericana no tiene un artículo como el viejo 67 inc. 11 C.N. Por lo tanto, la legislación de fondo, como es obvio, fue celosamente ejercida por cada Estado de la Unión. Además, el pensamiento republicano de Thomas Jefferson fue clave en la redacción de dos enmiendas importantísimas. Me refiero a dos cláusulas extrañas a los artículos de la Constitución -parte orgánica-, y que curiosamente fueron incorporadas en el Bill of Rights²⁵. En efecto, en sintonía con nuestros arts. 33 y 121 C.N. -sobre derechos no enumerados y con relación a los derechos retenidos por los “pueblos” de los Estados-, las enmiendas IX y X del Bill of Rights, son precoces y reveladoras muestras de cuál era la conciencia cívica “localista” en el país del Norte²⁶.

²⁵ El Bill of Rights contiene las primeras diez enmiendas y fue primeramente ratificado por 11 de los 14 Estados de la Unión. La ratificación de Virginia el 15 de diciembre de 1791, permitió alcanzar el número de $\frac{3}{4}$ requerido por la Constitución.

²⁶ Más allá de ello, el fortalecimiento de una doctrina libertaria por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos, ésta terminó otorgando preeminencia a la “adjudicación” constitucional de derechos discernidos por el mismo Tribunal. Esto quiere decir que no sólo la ley y el Congreso federal conceden derechos *via legis* en el orden constitucional norteamericano. Los jueces de la Suprema Corte también lo han hecho. Por otro lado, no huelga advertir que aun cuando esta tesis pudiera afectar pretéritas interpretaciones y garantías preservadas por las Enmiendas IX y X, la adjudicación constitucional de derechos pudo avanzar incluso más allá de la interpretación de la Declaración de la Independencia y el mencionado Bill of Rights. Por caso, al respecto ver: “Griswold vs. Connecticut” (38 US 479).

Habiendo hecho estas aclaraciones, sugiero entonces en primer lugar entrar a repasar algunas referencias concretas de los *Papeles de El Federalista*; por ejemplo, el contenido específico de El Federalista 10, El Federalista 28 y El Federalista 39. En efecto, contradiciendo la percepción rousseauniana y del Barón de Montesquieu, Madison sí creía que las repúblicas podían desarrollarse en pequeños espacios geográficos²⁷. Una exploración del contenido de El Federalista 10, permite entender la implacable lógica del nombrado para justificar esta intuición constitucional. Para Madison, es precisamente la diversidad de intereses, la competitividad de las facciones dentro de grandes territorios y espacios geográficos, lo que ayudaría a consolidar la república. Por lo tanto, propiciando una anatomía de previsible comportamientos humanos conflictivos, las instituciones del Estado federal eran necesarias para trabajar sobre los “efectos” antes bien, que sobre las causas negativas del “faccionalismo” que medraba en toda la diversidad del territorio.

No deja de sorprender asimismo, la lectura de El Federalista 39 donde en lenguaje con precoces tintes “alberdianos”, el nombrado propone la necesidad de contar con una constitución mixta. Esto es, se sostiene que un texto constitucional que no sea ni enteramente “federal” ni enteramente “nacional”, es la mejor solución a la mano. En sintonía con otras expresiones introducidas, por ejemplo, en el famoso El Federalista 51, esta definición a su vez, revela la existencia de una estrategia pragmática-federal que no tenía por qué mostrarse reñida con otras claves “políticas” asociadas al autogobierno y a la mencionada división vertical del poder.

En este sentido, en El Federalista 28, la pluma de Hamilton advierte que la subdivisión del territorio en distritos era una acertada técnica para que el excesivo poder que iba a tener el Estado federal, pudiera verse limitado por vía de esta otra tónica de fraccionamiento. Para impedir invasiones sobre la libertad y sobre los derechos entonces, está claro que acendrar controles recíprocos y evitar “usurpaciones”, son dos objetivos principales tanto en el diseño constitucional norteamericano, como en el argentino.

²⁷ Es extremadamente ilustrativa la erudita descripción que propone Gordon Wood sobre este tema. En particular sugiero leer el acápite denominado “Mixed republics (ver Gordon Wood, *The Creation of the American Republic*, The University of North Carolina Press, 1969, págs. 202-206).

1. “Deferencia” hacia el Legislativo y control judicial de la supremacía

Atento los presupuestos ideológicos como así también, por las experiencias habidas durante ese primer constitucionalismo, sumada una atenta lectura de las definiciones extraídas de los *Papeles de El Federalista*, no se observa en realidad mucho espacio para que sean los tribunales árbitros o componedores en los conflictos interjurisdiccionales²⁸. De acuerdo con lo expresado renglones arriba entonces, la matriz republicana y las referencias democráticas que hicieron del autogobierno y la soberanía popular credenciales típicas de la organización constitucional del poder en los Estados Unidos, propiciaron en cambio modos políticos de consolidación y superación de estos litigios y diferencias.

Advertidos entonces de las prácticas, de las definiciones conceptuales y de la doctrina legislativa que sigue la filosofía expresada en los *Papeles de El Federalista*, paso de todos modos a reseñar algunos hitos muy importantes resueltos por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Más allá de unas inevitables inconsistencias, los repertorios de fallos en la materia permiten constatar que el máximo tribunal intervino con cautela, sensatez y prudencia. Dentro de los pliegues de una doctrina sensible a evitar inmiscuirse en cuestiones políticas, con algunas idas y vueltas por cierto, la Suprema Corte de los Estados Unidos fue llenando no pocas demandas y expectativas constitucionales de certeza legal.

Ahora bien, con el propósito de trazar un arco explicativo a través del desarrollo de algunos fallos señeros, se me ocurre que al menos tres factores merecen preliminar y especial atención.

²⁸ Sobre este debate deseo ratificar mi posición cautelosa sobre la incorporación de referencias jurisprudenciales extranjeras. Sin rechazar la importancia de explorar los *holdings* y argumentos elaborados por el derecho extranjero, en particular, al igual que Carlos Rosenkrantz he enfatizado mi escepticismo sobre la importación “autoritativa” de reglas de derecho traídas del derecho norteamericano. A propósito ver: Pablo RIBERI, “Constitutionalism and Identity: Assessing Legitimacy through Legal Transplants”, artículo publicado como uno de los *working paper series*, en el sitio del “Institute for International Law and Public Policies” en la Web (<http://www.temple.edu/iilpp/PubsWorkingPapers.htm>). Asimismo, ver Carlos ROSENKRANTZ, “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law, *International Journal of Constitutional Law*, abril 2003, vol. I, number 2, págs. 269-295.

1. En primer lugar es fundamental entender que a diferencia de la “adjudicación constitucional” -que tallando “inductivamente” el reconocimiento de derechos individuales, sigue la impronta del *common law*-, en materia de federalismo, el descubrimiento y consolidación del derecho judicial, se ha prevalido de modos hermenéuticos “deductivos” más afines a la doctrina de la *statutory interpretation*.

2. En segundo lugar, es insoslayable reconocer que en términos idénticos a los que inspiraron nuestro art. 31 C.N., la Supremacy Clause del segundo párrafo del art. VI de la Constitución norteamericana tuvo por objetivo evitar que los amplios poderes legislativos retenidos por los Estados de la Unión, pudieran entorpecer o llegar a alterar el diseño federal sobre derechos y bienes colectivos. Con inteligencia entonces, fue previsto que predicados normativos extraídos del texto de la Constitución, de los tratados internacionales y de las leyes federales, paulatinamente tendrían que vérselas con otros predicados legales definidos por los Estados. Luego, no fueron las todavía imposibles lecturas de Kelsen las que motivaron la redacción de esta norma, sino muy por el contrario, fue un pragmático sentido “constitucional” de dar solución a ineludibles relaciones de subordinación. Aun cuando no fue concebida como “árbitro exclusivo” para discernir “esa” supremacía, está de todos modos bien claro que ora por vía de competencia originaria, ora por vía de apelación, la Suprema Corte de los Estados Unidos siempre tuvo conciencia de su protagónico rol en esta materia de litigio.

3. En tercer lugar, una práctica repetida e importante en materia federal, ha marcado que *ex ante*, cuando decisiones, proyectos de leyes o normas en general de los Estados pudieran afectar competencias propias del Congreso federal, la consulta o el debate legislativo preventivo han marcado una distintiva nota de autoridad de este último.

Ahora bien, resta pensar algunas cosas. Por ejemplo, ¿qué sucede entonces cuando existe alguna decisión, norma o actividad subnacional que se presume afecta o impacta en atribuciones compartidas o propias del Congreso federal? Pues bien, cuando más allá del poder de policía local, el Congreso interpreta que una ley o decisión de los Estados se muestra contraria a la “Cláusula para el Comercio”, puede por caso proveer lo que se conoce como *the preemption lit*. En este punto, durante mucho tiempo el marco institucional y legal que propuso la “Comisión para Relaciones Intergubernamentales” del Congreso de los Estados Unidos, merece atención. Lógicamente, frente a un conflicto de compe-

tencias, la decisión o norma atacada por voluntad del Congreso, era una decisión o norma que debía ceder²⁹. Por otro lado, cuando una manifestación de esta índole tomaba estado público, en realidad, difícilmente la actividad de un tribunal o de la misma Suprema Corte podía llegar a contradecir. Aun mediando un sugestivo “silencio legislativo”, el caso “Pennsylvania vs. Wheeling” sin duda es un caso muy ilustrativo en esta materia³⁰.

2. Breve crónica de casos

Pero empecemos por una breve crónica y un sucinto repaso de antecedentes relevantes. El caso más importante resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos después de “Marbury vs. Madison”, muy probablemente sea “Martin vs. Hunters Lessee”³¹. Ello es así porque

²⁹ En este punto, para comprender los mecanismos institucionales que promueven acuerdos “cooperativos” o el llamado “federalismo de concertación” entre los diversos niveles estatales, es oportuno tener presente la importante labor que cumplió la “Advisory Commission on Intergovernmental Relations” del Congreso de los Estados Unidos. Dicha comisión actuó frente a las relaciones Federal-State, Interstate-State-Local. Asimismo, algunas constituciones estatales como las de Missouri, Pennsylvania, Illinois, exhiben también cláusulas *inter alia* para promover acuerdos cooperativos de este tipo. Finalmente, tras algunos hitos anteriores y bajo el mismo rango de intenciones que nuestro CFI, en 1959 por medio de ley (Law 86-380; 73 Stat 703) se creó la agencia estatal para relaciones intergubernamentales (ACIR). Este era un órgano bipartidista, contemplado en el presupuesto y compuesto por 26 miembros cuyas funciones básicas consistían en estudiar, promover concertaciones y elaborar recomendaciones para mejorar la cooperación y la eficacia en el funcionamiento de las relaciones interjurisdiccionales. Por ejemplo, el citado texto del profesor Libonati en su versión original -cuya traducción al español me pertenece-, fue oportunamente encomendada por la ACIR. Curiosamente, cuando después de 40 años los republicanos lograron mayoría en el Congreso, al igual que la Administrative Conference of the United States (ACUS) -en septiembre del año 1996-, la agencia fue disuelta. El profesor Kincaid fue su último director. En nuestro país, existe una “Comisión Bicameral Permanente Asesora de la Federación Argentina de Municipios” y según tengo entendido, ésta ni siquiera tiene integración.

³⁰ 13, How. (59 US) 421 (1856).

³¹ Wheat 304, 4 L.Ed 97.

desde 1805, a partir de éste, el concepto de “supremacía” constitucional termina de consolidarse en expansión vertical. El trascendente significado constitucional del *dictum* de este decisorio, precisamente, se debe a que el valor declarativo seminal de la supremacía constitucional discernida a partir de la lectura de la Constitución -y el fallo “Marbury vs. Madison”-, se ve ahora extendido en gradiente vertical. Puestas nuevamente en tela de juicio los predicados de la “Judiciary Act” y entendidas las atribuciones locales con relación a un caso judicial fenecido en la máxima instancia judicial de Virginia, la cuestión de derecho a resolver tuvo que ver con la facultad constitucional asumida por la Suprema Corte para revisar y revertir por vía de apelación, la sentencia mencionada ³². Y la Suprema Corte de los Estados Unidos interpretó que podía hacerlo.

No tengo dudas que “McCulloch vs. Maryland”, caso de 1819, es otro precedente capital dentro de esta crónica ³³. Como es sabido, el voto del juez Marshall supo interpretar que por encima de las facultades tributarias y fiscales conservadas por los Estados, las competencias implícitas del Congreso otorgadas por la Constitución, merecían tener preeminencia. La vocación “nacionalista” y “legalista” de Marshall se trasluce claramente en su razonamiento. Sobre todo cuando con elocuencia y sabiduría advierte: “*no se olvide que es una Constitución lo que estamos interpretando; una Constitución destinada a perdurar en los tiempos y consecuentemente, a adaptarse al curso de las diversas crisis de los asuntos humanos*”.

En efecto, dado que de acuerdo con las atribuciones implícitas establecidas en el último párrafo (18) de la Sección 8, del art. 1º y en conformidad a los términos de la Sección 10 de la Constitución norteamericana, el Con-

³² Es importante notar las circunstancias político-constitucionales que rodean el caso donde en reclamo de intereses de propiedad, los descendientes de Lord Fairfax ingresan en una disputa judicial en los tribunales de Virginia. Aquí estaba de por medio la interpretación de un tratado internacional de paz con Gran Bretaña, frente a derechos consolidados por adquirentes de buena fe que habían comprado en subasta pública bienes expropiados y rematados a súbditos de la Corona Británica durante la guerra entre 1783 y 1794. A su vez, no huelga destacar que fue el juez Story quien redactó el fallo. Tuvo que hacerlo, toda vez que intereses económicos personales de Marshall y sus parientes, le pusieron nuevamente en una situación comprometida para impartir justicia.

³³ 4 Wheat 316, 4 L. Ed.579 (1819).

greso federal había decidido crear el segundo Banco de los Estados Unidos; las actividades comerciales que dicha entidad ejercía en territorio de los Estados, no debía ser objeto de presiones impositivas por parte de los Estados. Si éstas desincentivan los negocios y la actividad financiera del banco, ellas eran inconstitucionales, argumentaba la sentencia³⁴.

En “Gibbons v. Odjen”, Marshall toma nuevamente la pluma para dejar bien en claro que además de contar con capacidades tributarias y presupuestarias propias, el flujo y el comercio interestatal del país es también materia de derecho reservada a la actividad regulatoria del Congreso de los Estados Unidos³⁵. De nuevo, enfatizando la competencia exclusiva en actividades vinculadas al comercio “interestatal”, el Congreso de los Estados Unidos utilizó la norma invocada para seguir avanzando en el diseño de políticas públicas y de reforma, en diversas áreas de las relaciones civiles³⁶.

³⁴ Cabe notar que en el debate legislativo que discutió las facultades del Congreso de los Estados Unidos para crear un banco que actuara en todo el territorio del país, los votos afirmativos triunfaron por 39 a 20. Dentro de la Comisión que examinó el proyecto, 9 estados votaron positivamente. Pennsylvania votó dividida y Massachusetts fue por la negativa. Es curioso que Madison -por Virginia-, también votó en contra. Cabe destacar que luego de conocido el fallo, la Legislatura de Virginia formalizó una “protesta solemne” en contra de éste mientras que en Ohio, autoridades locales, retuvieron por la fuerza dinero de una sucursal. Finalmente, el presidente “populista” Andrew Jackson -quizá el primer adalid del “departamentalismo”-, vetó la ley que habilitaba la continuidad de la institución. En este punto, en su excelente biografía, no tiene desperdicio la relación que Jon Meachan hace sobre la actuación de Jackson (confr. JON MEACHAN, *American Lion*, Nueva York, Random House, 2008, pág. 211). Más allá de toda polémica, Marshall sin embargo, siguiendo la línea de Hamilton, justificó los poderes implícitos del Congreso de los Estados Unidos.

³⁵ 22 US (9 Wheat) 1, 6 L. Ed. 2d 23 (1824). En materia de distribución de competencias para discernir un conflicto cuyos hechos se originan por defecto del comercio, corresponde prestar especial atención al *holding* de este caso. Y digo esto, porque además éste ha sido invocado por nuestra Corte Suprema (confr. los autos: “Cánovas Amengual c/ Transporte San Francisco” (1986).

³⁶ En 1811, la Legislatura de Nueva Orleáns había dado a manos privadas el monopolio del transporte de pasajeros por el río Mississippi. Este es un caso interesante no sólo por su contenido, sino porque intervienen dos figuras políticas prominentes en la disputa. El fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos declara inconstitucional las regulaciones estatales que evitaban situaciones monopólicas en el tráfico fluvial entre Nueva York y Nueva Jersey. El tenor de dichas regulaciones, *obiter dicta*, invadía la exclusiva competencia del Congreso federal en la materia.

En materia de comercio interestatal entonces, sobre todo a partir de mediados de la década del 30', hasta el advenimiento de la "Corte Rehnquist" en 1995, el máximo tribunal norteamericano mantuvo una posición casi inmovible. En este territorio, la Suprema Corte de los Estados Unidos fue invariablemente "deferente" hacia el Congreso de los Estados Unidos. Aun en casos complicados, cuyas conexiones con el comercio interestatal se veían como traídas de los pelos, la deferencia judicial fue pacíficamente mantenida sin extravagancias. No obstante, en los últimos tres lustros, parece que la pregunta de Wechler ha hecho carne en algunos miembros del máximo tribunal. A partir de antecedentes tales como "López" y "Morrison", el temperamento aludido y la "*judicial self-restrain*" ha empezado a cambiar ³⁷.

De todos modos, una de las expresiones más acabada sobre el protagonismo constitucional asignado al Congreso, sin duda es el mencionado fallo "PA vs. Wheeling". Este caso es muy revelador pues aclara dos aspectos muy fundamentales.

1. En primer lugar, cuando una norma, decisión o acto de los Estados afecta de algún modo atribuciones propias del Congreso -en el caso de marras, la cláusula para el comercio de nuevo-; según haya o no silencio parlamentario, la cuestión de derecho es si debe -y, en su caso, cuándo debe- mantenerse la presunción de constitucionalidad del acto o decisión tomada a nivel subnacional.

2. En segundo lugar, dada la irrupción de un conflicto entre uno o varios de los Estados y el gobierno federal, la pregunta que sigue es cuál

³⁷ Involucrada la "ley para zonas escolares libres de armas" (Gun Free School Zones Act), el punto de inflexión fue el famoso caso de 1995, "United States vs. López" (514 US 549). En efecto, más allá del disenso del juez Brennan, en este decisorio, la Suprema Corte cuestionó la conexión argumental que proponía una razonable relación entre el legítimo propósito legislativo de regular la tenencia de armas en las escuelas, con el mandato de la cláusula para el comercio. Sobre este caso, al igual que el fallo del 2000, "United States vs. Morrison" (529 US 598) la Suprema Corte norteamericana pronuncia su "activismo" atreviéndose a declarar la inconstitucionalidad de una previsión de la ley contra la violencia de la mujer (Violence Against Woman Act). Sobre ambos casos pueden leerse sendas sólidas críticas de Cass Sunstein y Mark Tushnet (confr. Cass SUNSTEIN, *Justice in Robes*, Nueva York, Basic Book, 2005, págs. 238-240). Asimismo confr. Mark TUSHNET, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, 2003, págs. 38-42 y 76-77).

es el rango de poder que tienen los tribunales y la Suprema Corte de Justicia para saldar autoritativamente el conflicto.

Con relación al primer tópico, desde este antecedente, prevaleciendo de la mencionada *preemption lit*, el Congreso puede identificar y calificar la decisión de los Estados como lesivas a sus propias facultades. En el caso, aludiendo la *commerce clause* (art. 1º, Secc. 8, cl. 3), sucedió además un hecho curioso y por demás aleccionador.

En efecto, cuando el Congreso nada dijo, los Tribunales y la Suprema Corte atinaron a comportarse como “árbitros” en el diferendo³⁸. Luego, con relación al segundo interrogante, cuando el Congreso expresamente emitió su opinión, la Corte Suprema rápidamente mudó de criterio. Frente al silencio parlamentario, cuando la seguridad del puente en construcción entre Pennsylvania con Nueva Jersey había sido judicialmente cuestionada, una primera sentencia de la Suprema Corte hizo lugar a la demanda. Téngase presente que las condiciones de seguridad en discusión habían sido establecidas por normas subnacionales. Lógicamente, al rechazarse la habilitación de la estructura, la obra corría serio riesgo de quedar paralizada. Sin embargo, en una segunda decisión, una vez que el Congreso de los Estados Unidos sancionó una ley “legitimando la estructura”, el máximo tribunal admitió que “ya no era más ilegal” - “ni peligrosa” la estructura del puente.

Continuando este recorrido en breve síntesis, destácase “Missouri vs. Holland” como un caso también muy interesante. Este fallo de 1921, permite ver cómo entraron en colisión la interpretación de atribuciones

³⁸ Existe una muy rica e importante jurisprudencia sobre este punto. V.gr., el fallo de 1851 “Cooley vs. Board of Wardens” (52 US 299). Y a propósito del ejercicio del poder de policía -en sentido restringido- a nivel local, aun cuando éste se expide por encima de la legislación estatal o nacional, resulta un señero antecedente “Huron Portland Cement Co. vs. Detroit” (362 US 440). Por lo tanto, en semejante sensibilidad a la que se deriva de nuestro inc. 13 del art. 75 C.N., entonces, resulta exclusiva la facultad del Congreso de los Estados Unidos para legislar sobre comercio interestatal. Sin embargo, la compleja trama impositiva ha originado también en el país del Norte, no pocas reglamentaciones locales oscuras y varios pleitos judiciales en la materia. Más allá de ello, desde 1865 en nuestro país, con persistente ahínco, nuestra Suprema Corte de Justicia ha rechazado las imposiciones de las provincias que pudieran entorpecer la salida o el comercio interprovincial. V.gr., “Mendoza c/ San Luis” (C.S.J.N., Fallos 3:131)

locales en ejercicio de poderes no delegados, frente a las atribuciones del gobierno federal en ejercicio de poderes propios³⁹. En la evaluación de los puntos de contacto, la Suprema Corte aseguró empero que la preeminencia de un tratado internacional firmado con Canadá en 1918, llevaba a privilegiar las pretensiones del gobierno federal. En efecto, los actos ejercidos por el Estado federal en ejercicio de atribuciones del Congreso para cerrar tratados internacionales con potencias extranjeras (Treaty-making Powers), habían sido cuestionadas por el Estado de Missouri quien, en base a los poderes retenidos y competencias pertenecientes al pueblo mismo -según los términos de la Enmienda X del Bill of Rights-, pretendía conservar el poder de policía dentro de los límites del territorio estadual⁴⁰.

En este dominio -tal como advierte Mark Tushnet-, conviene advertir que en materia de tratados internacionales, los principios atávicos que alguna vez definieron facultades y competencias exclusivas en manos del Congreso federal y del Poder Ejecutivo Nacional -al igual que en nuestro país-, están hoy siendo afectados por nuevas necesidades y demandas verticales que ascienden desde lo local. La incorporación de niveles políticos subnacionales de decisión en la discusión de problemas e intereses locales transfronterizos, es por caso, un hecho plausible también en los Estados Unidos⁴¹.

Finalmente es oportuno analizar que a partir del “New Deal”, el comercio interjurisdiccional y el balance de poderes dentro de todo el terri-

³⁹ 252 US 416 (1920).

⁴⁰ A tono con la “Supremacy Clause” del art. VI, el art. I, Secc. 10, Cl. I y art. II, Secc. 2, Cl. 2 repárese cuáles son las facultades del Congreso y del presidente de los Estados Unidos en materia de tratados internacionales. Invocando el ejercicio de atribuciones propias de poder de policía, Missouri decidió demandar a Holland, un guardaparques nacional que estaba custodiando el cumplimiento de un tratado internacional “para proteger aves migratorias”. ¿Qué debía primar, el ejercicio de las competencias de los poderes federales que habían arreglado un tratado internacional con Canadá? ¿o debían acaso primar las atribuciones “no delegadas de Missouri” en el ejercicio de sus poderes de policía para regular la caza? Téngase presente entonces el texto de la Enmienda X que afirma: “The powers not delegated to the Unites Status by the Constitution, nor prohibited by it to the States are reserved to the States respectively to the people”.

⁴¹ Confr. Mark TUSHNET, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, 2003, pág. 148.

torio, ha sido un recurso argumental del gobierno federal, para promover políticas públicas afines al llamado “constitucionalismo social”⁴²; por ejemplo, con relación a las leyes que pretendían evitar el trabajo infantil o de otros grupos vulnerables; o con políticas públicas dirigidas a promover la reactivación de la economía. En este renglón, es insoslayable traer a colación el conflicto que protagonizara el gobierno de Roosevelt con muchos tribunales que se volvieron “activistas” para impedir la aplicación de leyes que pretendían modificar y regular condiciones de trabajo retrógradas.

En efecto, por diversos argumentos constitucionales, muchas leyes reguladoras de condiciones laborales fueron declaradas inconstitucionales por varias cortes federales. La llamada ley NIRA de 1935 por ejemplo, fue objeto de impugnación judicial toda vez que varios tribunales observaron que al ser tan amplia la “delegación legislativa” en manos del PEN, o al inmiscuirse en áreas de la “legislación local”, ésta merecía ser declarada inconstitucional. Frente a esta tendencia sin embargo, tanto Roosevelt como la mayoría del Congreso, advirtieron que el argumento era de menor entidad frente al peligroso precedente de la intrusión del Poder Judicial en cuestiones privativas del Congreso en materia de “comercio interestatal”.

Además de los conocidos ataques e intentos de remoción y alteración de la composición de la Suprema Corte, merecen mención asimismo los términos de la ofensiva de Roosevelt a partir del 9 de marzo de 1937. Sin titubear, el presidente acusó a los integrantes de la Suprema Corte de querer convertirse en un órgano “político” empeñado en obstruir tanto la legislación federal como la autonomía de los Estados. Luego de la guerra de “Secesión”, téngase presente, la mayoría de las leyes sociales y las reformas en materia de derechos políticos y civiles, fueron históricamente resistidas tanto por bolsones conservadores del Poder Judicial como en algunos estratos de elites locales⁴³.

⁴² Es muy ilustrativo de este temperamento, el debate que se ha desencadenado con motivo de la candidatura de Elena Kagan como ministro de la Corte Suprema de ese país. En efecto, la clara posición “anticonservadora” de la nombrada es destacada por caso, en la editorial del New York Times del 20 de julio de 2010. Confr. http://www.nytimes.com/2010/07/20/opinion/20tue1.html?_r=1&ref=opinion

⁴³ Con relación a la igualdad ciudadana de los antiguos esclavos, y con relación a la regulación de derechos sociales y de salubridad en el trabajo, respectivamente el caso

Finalmente en 1991, “Gregory v. Ashcroft”, se convierte en un caso por demás revelador y paradigmático. Su contenido sirve para evaluar el papel que en materia federal tiene el Congreso frente al Poder Judicial de los Estados Unidos. Este es un fallo donde frente a la interpretación de una ley federal en supuesta colisión con el contenido de una norma incorporada por vía de reforma constitucional por el Estado de Missouri, la Suprema Corte de los Estados Unidos ofreció una notable muestra de prudencia y deferencia “política” hacia el Congreso de los Estados Unidos ⁴⁴. De un modo más radical a lo sucedido en nuestro país con la voluntad constituyente de 1994, la Constitución de Missouri estableció una norma que impedía directamente a los jueces continuar en el cargo una vez que cumplieran 70 años ⁴⁵. El caso de marras fue llevado por ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. Invocando la “Federal Age Discrimination and Employment Act (ADEA)”, cuyo contenido impedía este tipo de limitaciones o discriminaciones, el máximo Tribunal norteamericano ofrece los siguientes argumentos que aquí se sintetizan:

1. En primer lugar, que reconociendo la autonomía de Missouri-preservada por la Enmienda X y la cláusula de garantías de la sección 4^a del art. IV de la Constitución de los Estados Unidos-, prefería evitar impugnar la norma atacada.

2. En segundo lugar, con notable visión institucional y política, advierte sin embargo, que dado que el Congreso de los Estados Unidos es quien debe tener la última palabra en la materia, esta solución va a tener vigencia si y sólo si, el Congreso de los Estados Unidos no decide retomar el examen del caso.

“Lochner vs. New York” de 1905 (196 US 45) y el caso de 1857 “Dred Scott vs. Sandford” (60 US -19 How.-a 393, 15 L.Ed. 691), sin duda permiten ejemplificar las aludidas resistencias.

⁴⁴ 501 US 452 (1991).

⁴⁵ Por contraria analogía a la doctrina de nuestra Corte Suprema, este caso es muy interesante. En particular estoy pensando en el caso “Fayt”. Para recordar algunas sensatas observaciones hechas a propósito de este decisorio es atinente repasar el libro de Hernández (Antonio María HERNÁNDEZ, *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001).

IV. Epílogo

¿Cómo es posible que veamos resignados cómo nuestros gobernadores tienen que llevar sus reclamos, pretensiones y demandas en materia de recursos y competencias propias ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación? ¿Qué pasa con nuestro Congreso que ha fracasado en sancionar la Ley Convenio de Coparticipación Federal y poco ha hecho por actualizar la agenda federal argentina? Lógicamente, no sólo nuestro federalismo está calificando bajo. En rigor de verdad, la calidad democrática y la precariedad de la república es un signo inequívoco dentro de esta decadente situación.

Si las demandas de federalismo, básicamente, son productos derivados de la diversidad “política” y “territorial” que presenta el país, la pluralidad de perspectivas y de intereses que exhibe el Poder Legislativo, no puede dejar de revelarse como un hecho fundamental. Por representación, el Congreso de la Nación debiera incorporar y promover prácticas deliberativas, de disputa, de negociación, de acuerdo y cooperación comprometidas con el ideario federal. Tanto el inevitable conflicto como la necesidad de acuerdos -sea por oposición, sea por alineación de intereses-, son categorías políticas vitales en sociedades complejas como la nuestra.

Dado que el Congreso es el poder más “político” del Estado, el papel de nuestro parlamento en materia de federalismo, merecería verse plenamente reconsiderado. Un orden constitucional democrático y republicano, con respeto por el autogobierno y las autonomías locales, debería recomponer los mecanismos institucionales de nuestro federalismo. Por otro lado, como lo demuestra el ejemplo norteamericano -y como es el caso de nuestro deformado presidencialismo por cierto-, el llamado “departamentalismo” dentro de los esquemas de “separación de poderes”, demuestra comportarse como una alternativa estratégica beneficiosa para buscar armonizar “políticamente” las inevitables tensiones, sin con ello someter a las autonomías subnacionales.

Naturalmente también, que haya un Poder Ejecutivo Nacional respetuoso de las autonomías, es un dato de fortaleza para el sistema. Además, aun cuando la Suprema Corte pueda seguir presumiendo su condición de “sumo decisor” en conflictos interjurisdiccionales que le son propios (art. 116 C.N.), la relación del gobierno federal y los Estados provinciales, necesita no sólo una mayor actividad del Senado, sino también, de

un Congreso activo para la promoción del federalismo en claves de bienestar general. En el modelo norteamericano al menos, está claro que este último sigue conservando un rango importante de independencia para actuar y decidir en este dominio de propósitos constitucionales.

De acuerdo con nuestra Constitución, las normas y reglas dispersas en prescripciones constitucionales como las contenidas en los arts. 31, 1, 2, 5, 121, 122, 123, 126, 127, 7, 8, 9, 26, 32, 34, 41, 75 inc. 2, 75 inc. 3, 75 inc. 4, 75 inc. 6, 75 inc. 7, 75 inc. 8, 75 inc. 9, 75 inc. 10, 75 inc. 12, 75 inc. 13, 75 inc. 32 C.N., y más fundamentalmente en los arts. 6º, 75 inc. 31, 99 inc. 20, 75 inc. 18, 75 inc. 19, 124, 125 y 128 C.N., nos permiten un adecuado marco constitucional de referencia. Claro, ello es así siempre que un cambio copernicano impacte en las prácticas y en los modos institucionales de relacionar y fortalecer la arquitectura federal de la Argentina.

La pletórica y desbordante potencia de nuestro “hiper-presidencialismo” ha afectado la lógica de la confrontación, negociación y debate político en el país. Las deficiencias advertidas a nivel horizontal son también plausibles a nivel vertical. En particular, tal como he precisado en otro texto, toda “negociación” debe asentarse en la certeza de que es posible que actores racionales muestren similares aptitudes estratégicas. Y en este punto, vale la pena recordar que según Von Newmann y Morgersten, toda negociación racional para ser tal, presupone al menos dos reglas fundamentales.

1. Que si las partes son racionales, no aceptarán un acuerdo si lo que éste les ofrece es menos de lo que obtendrían en ausencia de acuerdo.

2. Que si las partes son racionales, no alcanzarán un acuerdo, si perciben que un acuerdo alternativo disponible permite que al menos uno de los participantes va estar mejor, sin que los otros estuvieran peor ⁴⁶.

Una perspectiva republicana y democrática acorde a un federalismo moderno por lo tanto, necesita que las instituciones representativas del

⁴⁶ A propósito de condiciones de racionalidad estratégica en las decisiones colectivas ver: Pablo RIBERI, “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político”, en *Constitución de la Nación Argentina -con motivo del sesquicentenario de su sanción-*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. 2, págs. 305 a 312, Sobre Von Newmann y Morgersten, ver específicamente, Brian BARRY, *Teoría de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1995, pág. 28.

gobierno federal -el Congreso federal, en primer lugar-, asuman prácticas y responsabilidades más comprometidas con las lógicas “políticas” de superación de conflictos. La eclosión de diferencias “interjurisdiccionales”, lejos de revelar caos o inmadurez, por el contrario concede oportunidades institucionales para profundizar la pluralidad y la fuerza democrática de la diversidad federal del país. Si las tensiones derivadas de las autonomías y de las pujas interjurisdiccionales fueran entendidas como datos positivos, está claro también que el papel del Congreso -la “política”- debiera fortalecerse y transformarse en recíproca conexión.

Federalismo, sin responsabilidad ni conciencia sobre el significado del autogobierno, en realidad, es sólo “provincianismo folclórico” o simple materia retórica para la frivolidad académica. Por ello, más allá de las profundas razones y credenciales constitucionales y afectivas que exhibe nuestro federalismo, a decir verdad, éste necesita renovar métodos y prácticas más eficientes. Un federalismo sin soluciones para la gente, es un federalismo que por las razones que fuere, está en riesgo de perecer.

Para evitar la prolongación de su deterioro; para evitar su degradación y los daños colaterales que sobre libertades políticas elementales se expanden irremediamente, es conveniente comenzar a identificar los puntos institucionales de fricción. Luego, pasar a modificar, incorporar y fortalecer prácticas parlamentarias como las que ha protagonizado la mencionada “Comisión para Relaciones Intergubernamentales” del Congreso federal de los Estados Unidos.

Es tiempo que el fértil pensamiento federal argentino, abandone el lamento de muchos de sus libros para meterse pleno y vital, dentro del tejido de nuestras instituciones fundamentales. El federalismo ha surgido de los pliegues profundos de nuestro interior; en la vida provinciana y en no pocas luchas civiles. Pero el repertorio del federalismo claro está, todavía no se ha consolidado en la fría agenda de las burocracias ni en el caliente escenario de nuestras instituciones más importantes. Si dentro del mapa de preocupaciones políticas del Congreso federal argentino, el federalismo es algo así como una pose para distinguir algunos caudillos territoriales, difícilmente hemos de lograr disfrutar sus buenas promesas.

EL FEDERALISMO Y EL PODER DE POLICÍA

por SUSANA G. CAYUSO

SUMARIO: I. Introducción. II. Encuadre constitucional del sistema federal. III. Facultad reglamentaria del gobierno central. Derechos fundamentales. IV. Concepto y alcance del poder de policía.

I. Introducción

El tema es complejo y extenso. La intención al abordarlo es formular algunas reflexiones generales en el marco de la Constitución Nacional y a partir de la doctrina elaborada en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este contexto, el conflicto constitucional que históricamente se vislumbra en el tema de referencia es la tensión permanente en el ámbito de competencias del Estado central y de los gobiernos provinciales.

En otros términos, de qué manera ha influido el concepto de poder de policía y la doctrina de la emergencia económica en el debilitamiento del federalismo, con claro menoscabo de las autonomías provinciales.

II. Encuadre constitucional del sistema federal

En el art. 1º de la C.N., el constituyente originario plasmó el diseño de la organización del Estado argentino, el cual tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Para la mejor comprensión de la disposición y su alcance, es necesario precisar que la “forma representativa republicana” determina quiénes ejercerán las funciones de gobierno y bajo qué condiciones, mientras que la forma federal apunta a la distribución del poder en el ámbito territorial.

El modo en que ha sido terminológicamente individualizada la forma de gobierno, sin decirlo expresamente, consagra el sistema de democracia indirecta, según el cual el pueblo ejerce su soberanía a través de sus representantes. A su vez, el término “republicana” califica el sistema de democracia representativa al sujetar el accionar gubernamental a los principios que son propios de una república, a saber: división de poderes; publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de los funcionarios, libertad e igualdad, alternancia en el ejercicio de los cargos públicos. La forma de gobierno, en los términos expuestos, se ratifica en la primera parte del Preámbulo, cuando se refiere a “nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina”, y en el art. 22 de la norma fundamental cuando declara que “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”. Por su parte, los principios enunciados están receptados en el art. 33 de la Norma Fundamental, conocida como la disposición de los derechos implícitos o no enumerados, cuyo reconocimiento y protección tienen su origen en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno. El constituyente reformador de 1994 consideró oportuno integrar a la estructura constitucional mecanismos de democracia semidirecta, y a tales efectos incorporó la consulta popular (art. 39) y la iniciativa legislativa (art. 40). En ambos institutos, el pueblo retoma el ejercicio del poder político a través de una participación activa en la toma de decisión de los órganos públicos; ello, por lo menos, desde la descripción teórica de los instrumentos.

Por otro lado, la elección de la forma de Estado federal significa haber optado por una distribución territorial del poder que se caracteriza por la coexistencia de más de un centro de creación de normas. Por ello, la organización del poder reconoce al gobierno central y a los gobiernos provinciales y establece una compleja trama de facultades propias y exclusivas del gobierno central, y propias y exclusivas de los gobiernos locales y concurrentes. A modo de adelanto diríamos que el criterio de distribución de competencias entre Nación y provincias está dado por el art. 121 de la norma base, según el cual se establece la diferencia entre la delegación de facultades al gobierno central y las facultades no delegadas, reservadas a los gobiernos locales. La relación entre gobierno central y gobiernos locales, de naturaleza vertical, está sintetizada en el art. 5° de la C.N. El reconocimiento de la autonomía local, ligada al dictado de las respectivas constituciones, exige que éstas respeten la forma de gobierno representativa republicana de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. Asimismo, y en relación

con las facultades reglamentarias infraconstitucionales, el art. 75 inc. 12, es el que sientan las pautas para la concurrencia de tales facultades. Ya que se trata de un federalismo atenuado, el Poder Legislativo Nacional tiene la facultad de dictar lo que se denomina la legislación de fondo, única y común en todo el territorio de la Nación, y las provincias conservan para sí la facultad de dictar los códigos de procedimientos y aquella reglamentación ligada a cuestiones propias del ámbito local, a las que volveremos más adelante. La estructura federal diseñada en el texto constitucional argentino formula relaciones de subordinación al Estado federal; de participación a través de la integración del Senado como órgano del Congreso nacional; y de coordinación en las materias de competencia concurrente.

Juan Bautista Alberdi dice al respecto que *“Estando a la ley de los antecedentes y al imperio de la actualidad, la República Argentina será y no podrá menos de ser un Estado federativo, una República nacional, compuesta de varias provincias, a la vez independientes y subordinadas al gobierno general creado por ellas. La idea de una unidad pura debe ser abandonada... por convencimiento... el enemigo capital de la unidad pura en la República Argentina... es el espacio de 200.000 leguas cuadradas... La distancia es origen de la soberanía local...”*¹.

Finalmente, la forma de gobierno y la forma de Estado estarán condicionadas en su implementación al resto del articulado, lo que significa que el alcance de la operatividad de aquéllas sólo podrá ser entendida acabadamente mediante una interpretación armónica de todo el plexo de base. No se trata de cualquier forma representativa republicana y federal sino de aquella que “establece la presente Constitución”.

En concordancia con lo expuesto, el art. 5° de la C.N. consagra la autonomía provincial y el poder constituyente local².

¹ Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 2ª ed., Mercurio, 1852, Cap. IX.

² “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

Las disposiciones de este artículo integran el dibujo constitucional del sistema de Estado federal adoptado en el art. 1º, con la aclaración de que tal distribución de poder será bajo las condiciones fijadas a lo largo del plexo jurídico de base. Los arts. 1º, 5º, 6º, 75 inc. 12, 121, 123, y concs. de la norma constitucional, proporcionan la estructura del perfil del federalismo desde un mandato del “deber ser”. En tal sentido, la enunciación normativa que transitamos establece los presupuestos mínimos y básicos que deberá satisfacer una provincia para obtener la garantía del Estado Nacional; un gobierno federal conviviendo con autonomías locales. Asimismo, aquellos presupuestos tienen una relación directa con el art. 31 del plexo jurídico de base, ya que el principio de supremacía constitucional requiere de instrumentos institucionales, de naturaleza tanto procedimental como sustantiva, tendientes a asegurar la preeminencia de la Constitución federal y la coherencia del sistema institucional normativo vertical. Hasta la reforma de 1860 el sistema federal era aún más restrictivo y rígido al prever que las constituciones locales debían ser revisadas por el Congreso de la Nación antes de ser promulgadas en el ámbito local³. Se trataba de un control político y su supresión fue una de las cuestiones centrales para la reforma de 1860, ya que Buenos Aires no estaba dispuesta a aceptar tal condicionamiento.

Durante la denominada “Convención del Estado de Buenos Aires” encargada del examen de la Constitución federal, en la sesión del 27 de abril de 1860 Sarmiento sostuvo: “... *si es una legislatura de provincia la que ha dado la Constitución, ella representa más la soberanía popular, porque un congreso federal está llamado a legislar sobre ciertos objetos señalados, y el hecho de la revisión lo hace constituyente para las provincias...*”⁴.

La intención era acentuar el principio de autonomía local -gobierno y administración propia- de manera de obtener y mantener un ámbito de

³ El art. 5º de la Constitución de 1853 decía en el último párrafo que “Las constituciones provinciales serán revisadas por el congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.”

⁴ *Convención Nacional de 1898. Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y convenciones reformadoras de 1860 y 1866*, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, t. I, pág. 885.

decisión independiente para lograr la vigencia efectiva del federalismo. Sin embargo, en los hechos el sistema es débil. La estructura y la metodología de los partidos políticos nacionales; la doctrina de la intervención federal; el criterio de poder de policía amplio como facultad reglamentaria del Estado Nacional -de límites difusos y, generalmente, conflictivos-; la doctrina de la emergencia económica, utilizada para legislar a lo largo y a lo ancho del territorio, sin ninguna ponderación acerca de la necesidad de políticas públicas diferenciadas según las necesidades de las diversas regiones; la ausencia de recursos, agravada por una política impositiva centralista y distorsiva que hace dependiente a las distintas provincias, ya que la coparticipación suele confundirse con preferencias políticas, entre muchas otras cuestiones, ha dado por resultado estructuras locales fuertemente ligadas al gobierno nacional, organizadas bajo la influencia de una cultura caudillista. La combinación de estas dos últimas variables, proporciona, además, una manipulación política relevante con una persistente y clara declinación institucional del rol del Senado, que según los fines constitucionales debería representar los intereses locales.

En el contexto indicado, la reforma constitucional de 1994 acentuó desde lo normativo los principios y reglas federales. Incorporó numerosas disposiciones que han profundizado las relaciones de colaboración y concertación. Pero la realidad sigue siendo otra y parecería responder a causas que no alcanzan a solucionarse sólo con la letra de la ley, aunque se trate de la norma fundamental.

En los términos del art. 5º, el mandato constituyente dirigido a las provincias no es optativo en cuanto a la forma de gobierno y a la adecuación de las constituciones locales a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando la norma indicada, rechazó la demanda iniciada por los representantes de un partido político de la provincia de Santa Fe por la que pretendían la declaración de inconstitucionalidad del art. 64 de la Constitución provincial en cuanto exige el intervalo de un período para la reelección de gobernador y vicegobernador. El considerando 3º contiene el fundamento de la denegatoria efectuada por el Tribunal al sostener que “Las competencias reservadas por cada una de las provincias para el ejercicio de su poder constituyente bajo el condicionamiento de resguardar el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (art. 5º), exigen una adecuación de las

instituciones locales a los mencionados requerimientos que debe conducir a que las constituciones de provincia sean, en lo esencial de gobierno, semejantes a la nacional... Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquélla. Porque la constitución de una Provincia es el código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia...”⁵.

En el marco de los parámetros consignados en el art. 5° de la norma de base, la administración de justicia, el régimen municipal, y la educación primaria⁶ son los requisitos mínimos que debe satisfacer la organización institucional provincial.

En la estructura descripta, el Estado Nacional es soberano y las provincias son autónomas, ello no impide reconocerles la facultad para dictar sus propias constituciones. En tal supuesto se trata del ejercicio de un poder constituyente originario o reformador provincial, pero de naturaleza derivado, constituido y limitado, ya que su origen y su alcance surgen de normas de la Constitución Nacional (arts. 5°, 31 y concs.). Sin duda el sistema federal tiene su núcleo de reconocimiento en las identidades locales y el poder que conservan es de orden residual (art. 121 y concs.). Alberdi entendió que la extensión del territorio determinaba la necesidad

⁵ Fallos 317:1195.

⁶ En 1860 se eliminó la exigencia de gratuidad, prevista en el texto de 1853, y paradójicamente, fue Sarmiento quien propuso tal supresión. Dijo el sanjuanino: “*Este artículo tiene dos partes esenciales: la primera suprimir esa condición que hace que el Congreso revise la Constitución; y la segunda, lo gratuito de la educación... es una palabra que no se hace sino borrar, educación gratuita, porque no hicieron más que tomarla de una constitución francesa del siglo pasado, y han repetido todas las constituciones americanas, sin darse cuenta de lo que dice esa palabra, gratuita*”. *Convención Nacional de 1898. Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866*, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, t. I, págs. 885/6.

de ciertos grados de descentralización. El reconocimiento al régimen municipal parece una pieza clave, ya que resguarda el principio de inmediatez entre administración y administrado y fortalece el principio de participación democrática por excelencia.

El diseño federal enunciado reconoce, por lo menos, tres centros de creación de normas: el nacional, el provincial y el municipal.

La cohabitación de tres regímenes normativos suele poner en crisis las relaciones de coordinación en la trama de normas. Ello agravado cuando la estructura institucional no percibe los sistemas de controles como algo valioso y necesario para el fortalecimiento de una democracia sustantiva.

El régimen municipal ha merecido de los constituyentes de 1994 una disposición complementaria que se plasmó en el art. 123 de la Norma Fundamental. Ello importa la obligación de las provincias de reconocer en sus respectivas constituciones el régimen municipal local ⁷.

Finalmente, tanto la administración de justicia, entendida tal no sólo como estructura sino como valor, y la educación primaria -en concurrencia con el Estado Nacional- constituyen objetivos básicos de la estructura social. Ello con independencia de la facultad de cada provincia de organizar los niveles medios, terciarios y universitarios.

En cuanto a la naturaleza de los municipios la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en el fallo “Rivademar, Angela D.B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario” ⁸ en detalle sus caracteres, diferenciando autonomía de autarquía, modificando así lo que había sido, hasta entonces, su doctrina en el tema. En el considerando 8º sostiene que “... aun prescindiendo de las prescripciones concretas de las constituciones provinciales vigentes, debe reconocerse que mal se avienen

⁷ En “Barbeito, Juan c/ Provincia de San Luis”, Fallos 326:1248 (2003), la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la medida cautelar -en el caso, una prohibición de innovar- solicitada por ciudadanos y funcionarios electivos de la Provincia de San Luis para evitar que se someta al electorado local a pronunciarse respecto de la incorporación a la Constitución Provincial -el mandato dirigido al pueblo puntano lo era en virtud de un decreto provincial- de una cláusula transitoria que preveía la caducidad de los mandatos electivos provinciales y comunales habilitando al Poder Ejecutivo puntano a cubrirlos por única vez.

⁸ C.S.J.N., Fallos 312:326 (21/3/1989).

con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33 C.C., y especialmente, la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sársfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas”. Y en el 9º argumentó “Que, sin embargo, aun cuando no se reconozca que la autonomía de los municipios cuenta con base constitucional, tampoco puede prescindirse de que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido, entre las cuales resulta esencial la de fijar la planta de su personal, designarlo y removerlo. Fácil es advertir que si se encontraran sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña -aunque se trate de la provincial- ésta podría impedirles el cumplimiento de sus funciones negándoles el personal necesario para llevarlas a cabo, o causar el desorden administrativo o la ruina económica imponiéndoles un número excesivo de empleados o remuneraciones que sus recursos no permitiesen afrontar”.

Posteriormente, el alto tribunal -antes de la reforma constitucional de 1994-, siguiendo la línea del precedente citado, sostuvo en “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe”⁹ que la regulación del sistema financiero de los municipios por las provincias devendría en inconstitucio-

⁹ C.S.J.N., Fallos 314:497 (1991).

nal si tal reglamentación comprometiera en forma esencial su autonomía. Sostiene, en los considerandos 3° y 4°, que “... esta Corte ha expresado (*in re*: R.593. XXI., Rivademar, Angela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario, del 21 de marzo de 1989), que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5° de la C.N., determina que las leyes provinciales no sólo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si tales entes se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña -aunque se tratara de la provincial- ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional... Que en lo relativo al alcance y límites de las facultades municipales, ha señalado esta Corte que éstas surgen de la Constitución y las leyes provinciales, cuya correlación, interdependencia y conformidad entre sí, no incumbe decidir a la Nación, en tanto ellas no violen los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, las leyes de la Nación o los tratados con las potencias extranjeras (art. 31 C.N.). La Constitución Nacional se limita a ordenar el establecimiento del régimen municipal, como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias (art. 5°), pero en manera alguna les ha prefijado un sistema económico-financiero al cual deban ajustar la organización comunal, cuestión que se encuentra dentro de la órbita de las facultades propias locales conforme a los arts. 104, 105 y 106 de la Constitución”.

En concordancia con lo manifestado, el art. 121 de la C.N. diagrama el criterio de distribución de competencias del federalismo adoptado al disponer que “... las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación...”. El art. 122 ratifica la autonomía institucional¹⁰ y el 123 reitera lo dispuesto en el art. 5°¹¹.

¹⁰ “... Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”.

¹¹ “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

En tal sentido, el art. 75 de la C.N., constituye la norma básica para verificar las competencias delegadas, dentro del cual el inc. 12 es la clave para entender el tipo de federalismo instrumentado en la Constitución argentina. La norma dispone que es facultad del Congreso de la Nación "... dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

La legislación de fondo es facultad del Congreso de la Nación con imperio en todo el territorio de la República y es lo que se conoce con la denominación de "derecho común", o sea infraconstitucional, mientras que la aplicación de dichas normas corresponde a las provincias, razón por la cual éstas tienen la facultad de organizar los tribunales judiciales de su jurisdicción y de dictar los códigos de procedimientos. Ello sin perjuicio de cuestiones de naturaleza federal sometidas a tribunales federales establecidos en las distintas jurisdicciones, conforme lo dispone el art. 116 de la C.N. En consecuencia, las leyes federales son aplicadas por los tribunales federales y las leyes nacionales de derecho común son aplicadas por los tribunales locales de cada jurisdicción.

A su vez, los arts. 124, 125, 126, 127 y 128 de la norma fundamental son la consecuencia de la distribución de competencias diseñadas, permitiendo concluir que existen competencias exclusivas del gobierno central, exclusivas de los gobiernos locales y concurrentes. Estas últimas están consagradas en el art. 75 incs. 18¹² y 19¹³, y tienen su correlato en el art. 125, del texto constitucional.

¹² "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extran-

La Constitución histórica sólo tenía el inc. 18 al que tradicionalmente se denominaba la cláusula del progreso. Sumamente amplio, con clara influencia de Alberdi, se refiere a una serie de cuestiones que traducen un fuerte interés estadual para alcanzar determinados objetivos comunes a todo el territorio de la Nación. Este inciso fue invocado para permitir al Congreso de la Nación, y en su caso al gobierno central en general, reglamentar acerca de temas y materias invocando el bienestar común. Ahora bien, lo cierto es que los propósitos contemplados en la norma constituyen ejemplos de ámbitos en los cuales coexisten también las facultades de las provincias. Es un ámbito de facultades concurrentes. A partir de esta disposición, y con el fin último de legitimar la facultad reglamentaria del gobierno nacional, se elaboró el concepto de poder de policía amplio, según el cual además de cuestiones referidas a salubridad, seguridad y moralidad, se incluía todo aquello que tuviera que ver con intereses económicos. En tal sentido, el concepto de poder de policía amplio, sumado a la doctrina de la emergencia económica, dio por resultado el avance reglamentario con fuerte afectación de los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional, especialmente los económicos fundamentales.

La reforma de 1994 incluyó el inc. 19, con lo cual se profundiza el sentido del inc. 18, poniendo a cargo del Congreso de la Nación la obliga-

jeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

¹³ “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

ción de formular políticas públicas para hacer posible un efectivo desarrollo humano. Se trata de obligaciones de hacer.

La conjunción de los incs. 18 y 19 parece indicar que el constituyente reformador acentuó el Estado social de derecho. Si ello se suma a lo dispuesto en los incs. 22 y 23 del artículo que analizamos, no cabe duda que, según la letra de la norma de base, el Estado tiene la carga constitucional de dar respuestas satisfactorias a una serie de necesidades básicas y elementales, para lo cual, conforme el segundo párrafo del inc. 19, debe ponderar las diferencias territoriales. Asimismo, hay un preciso mandato en materia de educación y de los objetivos a alcanzar. En esta materia el Estado nacional debe responder a la directriz constitucional mediante políticas que respeten las particularidades provinciales y locales, por ello el párrafo que comentamos hace referencia a leyes de “organización y de base”, las cuales deberán satisfacer los principios enunciados en la norma.

Las atribuciones del gobierno central en las materias enunciadas no sólo no impiden regulaciones locales en tales aspectos sino que exigen una articulación entre las políticas públicas nacionales y provinciales con el propósito de resguardar las autonomías garantizadas por el texto y resguardar las peculiaridades regionales.

III. Facultad reglamentaria del gobierno central. Derechos fundamentales

El art. 14 de la C.N.¹⁴ debe ser ponderado no sólo desde su texto expreso sino en relación directa con el art. 75 inc. 12, a los efectos de transitar el diseño federal elegido y el alcance de las facultades delegadas al gobierno central por las provincias. Y ello es así porque de tal conjunción emergerán aquellas facultades exclusivas de las provincias así como

¹⁴ “Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

las controvertidas facultades concurrentes y en tal trama deberemos situar el polémico concepto de poder de policía.

En primer término, entonces, cabe recordar que del art. 14 se extraen dos principios básicos: el ejercicio relativo de todos los derechos fundamentales positivados en el texto fundamental y la adecuación del ejercicio a las leyes que los reglamentan.

Alberdi al referirse a las libertades reconocidas en la norma indicada sostiene que *“El goce de estas libertades es concedido por la Constitución a todos los habitantes de la Confederación, ello quiere decir concederlas a cada uno; porque si se entendiese por todos, el Estado que consta del conjunto de todos los habitantes, en vez de libertades serían monopolios del Estado los derechos consagrados por el artículo 14. Toda libertad que se apropia el Estado, excluyendo a los particulares de su ejercicio y goce, constituye un monopolio o un estanco, en el cual es violado el art. 14 de la Constitución, aunque sea una ley la creadora de ese monopolio atentatorio de la libertad constitucional y de la riqueza”*¹⁵.

La norma en cuestión se identifica con el reconocimiento expreso de una serie de derechos, que, juntamente con la disposición del art. 33, conocida como cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, constituyen parte de la trama de derechos fundamentales reconocidos y protegidos por el texto constitucional. Tradicionalmente se los conoce con la denominación de derechos civiles. También es factible individualizarlos como los clásicos derechos de defensa, toda vez que, por su naturaleza,

La fuente de esta trascendente cláusula es el art. 16 del Proyecto de Constitución de Alberdi: “La Constitución garantiza los siguientes derechos a todos los habitantes de la Confederación, sean naturales o extranjeros De libertad Todos tienen la libertad de trabajar y ejercer cualquier industria; De ejercer la navegación y el comercio de todo género; De peticionar a todas las autoridades; De entrar, permanecer, andar y salir del territorio sin pasaporte; De publicar por la prensa sin censura previa; de disponer de sus propiedades de todo género y en toda forma; De asociarse y reunirse con fines lícitos; De profesar todo culto; De enseñar y aprender”. Juan Bautista ALBERDI, *Bases, Plus Ultra*, mayo 2000, Cap. XXXVII, pág. 288.

¹⁵ Juan Bautista ALBERDI, *Organización de la Confederación Argentina*, t. II, Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Madrid, El Ateneo, 1913, Primera Parte, Cap. III, pág. 60.

su protección se centraba en la necesidad de evitar el avance de la actividad estatal. El Estado debía abstenerse de obstaculizar su ejercicio. Tales derechos se han complementado con aquellos que fueron producto del constitucionalismo social y más tarde con los que responden al concepto de derechos que afectan el interés colectivo, porque exceden el marco de los intereses individuales y subjetivos y porque, en numerosos casos, exceden la generación presente e impactan en colectivos futuros. En estos dos últimos grupos de derechos ya no es suficiente el reconocimiento y la carga del Estado de no crear obstáculos para su ejercicio sino que su eficacia va a depender de un accionar concreto de la actividad gubernamental. Por tal razón se denominan derechos de prestación y su pleno goce está fuertemente relacionado con las políticas públicas y con los recursos del Estado. Es posible también individualizarlos como derechos económicos, sociales y culturales. Otro modo de analizarlos es dividiéndolos en derechos fundamentales económicos y no económicos. En realidad lo importante es tener presente la íntima relación que existe entre los distintos tipos de derechos. En tal sentido una visión integral del plexo constitucional dificulta establecer diferenciaciones tajantes. El derecho de propiedad aparece ligado a otros tales como el de trabajar, o ejercer industria lícita pero también tiene una íntima conexión con el derecho a la salud, a la educación, a enseñar y aprender, a una vida digna etc. Por tal razón, el tema de los derechos fundamentales y su efectiva vigencia está en los cimientos del sistema democrático republicano y sus fortalezas o debilidades. La denominación de derechos fundamentales pretende abarcar a todos aquellos derechos consagrados en el texto constitucional, sea en forma expresa o implícita y con independencia de las peculiaridades de cada uno de ellos. Además, tal denominación pretende indicar que todos los derechos de raigambre constitucional están en un pie de igual jerarquía, por lo cual el operador constitucional -trátese de los poderes constituidos o de los particulares- debe preocuparse por efectuar una interpretación armónica. Tal objetivo conduce a descartar definiciones dogmáticas y a inclinarnos por lo que podemos denominar una jerarquía móvil. Esto quiere decir que dependerá de las circunstancias particulares de cada conflicto la búsqueda del resultado más valioso en términos constitucionales. Sin duda es una de las cuestiones de más difícil aprehensión cuando nos acercamos al texto de la ley fundamental. Por tal razón, la enunciación de derechos es sólo un aspecto del análisis constitucional que se limita a la enunciación formal.

Lo que define la vigencia efectiva del plexo jurídico de base como norma operativa son los procedimientos disponibles para resolver los conflictos constitucionales, sean de normas o de principios. El núcleo del problema está en la praxis constitucional. A tales efectos, corresponde interpretar el artículo que analizamos no aisladamente sino integrado a otras normas de la Constitución, para entender cuáles son los principios y garantías que el constituyente originario plasmó en el texto haciendo factible el reconocimiento y luego el ejercicio de todos y cada uno de los derechos.

La enunciación normativa se dirige a todos los “habitantes”, por lo tanto su pretensión es sortear la ciudadanía y alcanzar con sus beneficios a todos los que habiten el suelo argentino. A continuación se explicita la regla por la cual los derechos se gozan “conforme las leyes que reglamentan su ejercicio”, de la cual emerge el principio constitucional referido al ejercicio relativo de los derechos. La vigencia de tal principio significa aceptar la convivencia en la divergencia y, al mismo tiempo, dar origen a cuestiones centrales de interpretación, ya que el concepto de “ejercicio relativo” impone plantear los límites al goce de los derechos, la extensión de los mismos, los sujetos habilitados para ello y, finalmente, las relaciones de los individuos entre sí y entre ellos y el Estado. Otro dato relevante es que el instrumento de limitación es la ley, en su carácter de producto de la voluntad popular, característica de la democracia indirecta, y único medio de limitación en el constitucionalismo clásico. Todo dentro de la ley, nada fuera de ella. Hoy las realidades institucionales en general, y las de Argentina en particular, muestran que el término “ley” debe ser entendido en sentido amplio, de manera de involucrar todos los instrumentos y medios de diversa jerarquía destinados por la acción gubernamental a limitar y regular los derechos fundamentales. El principio de ejercicio relativo está dirigido a todos los individuos dentro del sistema y su pretensión es sentar las bases de un consenso mínimo y previo acerca de la facultad reglamentaria de los poderes del Estado para regular la vida en convivencia, dato este último no opcional en la estructura democrática ¹⁶.

¹⁶ Decía Alberdi al tratar las garantías y libertades relativas a los modos de producción que “*Conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio es concedido el goce*”

Ahora bien, la primera parte del art. 14 se relaciona con la última parte del art. 19 de la norma fundamental. En efecto, esta última disposición además de reconocer el derecho a la privacidad de cada uno de los habitantes de la Nación, en el último párrafo ratifica que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. Esta declaración importa ratificar el sentido de la ley como medio de limitación de los derechos y, además, consagra el denominado principio de legalidad. Al mismo tiempo da origen a otro principio trascendental, para comprender la conflictiva relación entre el habitante y el ejercicio del poder y sus límites, que se sintetiza en el reconocimiento de la regla de la capacidad para todos los habitantes.

Esto quiere decir que “todo lo que no está prohibido está permitido”, mientras que para los poderes constituidos la regla es inversa. Sólo pueden hacer aquello que expresamente les ha sido asignado o, en su caso, facultades implícitas pero que surgen de las explícitas -regla de la especialidad-. El principio de legalidad hace al origen o pedigree de la norma. Está estrechamente ligado al procedimiento de creación, al órgano, a la competencia y, en su caso, al proceso. En tal sentido, su representación constitucional está dada por el art. 18 de la norma fundamental.

Finalmente, no es posible comprender la problemática de los derechos fundamentales, su ejercicio relativo, su efectiva vigencia, y el alcance de las facultades reglamentarias de los poderes si no se integra la interpretación con lo dispuesto en el art. 28 de la norma base. En efecto, dicha norma consagra el principio de razonabilidad. El deber ser constitucional quiere impedir que so pretexto de reglamentación se alteren los derechos, principios y garantías reconocidos¹⁷. Ya no se trata de verificar

de las libertades económicas. La reserva deja en manos del legislador el peligro grandísimo de derogar la Constitución por medio de los reglamentos, con sólo ceder al instinto y rutina de nuestra economía colonial. Reglamentar la libertad no es encadenarla. Cuando la Constitución ha sujetado su ejercicio a reglas no ha querido que estas reglas sean un medio de esclavizar su vuelo y movimientos, pues en tal caso la libertad sería una promesa mentirosa, y la Constitución libre en las palabras sería opresora en la realidad”. En Organización de la Confederación Argentina, t. II, Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Madrid, El Ateneo, 1913, Primera Parte, Cap. II, pág. 19.

¹⁷ Alberdi explica que “Lo que debió hacer la Constitución en este punto lo hizo, y fue dar el antídoto, el contraveneno, la garantía para que el poder dado a la ley de hacer

el nacimiento formal de la reglamentación sino de analizar el contenido de la limitación o prohibición. Se trata de bucear el grado de adecuación con la norma constitucional ya no en el aspecto formal sino sustantivo.

La trama que hemos detallado, que en realidad cumple una función de control, se traduce en lo que se denomina la garantía constitucional amplia e innominada del debido proceso legal. En ninguna norma constitucional la vamos a encontrar de tal modo individualizada. Pues nace de una interpretación armónica e integradora de los arts. 14, 18, 19, 28 y conchs. Tal garantía reconoce dos aspectos, tal como lo hemos indicado más arriba: el debido proceso legal adjetivo, que hace al cumplimiento del principio de legalidad, y el debido proceso legal sustantivo, que reconoce como pauta el principio de razonabilidad.

IV. Concepto y alcance del poder de policía

A partir de la síntesis realizada queda en evidencia un dato relevante. La Constitución argentina reconoce en forma expresa que la facultad reglamentaria de los derechos fundamentales ha sido puesta en cabeza del gobierno central a través del órgano legislativo. Dicho de otra forma, que todos los derechos fundamentales están sujetos a regulación y que ésta encuentra su concreción en los denominados códigos de fondo en

efectiva la Constitución, no degenerase en el poder de derogarla con el pretexto de cumplirla. En este punto la Constitución argentina excedió a todas las conocidas de Sud-América por la seguridad que dio al derecho privado contra el abuso del más temible poder, que es el poder del legislador. En efecto, la Constitución argentina, como todas las conocidas en este mundo, vio el escollo de las libertades, no en el abuso de los particulares tanto como en el abuso del poder. Por eso fue que antes de crear los poderes públicos, trazó en su primera parte los principios que debían servir de límites de esos poderes: primero construyó la medida, y después el poder. En ello tuvo por objeto limitar, no a uno sino a los tres poderes; y de ese modo el poder del legislador y de la ley quedaron tan limitados como el del Ejecutivo mismo. De dos medios se ha servido la Constitución para colocar sus garantías económicas al abrigo de los ataques derogatorios de la ley orgánica: primero ha declarado los principios que deben ser bases constitucionales y obligatorias de toda ley; después ha repetido para mayor claridad explícita y terminantemente que no se podrá dar ley que altere o limite esos principios, derechos y garantías con motivo de reglamentar su ejercicio". Obra citada, pág. 70.

general -derecho común- o en normas especiales destinadas a reglar aquellas materias delegadas en el gobierno central (art. 75 de la C.N.), bajo determinados principios y valores, con vigencia en todo el territorio.

En los términos del art. 75 inc. 12 de la C.N., los códigos de fondo pertenecen a las facultades del Poder Legislativo nacional, pero la aplicación e interpretación de éstos así como los códigos de procedimientos pertenecen a la zona de reserva de los gobiernos provinciales.

De acuerdo con los mandatos constituyentes que analizamos es posible concluir que el concepto de poder de policía nace en su origen para indicar en términos generales las facultades, de diversa naturaleza, sujetas a la autonomía local. A ello se agrega la individualización de aspectos específicos que, por los intereses que involucran, requieren un mayor avance de la intervención estatal pero que, a la vez, están fuertemente ligados a cuestiones de incidencia local.

Al margen de ello juegan un rol determinante las facultades concurrentes entre Nación y provincias en los términos del art. 75 incs. 18 y 19 y en su concordancia con los arts. 121 a 128 de la C.N. Si esto no fuera así quedaría vaciada de contenido la autonomía local y el criterio de distribución de competencias al que hemos aludido. Ello sin perjuicio de admitir que a las tres materias históricas propias del poder de policía clásico es necesario agregar aquellas que hacen al desarrollo, bienestar y crecimiento de cada uno de los entes locales, ya que la apreciación de las necesidades regionales o territoriales deben estar necesariamente guiadas por la inmediatez en la toma de decisión y de acuerdo con las diferencias de cada una de ellas. En línea con tal interpretación, el inc. 19 del art. 75 impone al Estado Nacional colaborar con el crecimiento armónico mediante políticas diferenciadas¹⁸. El acento está puesto no en las apertencias del gobierno central sino en las necesidades de las jurisdicciones

¹⁸ Alejandro Pérez Hualde entiende que “*La previsión constitucional que encomienda al Congreso “promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” exige necesariamente una gran fuerza de convicción y un gran respaldo en el consenso de los pueblos del interior que envían a sus representantes a ese Congreso. Para ello hace falta conciencia real de la utilidad práctica y de la posibilidad efectiva del cometido que la Constitución propone*”. En “La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias”. Sup. Const. 2010 (febrero), L.L. 2010-A, 1177.

locales con el objetivo de alcanzar resultados que logren equilibrar las diferencias regionales a la luz del principio de igualdad institucional.

Santiago Legarre, al analizar la fuente norteamericana en el tema de poder de policía señala que dicho término fue usado en un comienzo como sinónimo de lo que se denominaba la “soberanía residual de los estados”, que según explica se refería “a la autoridad general no entregada al gobierno general y reservada individualmente por cada Estado para regular de la manera que lo considere apropiada todas las materias de preocupación local”. A partir de esta primera afirmación el autor indica que “el término poder de policía no se usaba para designar una rama o esfera de la autoridad legislativa de los Estados en especial; más bien se empleaba para deslindar la esfera de autoridad estatal de la del gobierno general”. A ello agrega que con posterioridad aquel término se utilizó no ya “para referirse a los poderes generales residuales de los Estados sino a su derecho a proveer y aplicar regulaciones razonables a favor de la moralidad, seguridad y conveniencia de los habitantes” y agrega “el poder de policía comenzó a designar también cierto campo o rama de la actividad legislativa: la destinada a restringir derechos por razones de moralidad, seguridad y salud pública”. Sin embargo, destaca Legarre, con posterioridad, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que “los poderes de cada estado nunca entregados al gobierno general pueden ser ejercidos no sólo en pro de la salud pública, la moral pública y la seguridad pública, sino también para el bienestar general o común, para el bienestar, confort y buen orden de la gente...” “las palabras poder de policía son susceptibles de dos significados: uno comprensivo, que abarca sustancialmente todo el campo de la autoridad estatal, y otro más estrecho, que incluye solamente el poder del Estado para ocuparse de la salud, la seguridad y la moralidad del país...”¹⁹.

La ubicación del tema en el contexto expuesto tiene sentido preciso en el federalismo adoptado por el sistema norteamericano, según el cual

¹⁹ Santiago LEGARRE, “Poder de policía en la historia constitucional estadounidense”, en *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, coordinador Juan Cianciardo, Universidad Austral, CABA, Ábaco, Capítulo XI, pág. 268 y ss..

si bien se instrumenta el criterio de facultades delegadas al gobierno central cada estado parte se reserva un conjunto de atribuciones más amplias que aquellas reconocidas a nuestras provincias. En dicho sistema no se incorporan normas semejantes a las de los arts. 14 y 75 inc. 12 de la C.N. Por tal razón, en aquella estructura la facultad reglamentaria de los derechos fundamentales debe construirse para su habilitación a partir de la interpretación y referirla a la facultad de los estados, a la vez que se le asignaba un contenido por materia; la seguridad, la moralidad y la salubridad como temas específicos y el bienestar general o común como genéricos para otorgar fundamento a las limitaciones en el ejercicio de los derechos reconocidos.

En tal sentido, fue acuñado el concepto de poder de policía estricto con el acento inicial en materias de salubridad, moralidad y seguridad, en las cuales el dato central está dado por la presencia de un fuerte interés social que requiere de especiales y precisas regulaciones, las que sin duda podían avanzar en mayores restricciones a los derechos de los particulares.

En el sistema federal argentino el concepto de poder de policía estricto es concordante con la especial distribución de competencias adoptada, ya que permite indicar aspectos que hacen al ámbito estrictamente local y diferenciado de aquellos que corresponden al derecho común. Sin embargo aquel criterio inicial sufrió una alteración sustantiva en desmedro de las autonomías locales y, por lo tanto, contribuyó en forma alarmante al debilitamiento del federalismo. No ha sido la única causa pero ha contribuido a la distorsión del sistema.

En efecto, la política pública generalizada del Estado Nacional al incorporar con carácter ordinario y habitual la doctrina de la emergencia económica, para caracterizar un supuesto interés estadual y absoluto que obliga a concretar la intervención del gobierno nacional con avances extraordinarios sobre los derechos fundamentales, con sustento en un concepto amplio de poder de policía supuestamente fundado en el bienestar general, habilitó sumar a la facultad reglamentaria reconocida en el art. 14 una reglamentación paralela y superpuesta de alcance general en todo el territorio de la República, con una manifiesta invasión en las atribuciones reservadas a las provincias. Para ello, el fundamento histórico para ampliar las facultades del gobierno central fue la denominada cláusula del progreso receptada en el que fuera el inc. 16 del art. 67, hoy art. 75 inc. 18 de la norma de base.

El desarrollo desmedido del concepto de poder de policía amplio ha conducido a la fecha a no distinguir la naturaleza de tal facultad de aquella que se encuentra específicamente regulada en el art. 14. Ello se viene traduciendo en las mayores atribuciones de que hace uso el gobierno nacional; el crecimiento de la institución presidencial, ya que la invocación permanente del concepto de poder de policía amplio se agrava al haberse producido un manifiesto desplazamiento de poder del órgano legislativo al ejecutivo; la distribución de los poderes impositivos entre el gobierno central y los gobiernos locales con claro perjuicio para estos últimos; el débil control del principio de división de poderes -centrales y provinciales- por parte de la Corte Suprema y, en lo que interesa al tema en examen, las políticas económicas utilizadas por el gobierno federal ²⁰.

²⁰ La primera ampliación de la noción de poder de policía fue avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ercolano c/ Lanteri” (Fallos 136:161,1922) en el que se cuestionó la constitucionalidad de la ley 11.157 de locaciones urbanas. En virtud de lo que se denominó una situación crítica de opresión económica por encarecimiento y especulación del precio de las locaciones, y con sustento en el principio de ejercicio relativo de los derechos y en la facultad reglamentaria del Estado nacional, se habilitó una reglamentación fuertemente restrictiva de los contratos entre particulares para todo el territorio de la República, al margen de lo dispuesto en el Código Civil. En 1934 en el caso “Avico c/ de la Pesa” (Fallos 172:21), la Corte Suprema no sólo mantiene el criterio sino que comienza a desarrollar más detalladamente el concepto de emergencia económica y la facultad reglamentaria amplia y especial del gobierno central para legislar para todo el territorio de la República, invocando para ello el art. 67 inc. 16 de la C.N. (hoy 75 inc. 18). En 1944, en el caso “Martini” (Fallos 200:450) ratifica que “... El Estado puede reglamentar el ejercicio de las industrias y actividades de los particulares en cuanto lo requieran la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral, el bienestar general y aún el interés económico de la comunidad, en la medida que resulte de la necesidad de respetar su substancia y de adecuar las restricciones que se impongan a los fines públicos que las justifican...”. Y, en referencia con el caso concreto, reconoce expresamente que el art. 9º de la ley 12.591 -de emergencia, cuyas disposiciones no caben en el marco del derecho común, fue dictada para suplir las deficiencias de este último-. El concepto de poder de policía aparece expresamente ampliado en un supuesto de facultad reglamentaria del poder central respecto a la fijación de precios de determinados artículos. En el caso “Inchauspe” (Fallos 199:483), en el que se somete a discusión la libertad de comercio e industria como consecuencia de la agremiación obligatoria a la Corporación Argentina de Productores de Carnes, sostiene abiertamente que el poder reglamentario se extiende a todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad sin otra valla que la del artículo 28 de la C.N. Reitera lo

Agustín Gordillo al referirse al tema del poder de policía sostiene que “... Al pasarse al Estado de derecho la noción fue recortada, excluyendo el empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico no fundado conceptualmente y que además de su manifiesta desactualización conceptual y terminológica, frecuentemente desemboca en abusos”²¹.

Juan Francisco Linares manifiesta que el concepto de poder de policía es difícil de distinguir de otras potestades de derecho público y adhiere a las posturas que sostienen que es un concepto muy confuso, dogmáticamente inútil y peligroso agregando “... *Que sea confuso no necesita mayor fundamentación. Que el concepto es innecesario para una dogmática jurídica, parece evidente, porque es casi un duplicado de conceptos como ‘potestades del Estado’, ‘atribuciones de derecho público’ y otras y es, por último, peligroso porque, quiéraselo o no, existe -especialmente entre los funcionarios públicos- cierta creencia o ideología que los lleva a ver el poder de policía, no como el poder puesto por ciertas normas jurídicas, sino como una entelequia presupuesta, que es el origen y la causa de esas normas jurídicas; como una potestad latente de reserva del Estado, e incluso en gran medida de la Administración. Lo que lleva a que cuando un acto de policía no esté autorizado expresamente por ley, o razonablemente implícito en lo expresamente autorizado, el órgano puede tomar, de todos modos, como legítima, la medida, fundado en esa reserva de poder de policía que asistiría al Estado, y principalmente a la Administración misma*”²².

Cabe entonces sostener que el sistema se ha alterado por:

1. Una interpretación extremadamente amplia y flexible de las facultades delegadas al gobierno central, que en la práctica significa estrechar el ámbito de las atribuciones reservadas por las provincias.

concerniente a la conveniencia pública y al bienestar general. Al mismo tiempo restringe el alcance del control judicial al sostener que la apreciación de la realidad que realice el legislador no es revisable. Tal afirmación pone en crisis el alcance del art. 28 de la C.N. si bien es invocado como límite por el mismo Tribunal.

²¹ Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, Parte General, págs. II-7 y 8.

²² Juan Francisco LINARES, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 424.

2. Un avance en los límites de la facultad reglamentaria del Estado Nacional en materias propias del derecho común.

3. Una interpretación desnaturalizadora de las facultades concurrentes²³, con preeminencia de la facultad reguladora del gobierno central, con desmedro de las facultades de las provincias y casi excluyente de la coexistencia dispuesta constitucionalmente.

En todos los casos el avance se justifica en el ejercicio del poder de policía. Se perfeccionó, así, la concentración reglamentaria en cabeza del poder central, se institucionalizó la regla de la absoluta discrecionalidad política, se entronizó la doctrina de la emergencia económica; se ha desvirtuado el contenido y la extensión de las facultades concurrentes y el resultado es el debilitamiento institucional de las provincias²⁴.

La crisis en la materia no es la habilitación de facultades con carácter excepcional, el problema ha sido y es la ordinarización de tal avance mediante la invocación de un sustento jurídico constitucional ajeno al sistema argentino. El federalismo de la Constitución Nacional y el concepto de poder de policía amplio son incompatibles.

²³ Pedro Frías considera que el principio de subsidiariedad consiste en atribuir la gestión administrativa al nivel de gobierno más bajo y más cercano del usuario, si es apropiado. Entiende que es un principio democratizador por excelencia, porque baja obras y servicios a las bases sociales. Subsidiariedad quiere decir que las responsabilidades deben asignarse a los particulares antes que al Estado, al municipio antes que a la provincia, a la provincia antes que a la Nación. La solidaridad federal se traduce en la participación de las provincias y en los criterios de distribución de los recursos de coparticipación y en el desarrollo armónico del país para la igualdad de oportunidades. Nos recuerda que hace ya muchos años, opuso al federalismo preceptivo el federalismo de negociación, auspiciando el desarrollo de la concertación. Sostiene que es una característica actual del proceso federal, como lo reconoce en su nuevo libro Antonio La Pégola. Es reconocer que el federalismo no es ya estático, puramente normativo, sino contractual: se acuerda entre la Nación y las provincias, o las provincias entre sí; se desarrollan las políticas intercomunales; la gestión es marcadamente intergubernamental. "El federalismo en la reforma constitucional", L.L. 1994-D, 1122. Es interesante comparar el criterio de subsidiariedad elaborado por Pedro Frías con el que indicamos en la nota siguiente al comentar la disidencia en el caso "Bosch". Según el *Diccionario de la Real Academia* el término "subsidiario" indica la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal. Por su parte, "conurrencia" significa "acaecimiento o concurso de varios sucesos o cosas en un mismo tiempo" y/o "asistencia, ayuda, influjo".

²⁴ Es relevante el caso "Bosch" (Fallos 268: 491) a los efectos de verificar la lectura que el máximo tribunal de la República ha hecho de la trama de facultades que rigen

el diálogo federal. La cuestión en debate involucra una ley nacional de emergencia económica sobre agio y especulación; una ley local en igual sentido; un tema de competencia y la validez de una sanción impuesta por aplicación de la ley local. En cuanto a la competencia la Corte Suprema parece aceptar la conclusión del procurador general en cuanto a que al tiempo de conocerse el hecho que da lugar a las actuaciones había expirado el plazo de emergencia económica declarado por la ley nacional y, en consecuencia, era competente la justicia local, agregando que la sanción se había impuesto con fundamento en la norma provincial. Respecto a la sanción, hace lugar a la inconstitucionalidad y revoca la sentencia. Para ello la mayoría, y luego de ratificar la constitucionalidad de leyes de emergencia nacional, se plantea si es igualmente válida una legislación local de idéntica naturaleza. En uno y otro supuesto entiende sustancialmente afectado el contrato de compraventa y la libre expresión de voluntad de las partes. Sin embargo distingue la posibilidad de la Nación de dictar leyes de tal naturaleza, con fundamento en el art. 67 inc. 16 de la C.N. (hoy art. 75 inc. 18), de la facultad de las provincias, ya que éstas carecen de ese poder por haber delegado en el gobierno central la atribución de dictar los códigos de fondo. En tal sentido, sostiene que reconocer lo contrario conduciría a sostener que, en otra especie de asuntos, en los que la Nación ha sustraído los preceptos permanentes de los códigos de fondo por otros de emergencia, las provincias podrían regular invocando el poder de policía local. Agrega que las provincias pueden fijar precios máximos, cuando, por expresa disposición de leyes federales de emergencia, se autoriza al PEN a delegar esa función en los gobernadores de provincia en su calidad de agentes naturales del gobierno federal. Derogada la ley nacional, como en el caso ocurre, esa facultad delegada debe cesar por carecer de sustento constitucional. Por su parte la disidencia confirmó la sentencia apelada e introdujo en la discusión aspectos significativos para precisar, o por lo menos discutir, el alcance de las facultades de Nación y provincias. Sostuvo que “El poder de policía corresponde a las provincias y la Nación lo ejerce dentro del territorio de ellas, sólo cuando le ha sido expresamente conferido o es una consecuencia de sus facultades constitucionales (Fallos: 7:150; 101:126, cons. 3; 134:401, cons. 11; 154, cons. 5 y 6; 192:350, cons. 5 y otros). Que también ha declarado que las leyes como la 16.454, de que aquí se trata, son ajenas al art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional; constituyen una legislación especial, temporaria y de emergencia, originada por la necesidad imperiosa de impedir, en lo posible, el agio, la especulación, los precios abusivos de cosas que afectan la vida y el trabajo de la comunidad. Por ello, dicha legislación es de policía federal... ha sido dictada en ejercicio de la facultad de “proveer lo conducente a la prosperidad, el adelanto y bienestar de todas las provincias”, a cuyos efectos la Nación es considerada como una unidad político-económica, por cuanto en la medida de la competencia federal desaparecen las fronteras de las provincias. Y es en ejercicio de esa delegación que el Poder Ejecutivo Nacional ha podido dictar la legislación represiva del agiotaje, sin violación de las jurisdicciones provinciales”. Sigue de lo expuesto que dictada la ley de emergencia, y operativas sus disposiciones, queda excluida la aplicación de análogos preceptos dictados por las provincias. Tales consideraciones quedan comprendidas en el concepto de poderes concurrentes. Por el contrario, si el Congreso deja temporariamente de ejercitar su facultad reglamentaria, la provincia recobra su atribución en el marco del

Es ilustrativo recordar algunos comentarios de González Calderón al respecto, en oportunidad de analizar determinados proyectos de ley en materia laboral, destacando que no debía olvidarse que la Constitución de la República contiene principios y reglas generales que determinan la competencia del Congreso en concordancia con el sistema político y, en virtud de ello, con la coexistencia armónica y necesaria de las legislaturas provinciales, como “órganos inmediatos”.

En tal sentido sostenía que “... *Los diputados unitarizantes que tanto abundan ahora en la Cámara, a pesar de proclamarse defensores ‘del buen federalismo’ (?), entienden que la Nación es un cuerpo compacto, consolidado en unidad, cuya capacidad legislativa y gubernamental no tiene limitaciones o restricciones de ninguna especie... Pero la verdad es que la idea de una Nación argentina se pierde en el espacio infinito de la fantasía y de las teorizaciones caprichosas si no se la liga con la realidad jurídica de las provincias... Se incurre en error imperdonable cuando se dice que las provincias sólo conservan los poderes especificados en tales y cuales artículos de la Constitución Nacional, tergiversándose el sentido autentico del art. 104* ²⁵, *donde leemos que ‘conservan todo el poder no delegado al gobierno federal’... para saber si un poder corresponde al gobierno federal es preciso encontrarlo expresamente prohibido a Provincias (con mayúscula), o delegado a aquél... Las provincias, entonces, no serían sino divisiones administrativas, entidades sin personalidad histórica y sin derechos inherentes dentro de la Nación soberana y unitaria. No harán más que lo que les permita o les deje como desperdicios la expansión progresiva e incontenible del poder central, del Congreso en materia de legislación y del ejecutivo en lo referente a administración... los legisladores nacionales se*

ejercicio del poder de policía. Agregando que el estado de emergencia económico puede tener carácter exclusivamente local. Cabe destacar que el voto que se analiza considera que en el caso la ley provincial será siempre subsidiaria. En este punto cabe preguntarse si el concepto de facultades concurrentes entre gobierno federal y provincial es compatible con la idea de subsidiariedad. Es adecuado pensar que en el ámbito de los poderes locales pueden presentarse necesidades ligadas a un fuerte interés de la sociedad provincial que requieran medidas que, sin contradecir las dispuestas en el orden local, tiendan a obtener un resultado más eficiente en el contexto provincial.

²⁵ Hoy art. 121.

resbalan por el plano inclinado de teorizaciones exóticas y peligrosas para el porvenir de nuestras instituciones federales, orientándose visiblemente, y tal vez inconscientemente, en el sentido de unitarizar al país, saltando sobre las barreras de la Constitución, con el correlativo aniquilamiento de las autonomías provinciales por la fuerza expansiva de una legislación usurpadora e inadecuada... Ya ha hecho mucho el Congreso contra la realidad de las autonomías provinciales, disminuyéndolas y sometiéndolas bajo la coerción de leyes usurpadoras de sus más esenciales derechos, para imponerles normas o reglamentaciones unitarizantes. Con el pretexto de que puede dictar los códigos substantivos, civil, penal, comercial y de minería (art. 67 inc. 11) considera lícito llevarse por delante y extinguir la personalidad histórica y constitucional de las provincias, ignorando que la misma ley suprema le señala limitaciones y restricciones jurídicamente inquebrantables... El art. 2611 del Código Civil sirve admirablemente para sugerir un criterio adecuado acerca de lo que debe entrar en la legislación del Congreso cuando usa de la facultad que le confiere el inc. 11 del art. 67²⁶ de nuestra Constitución, y la nota con que el doctor Vélez Sársfield ilustró aquel artículo del Código no deja lugar a dudas:... No debe despreciarse esta ventaja que, entre otras, tiene el federalismo: permite a cada región del país, a cada Provincia, arreglar su vida local en la forma que consulte más provechosamente los intereses y las características del respectivo pueblo... Lo alarmante para quien mira sin apasionamiento la expansión progresiva del poder central, es comprobar cómo se destruyen desde el Congreso no ya los cimientos jurídicos y políticos de nuestras instituciones federales, sino también la posibilidad de que la legislación local pueda consultar, con más conocimiento del ambiente y con más eficacia, las peculiaridades de cada provincia en beneficio de sus habitantes, fomentando el progreso y el bienestar colectivos... ¿Qué quedará de las autonomías provinciales si se les arrebatan sus poderes de policía? ¿Para qué servirán después esas autonomías? ¿Cuáles serán las razones de su existencia constitucional?...”²⁷.

²⁶ Hoy art. 75 inc. 12.

²⁷ *Doctrina constitucional*, J. Lajouane Editores-Librería Nacional, 1928, págs. 111/120.

Transitar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el tema muestra una cierta distancia entre las reglas y principios generales que se han construido a partir de la letra formal de la norma fundamental y las soluciones en cada caso concreto. En efecto, dependerá del análisis sustantivo el resultado valioso o disvalioso de la decisión y en definitiva, si la balanza no tiende a inclinarse a favor del gobierno central ²⁸.

²⁸ Algunas de las cuestiones enunciadas pueden transitarse a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación:

En el caso “Vialco S.A. c/ Nación” del 27/11/79 (Fallos 301:1122) se discutió la constitucionalidad de decisiones de la Provincia de Buenos Aires que habían aplicado el impuesto de sellos local a establecimientos de utilidad nacional (art. 67 inc. 27). La mayoría del tribunal reconoce que la cuestión ha sido objeto de amplio debate y que mereció pronunciamientos contradictorios. Señala algunos principios generales tales como que los lugares sometidos al régimen no quedan federalizados; que la legislación exclusiva se refiere a los fines de utilidad pública dispuestos; que subsisten los poderes locales en la medida que no se conviertan en un obstáculo; que el ejercicio de la provincia de su poder de imposición en el caso concreto no implica un obstáculo; que el Congreso de la Nación no hizo uso de la prerrogativa que le confiere la cláusula del progreso para establecer algún privilegio fiscal. El voto del juez Pedro Frías pone el acento en la compatibilidad del accionar local con los intereses nacionales. No se trata de la incidencia sino de la compatibilidad. Si la facultad provincial no condiciona, menoscaba ni impide la concreción de aquel la coexistencia es constitucional. La interacción es propia del sistema federal. Es convergente y no subordinado, y supone asociación y concertación de funciones. Sostiene que es esencial al sistema federal tanto la asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial, como la interrelación de las mismas. No es un régimen de subordinación de los estados particulares al gobierno central, sino de correspondencia al bien común que declara la Constitución. Supone asociación y concertación de funciones, porque la dinámica de la república federal es de participación y no de aislamiento. La misión del gobierno central es “presidir la unión indestructible de estados indestructibles” y prestar los servicios territoriales indivisibles y los demás que puedan habérselo atribuido. La sociedad política provincial no se agota en la prestación de los servicios jurisdiccionalmente divisibles, sino que al participar en el gobierno central testimonia la destinación nacional de todo el sistema federativo. El voto del juez Mario Justo López rescata la interpretación armónica de la Constitución Nacional; que por ello la configuración político institucional que corresponde a la forma federal adoptada determina que es la regla y no la excepción la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias.

La reforma de 1994 dispuso expresamente acerca del poder de policía y de imposición local y municipal en tanto no interfiera en el cumplimiento de los fines del Estado Nacional (hoy art. 75 inc. 30).

En el caso “Estado Nacional c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ nulidad por inconstitucionalidad ley 5379 y decreto D. 3017” del 22-12-1987 (Fallos 310:2812) se pone en tela de juicio el alcance del concepto de “relación incompatible” entre la norma local y la dictada por el gobierno federal en el marco del ejercicio de facultades concurrentes que, por su propia naturaleza, admiten la potestad legislativa de ambos centros de creación legislativa y que, por principios, se pueden ejercer sobre un mismo objeto o materia. Se discutía la aplicación de un plan de asistencia social con vigencia en todo el ámbito territorial del país, dictado por el gobierno nacional invocando la cláusula del progreso y la constitucionalidad de una ley local que legislaba sobre la misma materia. La regla general es que las “potestades explicitadas en el inc. 16 del art. 67 de la Constitución, no excluyen el ejercicio concurrente por parte de los estados provinciales de otras orientadas a satisfacer, en sus respectivos territorios, iguales objetivos (arts. 104 y 107 de la Constitución)”, en el caso concreto las facultades concurrentes se ven limitadas por considerar que retardan, impiden o de cualquier manera pretenden controlar la ley dictada por el Congreso.

En el caso “Boto” del 6/5/97 (Fallos 320:786) se discutió la facultad de la Provincia de Buenos Aires para fijar el salario mínimo de los médicos en relación de dependencia que, en el caso, al ser mayor dio lugar a un reclamo por diferencias en un juicio de despido. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pone en evidencia el conflicto que en materia de facultades del gobierno nacional y provincial se ha esbozado a lo largo del trabajo. En síntesis, y sin pretender agotar las diversas cuestiones que merecen atención en el fallo de referencia, la mayoría establece que la potestad de fijar las remuneraciones de los aludidos médicos no forma parte, en principio, de las competencias que la “cláusula de los códigos” atribuye al Congreso de la Nación (caso “Pravaz”, Fallos 289:315 -año 1974-; párrafo 5° del dictamen del procurador general *in re* “Barboza Noguera, Andrés c/ Clínica Privada 25 de Mayo S.C.A. s/ diferencia de haberes”, del 5 de diciembre de 1983, al cual esta Corte se remitió). Y en que, además, dicha potestad tiene fundamento en el “poder de policía” previsto en el artículo 121 y siguientes de la Constitución Nacional (consid. 11 del caso “Pravaz”, Fallos 289:315 -año 1974-). Considerando a la normativa producto del ejercicio de la facultad del art. 75 inc. 18 de la C.N. A su vez, teniendo en cuenta que el actor trabaja en relación de dependencia de una entidad regulada por una normativa federal determina que el holding del precedente citado tiene dos excepciones: “a) que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la “cláusula del progreso” prevista en el inciso 18 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que dicho poder sea ejercido por las provincias; b) o se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada “cláusula del progreso”. “Que el principio general y sus dos excepciones... constituyen un standard. Y su función es la de permitir determinar cuándo la normativa federal -dictada con base en la “cláusula del progreso”- prevalece sobre la normativa provincial a raíz de lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional; y cuándo tal preeminencia no se configura”. Concluye que “... en el caso concreto no se advierte que “el Congreso haya prohibido que la provincia fije un salario

mínimo” en el supuesto en debate, sin embargo entiende que “la normativa provincial impugnada -al ordenar un incremento salarial de un sesenta por ciento-, dificulta o impide el adecuado cumplimiento del propósito del Congreso de la Nación contenido en las normas federales estudiadas en este pleito”. En consecuencia, la normativa provincial es inconstitucional”. La disidencia, por el contrario, sostiene “Que la doctrina de la Corte ha descartado, asimismo, que configure una violación a la garantía de la igualdad, la circunstancia de que los médicos perciban distintas remuneraciones como retribución por su trabajo en relación de dependencia, según las provincias en las que ejerzan. En efecto, se trata de situaciones diversas y no cabe admitir que exista indebida desigualdad cuando ésta proviene del dispar tratamiento legislativo derivado de la diversidad jurisdiccional que la propia Constitución regula (causa “Bredston, Carlos A. c/ G.A.M.S.A.M.I.C.A.F. s/ despido”, fallada el 10 de abril de 1980, dictamen del procurador general, al que remite el fallo del Tribunal). Que si bien es cierto que lo atinente a las tareas efectuadas en relación de dependencia ha sido encomendado a la legislatura nacional, también lo es que cuando en esa clase de relación laboral se desempeñe un profesional, más allá de que su contrato de trabajo esté regulado por las normas de derecho común, el empleador no podrá pagarle por sus servicios un salario que esté por debajo del arancel mínimo que la provincia haya estipulado con sustento en el poder de policía, poder de regulación general interna que las provincias se han reservado, a fin de proveer a lo conducente a la seguridad, higiene, moralidad y bienestar de sus vecinos. Contrariamente a lo afirmado por el apelante (fs. 134 vta. y 137), las normas que se impugnan no tienden solamente al mayor bienestar de los médicos, sino a mejorar la calidad mínima de la asistencia pública y el bienestar de la comunidad” ...“Las leyes nacionales en debate no tratan específicamente lo atinente a los aranceles de los médicos que trabajan en relación de dependencia con los institutos de obras sociales y, por otra parte, no se ha demostrado en el *sub lite* que exista una relación directa entre el reconocimiento de los salarios reclamados en autos y la eventual frustración del sistema financiero y de organización de la parte demandada”.

En la causa “Cencosud S.A. s/ ley 22.802 c/ Sec. de Ind. y Comercio expte. 064-2509/97” del 17/4/01 (Fallos 324:1276), se discutió la sanción impuesta por la Secretaría de Comercio de la Nación. El dictamen del Procurador General al que adhiere la Corte reitera la regla general según la cual “... Las cuestiones relativas a la Ley de Lealtad Comercial, como muchas otras vinculadas al comercio, se inscriben en el marco de los poderes de policía económica que con fines de promoción de la industria la Constitución otorga, de manera concurrente, al Estado Nacional y a las provincias (arts. 75, inc. 17 y 125 de la Constitución Nacional) y pueden ejercerse conjunta o simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de tal circunstancia derive violación de principio jurídico alguno, ya que estos poderes de policía solo pueden considerarse inconciliables mediando una repugnancia efectiva entre una y otra facultad. El establecimiento de la jurisdicción marítima nacional y las atribuciones y potestades en esta materia, del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo (art. 75, incs. 10, 12, 13, 18, 26 y arts. 99, inc. 2, y 126 de la Constitución Nacional) no excluye el poder de policía local, como expresamente lo prevé el art. 75, inc. 30 *in fine* de la Ley Fundamental...”. Resulta apropiado comparar la regla antecedente con las cuestiones debatidas en la causa “Día S.A.” reseñada en el texto.

En la causa “Casino Estrella de La Fortuna s/ allanamiento -causa N° 1666”. 16-04-02 (F. 325: 766), el Procurador General en su dictamen, al que adhiere el Tribunal, recuerda los principios que defendió Mitre en la sesión del Honorable Senado Argentino del 14 de setiembre de 1869, en el debate que sostuvo desde su banca con Vélez Sársfield -ministro de Sarmiento- en torno de la concesión del Puerto Madero, en el que sostuvo “... el poder nacional no se ha reservado sino aquella parte de la soberanía necesaria para dominar el conjunto y, en cuanto al territorio, no se ha dado más que aquél indispensable para residir, subordinándose a la condición de propietario civil, dentro de las soberanías territoriales de los estados provinciales. El Gobierno federal no posee a título de soberano en el orden federal, sino el terreno suficiente para pisar y moverse y, accidental y condicionalmente, los territorios que guarda para emanciparlos más tarde (Diario de Sesiones, página 851)”. En referencia con la cuestión en debate sostuvo “aun sobre un buque amarrado en el puerto de la ciudad, puede postularse la doctrina de los poderes concurrentes entre el Estado soberano y los Estados miembros autónomos (artículos 1, 5, 75 y 121 a 129 de la Constitución Nacional), que deben ser ejercidos de manera compartida, siempre y cuando no se produzca una situación de incompatibilidad o interferencia con el Gobierno de la Nación adoptando esta misma tesitura, aunque en otra materia, V.E. dijo en la sentencia publicada en Fallos 196:327, que jurisdicción nacional establecida para los ferrocarriles que, como el de Entre Ríos, sirven al tráfico interprovincial no los substraen en absoluto al poder de policía que las municipalidades ejercen sobre los centros urbanos conforme a las leyes de su institución y organización (con cita de Fallos 141:338; 161:437; 173:330 y Cooley, *Constitutional Limitations*, 8ª ed., volumen 2, pág. 1232). Y no quiero concluir mi dictamen sin citar a mi ilustre antecesor, el procurador general José Nicolás Matienzo, quien en su obra (*Cuestiones de derecho público argentino*), dijo: en nuestro sistema federal de gobierno, no sólo dos, sino tres jurisdicciones pueden subsistir sobre las mismas personas, cosas y lugares: la nacional, la provincial y la municipal, sin que entre ellas se produzcan choques si cada una limita su acción a lo que le corresponde (Buenos Aires, Valerio Abeledo, edición 1925, t. 2, pág. 614)”.

En la causa “Transur S.R.L. y otro c/ Estado Nacional (Sec. de Transporte) s/ demanda medida cautelar” (T. 444. XLIV del 26/05/2010), la mayoría del Tribunal con remisión al dictamen sostuvo que “... Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda meramente declarativa iniciada contra el Estado Nacional -Secretaría de Transporte- con el objeto de que se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad de la resolución ST 116/03 que llamó a licitación pública de propuestas para el establecimiento de servicios públicos de transporte automotor de pasajeros por carretera de carácter interjurisdiccional y que permite tráfico intraprovincial entre determinadas localidades de la Provincia de Santa Fe, basándose en que las actoras carecían de legitimación para obrar ya que -más allá de sustentar su postura en el posible avasallamiento de la autonomía provincial en materia de tráfico intraprovincial que sí corresponde a la provincia- dicho argumento es también fundamento para sostener las autorizaciones y permisos vigentes que les fueron otorgadas legalmente por la autoridad provincial y que se verían, en principio, afectados de consumarse el llamado a licitación por parte del órgano nacional y la consecuente concesión de trazas en superposición a las otorgadas por el Estado local.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un fallo en el cual es posible analizar la lectura constitucional conflictiva en materia de facultades delegadas al gobierno central, el alcance del poder de policía reconocido a las provincias y el enlace de ambos aspectos a la problemática de las facultades concurrentes. En el caso de referencia, la ley de defensa de la competencia y una norma local de regulación de ciertos aspectos específicos ligados a una actividad comercial en el ámbito de la provincia -cuya inconstitucionalidad se pretende evidenciar, una vez más, la crítica situación de la materia. La mayoría se integra con dos miradas diversas. Por un lado, la inexistencia de un acto administrativo concreto que sirva de causa para acreditar un agravio que justifique la invalidación de la norma local. Por otro lado, un voto que desarrolla el diálogo institucional y su alcance, ya que se pronuncia sobre el fondo de la cuestión mediante la descripción de las facultades entre Nación y Provincia, lo que lleva a sostener la constitucionalidad de la ley local. La disidencia, por su parte, declara la inconstitucionalidad de aquella entendiendo que al diseñar un sistema “diferente al nacional” interfiere con los propósitos de la ley 25.156 de defensa de la competencia. En este contexto es oportuno interrogarse si el control de concentración económica, perseguido por la ley nacional, es efectivamente excluyente de mecanismos provinciales que, en igual sentido pero con criterios más precisos, puedan ser necesarios para regular la realidad de la competencia local ²⁹.

Cabe en el estado actual de la cuestión preguntarse: ¿Cuáles son las variables a ponderar cuando se trata de determinar el alcance de la facultad reguladora de las provincias en el ejercicio del poder de policía? ¿Es posible pensar en un sistema federal de concertación e integración, si previamente no se reformula la adecuación del concepto de poder de policía amplio en su condición de instrumento absolutamente discrecional del gobierno central? ¿Cabe revisar el concepto de facultades concurrentes y el principio de subsidiariedad en tal ámbito?

²⁹ D.336.XXXIX “Día Argentina S.A y otra c/ Buenos Aires, Provincia de / acción de inconstitucionalidad”, 15/6/10.

LA CUESTIÓN CAPITAL: ASIGNATURA PENDIENTE. LA REFORMULACIÓN DEL FEDERALISMO ARGENTINO

por HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ

SUMARIO: I. La cuestión capital: asignatura pendiente. II. La reformulación del federalismo argentino. 1. La necesidad de una nueva ley convenio de coparticipación federal impositiva. 2. La situación de las provincias que no suscribieran la ley convenio. 3. La reorganización de un banco federal. 4. El organismo fiscal federal de control de la coparticipación federal. 5. La inclusión de los municipios en la ley convenio de coparticipación fiscal federal. 6. Los comités de cuencas hídricas.

I. La cuestión capital: asignatura pendiente

Una megalópolis de trece millones de habitantes ahoga el crecimiento del país. Ezequiel Martínez Estrada le puso nombre al drama: una “cabeza de Goliath” aplastando el débil cuerpo de un país sin piernas.

Gervasio de Artigas lo tuvo claro en 1813: “es preciso e indispensable que sea fuera de Buenos Aires donde resida el sitio del Gobierno de las Provincias Unidas”. El Segundo Triunvirato, tuvo en cuenta aquel consejo y en su proyecto de Constitución sostuvo “Que la silla del Gobierno ha de estar precisamente fuera de Buenos Aires...”.

José de San Martín, en carta enviada a Godoy Cruz, se preguntará “¿No será conveniente transplantar la Capital a otro punto cortando por este medio las quejas de las provincias?”.

La impronta sanmartiniana la tomó Sarmiento, proponiendo a Córdoba como capital (correspondencia de 1866), quizás influido por Alberdi, quien sostuvo “que todo gobierno nacional es imposible con capital en Buenos Aires”. Sarmiento escribió desde New York en 1866, que pensaba que lo propio sería convertir a Córdoba como capital del país. Luego, Juan R. Muñoz propuso que la capital se instalara en Río Tercero, quizás influido también por Alberdi y Sarmiento.

Valentín Alsina, desde el Senado nacional sostuvo, en 1868: “debemos pensar en construir una nueva capital, Buenos Aires no necesita ser capital de la República, ni Rosario tampoco, pues tienen en sí mismas todos los elementos de la vida y el progreso”. La misma bandera levantó Leandro N. Alem cuando se opuso con firmeza a federalizar la Ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX Alcides Greca publica su libro *Una nueva capital para la Nación Argentina*, donde propone la creación de una ciudad capital que se llame “San Martín”, a ser erigida en las cercanías de Río Tercero.

En 1964, el gobernador de Tucumán, Celestino Gelsi, propuso trasladar la capital a Córdoba. Y el escritor francés André Malraux, pudo decir, tras la construcción de Brasilia, que se trataba de la “Capital de la Esperanza”.

Es así como llegamos a la presidencia de Raúl Alfonsín, quien impulsó el traslado de la capital a las ciudades de Viedma, Carmen de Patagones y Guardia Vieja. El proyecto no anduvo. Pero la ley 23.512 sobre el traslado, sigue vigente. El debate que se instalará será: ¿insistimos con la Patagonia o miramos al Norte?

Iniciamos el año 2010 con un déficit generalizado en las provincias, cercano a los 14.000 millones de pesos. Solamente Buenos Aires tiene un déficit de 6000 millones. ¿Cuál es nuestra propuesta y con qué fundamentos? La propuesta es llevar la capital a la provincia de Córdoba, porque es el centro geográfico del país, porque es la provincia con la segunda cantidad de habitantes de la Argentina (3.200.000 en el censo de 2008), y con el segundo P.I.B. con doce mil millones de dólares. La Pampa de Pocho tiene una extensión de unas 200.000 hectáreas. Solamente existe la pequeña ciudad de Pocho con no más de 500 habitantes. Su capilla jesuítica data del año 1760: reliquia que debe conservarse plenamente.

Habrá múltiples propuestas descentralizadoras: por ejemplo disponer que el Congreso se instale en la ciudad de Córdoba, que el Ministerio de la Patagonia tenga su sede en Viedma, con partida presupuestaria autónoma y suficiente para impulsar el crecimiento del sur del país. El Ministerio de Relaciones Exteriores no precisa salir de Buenos Aires, con lo cual las embajadas deberían quedar en la histórica Buenos Aires.

Por otra parte, cada región del desarrollo del país, las cuencas hídricas, que nunca se han creado institucionalmente, deben tener su sede en una ciudad cabecera, que gocen de gran autarquía económica. La creación de la nueva capital se vincula con la sanción de la ley convenio de coparticipación federal impositiva, donde las intendencias tengan prevista la

asignación directa de sus recursos propios. Esto significa que el régimen de autonomía municipal dispuesto por el aún incumplido art. 123 de la Constitución vigente, debe hacer posible que cada intendencia argentina sea un centro de creación de riqueza.

Los costos no pueden ni deben ser faraónicos. Ellos podrán ser financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo. Se debe buscar una urbanización que sea un ejemplo de belleza por su estilo, sus parques y su paisajismo.

Todo esto es opinable. Si parece utópico e impropio fundar una nueva ciudad capital en la Pampa de Pocho, pues que sea Córdoba Capital la nueva capital. Si hay dudas sobre la oportunidad o conveniencia, pues que se consulte al pueblo. No pueden los celos históricos existentes entre provincianos y porteños, ser argumentos para dejar librado al acaso la reorganización del país.

En definitiva, la construcción de la nueva capital debe estar vinculada directamente con la recreación del federalismo argentino. Federalismo que también debe efectivizar el mandamiento constitucional de reorganizar un Banco Central gobernado por un organismo fiscal federal, de carácter autárquico, con representación de todas las provincias, encargado tanto de controlar la coparticipación federal impositiva como el arreglo de la deuda externa de acuerdo con las directivas del Congreso, dando efectivo cumplimiento al art. 75 constitucional, inc. 2, sexta cláusula e inc. 6.

II. La reformulación del federalismo argentino

1. La necesidad de una nueva ley convenio de coparticipación federal impositiva

Sostuvimos en el debate plenario de la Convención Constituyente de 1994, donde representamos a la Unión Cívica Radical, que el mantenimiento del sistema vigente de unificación de impuestos internos, lo cual implicaba que la recaudación era siempre centralizada por el gobierno nacional, mantenía el unitarismo fiscal de los argentinos. Hasta llegamos a proponer que se convocara desde la propia Convención una convocatoria para dentro de diez o quince años, al solo efecto de revisar la suerte y los resultados que el régimen de concentración unitaria fiscal que se man-

tenía, había beneficiado al crecimiento federativo, es decir tanto provincial como municipal, de la economía integral del país. Tuvimos conciencia de que estábamos proponiendo una suerte de reforma constitucional de carácter transitorio en materia fiscal, sometida a control en términos de resultados, algo ajeno completamente a nuestras prácticas institucionales. Por supuesto que la Convención tiene potestad para ejercer potestades que le son inherentes e implícitas, en resguardo de su propia función y obra constituyente. El conservadorismo nacional irracional escuchó con sonrisa irónica nuestra atrevida propuesta: no hubo una sola voz que se hiciera eco de la misma.

De todos modos, la Convención tuvo conciencia de que estábamos manteniendo el unitarismo fiscal, a partir de la centralidad de caja consagrada de la recaudación de impuestos, que nos regía desde hacía tanto tiempo. Y esa toma de conciencia, así como de sus resultados negativos en términos de crecimiento, hizo que se propusieran criterios de reparto del fondo de coparticipación federal que han pretendido potenciar el crecimiento de las economías regionales del país. Veremos en detalle estos nuevos criterios:

a) La distribución entre la Nación y las provincias, incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como entre estas mismas, se debe efectuar en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto, será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (texto de la tercera cláusula del inc. 2 del art. 75 constitucional).

Estos criterios de distribución implicaban otorgar preferencia a las provincias más pobladas (especialmente Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Mendoza), a las que mayores necesidades económicas tenían (es decir Formosa, Chaco, Santiago del Estero, La Rioja y Catamarca), por razones de solidaridad. El objetivo ha sido mejorar la calidad de vida de toda la población del país, con el objeto de lograr la igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

b) También se ha dispuesto que “no habrá transferencias de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley convenio de coparticipación federal impositiva (quinta cláusula del inc. 2 del art. 75 C.N.).

De esta manera, la Convención le ha dado satisfacción a un continuo reclamo provincial, que no es posible que la Nación les asigne nuevas

competencias, servicios o funciones a las provincias, si no se les asignan los recursos suficientes para poder darles satisfacción.

Corresponde señalar que también la Constitución ha dispuesto, como cláusula transitoria, penosamente vencida que “un régimen de coparticipación conforme al inc. 2 del art. 75, así como la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996”. Catorce años de mora constitucional tiene en su haber el Congreso de la Nación. No podemos extrañarnos, en consecuencia, de que exista en el país un 35% de pobres, es decir alrededor de catorce millones de habitantes. En relación con los indigentes no sabemos cuántos son, si por indigentes se entiende aquellas personas que no comen todos los días, sino día por medio, pues los Planes Trabajar, que son una especie de subsidio a la desocupación que no dignifican a los beneficiarios, porque la dignidad humana se logra con trabajo, sobre todo bajo criterios de gestión de calidad, y no con subsidios a los desocupados.

A continuación pasamos a transcribir importantes intervenciones registradas en los debates de la Convención Nacional Constituyente del 94, que ilustran la “voluntad de legislador”, glosando a Savigny, como forma de interpretar el texto constitucional vigente en materia fiscal.

El convencional Manfredotti en su intervención manifestó: “Asimismo estoy de acuerdo que la ley convenio, sobre la base de un acuerdo entre la Nación y las provincias, que instituirá el régimen de coparticipación de las contribuciones, tenga origen en la Cámara de Senadores. También comparto que el organismo fiscal federal tenga a su cargo el control y fiscalización de la ejecución, así como que haya representación para todas las provincias. También veo bien el crecimiento armónico de la Nación y la población de su territorio, así como la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y de las regiones”.

El convencional Hernández sostuvo: “Por eso vamos a sentar principios fundamentales, como la necesidad de una ley convenio entre la Nación y las provincias, que fijará la coparticipación y la remisión automática de lo recaudado. Cuando se hizo la Constitución de 1853 teníamos un sistema impositivo muy diferente: la gente no pensaba en el IVA o en los sistemas modernos de imposición; por ello es que nosotros, en este momento, no estamos capacitados para pensar en cómo serán los sistemas impositivos no ya dentro de cincuenta, sino dentro de diez años; no sabemos cómo va a evolucionar en este mundo cambiante el sistema de impo-

sición. Por eso, el único principio, el fundamental que debemos dejar aclarado y asentado es que el sistema impositivo debe ser consensuado y coparticipado; debe tratarse de un sistema instrumentado por la Nación juntamente con las provincias, donde ellas participen en la imposición, porque ésta en definitiva es parte de las provincias. También hemos resuelto que la distribución se efectuará en relación directa con las competencias, servicios y funciones que cada provincia tenga, contemplando criterios objetivos de reparto, que será equitativo, solidario y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Todos estos principios, si son aplicados en los convenios y legislaciones futuras, posibilitarán la transformación del Estado nacional y veremos así cumplido el destino que necesariamente debe tener esta gran Nación, que es la Argentina. Sentamos también que no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la correspondiente asignación de fondos, y que el control y la fiscalización del cumplimiento de lo acordado en la ley convenio estará a cargo de un organismo integrado con la representación de todas las provincias y de la ciudad de Buenos Aires. Estos son principios de integración y de coparticipación en la administración de la cosa pública”.

A su turno, el convencional Guinle expresó: “¿Por qué no avanzar en una ley convenio o en un tratado interprovincial que signifique reconocer el federalismo solidario, ese que sólo se declama pero que debemos hacer práctico? La unidad de ejecución en una política no se pierde ni se perjudica por una acción concertada entre el Estado nacional y las provincias ribereñas; por el contrario, se va a lograr el perfeccionamiento en el aprovechamiento de los recursos naturales, vamos a poder generar empleos genuinos para nuestros pueblos y se va a asegurar el mantenimiento de la jurisdicción que queremos mantener. Por supuesto, es necesario acordar y para ello es necesario dialogar. Debe existir disposición para un diálogo que sea realmente conducente a lograr acuerdos entre el Estado Nacional y las provincias. Las provincias ribereñas no estamos tironeando por un recurso que reconocemos que debe acrecentarse en función de las posibilidades de crecimiento de todo el país. En una de nuestras primeras intervenciones explicábamos el porqué de la disidencia. No somos una mayoría regimentada. Somos una mayoría comprometida con nuestra plataforma electoral y con los intereses de nuestro pueblo y de nuestro pago chico. Distintos representantes provinciales han reivindicado los intereses de Misiones, de Formosa, del Chaco, de la pampa húmeda y de otras

provincias; los chubutenses de la Patagonia reivindicando los intereses de la unidad federativa y los intereses de las provincias preexistentes que constituyeron este Estado nacional. No estamos en un tironeo irreflexivo. Intentamos que nos escuchen y que podamos llegar en una discusión abierta a un reconocimiento sobre los recursos. No queremos que nuestro reclamo sólo forme parte de discursos declamativos que hablan de la Patagonia, del sur y del frío, pero que sostienen un esquema híbrido en el manejo de los recursos”¹.

Además de la nueva ley convenio de coparticipación federal impositiva, de la cual es un avance el proyecto de ley del cheque impulsado por la oposición, resultará importante modificar la ley de entidades financieras, que rige en el país desde 1977 impuesta por la dictadura militar. Habrá que modificar, en tal caso las limitaciones que dicha ley le ha puesto a la banca cooperativa, así como a la pequeña y mediana empresa, es decir a las Pymes.

2. La situación de las provincias que no suscribieran la ley convenio

Se planteó en el seno de la Convención el tema de cuál sería la situación de las provincias que no suscribieran la ley convenio. El debate que se desarrolló fue el siguiente:

El convencional Natale sostuvo en el recinto que “el señor convencional Harvey formuló una pregunta que desde mi punto de vista no ha sido respondida adecuadamente por la comisión. Por eso la vuelvo a reformular, dándole tal vez mayor precisión. Si una provincia no ratifica la ley convenio o no la aprueba, ¿cuál es el efecto que se produce con relación a esa provincia? Esa sería la primera hipótesis. ¿Deja de percibir la coparticipación y en consecuencia recupera la plenitud de sus potestades fiscales en aquellas materias impositivas que eran coparticipables? En una segunda hipótesis, la provincia que no ha aprobado la ley convenio, ¿sigue percibiendo los porcentajes de coparticipación vigentes en la

¹ Todos estos antecedentes, así como los reseñados en los puntos siguientes, pueden consultarse en el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1994)*, t. IV, págs. 3600 a 3819.

legislación anterior, fuesen estos inferiores o superiores a los que resultan de la nueva ley convenio sancionada? Espero que la comisión responda en forma concreta a las alternativas planteadas”.

A su turno, el convencional Marín R.H se pronunció sobre el mismo tema del modo siguiente: “Señor presidente: la pregunta es importante y fue objeto de discusión en la comisión originaria y también posteriormente. En última instancia, ese es el ‘quid’ de la cuestión. En el caso de la última alternativa que planteó el señor convencional Natale, cuando una provincia no firma el convenio, pensamos que continúa percibiendo la coparticipación que tenía. Ha habido casos concretos que se han registrado en los últimos tiempos respecto de determinadas provincias, ya que al firmarse el Pacto Fiscal algunas no lo hicieron y sin embargo continuaron percibiendo exactamente lo que tenían asignado. Ese es el concepto que la comisión ha brindado al interrogante formulado por el señor convencional Natale y que indudablemente también surgió en los 14 integrantes de la comisión”.

A mi juicio, la ley convenio que suscriban el Congreso y las provincias que adhieran deberá prever en forma explícita la solución de este importante tema, para no dejarlo a la deriva. Pensamos, además, que el texto de la ley convenio debe ser suficientemente operativo y preciso, a los efectos de que no sea necesaria una reglamentación del Ejecutivo Nacional en un tema donde el órgano ejecutivo no debe intervenir por razones claramente políticas. Precisamente, la cuarta cláusula del inc. 2 del art. 75, que regula el tema, prohíbe la reglamentación de la ley convenio, y establece que ella no podrá ser modificada unilateralmente (por el Congreso se entiende) y siempre aprobada por las provincias.

3. La reorganización de un banco federal

Resulta imperioso hacerlo a la luz del claro texto de la Constitución reformada en 1994, en cuyo art. 75, inc. 6 se establece que le corresponde al Congreso “Establecer y reglamentar un Banco Federal con facultad de emitir billetes...”. Reformó el texto histórico de 1853 que hablaba de Banco Nacional, es decir que el cambio de nombre implica federalizar el Banco, de modo tal que sea cogobernado entre todas las provincias, con la debida intervención del gobierno nacional. Por otra parte, es evidente

que no puede seguir denominándose Banco Central el ente que tiene a su cargo el gobierno monetario del país, pues si es Central estamos desvirtuando el federalismo y convirtiendo en unitaria a la economía argentina. Esta posición la hemos sostenido también en nuestra *Constitución de la Nación Argentina comentada* ².

Pero el debate sobre el tema que se suscitó en el seno de la Convención Constituyente es muy ilustrativo al respecto. Veamos.

Interviene el convencional por Córdoba -Maqueda- y sostiene: “El inciso 5 del artículo 67 de la Constitución de 1853 habla de establecer y reglamentar un Banco nacional con facultad de emitir billetes. En 1935 se crea un Banco Central de la República Argentina. Su denominación ‘Banco Central’ y la concepción de esta entidad es propia de las repúblicas unitarias. Así tenemos los bancos centrales de Bolivia, de Chile o del Uruguay. Por el contrario, las repúblicas federales como los Estados Unidos tienen la Reserva Federal. En el caso de Suiza existe el Banco Nacional de Suiza, mientras que en Alemania está el Banco Federal de Alemania. El cambio de denominación es para adaptarlo estrictamente a la concepción federal de nuestro país. Obviamente, habrá que reformar la ley 24.144, que establece la Carta Orgánica del Banco Central con el fin de determinar la nueva denominación de ‘Banco Federal’”.

También interviene el convencional Marcone que pregunta: “Este Banco Federal, ¿va a cumplir las funciones del Banco Central de la República?; ¿será un banco de bancos provinciales?; ¿sustituirá al Banco Nación?; ¿atenderá con sus créditos diversas actividades agropecuarias e industriales no especializadas o alguna actividad especializada? Es muy importante aclarar todo esto en esta Convención. Pero más o tan importante como eso es que definamos si este banco será realmente federal porque su directorio estará integrado por representantes de cada una de las provincias. En nombre de los derechos humanos que leí hace un rato, le propongo al señor convencional Rubén H. Marín que acepte en este artículo la siguiente inclusión: cuyo directorio estará integrado por representantes de cada una de las provincias. Es muy tarde. Si no fuera por eso relataría una anécdota acerca de la importancia que tiene para cada

² Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía.

provincia tener un comprovinciano que esté al tanto de los problemas de su ciudad, de su lugar, de su chacra chica, en el lugar desde donde -como dijo Juan XXIII- se distribuye la sangre de la economía que es el dinero. Frente a la escasez de base monetaria que afecta sobre todo en gran escala a las provincias argentinas antes que a la Capital, porque el dinero se acumula entre las calles San Martín, Reconquista y Florida, la disponibilidad de dinero en el interior es menor, por lo que las políticas de ese banco central y los encajes mínimos deben ser determinados también en función de las necesidades de numerarios que tienen las provincias. En este momento estamos viendo el agotamiento de la base monetaria, situación que llevó al ministro de Economía a crear el cheque diferido que es dinero secundario. Esto lo hace una autoridad nacional, sin consultar o tomar en cuenta la opinión de los interesados de cada provincia aunque la haya considerado por sí mismo. Entonces, resulta fundamental que este directorio se integre con representantes de cada provincia. Pero en este recinto hay una persona más autorizada que yo para exponer acerca del tema, que presentó un proyecto de ley sobre cuya base o con muchos de sus elementos se estructuró el actual Banco Central de la República Argentina. Asimismo, dejó sentada mi moción acerca de la conformación del directorio de esta entidad para que analice, que ese directorio esté integrado por representantes de cada una de las provincias”.

A su turno intervino el convencional Barcesat, y lo hizo en estos términos “Señor presidente: después de las explicaciones formuladas por el señor convencional Maqueda deseo formular una cuestión de sintaxis. Es decir, poner después de ‘moneda’ un punto y coma, porque si no parece que este Banco Federal emite moneda, y otros bancos nacionales también podrían hacerlo”.

Y Maqueda respondió: “Aceptamos la sugerencia del señor convencional Barcesat”. (*aplausos*).

Cuando intervino el convencional Orsi (el querido amigo Orsi desaparecido, a quien, desde aquí le rendimos homenaje y recuerdo) sostuvo: “Señor presidente: quiero hacer una aclaración muy simple, que tiene que ver con las manifestaciones formuladas por el señor convencional Natale. Si no he entendido mal, y es simplemente a efectos de que quede en el Diario de Sesiones lo que a mi juicio es la interpretación real, el señor convencional Natale ha dicho que de acuerdo con nuestro actual sistema monetario el Banco Central y la Casa de la Moneda son las que emiten los billetes. Tengo aquí tres billetes principales: de cien, de cincuenta y de

un peso. El que emite los billetes -y prueba de esto es que el de cincuenta pesos está firmado por el señor Alberto Pierri, en su carácter de presidente de la Cámara de Diputados, y el de un peso por el presidente de esta Convención en su carácter de presidente del Senado de la Nación- es el Banco Central. La Casa de la Moneda es una simple imprenta. Prueba de ello es que hace muchos años, antes de que existiera la Casa de la Moneda, los billetes se enviaban a imprimir fuera del país. Recuerdo, siendo muy niño, que se imprimían en Inglaterra. El Banco Federal que se creará por esta modificación de la Constitución, a mi juicio, pasará a sustituir al Banco Central y será el órgano emisor de la moneda”.

Con posterioridad intervino el convencional Saravia Toledo quien sostuvo “Señor presidente: a los efectos de solicitar a la Comisión de Redacción que contemple y considere la incorporación de un párrafo a continuación de ‘Banco Federal’ que diga ‘independiente del Poder Ejecutivo’. Esta inclusión que pedimos responde a la necesidad de prever que la autoridad nacional no convierta a una entidad de tanta responsabilidad para la estabilidad monetaria en un ente subordinado a los avatares políticos y a las circunstancias del momento. Hay antecedentes sobre este particular. Es el caso del Banco de la Reserva Federal de los Estados Unidos o del Banco Federal de Alemania, donde se le concede esta autonomía al banco pertinente. Por esas razones solicitamos que esta asamblea contemple la posibilidad de la independencia del Banco Federal”.

4. El organismo fiscal federal de control de la coparticipación federal

La sexta cláusula del inc. 2 del art. 75 constitucional establece la creación de “Un organismo fiscal federal que tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires”. A nuestro juicio este organismo fiscal no es otro que el banco federal encargado de emitir billetes, al cual ya hemos hecho referencia. Por esa razón es que consideramos que el gobierno del banco federal deberá estar integrado por representantes provinciales.

Consideramos que si una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no fueran incluidas en el gobierno del banco federal, el o los excluidos podrán solicitar a la justicia que emita un mandamiento de ejecución

que le permita incorporarse, en igualdad de condiciones a los restantes. La vía jurisdiccional puede ser o una acción de amparo de incidencia colectiva o individual, según el caso, o la vía originaria ante la Corte Suprema por ser una provincia la que hace el reclamo (art. 117 C.N.).

Pero si lo omitido fuere la creación por ley del organismo de control federal, no cabe duda que será la justicia la encargada de ejercer el control y fiscalización de la ejecución del sistema de coparticipación federal impositiva, porque el incumplimiento de las leyes genera también, según lo prescribe el art. 43 constitucional, cuando regula la acción de amparo, en razón de tratarse de una omisión de una prescripción constitucional de claro carácter operativo. Coincide esta interpretación con lo prescripto por el art. 116 de nuestra Ley Suprema cuando le otorga al Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”.

Del mismo modo consideramos que el ejercicio del control de la coparticipación por parte del órgano fiscal previsto por la Constitución, que para nosotros no corresponde que sea un órgano distinto del banco federal, también puede ser controlado por parte de la justicia, en la medida de que el debido proceso legal o derechos individuales o colectivos se encontraren vulnerados por parte del banco u órgano de control fiscal. El hecho de que dicho o dichos entes sean autárquicos, no los coloca fuera del control de constitucionalidad consagrado en nuestro sistema republicano a partir de la supremacía constitucional (arts. 28, 31, 33 y 116 C.N.).

5. La inclusión de los municipios en la ley convenio de coparticipación fiscal federal

La más elevada doctrina sobre municipalismo en la Argentina de nuestro tiempo, como lo es sin duda Antonio María Hernández, quien fuera convencional nacional constituyente por Córdoba en 1994, ha sostenido, en relación con nuestro derecho público provincial, su origen y futuro, que “la carta de nacimiento de la nacionalidad de los argentinos estuvo en el formidable debate del Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810, en el cual se recuerdan cuatro grandes posiciones: la del Obispo de Lué y Riega, con la tesis de la continuidad del poder realista, que fue respondida brillantemente por la enunciación revolucionaria de Juan José

Castelli, abogado de la Universidad de Córdoba, fundado en la teoría de la reversión del poder al pueblo. Luego correspondió la intervención de Genaro Villota, joven fiscal de la Real Audiencia, que inquirió sobre las facultades del Cabildo de Buenos Aires para adoptar una resolución que competía en un pie de igualdad a otros cabildos, lo que puede servir de fundamento para el desarrollo posterior de la tesis federal. Y ante tan fino argumento, fue finalmente Juan José Paso -quien era el más prestigioso abogado de Buenos Aires, pero que también había egresado de la Universidad de Córdoba-, el que consolidó la posición revolucionaria al recordar la teoría de la gestión de negocios del derecho privado, expresando que Buenos Aires había ganado el título de hermana mayor y que podía tomar decisiones, que después serían ratificadas por los otros cabildos”.

“¿Por qué nos llevó tanto tiempo ese proceso constituyente?” -se pregunta Hernández-: “porque había que resolver la fórmula política que era en primer lugar, la forma de gobierno, y en segundo lugar, la forma de Estado. El debate sobre forma de gobierno fue entre república o monarquía y finalizó en 1820, cuando las montoneras federales del litoral, lideradas por López y Ramírez, derrotan al director Rondeau en la primera Batalla de Cepeda en 1820 y rechazan tajantemente la Constitución unitaria y promonárquica de 1819. En esos tiempos había comenzado el proceso de creación de las catorce provincias históricas de la nacionalidad, que culminara en 1834 con la separación de Jujuy de Salta, y que luego daría lugar a la realización de los pactos interprovinciales, que serían la fuerza instrumentadora del federalismo. Asimismo, las provincias comenzaron a dictar sus propias constituciones, como la de Santa Fe de 1819, la de Tucumán de 1820 y la de Córdoba de 1821. Y esto fue fundamental para resolver la segunda gran cuestión de la fórmula política, o sea la forma de Estado, que conllevó además nuestra cruenta guerra civil entre unitarios y federales”.

Remata Antonio Hernández sus reflexiones citando a Félix Luna: *“La Argentina es un enano macrocefálico. Es que en menos del 1% de nuestro territorio se asienta casi el 35% de la población y en un radio no mayor de 500 kilómetros del área metropolitana se encuentra el 80% de la riqueza nacional. Con este actual ordenamiento territorial del país no puede regir bien la Constitución ni puede haber un buen federalismo”*.

Recordamos que el art. 123 de la Constitución Nacional dispone una amplia autonomía municipal en estos términos: “Cada provincia dicta su

propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

Precisamente, en relación con la autonomía financiera consideramos que el constituyente ha previsto que los municipios reciban los fondos que les corresponde por coparticipación federal, en forma directa. De este modo se evita el favoritismo político que suelen tener los gobiernos provinciales, en desmedro de los municipios gobernados por partidos de la oposición.

En un sentido equivalente consideramos que, por imperio de su autonomía económica y administrativa, los municipios deben estar capacitados y habilitados para desarrollar emprendimientos dirigidos al crecimiento económico local, realizando inversiones en investigación científica y tecnológica que los sustenten.

No podemos olvidar que el centro científico más importante del país se encuentra ubicado en la ciudad de Bariloche, y aunque depende de la Universidad Nacional de Cuyo y del Centro de Energía Atómica, su ubicación geográfica demuestra que un municipio como Bariloche, que pertenece a la Provincia de Río Negro puede constituirse en un centro de excelencia científica de gran trascendencia. Ese es el modelo que tienen que seguir todos los municipios argentinos para generar desarrollo económico en todo el territorio del país. Este debe ser un objetivo fundamental de la autonomía municipal. La creación de centros de estudios o científicos municipales no puede ser vista como utópica, ni propios para el nivel de gobierno terciario que tienen las comunas, sino un factor de crecimiento activo a favor de la riqueza de la Nación Argentina.

En el caso “Rivademar”, la Corte Suprema sostuvo que “los municipios no pueden ser disueltos por voluntad de las provincias, porque ellos tienen origen constitucional”. En un sentido equivalente el alto tribunal sostuvo que las provincias no pueden privar a los municipios de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido³. Siempre se ha considerado que este fallo implica el reconocimiento fuerte de la autonomía municipal, aun antes de que estuviere reconocido en forma explícita, como lo está hoy en el art. 123 constitucional.

³ Ver El Derecho 133:536.

La importancia del municipio como clave del desarrollo nacional fue destacada en los Estados Unidos, con énfasis, nada menos que por Thomas Jefferson, el inspirador de la Declaración de la Independencia en dicho país, quien también fue presidente de la República. El testigo de la posición en tal sentido de este gran hombre no fue otro que John Dewey, uno de los más grandes filósofos políticos de su tiempo. Es él quien nos señala que Jefferson sostuvo que *“las comunidades de tamaño mucho menor que las provincias -es decir los municipios- eran los verdaderos baluartes de nuestra libertad, no el gobierno concentrado en Washington”*. Y agrega Dewey que Jefferson *“se encontraba impresionado, tanto práctica como teóricamente, por la eficacia de las sesiones municipales de Nueva Inglaterra, y deseaba que algo por el estilo se convirtiese en parte orgánica del sistema gubernativo de todo el país”*.

También Dewey sostiene que *“así como Catón terminaba todos sus discursos con las palabras Delenda est Cartago, así termino yo la exposición de mis opiniones con este requerimiento: dividid las regiones en distritos”*... *“para de ese modo hacer de ellos pequeñas repúblicas, con un gobernante al frente de cada una de ellas (es decir un Intendente o Director de una Cuenca Hídrica), para todos aquellos asuntos que estando bajo su vigilancia pudieran ser manejados mejor que en las grandes repúblicas regionales o provinciales”*. ¡Qué claro mensaje a favor de la autonomía municipal proclamada en el art. 123 de nuestra Constitución Nacional.

“Esos distritos (municipios) debían cuidar de los pobres, los caminos, la policía, las elecciones, el nombramiento de jurados, la administración de justicia en las pequeñas causas, y los ejercicios militares elementales”. Es el pensamiento de Dewey quien después agrega que *“la esencia del pensamiento de la filosofía política de Jefferson se halla en su esfuerzo para instituir esas pequeñas unidades administrativas y legislativas como la piedra fundamental del país”*⁴.

Estas ideas jeffersonianas han sido tenidas en cuenta por nuestro Juan Bautista Alberdi en su libro *Elementos de Derecho Publico Provincial para la República Argentina* (1853), por cuenta de su propia

⁴ Todas estas ideas pueden ser consultadas en el bello libro de John DEWEY titulado *Jefferson, con la mayor felicidad*, Buenos Aires, Losada, 2006, págs. 76 a 81.

gran intuición organizacional, pues no resulta factible, por el manejo de los tiempos, que haya conocido ni el pensamiento de Jefferson, en sus cartas, ni la obra de Dewey.

6. *Los comités de cuencas hídricas*

En la Argentina existe un señalado vacío legislativo en materia de regulación de cuencas hídricas. Nunca se ha dictado una ley de ríos interiores y ello ha merecido severa crítica desde los tiempos de Sarmiento, ese gran organizador que tuvo el país. Florentino Ameghino ha sido el científico argentino que ha estudiado el tema con mayor esmero y profundidad⁵. Hagamos una reseña de su pensamiento vinculado al tema hídrico:

“En las primeras páginas de esta Memoria, al exponer los resultados de mi excursión a las lagunas de Lobos y de Monte, dije que ellos fueron relativamente escasos a causa de la gran cantidad de agua que llenaba las lagunas, y eso a pesar de haber efectuado mi viaje cuando la estación del calor estaba muy avanzada. Hasta los mismos campos elevados pero de poco declive, estaban todavía en parte inundados y ya puede juzgarse por esto cómo estarían durante el invierno excepcionalmente lluvioso del año pasado. Natural es, pues, que la cuestión de las inundaciones y de los proyectados trabajos de nivelación y desagüe estuvieran a la orden del día y se deseara conocer mi opinión al respecto. Eso me indujo a hacer algunas observaciones sobre las causas de las inundaciones y los medios de evitarlas, y encontré que esta cuestión estaba íntimamente ligada con la de las sequías que de tiempo en tiempo hacen sentir sus desastrosos efectos sobre distintas regiones de la provincia. Aún más: adquirí la convicción de que todo esfuerzo y todo trabajo que tendieran a evitar uno de esos males, sin tomar en cuenta el otro, ocasionaría, probablemente, más perjuicios que beneficios.

La cuestión de las obras de canalización y desagüe en la provincia de Buenos Aires continúa, sin embargo, a la orden del día. Los trabajos de

⁵ Florentino AMEGHINO, “Las sequías y las inundaciones en la Provincia Buenos Aires”, *Obras completas y correspondencia científica de Florentino Ameghino*, vol. IV, “Zoología Matemática”, La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1915, págs. 145-214.

nivelación se prosiguen con actividad y todos esperan con impaciencia el día en que el pico del trabajador empiece la excavación de los canales de desagüe, destinados a preservar de las inundaciones a vastas zonas de la provincia hoy expuestas a desbordes periódicos de las aguas, que destruyen su riqueza y entorpecen el desenvolvimiento de la ganadería.

Todos abrigan la esperanza de que dichos trabajos librarán a la provincia de las inundaciones, abriendo así para el porvenir una nueva era de prosperidad y riqueza sin precedente entre nosotros. Por todas partes no se oye hablar sino de proyectos de canales que den salida a las aguas que en las épocas de grandes lluvias cubren los terrenos bajos o de poco declive. El objetivo de todos esos proyectos parece ser buscar los medios de llevar al océano lo más rápidamente posible las aguas pluviales, con lo que se cree evitar en lo sucesivo el desborde de los ríos y la inundación consiguiente de los terrenos adyacentes.

Aunque el entusiasmo es contagioso, no se me ha comunicado; he permanecido frío y pensativo, reflexionando sobre las ventajas y desventajas que reportarían los canales de desagüe y me he confirmado más en mi opinión de que si ellos no son el complemento de obras más eficaces y de mayor consideración, reportarán probablemente más perjuicios que beneficios.

Antes de emprender esos trabajos creo que sería prudente darse cuenta no sólo de los beneficios sino también de los perjuicios que podrían reportar para ver si los unos compensarían a los otros.

Es cierto que en distintas regiones de Europa se practica el drenaje y el desagüe de los campos en grande escala, sin que a nadie se le haya ocurrido que pueda ser perjudicial, por ser demasiado evidentes sus beneficios. Pero es que la constitución física de aquellas regiones es completamente distinta de la de estos territorios; de consiguiente, lo que allí reporta beneficios, bien podría producir aquí perjuicios. Allí no se conocen esas grandes sequías que son a menudo el azote de esta provincia; las lluvias son allí más regulares y el agua no escasea en ninguna época del año. Es así muy natural que allí se desagüe al sobrante de las aguas porque realmente lo hay.

Aquí no hay sobrante. Si hoy nos ahogamos por excesiva abundancia de agua, mañana nos moriremos de sed. En tales condiciones ¿qué ventajas reportará el desagüe de La Pampa? Indudablemente importantes beneficios para unas mil leguas de terrenos anegadizos en las épocas anormales; de excedentes lluvias, evitando en parte en lo sucesivo las grandes pérdidas que ocasionan las inundaciones.

Con todo, sería bueno tener presente que si esos terrenos anegadizos no son utilizables en los períodos de grandes lluvias, en las épocas de grandes sequías, cuando toda la llanura se presenta desnuda de vegetación y sin agua, ellos constituyen los únicos campos de pastoreo en donde se acumulan las haciendas para salvarlas de la muerte.

Por otra parte, con los canales de desagüe es posible que no se eviten por completo las inundaciones, como parece creerse. Las aguas excedentes de las planicies elevadas y terrenos de poco declive corren a los ríos con lentitud, pero es permitido suponer que por medio de los canales de desagüe se precipitarían con mayor fuerza y prontitud a los cauces de los ríos o a los puntos bajos hacia donde se les diera dirección. Si así sucediera, o habría que dar a los canales de desagüe una capacidad extraordinaria que exigiría un costo enorme, o las crecientes y desbordes se producirían con mayor rapidez que ahora y ocasionarían estragos aún más considerables en un menor espacio de tiempo, pues verificándose el desagüe con mayor rapidez, las inundaciones serían de menor duración. Las aguas no ocasionarían pérdidas de consideración en las planicies elevadas y de poco declive, pero ¿qué estragos no producirían en los puntos bajos los desbordes de los ríos y de los canales?

Sin embargo, hagamos abstracción de estas objeciones y admitamos en principio que las obras de desagüe reportarían beneficios para los terrenos bajos, anegadizos y expuestos a las inundaciones.

Es sabido que toda cuestión tiene sus dos lados: el pro y el contra. Veamos, pues, también un poco los perjuicios que ocasionaría un desagüe perpetuo de esas mil leguas de terrenos anegadizos.

Desde luego desaguar sin límite los terrenos quiere decir privar a la llanura de la pampa de una cantidad considerable de agua que, bien aplicada, puede constituir una reserva preciosa para atenuar, cuando menos en parte, los efectos desastrosos de las épocas de grandes sequías.

Si se hiciera un cálculo de los millones de pérdidas que en los últimos treinta años han producido las inundaciones por una parte y las sequías por la otra, se vería indudablemente que los perjuicios ocasionados por las últimas sobrepasan en una cantidad asombrosa a los que han sido producidos por las primeras”.

El federalismo de los Estados Unidos, en cambio, no se ha desentendido del tema. Los Comités de Cuencas de los ríos del Delaware, del Valle del río Tennessee, del río Colorado o del río Pecos, entre otros, han

sido organizados como agencias independientes de gobierno, con amplias atribuciones y de carácter autárquico e independiente en materia reglamentaria, administrativa y hasta judicial. Ello ha fortalecido el federalismo de ese país y el desarrollo de su economía nacional.

Incluir la legislación sobre cuencas hídricas en la reforma del federalismo argentino, implica un camino de transformación y de fortalecimiento de la descentralización económica que nuestro país no puede seguir dejando de lado entre sus políticas de Estado.

LOS RECURSOS NATURALES TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

por PABLO LUIS MANILI ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Cuáles son los “recursos naturales”? III. Antecedentes históricos. a. Minerales. b. Hidrocarburos. c. Los recursos marinos. d. El suelo. e. Las áreas protegidas. IV. Las pretensiones de las provincias. V. Qué podía y qué no podía decidir la Convención Constituyente. Los derechos adquiridos frente a una reforma constitucional. VI. Dominio y jurisdicción. VII. Qué es y qué no es el dominio originario. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La reforma constitucional de 1994 ha incorporado, en el art. 124, la cláusula según la cual “(...) *Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”. Es de destacar, no obstante, que antes de la reforma de 1994 ya había autores que sostenían que esos recursos eran provinciales, aun frente al silencio del texto constitucional ².

Si bien la incorporación de esta norma puso fin a una vieja discusión doctrinaria y jurisprudencial, en el presente trabajo nos proponemos aclarar ciertos conceptos que, aun luego de sancionada esta norma, quedan oscuros. Por ejemplo: ¿cuáles son los recursos a los que se refiere el

¹ El presente trabajo fue preparado sobre la base de la disertación dada en las jornadas “Debates Constitucionales desde la Tierra de Joaquín V. González en el año del Bicentenario”, organizadas por la Universidad Nacional de Chilecito (U.N. de C.), La Rioja, Argentina, marzo 18 y 19 de 2010.

² Germán J. BIDART CAMPOS, “Las provincias y las minas”, E.D. 83:392.

constituyente? ¿Cuáles eran las pretensiones de las provincias en la Convención Constituyente de 1994? ¿Cuáles eran los límites de la Convención Constituyente de 1994? ¿Qué diferencia hay entre dominio y jurisdicción? ¿Qué significa dominio “originario”? ¿Qué facultades surgen para las provincias de la norma en estudio?

II. ¿Cuáles son los “recursos naturales”?

En el seno de la Convención Constituyente de 1994 circuló un proyecto de redacción de esta misma norma que enumeraba cuáles eran los recursos naturales a los que se refiere la norma bajo estudio. Consideramos útil colacionarlo porque es evidente que si bien el constituyente eligió la designación genérica y no la enumeración, son esos los recursos que tuvo en mira al concebir la norma: *“Pertenece al territorio de las provincias su suelo, subsuelo, espacio aéreo, lagos, costas, mar, lecho y la plataforma continental pertinente. Tienen el dominio originario de los recursos mineros, energéticos y de la flora y fauna marítima y terrestre”*.

Esa enumeración coincide en parte con la que tradicionalmente formulaba la doctrina, antes de que el tema adquiriera status constitucional. Por ejemplo, Catalano sostenía que los recursos naturales debían clasificarse en:

- a) Renovables: suelo, atmósfera y espacio aéreo, agua, flora y fauna silvestres, bellezas panorámicas o escénicas y ciertas formas de energía (hidroeléctrica, solar, mareomotriz, etc.).
- b) No renovables; dentro de los cuales distingue dos categorías:
 - Reutilizables (metales recuperables y energía nuclear).
 - No reutilizables (minerales, rocas, petróleo, gas, carbón mineral, fuentes geotérmicas y metales no recuperables) ³.

³ Conf. Edmundo F. CATALANO, *Teoría general de los recursos naturales*, Buenos Aires, Zavalía, 1977, pág. 16.

III. Antecedentes históricos

Antes de ingresar al análisis de la norma constitucional y de los interrogantes planteados, repasaremos cuál era el régimen legal aplicable a los recursos naturales. A tal fin, dividiremos el análisis según el recurso que se trate.

a. *Minerales*

Durante la época de la colonia, el dominio de los minerales pertenecía a la Corona española, que otorgaba concesiones de explotación a los particulares. Luego de la Declaración de la Independencia, las Provincias Unidas del Río de la Plata argumentaron ser herederas del Estado español y reivindicaron el dominio eminente de esos recursos. Al no haber sido delegada esa titularidad en el Estado federal al momento de sancionar la Constitución Nacional, algunos autores colegían que permanecían en el patrimonio de las provincias⁴. Joaquín V. González, en cambio, sostenía que una vez proclamada la independencia, la propiedad de la Corona revierte “a favor del soberano, del pueblo argentino, es decir, de la Nación; pero como ésta no es una persona, tiene que se representada por la entidad jurídica Estado”⁵.

En 1875, el Congreso dicta la ley 726, rechazando el proyecto de Código de Minería preparado por Domingo de Oro y encomendando al Poder Ejecutivo la designación de una persona que revisara ese proyecto, tomando como base el principio según el cual “*las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren*”.

En 1886 se sanciona el Código de Minería (ley 1919), que, cumpliendo con la norma antes citada, establece: “*las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se*

⁴ Conf. Guillermo CANO, L.L. 145:735 y J.A. 1957-III:75 Sección Doctrina.

⁵ Joaquín V. GONZÁLEZ, *Obras completas*, pág. 42, citado por Ricardo MERCADO LUNA, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pág. 40.

encuentran". Por entonces, los hidrocarburos eran considerados jurídicamente un mineral más, sujeto al Código de Minería, incluido dentro de los *"betunes y aceites minerales"*.

En la nota que el codificador introduce al pie de esa norma se lee: *"Dada nuestra organización y régimen político era consiguiente y bajo muchos aspectos conveniente, atribuir a los Estados la propiedad de las sustancias minerales comprendidas en sus respectivos dominios, pero no era indispensable"*. Más adelante, el codificador sostiene que las minas no pueden considerarse medios de obtención de rentas para el Estado a través de su política impositiva, por lo cual *"Nada entonces perderían las provincias dejando de percibir los modestos impuestos que podría pagar la propiedad minera"*. Y concluye esas reflexiones diciendo: *"los derechos particulares del concesionario y los intereses generales de la industria ¿no estarían mejor servidos y más garantidos bajo la égida de la autoridad nacional?"*. En otras palabras, el codificador cumplió con lo ordenado en la ley 726, pero dejó a salvo su opinión en contra de dicho mandato. No obstante, ambas posturas serían conciliables si distinguimos el dominio de la jurisdicción y asignamos el primero a las provincias y la segunda a la Nación. Volveremos sobre esa distinción más abajo.

Mercado Luna comenta que a pesar de esa norma, continuaba la discusión acerca de la titularidad ⁶. Consideramos que la norma adopta un criterio territorial, según el cual el dueño del suelo era dueño de los minerales. Téngase en cuenta que en esa época había enormes extensiones de territorio bajo el dominio y la jurisdicción del Estado nacional, en forma de *"territorios nacionales"* o de *"gobernaciones"*.

b. Hidrocarburos

El petróleo fue descubierto en 1907 en la zona de Comodoro Rivadavia. Si bien en un comienzo su régimen jurídico estaba contenido

⁶ Ricardo MERCADO LUNA, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pág. 32 y ss.

en el Código de Minería, con el tiempo se fue independizando hasta tener un régimen autónomo.

Durante el gobierno de Hipólito Yrigoyen se promovió la creación de la empresa estatal *Yacimientos Petrolíferos Fiscales* y del *Instituto Argentino del Petróleo*. Es interesante consignar que en el mensaje dirigido al Congreso Nacional para la nacionalización del petróleo, el presidente sostuvo: “*Se reserva pues, para el Estado, en razón de la incorporación de estas minas de petróleo a su dominio privado, el derecho de vigilar toda explotación de esta fuente de riqueza pública, a fin de evitar que el interés particular la malgaste, que la ignorancia o precipitación la perjudique, o la negligencia o incapacidad económica la deje improductiva... Con el mismo concepto se ponen trabas a la posible acción perturbadora de los grandes monopolios*”⁷. Esta ley no fue sancionada por no haber alcanzado la mayoría en el Senado de la Nación⁸.

En 1933 aparece el primer fallo de la Corte Suprema referido al petróleo: en autos “*Kinkelin*”⁹ se discutía la caducidad de ciertas concesiones dadas a un particular, y la Corte sostuvo: “*Tratándose de petróleo, la caducidad de un permiso de cateo, por incumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 28 del C. de Minería puede ser declarada sin necesidad de denuncia de tercera persona ya se trate de tierra fiscal o particular sobre la cual se concedió tal permiso*”.

⁷ Proyecto de ley de fecha 23 de septiembre de 1919.

⁸ Cabe colacionar un dato poco recordado, que viene a confirmar que esa decisión gubernamental fue la principal causa del golpe de Estado de 1930: dos días después de él se llevarían a cabo las elecciones de senadores por las provincias de Mendoza y San Juan; en esas elecciones muy probablemente ganaría el radicalismo y obtendría los cuatro senadores que le faltaban para sancionar esa ley (conf. Jorge GARCÍA, *Hipólito Yrigoyen y su significación en la vida argentina*, Buenos Aires, Ediciones de la Juventud, 1952, pág. 31). Fue por ello que los fuertes intereses de la élite conservadora, asociados con los capitales extranjeros y con cierto sector de las fuerzas armadas, se apresuraron a perpetrar el golpe; y fue por ese apuro también que éste tomó por sorpresa al gobierno. Puede verse nuestro trabajo “El pensamiento constitucional de Hipólito Yrigoyen” en Pablo L. MANILI (director), *El pensamiento constitucional argentino (1810-1930)*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 389 y ss.

⁹ Fallos 170:275.

En 1935 se sanciona la ley 12.161, como complementaria del Código de Minería, que regula en forma autónoma los hidrocarburos, manteniendo la titularidad provincial de esos recursos.

En la Constitución de 1949 se nacionalizan todos los recursos naturales, aun cuando el efecto práctico de esa nacionalización fue muy escaso, dado que por entonces la mayor parte de los yacimientos se encontraba en territorios nacionales (correspondientes a las actuales provincias de Río Negro, Neuquén, Chubut y Santa Cruz) y una escasa porción era explotada en las provincias de Mendoza y Salta.

Cuando el Congreso provincializó esos territorios en 1955, mediante ley 14.108, la Nación se reservó ciertas porciones de ellos por la riqueza hidrocarburífera que presentaban; por ejemplo, en el territorio de los actuales parques nacionales Nahuel Huapi, Lanín, Los Alerces y Los Glaciares.

Con la derogación de la referida Constitución en 1956, se produjo un vacío normativo en el cual se suponía que los yacimientos habían revertido su titularidad a favor de las provincias. Esas dudas fueron pronto despejadas por la ley 14.773, impulsada por el presidente Arturo Frondizi, que nacionalizó nuevamente el petróleo y el gas. No obstante, el Estado Nacional reconoció a las provincias una participación del cincuenta por ciento del producido neto de su explotación de los yacimientos ubicados en su territorio. Al momento de sancionarse esta ley ya habían vencido los plazos por los cuales la Nación se había reservado ciertos territorios, como expusimos más arriba.

El dominio de los recursos hidrocarburíferos en cabeza del Estado federal fue ratificado por la ley 17.319, de 1967 y aún vigente parcialmente, que establece que las regalías son percibidas por el Estado nacional como autoridad de aplicación, pero con destino final a las provincias.

Esas leyes de nacionalización de minerales merecieron reparos por parte de la doctrina. En palabras de Sagüés, “*la atribución del Congreso Nacional de dictar el Código de Minería debe compatibilizarse con la tutela de la propiedad del art. 17 de la Constitución*”¹⁰.

¹⁰Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. I, pág. 305.

No obstante, la constitucionalidad de esa ley y el carácter federal de los minerales -y dentro de éstos, los hidrocarburos- fue respaldada por la Corte Suprema en 1979 en el fallo “Y.P.F. c/ Provincia de Mendoza”¹¹, en el que decidió que el Congreso Nacional -y no las autoridades provinciales- era competente para adjudicar la concesión de un yacimiento petrolífero en territorio provincial, con fundamento en los incs. 11 y 27 del art. 67 C.N. (hoy incs. 12 y 30 del art. 75). Evidentemente, la aplicación del inc. 27 vino a reforzar una interpretación amplia del inc. 11, según la cual la facultad de dictar el régimen jurídico de las minas (v.gr. Código de Minería) comprende la regulación del dominio sobre éstas, ya que el voto de la mayoría hace hincapié en su carácter de establecimiento de utilidad nacional y en el mandato de “*proveer a la defensa común*” contenido en el preámbulo¹².

El régimen de la ley 17.319 se mantuvo intacto hasta fines de 1992 en que se promulgó la ley 24.145, titulada “*Federalización de Hidrocarburos*”. En nuestra opinión, la denominación de la ley es errónea puesto que la ley no federaliza, sino que provincializa recursos que antes eran del gobierno federal. La utilización del término “federalización” induce a pensar que esos recursos eran, antes de la sanción de la ley, un patrimonio “unitario”, reeditando así una discusión innecesaria y perimida en nuestro derecho constitucional: o los recursos naturales son federales o son provinciales, pero llamar “federalización” al traspaso de esos recursos desde el ámbito federal hacia el provincial, es impropio.

El art. 1º de esa ley reza: “*Transfiérese el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de doce millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente. Dicha transferencia tendrá lugar cuando se haya cumplido lo establecido en el artículo 22 de la presente, salvo en los casos que se consignan a continuación, en los que ella **tendrá lugar a partir***

¹¹E.D. 83:392 con nota de Germán J. BIDART CAMPOS, “Las Provincias y las minas”.

¹²Puede verse un análisis del fallo en Pablo L. MANILI, *Establecimientos de utilidad nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, pág. 67.

del vencimiento de los respectivos plazos legales y/o contractuales:...

b) Las concesiones de explotación de hidrocarburos otorgadas a empresas privadas de conformidad a las disposiciones de las leyes números 17.319 y 23.696 y los decretos números 1055/89, 1212/89 y 1589/89, vigentes a la fecha de entrada en vigor de la presente ley y que se detallan en el Anexo 2” (énfasis agregado).

El art. 22, por su parte, establecía: *“La transferencia del dominio dispuesta por el artículo 1º de esta ley, se perfeccionará después de sancionada y promulgada la ley cuya elaboración se encomienda a la Comisión de Provincialización de Hidrocarburos por el artículo 5º”.*

Nótese que cuando el Congreso provincializó los recursos naturales tuvo mucho cuidado de no alterar ni avasallar derechos adquiridos, y previó que el traspaso de esos recursos a las provincias tendría efecto recién *“a partir del vencimiento de los respectivos plazos legales y/o contractuales...”* (sic). Es que, si se pretendiera traspasar a manos provinciales los recursos naturales cuya explotación había sido concesionada, se estaría aniquilando la concesión misma, violando así el art. 17 C.N., que protege el derecho de propiedad. Por lo tanto, cuando el poder constituyente de reforma, dos años después de promulgada la ley, jerarquizó una parte de esa norma, no pudo hacer lo que el legislador tampoco podía hacer en 1992: la “provincialización” no podía avasallar derechos adquiridos. Si tenemos presente la norma recién transcrita, lo que hizo la reforma constitucional de 1994 fue elevar a la jerarquía constitucional la decisión de provincializar recursos y extenderla a otros, más allá de los referidos en esa norma.

Ello nos lleva a concluir que la regulación pormenorizada y autoejecutiva sigue siendo la ley 24.145 ya que, como es sabido, las normas constitucionales trazan el marco normativo dentro del cual actúan los poderes constituidos y están redactadas en términos amplios para permitir su adaptabilidad a los tiempos. Es el legislador común el que pormenoriza la reglamentación del régimen jurídico de los distintos institutos originados en la constitución. Por lo tanto, si el anterior titular de esos recursos (el Estado nacional) había otorgado concesiones a particulares en ejercicio de esa titularidad, antes de la reforma de 1994; el nuevo titular de dominio de esos recursos (la provincia) está obligado a respetar las concesiones en vigencia. Su dominio originario recién quedará consolidado cuando caduquen las mismas. Si aplicamos una analogía con el derecho privado, el caso sería similar a lo que ocurre en caso de transferencia del dominio

de una cosa alquilada: cambia el titular, pero los derechos del locatario deben ser respetados hasta que termine el contrato de locación.

Esa ley fue complementada con la ley 26.197 de 2006, que reitera en su art. 1° el principio según el cual “*Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren*”. Y formula dos aclaraciones interesantes, sobre temas que habían dado lugar a litigios:

a) Pertenecen al Estado nacional los yacimientos de hidrocarburos que se hallaren a partir de las doce millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la ley 23.968 hasta el límite exterior de la plataforma continental.

b) Pertenecen a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de doce millas marinas medidas desde las líneas de base ya referidas. Esta parte de la norma sigue el criterio sentado por la Corte Suprema en el fallo “Total Austral”¹³ de 2003.

Asimismo, establece con efecto inmediato, que “*A partir de la promulgación de la presente ley, las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos, así como cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional en uso de sus facultades*”.

¹³Fallos 326:3368.

c. Los recursos marinos

La ley 17.094 de 1967 fijó la extensión del mar territorial en doscientas millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo en los casos de los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, en que se medirán desde la línea que une los cabos que forman su boca. Aclaró que la soberanía de la Nación Argentina se extiende asimismo al lecho del mar y al subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de doscientos metros o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas. Pero nada establecía respecto de la competencia provincial o nacional sobre esas áreas.

La ley 18.502 vino a completar esa falencia y estableció que “*Las provincias ejercerán jurisdicción sobre el mar territorial adyacente a sus costas, hasta una distancia de 3 millas marinas medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo en los casos de los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, en que se tomarán desde la línea que une los cabos que forman su boca*” (art. 1º). Por su parte, el Estado nacional ejercería jurisdicción exclusiva sobre el mar territorial argentino a partir de las tres millas y hasta el máximo fijado en la ley 17.094 (art. 2º). Pero contiene una cláusula confusa, en cuanto establece que “*La jurisdicción atribuida a las provincias por el art. 1 de esta ley, se ejercerá sin perjuicio de la que corresponde al Estado nacional en toda su extensión del mar territorial*” (art. 3º).

La ley 23.968 de 1991 fijó la línea de bases rectas que sirve de base para la medición del mar territorial y redujo la exagerada medida de doscientas millas marinas, ajustándola a lo que establece la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar de 1982, que son doce millas marinas. También fijó el alcance de la zona contigua más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de veinticuatro millas marinas, a los fines del ejercicio de poderes fiscales y jurisdiccionales, preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exenciones parciales o totales que legalmente se determinen (art. 4º). Y dispuso que la zona económica exclusiva argentina se extiende, más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de doscientas millas marinas a partir de las líneas de base (art. 5º).

La ley 24.922 de 1998 estableció que “*Son del **dominio** de las provincias con litoral marítimo y ejercerán esta **jurisdicción** para los*

*finde su exploración, explotación, conservación y administración, a través del marco federal que se establece en la presente ley, los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce (12) millas marinas medidas desde las líneas de base que sean reconocidas por la legislación nacional pertinente” (art. 3°). Y agregó que “Son de **dominio y jurisdicción** exclusivos de la Nación, los recursos vivos marinos existentes en las aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce (12) millas indicadas en el artículo anterior” (art. 4°). Los destacados que hemos añadido demuestran que cuando el legislador pretende referirse al dominio y a la jurisdicción, incluye ambos términos en la norma, ya que son conceptos separados. Como se advierte, la norma modifica lo establecido en la ley 18.502 pero solamente en lo relativo a recursos vivos, sin hacer alusión alguna a los recursos minerales.*

Esa omisión vino a ser salvada por la Corte Suprema en el fallo “Total Austral”, ya citado, referido a recursos hidrocarburíferos. Allí, el máximo tribunal interpretó estas normas del siguiente modo: “La ley 23.968 no importó alteración alguna en el reparto de competencias establecido en la ley 18.502, y no se desprende de ella ninguna modificación sobre la jurisdicción reconocida a las provincias en ese texto legal. Se trata de una ley que tiene por objeto fijar, frente a la comunidad internacional y en el ejercicio del derecho de soberanía, las líneas de base de la República Argentina. Su naturaleza, por lo tanto, no guarda relación con las cuestiones vinculadas a la jurisdicción provincial sobre el mar territorial que constituye un aspecto de derecho interno”.

d. El suelo

El art. 2518 del Código Civil establece que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre él, en líneas perpendiculares. En el caso del subsuelo, la norma deja a salvo el caso de los tesoros y de las minas y el art. 2340 inc. 3 también exceptúa de ese régimen a las aguas subterráneas, que pertenecen al dominio público.

El Estado nacional y los estados provinciales ejercen, respecto del suelo, un poder de policía que abarca varios aspectos:

a) El uso de la tierra urbana, contenido en los códigos de edificación, que dividen la tierra en zonas residenciales, zonas industriales y zonas comerciales, y sus sub zonas y combinaciones (residencial A y B, zona comercial dominante, etc.).

b) El uso de la tierra rural, estableciendo cuál es la unidad mínima de explotación y regulando los arrendamientos y aparcerías rurales (leyes 13.246 y 22.298).

c) La conservación de los bosques (regida en la actualidad por el decreto 710/95 que aprobó un texto ordenado de la Ley de Defensa de la Riqueza Forestal, conjugando las normas de las leyes 13.273, 14.008, 19.989, 19.995, 20.004, 20.531, 21.111, 21.990, 22.374 y 24.028, los decretos ley 4905 del 7 de abril de 1958 y 2131 del 20 de marzo de 1963 y el decreto 2284 del 31 de octubre de 1991, ratificado por la ley 24.307).

e. Las áreas protegidas

Ciertas porciones del suelo del territorio nacional están sometidas a un régimen especial, sea como parques nacionales, monumentos naturales o reservas nacionales.

La Dirección de Parques Nacionales fue creada por ley 12.103 de 1934, que consagraba el principio según el cual la Nación debía tener el dominio y la jurisdicción sobre todos los parques nacionales. Su art. 9º dispone: “*Ningún parque o reserva situado en el territorio de una provincia será incluido en el sistema de parques nacionales, si antes la Provincia no cede al gobierno nacional el dominio y jurisdicción dentro de sus límites*”. El principio legal es claro: la jurisdicción se ejerce sobre tierras respecto de las cuales el Estado nacional también tiene el dominio. El mismo principio se mantuvo en la ley 22.351 que reformó a la anterior y cambió el nombre de este ente por el de Administración de Parques Nacionales. Varias normas de la ley dejan en claro -al igual que en la ley anterior- que todo el sistema de parques nacionales está montado sobre tierras donde la Nación tiene dominio y jurisdicción.

El art. 2º establece que “*Las tierras fiscales existentes en los Parques Nacionales y Monumentos Naturales, son del dominio público nacional. También tienen este carácter las comprendidas en las Reservas Nacionales, hasta tanto no sean desafectadas por la autori-*

dad de aplicación". Y el art. 3º agrega que "*La creación de nuevos Parques Nacionales, Monumentos Naturales o Reservas Nacionales, en territorio de una provincia, sólo podrá disponerse **previa cesión de la misma a favor del Estado Nacional, del dominio y jurisdicción sobre el área respectiva...***".

Para mayor explicitud, el art. 15 dispone: "*Decláranse **bienes del dominio público** las tierras de propiedad fiscal situadas dentro del perímetro de cada parque o reserva...*".

Se trata, por lo tanto, de porciones de territorio donde la Nación posee dominio y jurisdicción, que están afectadas al uso público y que por lo tanto deben ser consideradas establecimientos de utilidad nacional en los términos del art. 75 inc. 30 C.N.

IV. Las pretensiones de las provincias

La norma bajo análisis (art. 124 C.N.) pone fin a una larga discusión sobre el tema, dado que las provincias han reclamado siempre la titularidad de los recursos naturales, especialmente la de algunos que resultan altamente rentables para el erario público. En efecto, nunca se escucharon reclamos de las provincias para ejercer el dominio de recursos naturales no rentables o cuyo mantenimiento resulta costoso (los lagos navegables, el plancton, la flora y la fauna en general, etc.). Históricamente, los reclamos provinciales tuvieron en la mira, principalmente: los aprovechamientos hidroeléctricos ¹⁴, las riquezas mineras y, dentro de éstas, muy especialmente, los yacimientos de hidrocarburos ¹⁵.

Estos últimos son los que han generado mayor cantidad de conflictos entre la Nación y las provincias, especialmente por las constantes pretensiones de éstas de gravar esas explotaciones, aun en épocas en que éstas

¹⁴ Por ejemplo, en los autos "Hidronor S.A. c/ Provincia del Neuquén" fallado por la Corte en 1980 (Fallos 302:1461 y en E.D. 92:311 con nota al pie de Germán J. BIDART CAMPOS, "Municipio provincial en lugares del art. 67 inc. 27 de la Constitución").

¹⁵ Puede verse Germán J. BIDART CAMPOS, J., "La Ley de Hidrocarburos frente a nuestro régimen federal", en L.L. 151:551.

eran llevadas a cabo por la empresa nacional Yacimientos Petrolíferos Fiscales ¹⁶, creada en el marco del art. 4º C.N., que prevé la facultad del Congreso de crear “*empresas de utilidad nacional*” y de imponer contribuciones a la población o contratar empréstitos y operaciones de crédito para ese fin.

El análisis del debate llevado a cabo en la Convención Constituyente permite concluir que lo que las provincias pretendían era, sencillamente, obtener el producido económico de los recursos naturales. No existen más que vagas y elípticas referencias de parte de los convencionales al diseño de políticas en materia de recursos naturales, pero sí existe un recurrente reclamo de los recursos naturales como una fuente de recaudación para las arcas provinciales. Basta citar las siguientes intervenciones a modo de ejemplo de ambas cuestiones:

El convencional Pontussi sostuvo: “*Lamentablemente en la historia del país ha habido una paulatina captación de los recursos (...) la Nación ha avasallado totalmente la autonomía provincial haciendo lo que creyó conveniente (...) Este avasallamiento de los recursos de las provincias fue paulatino pero tuvo que contar, por supuesto, con la aceptación de los legisladores nacionales y también de las provincias que han aprobado semejante normativa (...)*”.

La convencional Sapag afirmó: “*(...) llegamos a la Convención (...) convencidos de que, efectivamente, fortaleceríamos el régimen federal, de que por fin se reconocería en la Constitución la legítima propiedad de los recursos naturales, del suelo, del subsuelo, del litoral marítimo, del espacio aéreo que corresponden a las provincias. Que los derechos de exportación serían coparticipados. Soñábamos con una justa distribución. Estábamos convencidos de la constitución de un organismo fiscal federal integrado por la Nación y por cada una de las provincias y de la creación de regiones para el desarrollo económico y social. En síntesis, de que por fin se haría justicia con la Argentina del interior(...)*”.

¹⁶ Pueden verse, por ejemplo, los fallos “Y.P.F. c/ Provincia de Mendoza” (E.D. 83:392) y “Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Santa Cruz c/ Y.P.F.” (Fallos 314:1796).

El convencional Guinle expresó: *“La propiedad y administración de los recursos naturales garantizan el presupuesto esencial del federalismo: el económico”*.

De esa comprobación surge una pauta interpretativa clara para la norma bajo estudio: el constituyente se ocupó principalmente del aspecto económico; es decir, la renta que los recursos generan y no del aspecto político, o sea, del diseño de políticas y programas para la administración de esos recursos.

V. Qué podía y qué no podía decidir la Convención Constituyente. Los derechos adquiridos frente a una reforma constitucional

El cambio producido en la titularidad del dominio originario de los recursos naturales como resultado de la reforma constitucional de 1994 nos lleva a reflexionar sobre los efectos en el tiempo de ese cambio y sobre su repercusión sobre los derechos de terceros.

Como sabemos, el derecho de propiedad está reconocido por la Constitución histórica, en su art. 17 y que esa norma ha sido interpretada en forma amplia por la Corte Suprema, que ha señalado que *“todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) (...) integra el concepto constitucional de ‘propiedad’”*¹⁷. En el mismo sentido, el tribunal sostuvo que *“El legislador podrá hacer que una ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes... Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la irretroactividad, deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad”*¹⁸ (los destacados nos pertenecen).

¹⁷Fallos 145:307.

¹⁸Fallos 137:47.

En otras palabras: ni la ley, ni la reforma constitucional pueden aniquilar derechos adquiridos, ni ser retroactivas. Se aplica aquí la misma reflexión que la doctrina hiciera al momento de criticar las leyes de nacionalización: antes se decía: “*la atribución del Congreso Nacional de dictar el Código de Minería debe compatibilizarse con la tutela de la propiedad del art. 17 de la Constitución*”¹⁹. Ahora debemos decir: “*la atribución de una asamblea constituyente de reforma (de traspasar la titularidad de los recursos naturales) debe compatibilizarse con la tutela de la propiedad del art. 17 de la Constitución*”. El Estado nacional y las provincias, a través de sus órganos competentes, podrán traspasarse recíprocamente la titularidad de estos recursos cuantas veces quieran (tal como, de hecho, hicieron a lo largo de la historia), pero esos traspasos no pueden afectar derechos adquiridos en virtud de un determinado régimen jurídico particularizado.

Con referencia específica a la reforma constitucional, Bidart Campos ha sostenido que ésta no puede “*privar de derechos adquiridos bajo la vigencia de la Constitución anterior a la reforma*”²⁰. Sagüés, por su parte, sostiene: “*Para contar con un derecho adquirido, no es necesario tener una sentencia o un acto administrativo en favor de su titular, (...) basta que haya cumplimentado en su momento los recaudos formales y sustanciales para ser acreedor a tal derecho (“De Martín”, Fallos 296:793; “Quinteros” Fallos 304:871 y “Alem”, Fallos 305:899) de tal modo que la **situación jurídica general** creada por una ley se transforme en una **situación jurídica concreta e individualizada en cabeza de un sujeto***”²¹ (los destacados son del original).

Es decir: quienes, con anterioridad a la reforma, estaban amparados por una “*situación jurídica concreta e individualizada*” en los términos expuestos, tienen derecho al mantenimiento de esa situación. Asimismo, debemos destacar que la Corte Suprema también entendió que la reforma constitucional no puede aplicarse retroactivamente, en la causa “Cafés La Virginia”²² que fue fallada en octubre de 1994 (es decir, ya sancionada la reforma) pero aplicando la Constitución sin re-

¹⁹ Conf. Néstor SAGÜÉS, loc. cit.

²⁰ Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A, pág. 490.

²¹ Néstor P. SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, t. II, pág. 487, #1027.

²² Fallos 317:1282 y L.L. 1995-D:275.

formar porque los hechos bajo juzgamiento y los derechos en disputa eran anteriores.

A esos argumentos, de por sí incontestables, agregamos que no importa que el régimen anterior esté montado sobre una norma legal y el régimen nuevo se base en una norma de jerarquía superior como es la Constitución, porque los derechos adquiridos a la luz de la ley anterior gozan de amparo constitucional no sólo por aplicación de las leyes o decretos sino también por aplicación del art. 17 C.N., con lo cual no se trata de “ley vieja *versus* Constitución nueva”; sino de “Constitución histórica *versus* Constitución reformada”, o mejor dicho: “poder constituyente originario *versus* poder constituyente de reforma”.

La doctrina argentina y comparada ha tratado reiteradamente la diferencia sustancial que existe entre el poder constituyente originario y el poder constituyente reformador. Así, en la doctrina española se ha dicho: “*Frente al poder constituyente, que es por definición un poder soberano y libre, el poder de reforma aparece lógicamente, como un poder inferior, en la medida en que una parte de la obra constituyente queda fuera de su competencia*”²³.

Marienhoff, en el mismo sentido sostuvo: “*La responsabilidad del Estado por sus actos legislativos no sólo puede derivar de una ley formal ordinaria, (...) sino también de una reforma constitucional que, si implicare un agravio a principios esenciales contenidos en la Constitución originaria, resultaría viciada de nulidad (“inconstitucionalidad”) (...) En un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar -es decir, privar sin indemnización- a parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó*”²⁴.

Linares Quintana es terminante en el sentido de que “*ninguna convención reformadora podría en nuestro país, ejercitando el poder constituyente constituido, sancionar válidamente una reforma total*

²³ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, pág. 255.

²⁴ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. IV, pág. 780.

*o parcial de la Constitución que afectara los principios fundamentales que hacen a la esencia de la ley suprema de la Nación”*²⁵.

La conclusión de este punto es la siguiente: si el poder constituyente de reforma no puede violar los principios fundamentales que establece la Constitución histórica, y si la reforma constitucional no se puede aplicar en forma retroactiva de modo tal que lesione derechos adquiridos, debemos colegir que la reforma de 1994 no podía quitar el dominio a quien era su titular antes de ella. Es decir que el dominio que transfirió no es el derecho real de dominio al que se refiere el Código Civil (cuyo art. 2506 lo define como “*el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*”) puesto que ello hubiera implicado una expropiación masiva de todos los recursos naturales que se encuentran bajo la titularidad de particulares.

Tampoco puede interpretarse que lo transferido hayan sido los bienes que eran dominio público del Estado nacional (art. 2340 C.C.) al Estado provincial. El dominio se considera público cuando el bien sobre el que recae está afectado al uso público directo o indirecto; es el caso de los bienes referidos en el art. 2340 C.C., que enumera varios de los recursos que consideramos incluidos en la referencia genérica del art. 124 C.N., a saber:

- 1) Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial;
- 2) Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;
- 3) Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas;
- 4) Las playas del mar y las riberas internas de los ríos;
- 5) Los lagos navegables y sus lechos.

Marienhoff agrega que aquél es inalienable e imprescriptible mientras que el dominio privado está sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada²⁶.

²⁵ Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, t. II, pág. 162.

²⁶ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, pág. 26.

Sostenemos que lo transferido a las provincias no pudo ser el dominio del Estado, ni público ni privado, por varios motivos: a) la disposición de tierras de propiedad nacional debe ser decidida por el Congreso y no por una asamblea constituyente (art. 75 inc. 5 C.N.); b) el cambio de titularidad de bienes del Estado estaba fuera de las competencias del poder constituyente de reforma, tal como quedó delineado mediante la ley 24.309; c) no es lógico, ni coherente que el constituyente se ocupe de un tema coyuntural como es éste; y d) si así fuera, debería haber incluido una cláusula transitoria referida al modo en que se otorgaría la posesión, la escritura traslativa de dominio y se materializaría la inscripción registral de dichos bienes a favor de las provincias.

Concluimos entonces que el constituyente transfirió una cierta facultad, a la que denominó “*dominio originario*”, que no es el derecho real de dominio del Código Civil, ni el dominio público del Estado. Resta ahora delinear qué es ese “algo” que transfirió, para ello analizaremos en primer lugar la diferencia existente entre los conceptos de dominio y de jurisdicción.

VI. Dominio y jurisdicción

Existe un añejo principio en nuestro derecho según el cual dominio y jurisdicción son conceptos distintos y uno no acarrea necesariamente la otra. El dominio es, en términos generales, la facultad de usar y disponer de una cosa. La jurisdicción, por su parte, es la facultad de la autoridad para dictar normas regulatorias sobre un determinado ámbito.

Como lo observa Frías, **no siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción**. El dominio lleva a la jurisdicción si nada la limita o la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio, “*pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y éste puede terminar por ser vaciado*”²⁷.

En sentido concordante, Bidart Campos sostiene: “*Por la reforma de 1994, el dominio originario de los recursos naturales existentes*

²⁷Pedro J. FRÍAS, *El federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 169.

en territorio de las provincias les corresponde a éstas (art. 124). La jurisdicción, que no va anexada al dominio, es en algunos casos federal” ²⁸.

Marienhoff ²⁹ afirma que puede haber jurisdicción sin dominio: es lo que ocurre con los ríos navegables que sirven a la comunicación interior o exterior, a cuyo respecto, si bien el dominio es provincial, la Nación tiene jurisdicción sobre ellos para reglar todo lo relacionado con dicha navegación.

En el seno de la Asamblea Constituyente de 1994, hubo convencionales que llamaron la atención sobre la falencia del texto finalmente aprobado, en cuanto se refería al dominio y no a la jurisdicción. El convencional Pontussi manifestó: *“Se ha pretendido defender con palabras lo que resulta indefendible porque este dictamen de la mayoría sobre el tema de los recursos naturales no dice absolutamente nada pues no habla de la jurisdicción de los recursos. De manera que deja a las provincias sin ninguna posibilidad de ejercer su titularidad”*.

Con las bases apuntadas en este título, analizaremos cómo operan los conceptos de dominio y jurisdicción en los distintos tipos de recurso natural:

a) En el caso de los **minerales**, es el Congreso la autoridad competente para dictar el Código de Minería, según una norma constitucional vigente desde 1853 y que el poder de reforma de 1994 no modificó (art. 75 inc. 12 C.N.). En este caso, por el contrario, la competencia judicial será provincial dado que no existirían razones para que sea federal ³⁰.

b) Para el caso de los **hidrocarburos**, la ley 24.145 -si bien es anterior a la reforma constitucional- contiene un párrafo útil a los fines de interpretar el art. 124 C.N.: *“El diseño de las políticas energéticas a nivel federal será responsabilidad del Poder Ejecutivo nacional”*. Ello significa un desdoblamiento de competencias respecto de estos re-

²⁸Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, t. III, pág. 181.

²⁹Miguel MARIENHOFF, “El régimen de aguas en nuestro sistema federal”, E.D. 106-791.

³⁰Recordemos que esa norma establece que la aplicación del derecho de fondo corresponde a los jueces provinciales o federales según que las personas o cosas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

cursos naturales: si bien el *dominio público* de los yacimientos pasó a las provincias por mandato de la ley 24.145 (1992), si bien el *dominio originario* de los recursos naturales pasó a las provincias por mandato del art. 124 C.N. (1994) y si bien los yacimientos pertenecen al *patrimonio inalienable e imprescriptible* de las provincias por mandato de la ley 26.197 (2006), el Congreso de la Nación reservó para el Poder Ejecutivo Nacional la competencia para diseñar las políticas energéticas. Asimismo, creemos que pese a la transferencia del dominio originario a las provincias, la competencia judicial sobre esos recursos debe seguir siendo federal, en atención a las razones dadas por la Corte Suprema en autos “Y.P.F. c/ Provincia de Mendoza”³¹ de 1979, en los que sostuvo: “*Nuestro Preámbulo considera que proveer a la defensa común es uno de los objetivos que fundamentan la formación de la Nación Argentina. Todo lo que hace al petróleo y a sus derivados es materia típica de defensa nacional. Surge del propio Preámbulo. En cuanto a las provincias, sabemos bien que ellas han hecho depositaria a la Nación de toda la competencia relacionada con la defensa nacional... Los propósitos de “proveer a la defensa común” y “promover el bienestar general” enunciados en el Preámbulo indican, conforme a lo expuesto, que compete al Congreso Nacional la regulación jurídica del dominio y explotación de los citados yacimientos, pues la autoridad que tiene a su cargo la consecución de determinados fines ha de poder disponer de los medios necesarios a ello conducentes*” (los destacados nos pertenecen). Incluso, en la disidencia del Dr. Pedro Frías, encontramos el siguiente concepto: “*No es en la unidad de dominio sino de políticas donde se juega la importancia crítica de los hidrocarburos*”. No obstante, debemos reconocer que existe una excepción a la solución que proponemos, que está dada por la ejecución de deudas por regalías, ya que con respecto a éstas, la Corte Suprema ha decidido que cuando se tramita un juicio por cobro de esos tributos con aplicación del derecho público local, la competencia es de los tribunales locales³². Aun-

³¹Fallos 301:341 y E.D. 83:392, con nota al pie de Germán J. BIDART CAMPOS, “Las Provincias y las minas”.

³²“Tepetrol c/ Provincia de Neuquén”, Fallos 328:1580.

que otros pronunciamientos posteriores parecen demostrar que la Corte varió esa jurisprudencia³³, el cambio de criterio aún no es expreso.

c) En el caso del **suelo**, aquellos espacios que están sometidos al régimen de las áreas protegidas por mandato de la ley 22.351 ya citada, si bien las provincias tienen el dominio originario, el derecho real de dominio está en manos de la Nación, como así también la competencia legislativa (por mandato del art. 75 inc. 30 C.N.) y la judicial (por estar afectados a una finalidad de utilidad nacional regulada por una norma federal como es la mencionada ley).

d) Por último, aquellos recursos que están situados en los establecimientos de utilidad nacional, también quedan sometidos a la legislación y a la jurisdicción federales en todo aquello que se relacione con la finalidad de ese establecimiento (art. 75 inc. 30 C.N.). En ese sentido, la Corte sostuvo “*es la destinación de los lugares lo que determina y justifica el ejercicio de la jurisdicción federal*”³⁴ y no el dominio de ellos.

Es de destacar que la ley general del ambiente, 25.675, contiene normas sobre ordenamiento ambiental que, siguiendo el mandato del art. 41 C.N., asignan competencia concurrente a Nación, provincias y municipios en el manejo de los recursos naturales. Su art. 9º reza: “*El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se genera mediante la **coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública***”. Lo interesante de la norma es que el Congreso Nacional, aun después de la reforma constitucional, sigue considerando que hay una parte de las competencias referidas al manejo de los recursos naturales (en este caso en materia ambiental) que le son propias.

³³“Y.P.F. c/ Provincia de Neuquén”, del 31 de octubre de 2006 (causa “Y 19 XLII”).

³⁴Fallos 215:260.

VII. Qué es y qué no es el dominio originario

Hechas esas aclaraciones, debemos dilucidar ahora qué se entiende por dominio “originario”. Hemos expresado más arriba que no puede referirse al derecho real de dominio que tipifica y regula el Código Civil porque ese dominio no estaba en cabeza ni de la Nación ni de las provincias, salvo en muy limitados espacios (tierras fiscales no afectadas al uso público). Además, una reforma constitucional no puede cambiar la titularidad de bienes que se encuentran escriturados e inscriptos en los registros pertinentes a nombre de una pluralidad de sujetos de derecho: particulares, Estado nacional, estados provinciales, municipios, entes estatales autárquicos, sujetos de derecho público no estatal, estados extranjeros, etc. Se refiere, por lo tanto, a otra cosa, algo que implica un cierto poder sobre esos recursos; pero ¿qué tipo de poder?

También debemos tener presente que, en el caso concreto de los recursos naturales cuya explotación estuviera concesionada en favor de particulares antes de la reforma, los jueces deberán realizar una interpretación que armonice el cambio de titularidad originaria introducido en 1994 con los derechos adquiridos antes de esa fecha y amparados por la Constitución histórica.

Resultan ilustrativas las palabras vertidas en la Convención Constituyente de 1994 por el convencional Díaz Araujo: “(...) *considero que el texto contemplado en el dictamen de mayoría adolece de defectos porque hay aspectos que no los comprende (...) porque técnicamente lo que corresponde en relación con el dominio de las provincias, tomando como base la terminología que sigue nuestro derecho civil y nuestra doctrina sobre el tema, es el **dominio eminente**, que es aquel que tienen las provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio. Por ello, en el dictamen de la Comisión de Competencia Federal habíamos hecho la distinción de las cosas que pertenecen al territorio de la provincia y lo que es el **dominio originario**. Este, en doctrina y en las fallos de la Corte Suprema, se interpreta que es aquel que se tiene sobre los recursos que la provincia o la Nación concede para su explotación por un tiempo determinado o, en el caso de las minas, hasta su agotamiento, pero el Estado mantiene una tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones, cosa que es técni-*

*camente así, tal como lo determinan la doctrina, y la jurisprudencia nacional e internacional. Tengo un deber de honestidad intelectual... de señalar que técnicamente es así y que la redacción que ha quedado concretada tiene ese defecto, porque si se entiende como dominio originario lo que técnicamente es, **no podría comprender al suelo**, porque estaría usando la terminología de la Constitución de México, donde se estatizó el suelo y se le dio el mismo rango que a las minas. Hay una dificultad, de orden jurídico, muy seria; es lo que estoy planteando (...)" (énfasis agregados).*

El convencional Quiroga Lavié solicitó la siguiente interpretación, digna de ser transcrita: "(...) *el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*" no puede estar referido a otra cosa que al dominio patrimonial sobre dichos recursos. 'Dominio' es un derecho real, qué duda cabe. Si es en relación con los 'recursos naturales' es un dominio patrimonial sobre los mismos ¿Qué otro dominio puede ejercerse sobre un recurso natural? Pero como no estamos en un sistema colectivista, dicho dominio, de público, se transfiere a la propiedad privada para que su explotación y aprovechamiento se efectúe en el mercado. ¿Qué le quedará a las provincias de ese dominio recursivo cuando estamos en un sistema de propiedad privada? **No la fijación de la política nacional sobre cada recurso en la medida que ellos imparten la economía nacional. En un sistema federal las políticas las fija el Congreso de la Nación: pero frente a esas políticas -que no pueden ser provinciales -porque no podrá haber 24 políticas de alcance nacional para cada recurso- las provincias no pueden verse afectadas en el aprovechamiento de los recursos. La legislación nacional no podrá producir una transferencia de los frutos o rentas de la explotación de los recursos provinciales. Si los recursos son provinciales no se les puede negar a los titulares de su dominio la **potestad impositiva** sobre ellos; y si el Congreso dispusiere algún impuesto nacional que las afectase, deberá estar incluido en la coparticipación fiscal y, por ende contar con la aprobación de las provincias adherentes al régimen y, si la provincia afectada no lo ha adherido, ella deberá dar necesariamente su acuerdo, como condición necesaria para que el impuesto nacional sobre el recurso tenga validez" (los destacados nos pertenecen).**

De todo ello concluimos que aunque la reforma constitucional transfirió el dominio originario a las provincias, no en todos los casos transfirió la jurisdicción, que en muchos casos sigue siendo federal, ni la facultad de fijar las políticas de aprovechamiento de esos recursos, que sigue en cabeza del gobierno nacional, ni la facultad de legislar respecto de esos recursos, que también se mantiene en cabeza del Congreso de la Nación (incluso, en el caso de los minerales, esa facultad está expresamente prevista por el art. 75 inc. 12 C.N. y en el caso de los recursos naturales situados dentro de establecimientos de utilidad nacional, en el art. 75 inc. 30 C.N.).

Lo que transfirió, por lo tanto, es el poder tributario (facultad de obtener renta de esos recursos) y el poder de policía, que implica: el otorgamiento de concesiones y permisos, el contralor del ejercicio de éstos y -especialmente- el poder de policía ambiental, por aplicación del art. 41 C.N.

VIII. Conclusiones

La provincialización de los recursos naturales, tal como está regulada en la norma bajo análisis, deja algunas dudas, que hemos intentado disipar en estas líneas.

No se aclara cuáles son esos recursos, ni queda claro cuál es el verdadero significado del término “dominio originario”, no queda claro si se traspasó también la jurisdicción sobre esos recursos y -en su caso- qué tipo de jurisdicción se traspasó. Si bien hemos dado nuestra modesta opinión en cada caso, el tema dista de estar resuelto y existen pronunciamientos dispares de doctrinarios, jueces provinciales y federales, convenciones constituyentes locales, etc.

La norma en cuestión nos ha permitido también reflexionar sobre la irretroactividad de la reforma constitucional frente a los derechos adquiridos por los particulares. En ese sentido, el rol del Poder Judicial en los casos alcanzados por la norma bajo análisis debe orientarse a realizar una interpretación armonizante de los derechos adquiridos al amparo del régimen vigente antes de 1994, puesto que goza del amparo de la Constitución histórica, que no puede ser dejada de lado por la reforma.

De lo que no puede dudarse es que los cambios introducidos en 1994 en esta materia fortalecen el federalismo, que fue uno de los objetivos trazados para la reforma.

INTEGRACIÓN REGIONAL *AD EXTRA* Y FEDERALISMO INTRAESTATAL: ¿COMPAGINACIÓN O ANTAGONISMO?

por VÍCTOR BAZÁN

SUMARIO: I. Consideraciones previas y recorrido propuesto. II. Anotaciones complementarias. III. Los Estados Partes del Mercosur, ¿están constitucional y/o jurisprudencialmente preparados para avanzar hacia formas integrativas más intensas? 1. Planteo del problema. 2. Repaso iuscomparativo. IV. Sobre las alternativas de actuación internacional de los entes subestatales. El caso de la Argentina: 1. Pórtico. 2. El contexto argentino post reforma de 1994. V. Acerca de determinadas instancias de vinculación y participación de las entidades infraestatales en la experiencia comunitaria europea: 1. El Comité de las Regiones y el Tratado de Lisboa. 2. Eurocities. VI. Alternativas de participación de los entes subestatales en el proceso integrativo mercosureño: 1. Sobre el Parlamento del Mercosur. 2. El Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur. 3. Mercociudades. VII. Epílogo.

I. Consideraciones previas y recorrido propuesto

La irrupción de nuevos espacios integrados plantea, correlativamente, renovados desafíos, fundamentalmente en los esquemas estatales de estructura territorial compleja. De su lado, el federalismo es un proceso dinámico y con numerosas fórmulas posibles de configuración. Tanto, que es ya clásica la afirmación de Friedrich en cuanto a que existen *tantos federalismos como Estados federales con sus múltiples variantes*¹.

Ensayamos un interrogante inicial: ¿Existe incompatibilidad entre el establecimiento de *bloques supranacionales*, que suponen un movimiento

¹ Carl FRIEDRICH, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pág. 207.

de centralización, y el *federalismo intraestatal*, que por esencia contiene una fuerte nota de descentralización política?

Bosquejado en breves trazos el problema central que aquí nos preocupa, daremos continuidad al trabajo enfocando sumariamente algunos aspectos contextuales complementarios para ahondar en la problemática a la que se refiere el interrogante en torno a la compatibilidad o incompatibilidad entre la integración supranacional y el modelo estadual federal (o con acentuados rasgos centrífugos).

Seguidamente formularemos un breve repaso iuscomparativo para verificar si los países que originariamente suscribieron el Tratado de Asunción² (constitutivo del Mercosur) se encuentran preparados desde el plano de sus respectivas constituciones y de la jurisprudencia de sus correspondientes órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, para avanzar hacia etapas más intensas y comprometidas en el proceso de integración, que supongan la efectiva transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etc.) de funciones hacia instituciones supranacionales para generar un escenario del que se desprenda derecho comunitario con sus características de autonomía, efecto directo y aplicación preferente en los Estados Miembros. Además, y aunque no se trate de un socio primigenio, la situación que frente al Mercosur ha asumido Venezuela nos impone efectuar también -con mirada prospectiva- una alusión a las previsiones constitucionales de tal país en el punto examinado.

Luego focalizaremos determinadas cuestiones surgentes de las posibles alternativas de actuación internacional de los entes subestatales, utilizando a nuestro país como caso testigo.

A continuación, pasaremos revista a algunas de las instancias que en el marco europeo existen para la protección de los intereses de las entidades infraestatales frente al proceso comunitario, esfera en la que principal pero no exclusivamente enfocaremos al Comité de las Regiones y algunos de sus nuevos perfiles funcionales delineados por el Tratado de Lisboa³ (TL). El contexto europeo se tomará como matriz referencial, ya que dicho modelo supranacional (con más de medio siglo de desarrollo)

² El Tratado de Asunción fue suscripto el 26 de marzo de 1991 por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007.

aunque con marcadas diferencias respecto del sistema del Mercosur, puede proporcionar materia prima para capitalizar y extrapolar a este esquema integrativo (o al menos tener en cuenta como posibilidades de *lege ferenda*), aplicándose a Brasil, Argentina y Venezuela, países que -con sus respectivas particularidades- han adoptado modalidades de estructuración estadual federal, aunque debe aclararse que la versión del federalismo venezolano está ciertamente desfigurada, lo que puede verificarse por ejemplo a poco de recordar que la Constitución de 1999 instrumentó la desaparición del Senado.

De inmediato examinaremos ciertas perspectivas de vinculación y participación que se abren en la órbita mercosureña para estados, provincias, regiones, municipios y ciudades, de acuerdo con la nomenclatura que en la Ley Fundamental de cada enclave federal se utilice.

A su tiempo, el epílogo vendrá de la mano de las apreciaciones recapitulativas que se añadirán a las consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

II. Anotaciones complementarias

Con respecto al sector temático delimitado por el interrogante que proponíamos al inicio de esta contribución, nos apuramos a arriesgar una respuesta negativa. No cabría predicar *a priori* semejante contradicción. Antes bien, lo deseable sería generar una saludable relación de complementación entre *integración* (estructura comunitaria) y *autonomía* (federalismo u otros procesos de desconcentración política) a partir de claras normas contenidas en la Ley Fundamental de que se trate, que permitan al Estado Nacional involucrarse en procesos integrativos preservando la pluralidad y las pautas de descentralización *ad intra*.

Sobre el punto, Rolla señala *mutatis mutandi* que “*el derecho comparado muestra cómo el empuje de la descentralización no alimenta las tendencias centrífugas o particularistas en las experiencias donde el sistema constitucional es capaz de identificar y codificar los valores en torno a los cuales todos los sujetos del pluralismo se reconocen*”⁴.

⁴ Giancarlo ROLLA, “La descentralización en Italia. Un difícil equilibrio entre autonomía y unidad”, en Antonio M. HERNÁNDEZ (h.), (dir.), *La descentralización del*

El problema no es precisamente reciente. Por el contrario, con frecuencia cobra renovado impulso ya que aparecen cuestiones conflictivas nuevas o se reinventan aristas de otras que parecían ya solventadas y superadas⁵.

De hecho, basta con reparar que de los cuatro socios originarios del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), nada más y nada menos que los dos primeros (los más fuertes y poderosos de aquel cuarteto inicial) presentan, con sus respectivas particularidades, una conformación estadual federal, al igual que Venezuela, que -como anticipáramos- pretende insertarse en dicho esquema integrativo sudamericano como miembro pleno⁶.

Otro tanto ocurre en la experiencia europea, en la que -según explica Rolla- cuando se realizó el acto institutivo de las comunidades económicas sólo uno de los estados fundadores tenía una estructura de base federal o regional (Alemania), mientras que en la actualidad se observa la existencia de diversos estados regionalizados (Alemania, España, Bélgica, Italia y Austria), o bien procesos de descentralización al interior de ordenamientos tradicionalmente unitarios (Reino Unido y Francia)⁷.

Entre un cúmulo de aspectos relevantes y, por cierto, conflictivos, pueden destacarse ejemplificativamente dos: por una parte, el impacto

poder en el Estado contemporáneo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba e Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005, pág. 44.

⁵ La cuestión nos interesa y preocupa desde hace bastante tiempo, incluso antes de la reforma constitucional de 1994. Al respecto, ver Víctor BAZÁN, “Las provincias desde la perspectiva de la integración regional”, en Víctor BAZÁN, y Alberto SÁNCHEZ (comps.), *Integración regional: perspectivas para Latinoamérica*, San Juan, Fundación Universitaria, 1994, págs. 205/218.

⁶ En 2004 Venezuela comenzó a transitar su camino en el Mercosur por medio del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur - Colombia, Ecuador y Venezuela. Por su parte, el 4 de julio de 2006 se suscribió en Caracas el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur. El art. 12 de dicho Protocolo lo cataloga como “instrumento adicional al Tratado de Asunción” y determina que entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación. Por ahora, Argentina, Uruguay y más recientemente Brasil aprobaron el polémico ingreso de Venezuela al Mercosur.

⁷ Giancarlo ROLLA, op. cit., págs. 41/42.

que la integración puede provocar en las regiones, provincias, comunidades autónomas, etc.; y por otra, el modo en que estos entes podrían participar en los procesos de decisión de la estructura comunitaria, tema catalogado como “ineludible” por el autor citado en último término, quien añade que tal problemática necesita de procedimientos adecuados de *colaboración* entre los diversos niveles institucionales que componen el ordenamiento nacional⁸.

En el ámbito interno, la plataforma legitimante de tal relación de colaboración enraíza en un federalismo de concertación (o convergencia) y participativo, que permita una vinculación equilibrada entre las instancias que forman la estructura federal y viabilice una alternativa de desarrollo y crecimiento integrado *ad intra* y *ad extra*.

Paralelamente, tal paradigma equilibrado deberá trasladarse al sistema comunitario y su cuadro de distribución y ejercicio de competencias con cada uno de los Estados Miembros, respetando las pautas de *atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad*, sobre las que volveremos.

A propósito de todo ello, en la praxis comunitaria europea -que, como anticipábamos, pese a las claras diferencias con el Mercosur es el contexto del que se debe abreviar para extraer algunos elementos que quizá resulten prospectivamente extrapolables, no sin beneficio de inventario, a nuestro modelo integrativo-, se ha reclamado la necesidad de dar coherencia a la participación regional en el proceso de integración europea, por medio de la institucionalización de un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, permitiendo a las regiones comunicarse con las instituciones de la Unión Europea (en adelante, también UE); y el *interno del Estado*, suscitando una colaboración entre las autoridades centrales y las autoridades regionales en relación con dicho proceso⁹.

Naturalmente la cuestión se comprende a partir del resultado de lo que se ha explicado como la reconducción del concepto clásico de “política exterior”, separando el “núcleo duro” (cuya diagramación compete

⁸ *Ibid.*, pág. 42.

⁹ Confr. Manuel PÉREZ GONZÁLEZ,, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en Zlata DRNAS DE CLÉMENT y ERNESTO J. REY CARO, (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2000, págs. 18/19.

al Estado), de un conjunto de acciones que giran en su derredor, de “relieve internacional” o de “promoción exterior”, consecuencia del proceso de globalización o internacionalización, y cuya realización puede y debe ser llevada a cabo por las entidades subestatales bajo el principio liminar de la “lealtad constitucional”¹⁰.

III. Los Estados Partes del Mercosur, ¿están constitucional y/o jurisprudencialmente preparados para avanzar hacia formas integrativas más intensas?

1. Planteo del problema

Buceando en la dimensión constitucional del proceso de integración mercosureño, y partiendo del presupuesto consistente en que la meta final de éste es la creación de un mercado común (o de un estadio más avanzado) aunque el momento actual depare apenas una unión aduanera *sui generis* (inmersa en una serie de vicisitudes como las ostensibles asimetrías de los países componentes, una cronológicamente cercana crisis entre los gobiernos uruguayo y argentino por los peligros de contaminación ambiental a causa del funcionamiento de plantas de producción de celulosa sobre la margen del río Uruguay, algunos cíclicos recelos entre Brasil y Argentina, entre otras cosas), se impone el interrogante planteado desde el epígrafe de este apartado para intentar dilucidar si los socios iniciales del esquema integrativo se encuentran normativa y/o jurisprudencialmente preparados para afrontar la implementación de una estructura supranacional receptora de competencias o potestades atribuido-cedidas, delegadas o transferidas (de acuerdo con la opción lingüística que se adopte) por aquéllos. Como puede suponerse, tal paso tendría varias implicancias, entre ellas, una fuerte repercusión sobre el entramado federal en los Estados que escogieron semejante modalidad de organización político-territorial para articularse.

¹⁰ Confr. *mutatis mutandi*, Joaquín LEGUINA, “Intervención de apertura”, en AA.VV., *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994, vol. I, pág. 16.

De cualquier modo, y si convergiera realmente la voluntad política de avanzar hacia modalidades más intensas de relacionamiento integrativo, los países componentes del modelo deberían encarar una compatibilización constitucional que acuerde aplicación preferente a los instrumentos internacionales en general (incluidos los de integración regional) sobre el derecho interno, complementada con una “cláusula de habilitación” para tomar parte de estructuras supranacionales. Queda así al desnudo la existencia de una asimetría gravitante: la *jurídica*, trasuntada en las diferencias normativo-constitucionales que se hacen perceptibles en el particular.

No es un dato menor que por conducto de uno de los objetivos centrales del Mercosur, fijado ya en el propio Tratado de Asunción, se instaló el compromiso entre los Estados Partes de armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Tal premisa, según interpretamos, no queda exclusivamente anclada en la exigencia de coordinación de preceptos infraconstitucionales, sino que se traslada además al requerimiento de acondicionar las constituciones en caso de que medie real intención política de moverse hacia niveles integrativos más demandantes como serían un mercado común o una unión económica.

2. *Repaso iuscomparativo*

A. *Argentina y Paraguay*

Telegráficamente adelantamos que en los casos de Argentina y Paraguay, sus respectivas constituciones contienen disposiciones específicas para definir la valencia jerárquica de los instrumentos internacionales frente al derecho interno y, aunque con diferencias entre ambas regulaciones, se trazan las líneas que enmarcan las normas de habilitación en el sentido adelantado.

a. *Argentina*

En cuanto al rango de los documentos internacionales en la órbita normativa interna¹¹, se ha dado un importante paso, pues la reforma cons-

¹¹Sobre la cuestión en el derecho comparado, entre otros trabajos de Víctor BAZÁN, ver “Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos huma-

titucional de 1994 ha adjudicado a los instrumentos internacionales (incluidos los de integración y las normas que se dicten en su consecuencia) una *jerarquía superior a la de las leyes nacionales* -art. 75 incs. 22, párr. 1°, y 24-, al tiempo de haber acordado *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el art. 75 inc. 22, 2° párr.) y abierto a la posibilidad de ampliar en el futuro tal elenco mediante la intervención del Congreso de la Nación (párr. 3° de dicho inciso).

Por tanto, podría decirse coloquialmente que existen instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que ostentan *jerarquía constitucional originaria* y otros que receptan *jerarquía constitucional derivada*.

Entre los primeros, es decir, los enumerados específicamente por la Ley Fundamental, se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en la segunda modalidad procedimental, esto es, los ungidos con valencia constitucional *ex post*, se cuentan la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, y a la que se le dispensó tal cotización constitucional por conducto de la ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crí-

nos y el derecho interno en Latinoamérica”, en Ricardo VELÁSQUEZ RAMÍREZ y Humberto BOBADILLA REYES (COORDS.), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, Memoria de la VIIª Convención Latinoamericana de Derecho (Santiago de Chile, 8 al 12 de octubre de 2007), Lima, Grijley, 2007, págs. 269/307.

menes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la ley 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003.

A su tiempo, por imperio del aludido artículo constitucional 75 inc. 24, párr. 1º, se faculta al Congreso a *aprobar tratados de integración que “deleguen” competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales* en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, advirtiendo que las normas dictadas en su consecuencia *tienen jerarquía superior a las leyes*.

Por consiguiente, el precepto mencionado en último término ha brindado habilitación constitucional, por ejemplo, para la creación de tribunales supranacionales receptores de la *jurisdicción delegada*, terminología que, más allá de alojar alguna imprecisión, ha sido la escogida por la Norma Básica. Además, en su párr. 2º, ha efectuado una distinción en cuanto al procedimiento y a las mayorías parlamentarias requeridas para la aprobación de dichos tratados si éstos fueran suscriptos con Estados latinoamericanos o con otros que no lo sean: en el primero de los casos, se requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara; mientras que en el último, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y como primer paso, se declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y, como segunda fase, éste sería aprobado sólo con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. Ya su párrafo final establece que la denuncia de los tratados a que se refiere el inciso bajo tratamiento, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Por lo demás, y para cerrar este fugaz acercamiento al caso argentino, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene acompañando sostenidamente, al menos desde 1992 (*in re* “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”¹²), el sitio preferente que los instrumentos internacionales ostentan de cara al derecho vernáculo¹³.

¹²Fallos 315:1492 (7 de julio de 1992). Algún pronunciamiento anterior a “Ekmekdjian c/ Sofovich” sobre la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso “Firmenich, Mario E.” (Fallos 310:1476, del 28 de julio de 1987), acerca de la hermenéutica “razonable” del art. 7.5 de la CADH (ver considerandos 4º, 6º y 7º de la mayoría).

¹³En torno a tal cuestión, *vid.* Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el escenario argentino: convergencias y desencuentros”, Buenos Aires, E.D. del 16/11/07, págs. 1/10.

b. Paraguay

Una respuesta constitucional semejante a la argentina, podría extraerse de una interpretación dinámica de los arts. 145, 137 y 141 de la Constitución paraguaya (de 1992); cuadro normativo del que es dable predicar, por un lado, la convergencia de una regla de habilitación y, por el otro, la primacía de los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, sobre las leyes dictadas por el Congreso.

Aquel art. 145 prevé que la República del Paraguay admite -en condiciones de igualdad con otros Estados- un *orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. La cláusula advierte que dichas decisiones (relativas a la norma de habilitación -según nuestra lectura del tema-) sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Dato especialmente relevante es, por ende, la decisión de dar vida a una norma específica sobre el “orden jurídico supranacional”, separada de las disposiciones relativas a los tratados internacionales en general, de lo que se deduce la concepción autónoma que sobre aquella temática impregnó la mirada del constituyente.

Por su parte, el art. 137, párr. 1º, establece un orden prelativo de disposiciones que considera integrantes del derecho positivo nacional, en el que -luego de entronizar en su cúspide a la Constitución Nacional- enuncia a los tratados, convenios y acuerdos internacionales con anterioridad a las leyes dictadas por el Congreso, de donde los mencionados instrumentos internacionales -debidamente aprobados y ratificados- tendrían una jerarquía supralegal mas infraconstitucional, apuntalada por el propio art. 141, *ibid.*, que preceptúa que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, *forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137*” (remarcado añadido).

Otro aspecto no desdeñable en la línea anunciada es el preámbulo, segmento constitucional que -como se sabe- ilumina axiológicamente la labor de interpretación de la Ley Fundamental, encargándose de advertir que el pueblo paraguayo sanciona y promulga la Constitución “... reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la sobera-

nía e independencia nacionales, e *integrado a la comunidad internacional...*” (énfasis agregado).

Para concluir, y si bien queda en claro la cotización subconstitucional de los instrumentos internacionales, debe igualmente destacarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sala Constitucional, se ha decantado por interpretar y declarar expresamente el valor suprallegal de dichos documentos internacionales; por ejemplo, en Acuerdo y Sentencia N° 59/2001, del 20 de marzo, y N° 126/2002, del 19 de marzo.

B. Brasil y Uruguay

El paisaje cambia de fisonomía en los casos brasileño y uruguayo, no sólo por algunas carencias normativo-constitucionales (al no contar con reglas detalladas que claramente fijen la ubicación de los instrumentos internacionales en relación con los respectivos ordenamientos jurídicos internos), sino también en función de ciertos criterios jurisprudenciales allí predominantes.

Justamente, una cuestión indiscutible radica en que el vacío normativo en torno de la interrelación de los instrumentos internacionales y el derecho interno, hace que la labor jurisprudencial que al respecto tracen los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional adquiera un claro valor añadido, desde que les corresponde marcar los ejes interpretativos idóneos para desentrañar la posición asignable a los señalados instrumentos y normas consuetudinarias internacionales *vis à vis* el derecho doméstico.

a. Brasil

Aun cuando el art. 4º, parágrafo único, de la Ley Fundamental de 1988 establezca que “[l]a República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”; en principio y por el momento ello supone una declaración programática. Sobre todo, porque en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (y a salvo ciertas excepciones -por ejemplo, en punto al art. 98 del Código Tributario Nacional, en materia de extradición y en torno a derechos humanos-) el criterio que ha predominado respecto de la relación entre ley federal y tratado internacional es el de *paridad jerárqui-*

ca, es decir que este último tendrá cotización infraconstitucional y en ocasiones podría ser inaplicable al quedar desplazado por la preferente valía de la ley interna, ya que en supuesto de conflicto resultaría operativa la pauta de *sucesión normativa*, o sea, que la norma posterior deroga a la anterior, o la de *especialidad*, en cuanto a que la norma especial se impone sobre la general.

En realidad, tal perspectiva hermenéutica reconoce como génesis el acople de dos precedentes moldeados durante el régimen militar (aunque debe concederse que antes de ellos se mantenía la postura de que los tratados internacionales tenían una posición superior respecto a las leyes): uno, de 1971, ventilado en el “Recurso Extraordinario N° 71.154” -Rel. Min. Osvaldo Triguero-, en el que -según Fontoura¹⁴- el razonamiento del Supremo Tribunal Federal (STF) radicó en analizar la Constitución en forma colectiva y, por tal vía y utilizando un juicio analógico, se colocaba al tratado a la misma altura de la ley ordinaria, esto es, categorizando a ambos instrumentos como leyes de idéntica naturaleza; otro, de 1977, al resolver el “Recurso Extraordinario N° 80.004” -Rel. Min. Javier de Albuquerque-, que concluyó en que la ley ordinaria posterior al tratado podía modificar a éste. Agrega Fontoura que en este último fallo se utilizó una forma elegante para aplicar un criterio dualista usando el razonamiento de la teoría monista, ya que si bien no se negaba la existencia del tratado, se argumentaba que, por la fuente diversa, internamente prevalecería el ordenamiento jurídico nacional, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en el campo internacional¹⁵.

Incluso, al resolver la “Acción Directa de Inconstitucionalidad 1.480 - Medida Provisional” (Rel. Celso de Mello), el 4 de septiembre de 1997, el STF por unanimidad reiteró su criterio en punto a la absoluta supremacía de la Constitución Federal (C.F.) sobre todo y cualquier acto de derecho internacional público celebrado por el Estado brasileño, que, conse-

¹⁴Jorge FONTOURA, “Solución de controversias en el derecho comunitario. Los impasses en la construcción de un sistema”, *Solución de controversias*, publicación del Seminario “Solución de controversias y medios institucionales para la resolución de los conflictos de intereses” (Buenos Aires, 15 y 16 de noviembre de 1995), Buenos Aires, edit. por Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 1996, pág. 28).

¹⁵Idem.

cuentemente, se somete al control de constitucionalidad¹⁶. En el particular, añadió que el texto de la Convención 158 de la Organización Internacional del Trabajo, además de contener disposiciones ya consagradas por el ordenamiento jurídico brasileño, no impone la reintegración compulsoria del trabajador arbitrariamente despedido, lo que sería incompatible con la garantía de la indemnización compensatoria inscripta en el art. 7º, I, de la C.F., sino que apenas exhorta a los Estados que firmaron el Convenio a adoptar ésa u otra regla de protección a la relación de empleo que se armonice con la legislación de cada país. Por último, ya por mayoría (con un voto disidente) decidió que los tratados y las convenciones internacionales no pueden legislar materia sometida a la reserva constitucional de ley complementaria¹⁷.

En línea, se ha resuelto que el ejercicio del *treaty-making power* por el Estado brasileño está sujeto a la observancia de las limitaciones jurídicas emergentes del texto constitucional. O sea, que los tratados celebrados por Brasil están subordinados a la autoridad normativa de la Constitución de la República y ningún valor tendrá el tratado internacional, que, incorporado al sistema de derecho positivo interno, transgrediera formal o materialmente, el texto de la Carta Política¹⁸.

No obstante lo expuesto, es preciso advertir que se observa un paulatino progreso en relación con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, fundamentalmente a partir de la Enmienda Constitucional N° 45 de 2004, que incluyó el § 3º al art. 5º de la Constitución federal, disponiendo que “[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.

¹⁶ Sobre el tema en general, ver el libro de Víctor BAZÁN, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México D.F., Porrúa, 2003.

¹⁷ Fuente: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=2&id=216.

¹⁸ Confr. M.I. 772 AgR / RJ - Rio de Janeiro, Ag. Reg. no Mandado de Injunção - Rel. Min. Celso de Mello-, Julgamento: 24 de octubre de 2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-053, Divulg. 19 de marzo de 2009, Public. 20 de marzo de 2009, Ement. Vol. 02353-01, PP-00057.

En época reciente se aprecia primero una *relativización* de la *Súmula vinculante 691*¹⁹ y una reorientación de la jurisprudencia del STF (Segunda Turma), por ejemplo en el HC 94702/GO - Goiás, Habeas Corpus (Rel. Min. Ellen Gracie), especialmente debido a la inadmisibilidad de la prisión civil del depositario infiel en el derecho brasileño contemporáneo. Así, consideró el carácter especial que ostenta el PIDCP (art. 11) y la CADH (art. 7°, 7), ratificados sin reservas en 1992. Señaló que a dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos les está reservado un lugar específico en el ordenamiento jurídico, estando debajo de la Constitución pero encima de la legislación interna. En tal sentido, según se argumenta, el *status* normativo supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos torna inaplicable la legislación infraconstitucional que colisione con aquéllos, sea ella anterior o posterior al acto de ratificación. Por lo demás, dejó en claro que la única hipótesis de prisión civil subsistente en el derecho brasileño es la del deudor de alimentos²⁰.

Y luego, más contundentemente, la Segunda Turma del STF *revocó* la citada *Súmula vinculante 691*, en HC 96772 / SP - São Paulo, Habeas Corpus (Rel. Min. Celso de Mello), Julgamento: 9 de junio de 2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe-157, Divulg. 20 de agosto de 2009, public. 21 de agosto de 2009, Ement. Vol. 02370-04, PP-00811, RT, v. 98, N° 889, 2009, págs. 173-183. En el decisorio en cuestión, aclaró que en el sistema normativo brasileño no subsiste la prisión civil por infidelidad depositaria, independientemente de la modalidad de depósito: voluntario (convencional) o necesario, como lo es el depósito judicial. De su lado, estableció que los magistrados y tribunales, en el ejercicio de su actividad interpretativa, especialmente en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos, deben observar un principio hermenéutico básico (como es el proclamado en el art. 29 de la CADH), consistente en atribuir primacía a la norma que se muestre más favorable a la persona humana, en orden a dispensarle la más amplia protección jurídica. Añadió que el

¹⁹Tal Súmula del STF preceptuaba: a “prisão de depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

²⁰Julgamento: 7 de octubre de 2008, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe-202, Divulg. 23 de octubre de 2008, Public. 24 de octubre de 2008, Ement. Vol. 02338-03, PP-00583.

Poder Judicial, en ese proceso hermenéutico que prestigia el criterio de la norma más favorable (que tanto puede ser aquella prevista en el tratado internacional como la que se encuentra positivada en el propio derecho interno del Estado), deberá extraer la máxima eficacia de las declaraciones internacionales y las proclamaciones constitucionales de derechos, como forma de viabilizar el acceso de los individuos y de los grupos sociales, especialmente los más vulnerables, a sistemas institucionalizados de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, para evitar que la libertad, la tolerancia y el respeto de la alteridad humana se tornen palabras vacías.

Urge aclarar que el abandono de la Súmula en cuestión por la *Segunda Turma* ancla sus raíces en la previa abrogación de la misma por el Plenario del STF de fecha 3 de diciembre de 2008, que resolvió de idéntica manera los procesos R.E. 466.343/SP (Rel. Min. Cezar Peluso)²¹, H.C. 87.585/TO (Rel. Min. Marco Aurélio)²² y R.E. 349.703/RS (Rel. Min. Carlos Britto)²³, estableciendo que la suscripción de la CADH por Brasil, que limita la prisión civil por deudas al incumplimiento inexcusable de la prestación alimentaria, implicó la derogación de las normas estrictamente legales referentes a la prisión del depositario infiel. Ello, agregamos por nuestra parte, pese a lo expresamente dispuesto por el art. 5º, LXVII, de la C.F.

Las distintas posiciones argumentales generadas en el seno del STF, pueden sintetizarse del siguiente modo: a) El Min. Cezar Peluso sostuvo que cobrar una deuda sobre el cuerpo humano constituye un retroceso histórico, siendo irrelevante la modalidad del depósito de que se trate; mientras que el Min. Celso de Mello recordó que la CADH prohíbíe la

²¹ R.E. 466.343 / SP - São Paulo, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento: 3 de diciembre de 2008, *Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-104, Divulg. 4 de junio de 2009, Public. 5 de junio de 2009, Ement. Vol. 02363-06, PP-01106, RDECTRAB, v. 17, n. 186, 2010, págs. 29/165.*

²² H.C. 87.585 / TO - Tocantins, Habeas Corpus, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 3 de diciembre de 2008, *Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-118, Divulg. 25 de junio de 2009, Public. 26 de junio de 2009, Ement. Vol. 02366-02, PP-00237.*

²³ R.E. 349.703 / RS - Rio Grande do Sul, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento: 3 de diciembre de 2008, *Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-104, Divulg. 4 de junio de 2009, Public. 5 de junio de 2009, Ement. Vol. 02363-04, PP-00675.*

prisión por deuda salvo el deudor voluntario de pensión alimentaria, sustentándose además en el PIDCP, la DADDH y la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993); b) por su parte, los ministros Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Menezes Direito y Ricardo Lewandowski, entendieron que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los que Brasil adhirió tienen *status* supralegal, pero sólo adquieren nivel constitucional cuando fueran aprobados por el Congreso Nacional de acuerdo con la misma sistemática exigida para la aprobación de las enmiendas constitucionales, y c) los ministros Eros Grau y Ellen Gracie defendieron el *status* constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Brasil.

Pese a tal avance en materia de derechos humanos (no exento de ciertas dudas interpretativas ²⁴), persisten algunos obstáculos pues, por ejemplo, tenemos entendido que se mantiene (aunque ahora en cabeza del Supremo Tribunal de Justicia) la exigencia de homologación de sentencias extranjeras y la concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias (art. 105.I. 'i', de la Constitución). De hecho, en alguna oportunidad resolvió que “los actos internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, *se sitúan en el mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales* (... consagrándose) la tesis (...) de que existe, *entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, de carácter ordinario, mera relación de paridad normativa*” ²⁵ (bastardilla nuestra).

²⁴ En efecto, para el ministro Gilmar Mendes, los tratados de derechos humanos suscriptos por Brasil *después* de la Enmienda Constitucional N° 45 pueden adquirir jerarquía equivalente a las enmiendas constitucionales; no obstante, en lo que se refiere a los tratados ratificados e incorporados al derecho brasileño *antes* de dicha enmienda, ellos no tienen jerarquía constitucional sino supralegal. Por su parte, el ministro Celso de Mello mantiene una posición muy semejante a la de Gilmar Mendes, con la diferencia de que considera que los tratados de derechos humanos *anteriores* a la mencionada enmienda podrían ser considerados como materialmente constitucionales y no sólo con jerarquía supralegal (confr. George Rodrigo BANDEIRA GALINDO, “La justicia constitucional y el derecho internacional: un análisis de la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal del Brasil”, texto escrito de la conferencia pronunciada en el “XI° Seminario Internacional ‘Constitucionalismo y Democracia en Iberoamérica’”, organizado por el Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 29 de julio al 1 de agosto de 2008).

²⁵ Confr. Supremo Tribunal Federal de Brasil, *in re* Carta Rogatoria N° 8279-4, República Argentina, Sent. del 4/5/98. El párrafo transcrito trasuntaba el criterio del

Como síntesis del estado actual de la cuestión, Bandeira Galindo afirma que la tendencia a considerar tratados internacionales con jerarquía suprallegal se limita a los relativos a los derechos humanos, ya que en relación con tratados de otras materias no existen mayores indicios en punto a que la posición del Supremo Tribunal Federal pueda ser modificada. Pese a ello, postula que tal transformación sería muy conveniente, pues en primer lugar es muy difícil identificar lo que es en realidad un tratado de derecho humanos ya que diversos tratados internacionales tocan aspectos de derechos humanos y no reciben ese rótulo; y, en segundo lugar, el desarrollo ocurrido en el plano de la protección internacional de derechos humanos precisa extenderse a otras ramas del derecho internacional, porque de nada servirá que solamente las normas internacionales sobre derechos humanos sean desarrolladas y otras normas internacionales no lo sean, por ejemplo las del derecho internacional económico o las de la cooperación internacional en materia penal ²⁶.

Con todo, debe rescatarse un hecho auspicioso (aunque exageradamente demorado), que es la reciente ratificación por Brasil de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, lo que se produjo el 25 de septiembre de 2009 ²⁷. Cabe destacar que tal Convención, en la actualidad, consta de 45 Estados signatarios y 110 Estados Partes ²⁸.

Supremo Tribunal Federal respecto de la solicitud de *exequatur* de una rogatoria sustentada en el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el Consejo Mercado Común del Mercosur. Con posterioridad a tal fallo, el mencionado Protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico del vecino país, por medio del decr. 2626, del 15 de junio de 1998. En sentido análogo a la resolución impresa a la citada Carta Rogatoria N° 8279-4, y además de los dos precedentes a los que hicimos referencia en el texto (RE N° 71.154 y RE N° 80.004), ver: ADI N° 1.480-DE, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434 (confr. L.L.B.A., 11 de agosto de 1998, págs. 4/6).

²⁶ George Rodrigo BANDEIRA GALINDO, cit.

²⁷ Dicha Convención fue ratificada por Paraguay el 3 de febrero de 1972, por Argentina el 5 de diciembre de 1972 y por Uruguay el 5 de marzo de 1982. Por su parte, Venezuela no la suscribió ni ratificó hasta el momento.

²⁸ Confr. consulta del 25 de marzo de 2010 (Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mdsg3&lang=en).

b. Uruguay

El contexto constitucional uruguayo también se caracteriza por la ausencia de normas sobre el emplazamiento jerárquico de los instrumentos internacionales frente al derecho interno. Tampoco cuenta con una cláusula de habilitación que permita atribuir facultades o competencias a organismos supranacionales. A nuestro juicio, en el enlace de ambos elementos radica el núcleo del problema, por supuesto, desde el plano jurídico.

Por lo demás, si bien existe consenso doctrinario en el sentido de que el Tratado de Asunción no ofrecería una incompatibilidad con la Carta Magna de ese país (que entrara en vigor en 1967), sobre todo en una etapa predominantemente caracterizada por la *intergubernamentalidad*, no existe acuerdo absoluto acerca de si una profundización del ligamen, signada por la transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etc.) de competencias hacia organismos supranacionales habilitados para emitir normas de aplicación directa, inmediata y preferente sobre el derecho interno, resultaría inconstitucional, en particular *vis à vis* la previsión del art. 4° de la Ley Fundamental, que dispone: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes...”.

La postura que responde afirmativamente al interrogante, a la que adherimos, fue sustentada -entre otros autores- por Gros Espiell, quien entiende que “desde el momento en que los órganos se integran con individuos independientes de la voluntad de los Estados signatarios, como es el caso de los tratados de integración europea (...) la cuestión se hace más dificultosa, *obligando a encarar, en el caso de Uruguay, una reforma constitucional para poder llegar a admitir esa posibilidad*”²⁹ (énfasis agregado).

Quizá se dejó escapar una buena oportunidad en ocasión de la reforma constitucional plebiscitada el 8 de diciembre de 1996³⁰, y alguna ulte-

²⁹ Héctor GROS ESPIELL, “El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 1, Universidad de la República, Montevideo, 1991, pág. 16, citado por Angel LANDONI SOSA, “La solución de conflictos en el Mercosur”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXXIV, N° 54, Buenos Aires, marzo-junio 1994, pág. 332.

³⁰ Diario Oficial del 9 de enero de 1997.

rior³¹, para introducir una cláusula de habilitación en la Constitución Nacional, al estilo de la previsión argentina, que despejara dudas, no dejara sujeta a labilidades interpretativas una cuestión de suma trascendencia como la que abordamos y que exhibiera la verdadera decisión política de generar una disposición constitucional que permita sin ambages a Uruguay integrar estructuras supranacionales.

Al respecto, en línea con lo anticipado, Riso Ferrand puntualiza que la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento interno uruguayo debe ser objeto, reforma constitucional mediante, de una solución clara, superando la actual incertidumbre jurídica, nunca deseada ni admisible en un proceso de integración; para lo cual propone que la Constitución habilite el pasaje a instancias superiores de integración (con traspaso o delegación de atribuciones a entes supranacionales), previendo no sólo esta modalidad sino también la existencia del derecho comunitario derivado, con disposiciones expresas y claras acerca de su jerarquía jurídica respecto a las normas propias del derecho interno³².

Para concluir, cabe advertir que en algún momento la Suprema Corte de Justicia, interpretó, con alegado apoyo en Justino Jiménez de Aréchaga y Supervielle, que “... cabe compartir la tesis que *la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación ...*” (remarcado nuestro). Este criterio fue expuesto por el máximo tribunal uruguayo *in re* “G.S., J. con A. del U. y C.U. S.A., Reinstalación, Casación”, Ficha 357/989, Montevideo, del 20 de junio de 1990³³.

C. Venezuela

Con visión prospectiva y aguardando el desarrollo de los acontecimientos, incluimos en este punto a Venezuela, que -como vimos (nota 6 a

³¹ Hasta donde alcanza nuestra información, una ulterior modificación constitucional a la plebiscitada el 8 de diciembre de 1996, fue la sometida a idéntico procedimiento plebiscitario el 31 de octubre de 2004.

³² Martín RISSO FERRAND, *Derecho constitucional*, 2ª ed. actualiz. y ampl., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, t. I, págs. 383/384.

³³ La sentencia puede compulsarse en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N° 37, junio-julio 1990, Montevideo, t. VII, págs. 32/39. El párrafo transcrito luce en pág. 38.

pie de página)- ha exteriorizado su voluntad de incorporarse plenamente al Mercosur.

De un veloz recorrido por su normativa constitucional (de 1999) puede concluirse que, al menos desde el plano normológico, presenta varios aspectos positivos de cara al involucramiento en procesos integrativos, aunque quizá en el “debe” pueda contabilizarse que no ha firmado ni ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de que muestra alguna jurisprudencia preocupante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que, aunque vinculada al tema de los derechos humanos, deja al descubierto ciertas aristas conflictivas que exceden tal tópico específico.

A continuación desgranaremos los aspectos positivos, dejando para el final una breve alusión a ciertos antecedentes jurisprudenciales que generaron una dura crítica por parte de sólida doctrina autoral.

a) En primer lugar, cuenta con un sistema de control de constitucionalidad *previo* de los instrumentos internacionales. En efecto, es de competencia de la Sala Constitucional del T.S.J., verificar a solicitud del presidente o presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, *la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación* (ordinal 5^o)³⁴. Siendo así, cuando menos en la dimensión teórica, si la Sala Constitucional no encuentra óbice de tal calibre al documento internacional en cuestión, éste no podría (al menos no debería) ser atacado en el futuro por medio de una fiscalización represiva o posterior ni tampoco plantearse luego una acción de inconstitucionalidad contra la ley que lo aprueba.

Juzgamos que tal solución (contralor constitucional *previo* de los instrumentos internacionales) es fundamental en procesos de integración supranacional, pues en la práctica (y como afirma Brewer-Carías) llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verifica-

³⁴Texto constitucional “corregido” y que varía del aprobado en el *referendum* del 15 de diciembre de 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la “conformidad de la Constitución *con* los tratados internacionales” -énfasis propio- (confr. Allan R. BREWER-CARIÁS, “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR [coord.], *Derecho procesal constitucional*, 2^a ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., Porrúa, 2001, pág. 948).

ción de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como ocurriera en los casos de los tratados relativos al Acuerdo de Integración de la ahora Comunidad Andina, lo que sucedió -vale aclarar por nuestra parte- con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución³⁵.

b) En segundo lugar, cuenta con una “norma de habilitación”, el art. 153, el que luego de advertir que la República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, que podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de sus naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes; agrega que, para tales fines, “*podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración*” (remarcado agregado).

c) Por último, el segmento final de la norma citada en el subapartado anterior es muy importante, ya que después de señalar que las normas que se adopten en el espectro de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente, consagra los caracteres básicos del derecho comunitario, al mencionar que tales normas serán “*de aplicación directa y preferente a la legislación interna*” (énfasis agregado).

En línea con ello se ubica otra regla relevante localizada en el art. 318, párr. 1°, donde si bien se prevé que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar, dispone que “[e]n caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República”.

d) Uno de los polémicos decisorios de la Sala Constitucional a los que nos referíamos es la Sent. N° 1942, del 15 de julio de 2003, que reitera la doctrina de su predecesora 1013³⁶ y que no fue precisamente bien

³⁵ Idem.

³⁶ Dictada el 12 de junio de 2001.

recibida por la doctrina especializada³⁷. Tal pronunciamiento convalidó el delito de desacato, al conocer de una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos del Código Penal que establecen esa figura o permiten la utilización de otras normas de la legislación penal de la misma manera y con idénticos fines. Al efecto, y luego de recordar la previsión del art. 23 constitucional en cuanto a que las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos adquieren *rango constitucional*, estando equiparadas a normas contenidas en la Constitución, puntualizó que aquella cláusula establece una *prevalencia de normas, pero no de fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc.* En otras palabras, pero siempre siguiendo la posición delineada por la Sala, la nombrada prevalencia no alcanza a los informes u opiniones de organismos internacionales que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, pues *el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y que es la Sala Constitucional.*

En consecuencia, esta última moldeó un criterio discutible en cuanto a la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, vehiculó una involución interpretativa en la materia al blandir un concepto de soberanía hace tiempo superado y dejó de acatar las obligaciones emergentes de los tratados internacionales relativos a dicho campo temático al considerar que las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión Interamericana (Comisión IDH) “no son obligatorias” y que las sentencias de la Corte Interamericana (Corte IDH), “para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución”, con lo cual, adjudica al juez nacional facultades de control y escrutinio de los pronunciamientos de dichos órganos protectorios interamericanos³⁸.

³⁷ Ver, por ejemplo, Carlos AYALA CORAO, “La sentencia 1942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión”, en *Derecho constitucional e institucionalidad democrática*, ponencias del VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional desarrollado en Valencia (Venezuela), 26 a 28 de noviembre de 2003, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, t. I, págs. 433/505.

³⁸ Debe tenerse presente que Venezuela es Estado Parte de la CADH desde el 9 de agosto de 1977 y, de acuerdo con el art. 62 de ésta, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 24 de junio de 1981.

Además de poner en entredicho lo dispuesto por el art. 23 constitucional, la resolución dejó en un cono de sombras a la previsión del art. 31, *ibid.*, que en su párr. 1° determina que “toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, *a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*”, agregando en su 2° párr. que el Estado *adoptará* -conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley-, “*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo*” (en ambos casos los remarcados nos corresponden).

Finalmente, es de destacar que la cuestión generada por la Sent. N° 1942 fue planteada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que a su vez, solicitó medidas provisionales a la Corte IDH. Éstas fueron concedidas por el Tribunal, pero ante el incumplimiento del Estado venezolano y la denuncia realizada en tal sentido por la Comisión IDH, aquél emitió una resolución conjunta en fecha 4 de mayo de 2004, relativa a las medidas provisionales respecto de Venezuela en cuatro casos, entre los que se cuenta el que aquí nos ocupa. Entre otros puntos, declaró: a) que por haber reconocido su competencia, Venezuela está obligada a cumplir las decisiones de la Corte IDH, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de supervisar su cumplimiento, y b) que dicho Estado tiene la obligación de implementar las medidas provisionales ordenadas por la Corte y de presentar, con la periodicidad que ésta indique, los informes requeridos y, además, que la facultad de la Corte incluye evaluar los informes presentados, y emitir instrucciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus decisiones.

e) En sintonía con su reprochable criterio en la materia, la Sala Constitucional ha añadido un nuevo capítulo a la desafortunada senda jurisprudencial que ha elegido transitar, al haber emitido la Sent. N° 1939, del 18 de diciembre de 2008, en la que declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte IDH en el caso de la destitución arbitraria de los tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (caso “Aritz Barbera y otros vs. Venezuela”³⁹) y dispuso solicitar al Poder Ejecutivo Nacional

³⁹Corte IDH, caso “Aritz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”, sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182.

que proceda a denunciar la CADH. Huelga cualquier comentario pues el despropósito jurídico es absolutamente ostensible.

D. Balance

a) El trayecto analítico que nos condujo por algunos de los pliegues del derecho y la jurisprudencia comparados de los países que integran el Mercosur (y de Venezuela, que aspira a incorporarse plenamente a él), pone al descubierto una heterogeneidad de soluciones que conspira contra la posibilidad de cumplir los ambiciosos propósitos declamados -particularmente, el advenimiento de un mercado común u otra estructura integrativa superior-, por lo que si confluye una real voluntad política no dejaría de ser aconsejable intentar una nivelación constitucional y jurisprudencial, que brinde el sustento necesario para que germine saludablemente el modelo integrativo seleccionado.

b) No debería perderse de vista que el derecho comunitario -como precisáramos- tiene como caracteres predominantes su *autonomía*, el *efecto directo* y la *aplicación inmediata y preferente* de sus normas, asunto que amerita un par de sumarias consideraciones explicativas, que delinearemos a continuación, por cierto, sin visos de taxatividad.

En primer lugar, y como explica Alonso García, la naturaleza *autónoma* del ordenamiento jurídico comunitario se traduce en un sistema institucional propio, en cuyo marco se produce derecho y se controla el respeto de la constitucionalidad-legalidad comunitaria⁴⁰. Tal naturaleza autónoma, añade el referido autor, incluye la participación de los ordenamientos jurídicos nacionales: *verticalmente*, por medio de sus propias estructuras, complementarias del aparato institucional comunitario en su doble vertiente de producción jurídica y de control jurisdiccional; y *horizontalmente*, aportando concepciones y técnicas nacionales en la configuración de las reglas de juego del sistema comunitario⁴¹.

Por su parte, uno de los citados caracteres salientes del derecho comunitario es el de la *primacía*, respecto del cual Puente Egido se en-

⁴⁰ Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario y derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 105.

⁴¹ Idem.

carga de aclarar que, bien interpretado, ese principio significa que en caso de contradicción de una norma comunitaria con otra regla de un sistema jurídico de un Estado Miembro (cualquiera sea su rango normativo) “el juez nacional *ha de aplicar en el caso concreto la comunitaria e inaplicar la nacional*” (remarcado del original), tratándose “de un estricto problema de aplicación preferente, porque al hacerlo así, el juez nacional no induce en la regla inaplicada un principio de nulidad o anulabilidad. Ésta sigue siendo plenamente válida y susceptible de ser aplicada en cualquier otro supuesto en el que no haya esa incompatibilidad”, de lo que deduce el autor que la primacía nada tiene que ver con el principio de jerarquía normativa⁴².

c) Dentro de esas líneas contextuales, concretamente y para los casos de Brasil y Uruguay, aquella nivelación normativa podría venir de la mano de sendas reformas constitucionales, que atribuyan suficiente legitimación para crear entes supranacionales receptores de competencias o atribuciones dispensadas por esos Estados.

De su lado, en los supuestos de Argentina y Paraguay, con sus peculiaridades, puede concluirse que sus sistemas constitucionales se encuentran suficientemente acondicionados para emprender semejante intensificación del ligamen integrativo.

Finalmente, y siempre desde la vertiente normativa, el contexto jurídico venezolano también estaría adaptado para avanzar hacia estructuras integrativas más complejas, incluso con un interesante plus de tutela preventiva al haberse institucionalizado en la Ley Fundamental un modelo de control de constitucionalidad *previo* de los tratados internacionales, lo que impediría (al menos desde una óptica especulativa o teórica) “sorpresas” ulteriores cuando el instrumento en cuestión ya esté vigente, sorteando el riesgo de que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Sin embargo, y para evitar una lectura parcializada del enfoque, cabe llamar la atención sobre el discutible criterio que la Sala Constitucional del T.S.J. sentara en las reseñadas sentencias N^{os} 1942 de 2003 y 1939 de

⁴² José PUENTE EGIDO, “El impacto del derecho comunitario europeo en la Constitución española”, en Zlata DRNAS DE CLÉMENT (coord.), *Estudios de derecho internacional. En homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner editores, 2002, t. II, pág. 1654.

2008, brindando una devaluada cotización a los pronunciamientos de los órganos protectorios interamericanos en materia de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas) al entenderlos sometidos al control y escrutinio posteriores por parte del juez nacional a los fines de su eventual cumplimiento, lo que resulta un claro desacierto.

IV. Sobre las alternativas de actuación internacional de los entes subestatales, el caso de la Argentina

1. Pórtico

Básicamente, el propósito de este segmento del trabajo es enfocar algunos aspectos de interés relativos, por ejemplo, a la posibilidad de que las entidades infranacionales desplieguen cierto tipo de actividad en el ámbito internacional o que se generen a su respecto alternativas de participación en el proceso integrativo en los planos interno o externo. En definitiva, se trata de amortiguar con recursos descentralizantes el impacto que sobre tales esferas infraestatales puede provocar el fenómeno integrativo, que genera vectores centrípetos cobijados en el ente comunitario.

En cada país de estructura compleja deberán buscarse espacios en el espectro interno o en el internacional para habilitar vías de actuación en el proceso de integración por parte de los Estados, el Distrito Federal y los municipios, en el caso del *Brasil*; las provincias, las regiones (aunque no sean instancias políticas), los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en el supuesto de *Argentina*; y los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales, en el ámbito de *Venezuela*.

Más allá de todo ello, naturalmente se mantienen vivas las posibilidades que *per se* tales entidades subestatales puedan lograr *ad extra* o las que el propio contexto normativo comunitario pudiera depararles, tanto en la fase ascendente o de celebración de los tratados internacionales que eventualmente pudieran afectar los espacios competenciales o de intereses de dichos entes locales, o *descendente* o de aplicación de la normativa comunitaria en el terreno intranacional. Por supuesto, siempre dejando a buen resguardo los límites establecidos por las respectivas configuraciones constitucionales y los repartos competenciales que éstas diseñen.

2. *El contexto argentino post reforma de 1994*

Plantearemos seguidamente ciertos puntos temáticos interesantes (algunos, con aristas conflictivas) que surgen de la Constitución argentina a partir de la innovación constitucional de 1994, contexto jurídico que tomaremos como caso testigo.

A. *La regionalización*

El art. 124 constitucional acuerda a las provincias la facultad de *crear regiones* para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines. Tal premisa debe leerse en línea con el art. 125, parte inicial, *ibid.*, que permite a las provincias la *celebración de tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común*, con conocimiento del Congreso; y con el art. 126, *ibid.*, que paralelamente les proscribe ejercer el poder delegado a la Nación y la celebración de tratados parciales de carácter político.

De tal trama normativa surge que la región no es una nueva instancia política en el sistema institucional argentino. Pero sin duda, es una importante herramienta de oxigenación federal, mas siempre como vehículo descentralizador, es decir, como advierte Hernández, no destinada a centralizar el país o violar las autonomías provinciales y municipales⁴³.

Aprovechamos este segmento del trabajo para reiterar nuestra posición en punto a que la *creación de regiones* en los términos del art. 124 de la Constitución federal es *una facultad provincial* y no del gobierno nacional, lo que obviamente no significa que éste deba desentenderse del proceso de regionalización, pues otra de las innovaciones vehiculadas por la reforma de 1994 y, en este caso, trasvasada al art. 75 inc. 19, párr. 2°, es la atribución conferida al Congreso en punto a proveer al crecimiento armónico de la Nación y *promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, iniciativas para las cuales el Senado será Cámara de origen*.

⁴³ Antonio María HERNÁNDEZ (h.), *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 41.

En otras palabras, las regiones no pueden ser pergeñadas por ley del Congreso y de espaldas a las provincias o en contra de la voluntad de éstas, pues como agudamente ha advertido Gelli, “[n]o se trata de que el Estado federal planifique una superestructura compuesta por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de éstas. Por el contrario, la regionalización se constituye en un instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes, maximizando las ventajas comparativas de cada una de las provincias que acuerdan crear una región, aunque sólo pueden hacerlo en materia económica y social...”⁴⁴.

Por lo demás, la política de regionalización *ad intra* y *ad extra* (en el contexto integrativo del Mercosur) podrá coadyuvar, como ha sucedido en Europa y naturalmente teniendo en cuenta las significativas diferencias y evitando mimetismos jurídicos artificiales, a la búsqueda de grados más avanzados de cohesión social y territorial y de desarrollo económico equilibrado.

En línea con ello, y para cerrar este punto, coincidimos con Stähli respecto de las tres cuestiones centrales que plantea acerca de la existencia de una política regional en el marco de un esquema de integración, las que tienen que ver con los objetivos generales perseguidos: la democratización del proceso integrador, la incorporación a éste de una nueva dinámica y la corrección de los desequilibrios⁴⁵.

B. La actividad internacional de las provincias

Nótese que el mencionado art. 124 de la Carta Fundamental prevé que las provincias “podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso nacional”.

La cuestión ha suscitado numerosas dudas en la doctrina tanto en torno al grado de legitimación de las provincias para actuar internacional-

⁴⁴ María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. y actualiz., Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 861.

⁴⁵ Jorge STÄHLI, “Participación de las regiones internas de los Estados en los procesos de integración”, en un texto inédito que el autor tuviera la gentileza de enviarnos.

mente y al alcance de tal eventual actividad, como al calibre semántico de la expresión “con conocimiento del Congreso Nacional”.

La problemática recepta importancia no sólo desde el plano especulativo o académico, sino fundamentalmente desde la óptica del refuerzo del federalismo, la revalorización de las gestiones que en el ámbito internacional les es lícito desplegar a las unidades provinciales y el rol que pueden jugar en el terreno de la integración supranacional, naturalmente dentro de los límites establecidos por la Ley Fundamental, lo que supone dejar a buen resguardo el principio jurídico-axiológico de *lealtad constitucional* que, justo es decirlo, no solamente vincula a las entidades infraestatales respecto del gobierno central, sino que, en retroalimentación, también compromete a éste con relación a aquéllas.

Un enfoque exegético del segmento del precepto citado lleva en primer término a puntualizar desde una dimensión genérica que tales *actividades de alcance internacional o gestiones internacionales* de las provincias, resultan legitimadas a partir de una percepción *flexible* de las “relaciones internacionales”, cuya conducción y responsabilidad -como es de sobra conocido- recaen exclusivamente en el Estado federal en cuanto a lo que corporizaría el “núcleo duro” de aquellas relaciones.

Correlativamente, la mencionada laxitud interpretativa de dicha expresión permitiría pensar en un “núcleo blando” que habilita la realización de actividades de tenor internacional por parte de los entes subestatales, o lo que por ejemplo y *mutatis mutandi*, la doctrina italiana denomina *attività promozionali* (“actividades de promoción exterior”), encaminadas justamente a la promoción del desarrollo económico, social y cultural que las regiones pueden desempeñar con acuerdo del gobierno⁴⁶ (en el caso argentino, las provincias lo deben hacer “con conocimiento del Congreso Nacional”).

Dicho en palabras de Casanovas y La Rosa, al margen de las “relaciones internacionales” en sentido estricto y de la celebración de tratados internacionales, cabe “articular un ámbito de acción exterior que se fun-

⁴⁶ María Valeria AGOSTINI, “Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias”, en AA.VV., *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, cit., pág. 24.

damente en los poderes e intereses propios de las entidades infraestatales y se ajuste a lo que es la práctica constitucional e internacional actual en los Estados de estructura compleja”⁴⁷.

Aclarado lo anterior, y retomando en particular el tramo del art. 124 referido a las actividades que *ad extra* están facultadas a llevar adelante las provincias, la terminología “convenios internacionales” que pueden celebrar, suponemos ha sido pensada para transmitir un mensaje que exteriorice una distinción categorial enraizada en una valencia jurídica más tenue y menos formal que la de “tratados internacionales”, que quedan inmersos -estos últimos- en la órbita competencial exclusiva del Estado Nacional en el manejo de las relaciones internacionales (“núcleo duro”).

Justamente, la celebración de “convenios internacionales” por las unidades provinciales queda supeditada a la compatibilidad “con la política exterior de la Nación” y la no afectación de “las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación”. Puede acordarse o no con los lineamientos léxicos adoptados por el constituyente reformador de 1994 para trazar los límites a las actividades provinciales de alcance internacional, mas lo que sí queda claro es que en tal diseño lingüístico se inserta la matriz del citado principio de “lealtad constitucional”, que en el particular las provincias deben acatar para preservar la intangibilidad del reparto de competencias acordado con el Estado Nacional.

En definitiva, y en lo que hace al objeto de tales “convenios internacionales”, parece claro que éste debe girar en torno de competencias exclusivas de las provincias o concurrentes con la Nación.

Por su parte, no menor polémica trae consigo la fórmula escogida en punto a que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales deben realizarse “con conocimiento del Congreso Nacional”.

Liminarmente, nos apresuramos a aclarar que, desde nuestra óptica, el “conocimiento” no origina la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización, sino de comunicación al Poder Legislativo.

⁴⁷ Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, “La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales”, loc. cit. en nota anterior, págs. 57/58.

Tal posición reconoce varios puntos de sustentación: en primer lugar, por cuanto desde el plano semántico “con conocimiento” sólo supone el resultado de “hacer saber” o “informar”, lo que dista conceptualmente de “consentimiento”, “aprobación” u otros términos equivalentes; en segundo lugar, porque durante los trabajos y debates de la Convención Constituyente se manejaron varias opciones terminológicas para la redacción de este tramo de la norma en cuestión, entre los que se cuentan los mencionados en último término, decantándose finalmente por la expresión “con conocimiento”, que -reiteramos- exhibe una carga de significado distinta de las enunciadas, además de que no cabe predicar de los constituyentes una actuación desprevenida o inopinada en la selección del texto particular; por último, refuerza nuestra percepción el distanciamiento que en el punto se da en relación con la Constitución de EE.UU., una de las fuentes de la Ley Fundamental argentina, que exige el “consentimiento” del Congreso para que el Estado celebre convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera⁴⁸ (art. I, Sección X, ap. 3).

Cuestión complicada es predeterminar qué sucedería en caso de que el Congreso estuviera en disconformidad con el acuerdo regional o que el convenio internacional violara los límites impuestos constitucionalmente. En tales hipótesis, y siempre que las vías previas del diálogo democrático fracasaren, cabría al Estado Nacional la articulación de una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia en contra de las provincias (o la CABA) actuantes o, en un supuesto extremo y si eventualmente quedaran reunidas las pautas diseñadas por el art. 6º de la Constitución, disponer la intervención federal (arts. 75 inc. 31, o 99 inc. 20, *ibid.*), en cuyo caso, Gelli sugiere que los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la CABA, deberían defender “las *razones y justificación* de los Estados locales” (énfasis del original)⁴⁹.

⁴⁸ La norma en cuestión, refiriéndose al ap. 2 del mismo artículo, expresa que sin el “consentimiento” del Congreso “ningún Estado podrá (...) celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera...” (el texto en español ha sido consultado en José Luis CASCAJO CASTRO y Manuel GARCÍA ALVAREZ [eds.], *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, pág. 68).

⁴⁹ María Angélica GELLI, op. cit., pág. 863.

Apoyándose en Frías, Hernández⁵⁰ advierte que un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo, como sería el caso de la desaprobación.

Finalmente, y para aventar posibles cuestionamientos en el despliegue de la acción exterior de las provincias, Zarza Mensaque ofrece como alternativa que por medio de un acuerdo previo entre el Estado federal y aquéllas, “*el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los Estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos*”⁵¹.

C. ¿Una protección adicional para el federalismo en los procesos de integración?

Es importante destacar que durante los debates de la Convención Constituyente de 1994, que deparara el texto actualmente vigente, se planteó la incorporación de una especie de “cláusula federal” dirigida a proteger al federalismo frente a los tratados internacionales en materia de integración.

Justamente se postulaba que en la norma contenida en el hoy art. 75 inc. 24, párr. inicial, además del respeto por el orden democrático y los derechos humanos como principios por preservar en los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, se incluyera al “sistema federal” asegurando a las provincias la efectiva participación en la decisión de los asuntos que las afectasen directamente.

La fundamentación de la moción puede ser sintetizada siguiendo las palabras del convencional Gabriel Llano, cuando afirmaba que en el nuevo inciso que se pretendía agregar al entonces art. 67 (hoy 75) existía una omisión, “porque al Congreso Nacional se lo va a facultar a delegar competencias, pero en esa delegación de competencias se tiene que respetar

⁵⁰Pedro J. FRÍAS, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 104; aludido por HERNÁNDEZ (h.), Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, cit., pág. 44.

⁵¹Alberto ZARZA MENSAQUE, “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en Zlata DRNAS DE CLÉMENT y Ernesto REY CARO (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, cit., pág. 59.

el ámbito de competencia reservado a las provincias”⁵². Añadía que “si van a existir por ahí organismos supranacionales con facultades de dictar normas obligatorias que van a tener una validez superior a nuestras leyes y que seguramente tendrán contenido económico y si estas normas van a tener una decisiva incidencia en el desarrollo de algunas economías regionales, yo creo que hay que completar esta norma con el respeto al sistema federal de gobierno. Es más, me animaría a proponer que haga alusión a la efectiva participación de las provincias”⁵³. Así, y luego de aludir a la experiencia alemana de los *Länder* por medio de los observadores, propuso completar la regla de la siguiente manera: “y que respete los derechos humanos, el orden democrático, el *sistema federal a través de la efectiva participación de las provincias en dichos organismos*”⁵⁴ (el remarcado no es del original).

Finalmente la propuesta no prosperó, manifestándose para descartarla que el modelo constitucional argentino cuenta con las reservas realizadas y prescriptas en la Constitución para sostener su sistema federal, por lo que se entiende que la aprobación por las distintas instancias federales, como es el caso de la Cámara de Senadores, que requerirá una mayoría calificada para tratar estos temas, cubriría las necesidades que las provincias reclamen durante un proceso de integración⁵⁵.

Sea como fuera y más allá de no haber fructificado la aludida proposición -lo que para algún sector de la doctrina es una muestra más del

⁵²“Versiones taquigráficas de la Comisión de Redacción”, *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, 1994, t. IV, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 1997, pág. 4144.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Confr. Alberto R. DALLA VÍA, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pág. 688, quien aclara que las objeciones fueron respondidas en los términos indicados en el texto al que se refiere esta nota por el convencional Juan Pablo Cafiero, miembro informante de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales. Sobre el tema de la protección del federalismo frente a los tratados internacionales en materia de integración y lo que denomina “el límite federal de la supranacionalización”, puede consultarse: Ismael FARRANDO (h.), “El municipio en la perspectiva de la integración”, en Dardo PÉREZ GUILHOU et. al., *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. actualiz., vol. I, particularmente, págs. 356/357 y nota 23.

déficit federal de la reforma constitucional⁵⁶-, Sabsay afirma que la circunstancia de que el constituyente haya apostado por un modelo federal de concertación que ubica al país en camino hacia el fortalecimiento de la periferia para reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo, hará “*posible contrarrestar -igualmente- la excesiva concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes*”⁵⁷ (énfasis agregado); aunque no deja de advertir que tales comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales y no a las experiencias en materia de aplicación pues “*más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado*”⁵⁸.

Por nuestra parte sólo nos permitimos acotar que en éste como en otros puntos temáticos, la hora actual impone como desafío impostergable la revitalización del Senado para la asunción y el cumplimiento genuinos de su rol como Cámara de representación de los intereses de las provincias en nuestro esquema estatal federal, tanto en relación con el plano internacional como en la dimensión endógena⁵⁹.

D. ¿Y los municipios?

Naturalmente, los municipios no pueden quedar al margen del proceso integrativo y, a partir de la *autonomía* que les reconoce explícitamente la Ley Fundamental en el art. 123, pueden desplegar actividades de gestión internacional, observando ciertos límites entre los que se cuentan los impuestos por la Constitución de la provincia a la que pertenecen y naturalmente los fijados por la norma superior de la Nación.

⁵⁶ Vid. en ese sentido, por ejemplo, María Celia CASTORINA DE TARQUINI, “El federalismo”, loc. cit. en la última parte de la nota anterior, págs. 138/141.

⁵⁷ Daniel Alberto SABSAY, “El federalismo en la Constitución y las posibilidades de reconstrucción que brinda la reforma de 1994”, en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, t. II, pág. 375.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Baste recordar que, por ejemplo, en materia de coparticipación federal impositiva -uno de los temas ligados al “fortalecimiento del federalismo” pregonado por la ley

En tal sentido, y si bien es cierto que la Carta Magna no depara expresamente a los municipios una norma equivalente al art. 124 respecto de las provincias, Barrera Buteler advierte que el contexto social del mundo globalizado impone considerar que también la atribución de celebrar acuerdos en el orden internacional queda comprendida en el principio constitucional de autonomía municipal pues el ámbito de interrelación e interdependencia que condujo al reconocimiento de tal atribución a las provincias (aun antes de la reforma de 1994), apunta a la misma dirección respecto de los municipios, que tienen múltiples vínculos convencionales en el plano internacional, por ejemplo, la práctica reiterada de los “hermanamientos de ciudades”, que vinculan con lazos de cooperación recíproca a municipios de diversos países y continentes⁶⁰.

V. Acerca de determinadas instancias de vinculación y participación de las entidades infraestatales en la experiencia comunitaria europea

En una doble dimensión, visualizando de un lado las *regiones europeas* y, del otro, las *ciudades* frente a la experiencia comunitaria europea, presentaremos sumariamente dos instancias que, aunque diversas, tienen propósitos convergentes: el “Comité de las Regiones” y “Eurocities”.

24.309 declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional de 1994, y reivindicados en su oportunidad como logros de ésta- se hace perceptible la brecha entre lo pautado normativamente y las pretericiones en el ámbito fáctico, ya que tanto el régimen coparticipativo (a instrumentarse por una ley convenio con el Senado como Cámara de origen), como la reglamentación del organismo fiscal federal aludidos por el art. 75 inc. 2, debieron haber sido establecidos antes de la finalización del año 1996, de acuerdo con la disposición transitoria sexta, lo que aún no ha ocurrido. No es precisamente agradable constatarlo ni decirlo, pero es igualmente difícil disimular que la sombra de las omisiones inconstitucionales traducibles en la falta de desarrollo legislativo de varios aspectos contenidos en la letra de la Constitución, continúa siendo frondosa en el escenario jurídico nacional.

⁶⁰ Guillermo BARRERA BUTELER, “Facultades de las entidades subnacionales en la celebración de gestiones y convenios internacionales”, en Antonio M. HERNÁNDEZ (h.), (dir.), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, cit., págs. 213/214.

1. *El Comité de las Regiones*⁶¹ y el Tratado de Lisboa

A. *Génesis*

El Comité de las Regiones (en adelante, también el Comité) fue creado en 1992 en el Tratado de Maastricht y comenzó a funcionar en 1994. Como se ha sostenido, su implementación respondió a la necesidad de afrontar dos temáticas centrales: en primer lugar, la constatación de que gran parte de la normativa comunitaria se aplica en los niveles local o regional, de lo que se desprende claramente la importancia de que representantes de éstas participen en la elaboración de dicha normativa; y, en segundo lugar, se temía que la Unión Europea evolucionara dejando de lado a los ciudadanos, es decir, de espaldas a éstos, por lo que se reparó en la conveniencia de incorporar al proceso comunitario a los estamentos gubernamentales más próximos a aquéllos.

La instauración del Comité por el Tratado de Maastricht se inscribe en un contexto de mayor calado, pues supuso el reconocimiento del fenómeno “regional” por parte del Tratado de la Unión Europea (TUE) luego de que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas lo ignoraran abiertamente. Esa “sensibilidad” ante la cuestión regional, además de la creación del Comité, se plasmó -al menos- en otros dos importantes aspectos: a) permitió la participación de autoridades regionales en el Consejo, y b) instituyó el principio de subsidiariedad, tema éste que nos tiende el puente hacia el punto que abordaremos a continuación⁶².

⁶¹ Algunos de los datos referidos en este segmento del texto fueron extraídos de: http://europa.eu/scadplus/glossary/committee_regions_es.htm y de http://europa.eu/scadplus/glossary/subsidiarity_es.htm.

⁶² Confr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “Las Comunidades Autónomas ante las relaciones internacionales: un paradigma del dinamismo evolutivo del Estado autonómico español”, en Diego VALADÉS y José María SERNA DE LA GARZA (coords.), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM y Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, D.F., 2005, pág. 370.

B. Composición y naturaleza del Comité. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Está compuesto por 344 representantes de las comunidades locales y regionales, designados por un período de cuatro años por el Consejo, según el detalle que indica el cuadro siguiente⁶³:

Alemania, Francia, Italia y Reino Unido:	24
Polonia y España:	21
Rumania:	15
Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Hungría, Países Bajos, Austria, Portugal y Suecia:	12
Dinamarca, Irlanda, Lituania, Eslovaquia y Finlandia:	9
Estonia, Letonia y Eslovenia:	7
Chipre y Luxemburgo:	6
Malta:	5
TOTAL	344

Debe recordarse que el Tratado de Niza, adoptado en diciembre de 2000, no modificó el número ni la distribución de los escaños por Estado Miembro en el Comité, aunque fijó como tope máximo de integrantes de éste la cantidad de 350. A su turno, el proyecto de tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, sustituido hoy por el Tratado de Lisboa, previó llevar el mandato de los integrantes del Comité de cuatro a cinco años, lo que el de Lisboa mantuvo. Es preciso recordar que, tras años de arduas negociaciones, finalmente el 1 de diciembre de 2009 este instrumento internacional entró en vigor.

El Comité es básicamente un *órgano consultivo* de la Unión Europea, aunque con *vocación política*⁶⁴, que permite a los entes territoriales hacer oír su voz en el proceso decisorio comunitario.

⁶³ Confr. http://europa.eu/institutions/consultative/cor/index_es.htm.

⁶⁴ La afirmación en cuanto al desarrollo de competencias consultivas del Comité como “órgano con creciente vocación política”, corresponde a Manuel MORENO VÁZQUEZ, *Comité de las Regiones y Unión Europea*, Polo Europeo Jean Monnet, Universitat de València, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 178 y ss..

Una aproximación taxonómica para catalogar tales competencias consultivas, puede vertebrarse del siguiente modo: a) *dictámenes de carácter preceptivo en las siguientes materias*: educación, cultura; salud pública, redes transeuropeas de transporte, cohesión económica y social (todos estos campos temáticos ya competían al Comité antes del Tratado de Amsterdam), política común de transportes, empleo, política social; Fondo Social Europeo; formación profesional y juventud, y medio ambiente (estos asuntos fueron añadidos por dicho Tratado); b) *consultas facultativas (discrecionales) que pueden dirigirse al Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo*, y c) *dictámenes que “motu proprio” puede elaborar el Comité*.

Paralelamente, su *rol político* consiste en facilitar la mejor aplicación de los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad* en la Unión Europea.

El principio de *subsidiariedad* puede caracterizarse como aquel que tiene por objeto garantizar que *las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano*, comprobándose constantemente que la acción que vaya a emprenderse a escala comunitaria se justifique en relación con las posibilidades que ofrecen los niveles nacional, regional o local. Concretamente, se trata de una premisa según la cual la Unión, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, sólo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención en los marcos nacional, regional o local. Al decir de Leguina, constituye un principio delimitador de competencias entre la Unión y los Estados Miembros y es la norma de reparto de tareas de la organización federal y uno de los ejes de la arquitectura europea⁶⁵, pugnando por que las decisiones políticas se adopten en el ámbito más próximo al ciudadano para lograr la mayor eficacia posible; además, está firmemente ligado a los principios de *proporcionalidad* y de *necesidad*, con arreglo a los cuales la acción de la Unión no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado institutivo.

Es preciso advertir que el mencionado proyecto de tratado que establecía una Constitución para Europa preveía reforzar el citado principio de subsidiariedad, especialmente al obligar a las instituciones a mantener

⁶⁵ Joaquín LEGUINA, “Intervención de apertura”, en AA.VV., *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones...* cit., vol. I, págs. 16 y 18.

informados a los parlamentos nacionales durante todo el procedimiento legislativo. Asimismo, proyectaba implementar un mecanismo de “alerta rápida o temprana” (“*Early Warning System*”) sobre el respeto del principio de subsidiariedad, que permitiría a los parlamentos nacionales solicitar a la Comisión el reestudio de una propuesta legislativa cuando estimaran que ésta no se ajusta al mencionado principio.

El debate sobre la inclusión del procedimiento de “alerta rápida” no ha sido del todo pacífico, pues -entre otras razones- se lo objeta por constituir una forma de restar protagonismo al Parlamento Europeo por “la puerta pequeña”, retardar la función legislativa de la UE y considerar como más que probable que los parlamentos nacionales lo aprovechen para hacer consideraciones que nada tengan que ver con la subsidiariedad⁶⁶.

A tales ataques dialécticos se ha respondido que el mecanismo en cuestión supone simple y llanamente atribuir a los parlamentos nacionales la posibilidad de que se pronuncien sobre una cuestión que afecta directamente a los Estados y sus entes territoriales en punto a que las normas que la Unión pretende aprobar aplica correctamente aquel principio y no invade competencias que no le son propias⁶⁷; además, y en cuanto a la tacha relativa a la posibilidad de abrir la puerta a que los parlamentos locales efectúen consideraciones desconectadas del problema de la subsidiariedad, se ha replicado que aunque ello sea cierto, no se trata en realidad de un problema, pues ya está la Comisión para desestimar los informes remitidos en esos términos, sino más bien de una vía para seguir avanzando en el fortalecimiento democrático (agregamos por nuestra parte, para paliar en cierta medida el déficit de tal índole que se imputa a la UE) y de participación de los parlamentos de los Estados Miembros en las cuestiones comunitarias⁶⁸.

En el apartado siguiente abordaremos algunos aspectos adicionales de esta temática, especialmente a la luz del TL.

⁶⁶ Ver la presentación de tales cuestionamientos en Elviro ARANDA ALVAREZ (quien se encarga de rebatirlos defendiendo el mecanismo de “alerta rápida”), en “El fortalecimiento de los parlamentos en la Unión Europea: la incorporación del *Early Warning System*”, *Teoría y realidad constitucional*, N° 15, 1^{er} semestre 2005, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, págs. 292/293.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 292.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 293.

C. El Tratado de Lisboa, el Comité de las Regiones, la cohesión territorial y las autonomías regionales y locales

No puede dejar de mencionarse que el Consejo Europeo del 21 y 22 de junio de 2007 fue trascendente. En efecto, llamados el 23 de julio del mismo año a pronunciarse sobre el futuro de la Unión Europea, los jefes de Estado y de Gobierno convinieron iniciar una Conferencia Intergubernamental para redactar un Tratado de reforma de los actuales instrumentos institutivos antes de la finalización de 2007.

Como consecuencia de ello, el jueves 13 de diciembre de 2007, aquéllos suscribieron el Tratado de Lisboa en el Monasterio de los Jerónimos de esta ciudad. Básicamente, dicho instrumento modificó los dos textos fundamentales de la UE: el TUE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), pasando este último a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”; además del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, insertando asimismo un conjunto de protocolos.

El de Lisboa representa una versión *edulcorada* del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (que naufragó tras la derrota de los referenda llevados a cabo en Francia y Holanda) y, sin mencionar la palabra “Constitución”, busca acondicionar las instituciones comunitarias para adecuar su funcionamiento a la cantidad de Estados Miembros que hoy componen la UE (veintisiete). Los jefes de Estado y de Gobierno de aquéllos se comprometieron en las conclusiones de su reunión a buscar una “ratificación rápida” del tratado, que se esperaba fuera aprobada definitivamente antes del 31 de diciembre de 2008 para que entrara en vigencia de cara a las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009. Obviamente, los planes y la agenda primigenia debieron modificarse a causa del “no” irlandés al Tratado por medio del referéndum celebrado el 12 de junio de 2008, aunque luego de debatir la incidencia que tal episodio podría tener en el proceso aprobatorio general, el Consejo Europeo decidió pocos días después (el 20 de junio) proseguir el trámite de ratificación con los países que aún no lo habían aprobado y replantear el tema en la Cumbre de octubre de 2008⁶⁹.

⁶⁹ Confr. la nota del 20 de junio de 2008, “European Council to analyse further and return to Lisbon Treaty in October; meanwhile, ratification continues”, que puede

Finalmente, y como se anticipaba, el TL fue ratificado por los veintisiete países de la UE de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 6.1 del TL), entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009.

En su Preámbulo, el TL enuncia como propósitos genéricos los siguientes: completar el proceso iniciado por los Tratados de Amsterdam y Niza, a fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la UE y mejorar la coherencia de su acción.

Cabe destacar que por el art. 1.4 del TL se modifica el art. 2º del TUE, en cuyo ap. 3, párr. 3º, en lo que atañe a los intereses de las entidades subestatales, se pone de manifiesto que la UE fomentará la cohesión económica, social y *territorial* (es decir, se complementa su *objetivo* de cohesión económica y social al hacerla extensiva al plano territorial) y la solidaridad entre los Estados Miembros; además, respetará la riqueza de *su diversidad cultural y lingüística* (párr. 4º). Vinculado a lo que mencionábamos, de hecho se modifica el Protocolo sobre la cohesión económica y social, que pasa a llamarse Protocolo sobre la cohesión económica, social y *territorial*.

Mutatis mutandi, se ha puntualizado que el concepto de *cohesión territorial* va más allá de la idea de cohesión económica y social, ampliándola y reforzándola; así, con aquélla se pretende “ayudar a lograr un desarrollo más equilibrado reduciendo las disparidades existentes, impidiendo los desequilibrios territoriales y aumentando la coherencia tanto de las políticas sectoriales que tienen una repercusión territorial como de la política regional”, para asimismo mejorar la integración territorial y fomentar la cooperación entre las regiones⁷⁰.

Por su parte, el art. 1.5 del TL deroga el art. 3º del TUE e inserta el art. 3º bis, en cuyo ap. 2, y en lo que aquí interesa, estipula que “[l]a Unión respetará la igualdad de los Estados Miembros ante los Tratados⁷¹, así

consultarse en: www.eu2008.si/en/News_and_Documents/Press_Releases/June/0620EC_LisbonTreaty.html.

⁷⁰ Confr. *Tercer informe sobre la cohesión económica y social*, “Una nueva asociación para la cohesión, convergencia, competitividad y cooperación”, Comisión Europea, COM (2004) 107 del 18 de febrero de 2004, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, impreso en Bélgica, 2004, pág. 27.

⁷¹ En el art. 1º, párr. 3º, del TUE (según la redacción diseñada por el art. 1.2. ‘b’ del TL) se advierte que cuando en el texto se refiera a “los Tratados” hará referencia al

como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, *también en lo referente a la autonomía local y regional. (...)* -énfasis añadido-.

En relación con el Comité de las Regiones, por el art. 1.14 del TL atinente al Título III (“Disposiciones sobre las Instituciones”) del TUE, el art. 9º, ap. 4, de éste especifica que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (algunas de las instituciones de la UE) estarán asistidos por un Comité Económico y Social y un *Comité de las Regiones*, que ejercerán funciones *consultivas*.

Una previsión homóloga se ubica en el capítulo relativo a los “Órganos consultivos de la Unión”, particularmente en el ap. 1 del nuevo art. 256 bis del Tratado de Funcionamiento de la UE que se inserta. A su tiempo, en el ap. 3 de tal artículo se determina que este último Comité estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida. Por último, el ap. 4 establece que los miembros del Comité no estarán vinculados por ningún mandato imperativo, ejerciendo sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.

Es especialmente significativa la cláusula que acuerda al Comité de las Regiones el *derecho de recurso, para salvaguardar sus prerrogativas, ante el Tribunal de Justicia de la UE* (Confr. art. 230, párr. 3º, del TCE, de acuerdo con la redacción dada por el art. 2.214. ‘b’ del TL), prerrogativa que constituye uno de los factores que desencadenó la necesidad de implementar un nuevo reglamento interno para el Comité.

Ya en el ámbito del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁷² (uno de los que el TL identifica como los protocolos que deberán ir anejos al TUE, al Tratado de Funcionamiento de la UE y, en su caso, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), el art. 8º del citado Protocolo, luego de pautar

propio TUE y al Tratado de Funcionamiento de la UE, aclarando que ambos tratados tienen el mismo valor jurídico, para luego establecer que la UE sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.

⁷² Dicho Protocolo fue aprobado primigeniamente por el Tratado de Amsterdam (1997).

que el Tribunal de Justicia de la UE será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo (párr. 1°), señala que el Comité de las Regiones -de conformidad con los procedimientos establecidos en el art. 230 del Tratado de Funcionamiento de la UE- *también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado nombrado en último término requiera su consulta* (párr. 2°). De su lado, y en función del art. 9° del Protocolo que referenciamos, se especifica que la Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del art. 3° ter del TUE (referido a los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad aplicables a las competencias de la Unión y que sustituye al art. 5° del TCE), informe que deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Básicamente, en su art. 6°, párr. 1°, el mencionado protocolo contiene la facultad de todo parlamento nacional o de toda cámara de uno de esos parlamentos de dirigir a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto de acto legislativo (siempre en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de éste) no se ajusta al principio de subsidiariedad; atribución que se correlaciona con el art. 3°, párr. 1°, del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (que por el TL también anexa). Por lo demás, el art. 7° del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad diagrama las distintas alternativas procedimentales que seguirá la cuestión que tratamos, que esencialmente constituye el mecanismo de *alerta rápida o temprana* al que referíamos anteriormente.

D. Sucinto balance retrospectivo del accionar del Comité. Perspectivas

En cuanto al balance de la labor del Comité, existen criterios discordantes porque para algunos su injerencia real ha sido muy discreta y modesta; mientras que para otros, las regiones europeas han ganado en presencia activa en Europa a través del Comité, fundamentalmente, por medio de los informes que preceptivamente debe proporcionar al Consejo, la Comisión y el Parlamento en los temas vinculados a la política regional.

Sea como fuera, aunque perfectible, sin duda es un órgano con cierta trascendencia como instancia de articulación, contención y participación en el proceso comunitario europeo de las entidades que Pérez González denomina político-territoriales ubicadas en un plano inmediato inferior al Estado (región en sentido estricto) y de otras entidades territoriales menores (municipios)⁷³ o, como destaca Moreno Vázquez, como órgano vertebrador de los intereses regionales y locales en la Unión Europea⁷⁴. Asimismo, se ha reivindicado su papel como facilitador o plataforma de intercambio entre las regiones, por ejemplo, en materia de *clusters* y desarrollo regional⁷⁵. Cabe advertir que los *clusters* tienen por objetivo agrupar geográficamente a empresas y agentes del mismo sector: fabricantes, universidades, asociaciones, etc., para construir un polo de competitividad⁷⁶.

El Comité, nacido hace más de quince años, es igualmente significativo desde el punto de vista *simbólico*, en tanto -como se anticipaba- encarna uno de los reflejos de la mutación del paradigma sobre la “cuestión regional” entre los tratados institutivos de las Comunidades Europeas, que la ignoraron, y el TUE que mostró su preocupación al respecto, canalizándola -entre otras manifestaciones que ya fueron colacionadas- en la instauración de aquel órgano preponderantemente consultivo.

Ya de cara al futuro, Delebarre -ex presidente del Comité- ha identificado como un desafío importante la evolución institucional de la UE, recordando que el mandato conferido a la Conferencia Intergubernamental que cristalizara en el TL, “*preserva lo esencial de los logros obtenidos por los entes territoriales en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, como el reconocimiento del respeto de la autonomía local y regional por la Unión, el mantenimiento del protocolo sobre la aplicación de los principios de*

⁷³ Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en Zlata DRNAS DE CLÉMENT y Ernesto J. REY CARO (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, cit., págs. 17 y 26.

⁷⁴ Manuel MORENO VÁZQUEZ, op. cit., pág. 125 y ss..

⁷⁵ Confr. Petr HNÍZDO, “Una oficina en Bruselas: algo más que una cuestión de prestigio...”, en *Regiones y Municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, N° 56, verano de 2007, Bruselas, pág. 9.

⁷⁶ Loc. cit. en nota anterior.

subsidiariedad y proporcionalidad, la introducción de la cohesión territorial y la diversidad cultural y lingüística entre los objetivos de la Unión...”⁷⁷.

De su lado, el actual presidente del Comité, Luc Van den Brande (elegido en febrero de 2008) ha destacado que con el TL, “*la legislación comunitaria se adoptará de forma más democrática, con un Parlamento más fuerte y una Comisión que escucha a la gente, que es sensible al impacto local y regional de las iniciativas europeas y que está comprometida con el respeto del principio de subsidiariedad. Además, el Tratado de Lisboa proporciona una base jurídica fundamental para la cohesión territorial, que es la piedra angular de la futura política regional*”. Luego ha indicado que “*va a mejorar la situación de las regiones y las ciudades en el sistema político de la Unión Europea, y va a potenciar el papel de su órgano de representación en Bruselas, el Comité de las Regiones*”⁷⁸.

2. Eurocities

Simplemente, a modo ilustrativo, daremos aquí una brevísima noticia sobre “Eurocities”⁷⁹, como instancia de vinculación y participación de las ciudades europeas en sectores temáticos de la política comunitaria en los que están involucrados intereses comunes de aquéllas. Se trata de una red de metrópolis europeas fundada en 1986 que reúne a los gobiernos locales de más de 130 ciudades importantes de alrededor de 30 países europeos y cuyo objetivo primordial es constituirse en la voz de aquéllas en las instituciones comunitarias, generando un espacio de diálogo sobre

⁷⁷ Michel DELEBARRE, “Editorial”, en *Regiones y Municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, N° 57, octubre-diciembre de 2007, Bruselas, pág. 2.

⁷⁸ En declaraciones que constan en la nota “De Maastricht a Lisboa: cómo refuerza el nuevo Tratado la posición de las regiones y ciudades de Europa”, en *Regiones y municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, N° 67, diciembre de 2009/enero de 2010, Bruselas, pág. 5.

⁷⁹ En torno a las actividades y al rol de Eurocities, ver para ampliar: www.eurocities.org/main.php.

todos los aspectos de la normativa, políticas y programas de la UE que tengan impacto en las ciudades y sus ciudadanos.

Cabe acotar que actúa en una amplia gama de áreas temáticas, que incluyen: desarrollo económico y política de cohesión, prestación de servicios públicos, medio ambiente, transporte, empleo y asuntos sociales, cultura, educación, información y sociedad de conocimiento, “gobernanza” y cooperación internacional.

Para encuadrar contextualmente su gestión, “Eurocities” percibe que Europa afronta una serie de grandes desafíos que requieren una efectiva respuesta de parte de las autoridades públicas, entre las que se incluyen: asegurar la prosperidad económica y el desarrollo sustentable de ciudades y regiones; crear nuevas oportunidades de empleo; fortalecer la cohesión social y proteger el ambiente para las futuras generaciones. Entiende que tales desafíos sólo podrán ser adecuadamente encarados si los diferentes niveles de la administración pública (ciudades y regiones, gobiernos nacionales e instituciones europeas) trabajan conjuntamente.

Finalmente, y a salvo las lógicas diferencias existentes entre ambos entes, podría trazarse un paralelismo entre “Eurocities” y “Mercociudades” (sobre la que volveremos), siendo esta última la principal red de municipios del Mercosur, creada en 1995, y que constituye un útil referente en el ámbito de protección de los intereses locales en dicho proceso integrativo sudamericano.

VI. Alternativas de participación de los entes subestatales en el proceso integrativo mercosureño

Exploraremos sumariamente a continuación algunas posibilidades actuales y prospectivas de articulación y actuación en el ámbito del Mercosur que van despuntando o consolidándose para estados o provincias, regiones, municipios, departamentos y ciudades de sus Estados Miembros. En esa dirección, haremos una breve alusión sucesivamente al Parlamento del Mercosur, al Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur, y a la red denominada “Mercociudades”.

1. Sobre el Parlamento del Mercosur

Cabe destacar que el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (PCPM) fue suscripto por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 9 de diciembre de 2005, a partir de la Decisión N° 23/05 emanada de la XXIX Reunión del Consejo del Mercado Común (CMC) ⁸⁰.

Dentro de la estructura institucional del Mercosur, el Parlamento -que reemplazó a la Comisión Parlamentaria Conjunta- es el órgano de representación de los pueblos de aquél, unicameral, independiente y autónomo (art. 1° del PCPM). Comenzó a funcionar el 7 de mayo de 2007 ⁸¹.

El modo de elección de los “parlamentarios” ⁸² variará gradualmente de acuerdo con las siguientes pautas: a) en el actual estadio, los integrantes fueron elegidos de entre los miembros de los parlamentos nacionales; b) en una etapa posterior, desde 2011, serán elegidos por voto directo, y c) en la fase subsiguiente, a partir de 2015, además de voto directo, la elección será simultánea para garantizar la representatividad democrática ⁸³.

En realidad, tal determinación progresiva obedece a la interacción de los arts. 1° y 6° incs. 1 y 4 y 1ª y 3ª Disposiciones Transitorias del PCPM.

Así, el art. 1°, al tiempo de estipular que el Parlamento estará integrado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, establece que “[l]a constitución del Parlamento se realizará a través de las etapas previstas en las Disposiciones Transitorias del presente Protocolo”. Mientras tanto, el art. 6° inc. 1, pauta que aquella elección -con las características mencionadas- se realizará por los ciudadanos de los res-

⁸⁰ Para consultar el texto de la Decisión y el Protocolo (como de otros instrumentos relevantes sobre el punto), véase *Hacia el Parlamento del Mercosur. una recopilación de documentos*, 2ª ed., Montevideo, Fundación Konrad Adenauer y Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur (eds.), 2006, págs. 21/32.

⁸¹ Posteriormente se dictó el Reglamento del Parlamento del Mercosur, aprobado por Disp. 06/2007 del 6 de agosto de 2007, y modificado por Disp. 07/2007 del 3 de setiembre de 2007.

⁸² La denominación que reciben sus integrantes consta en el art. 5°, párr. 2°, del PCPM.

⁸³ Tal información puede ubicarse en www.argentina.gov.ar/argentina/portal.

pectivos Estados Partes y el inc. 4 de tal art. 6º, determina que a propuesta del Parlamento, el CMC establecerá el “Día del Mercosur Ciudadano” para la elección de los parlamentarios, de forma simultánea en todos los Estados Partes.

A su tiempo, la 1ª Disposición Transitoria establece que, a los fines de lo previsto en aquel art. 1º, se entenderá lo siguiente: por “primera etapa de transición”, el período comprendido entre el 31 de diciembre de 2006 y el 31 de diciembre de 2010; y por “segunda etapa de transición”, el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2014. A su tiempo, la 3ª Disposición Transitoria determina que para la primera etapa de transición, los parlamentos nacionales establecerán las modalidades de designación de sus respectivos parlamentarios, entre los legisladores de los parlamentos nacionales de cada Estado Parte. Añade que, a los efectos de poner en práctica la elección directa de los parlamentarios (art. 6.1 del PCPM) antes de la finalización de la primera etapa de transición, deberán efectuar elecciones por sufragio directo, universal y secreto de parlamentarios, fijándose que la primera elección prevista en el art. 6º inc. 4, tendrá lugar durante 2014. Finalmente, a partir de la segunda etapa de la transición todos los parlamentarios deberán haber sido elegidos de conformidad con el art. 6º inc. 1.

Entre los *propósitos* del Parlamento se cuentan los de asumir la promoción y la defensa permanentes de la democracia, la libertad y la paz; impulsar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones y garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración (art. 2º, respectivamente, incs. 2, 3 y 4).

Por su parte, en el marco de los *principios* que postula la institución parlamentaria, pueden resaltarse, por ejemplo: el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región; la cooperación con los demás órganos del Mercosur y ámbitos regionales de representación ciudadana; la promoción del desarrollo sustentable en el Mercosur y el trato especial y diferenciado para los países de economías menores y para las regiones con menor grado de desarrollo; y la equidad y la justicia en los asuntos regionales e internacionales (art. 3º, respectivamente, incs. 1, 3, 7 y 8).

Luego de bosquejar rápidamente algunos lineamientos del Parlamento mercosureño, es hora de acotar que, si logra consolidarse democráticamente, tal estructura puede constituirse también en una instancia de ac-

tuación y/o de control por parte de las entidades infraestatales de los países miembros con estructura compleja en cuestiones que resulten de interés de aquéllas o que se vinculen a sus competencias específicas o concurrentes con el Estado Nacional de acuerdo con el reparto efectuado por las respectivas constituciones.

En cuanto a la potencial utilidad que para los entes infranacionales puede ostentar la institución parlamentaria mercosureña, no debe olvidarse que en la parte considerativa de la nombrada Decisión CMC N° 23/05, entre otros aspectos de interés, se dejó en claro que su instalación, “con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur, *creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas*” -énfasis agregado- (párr. 5°).

Pensando prospectivamente, debería existir -en palabras y hechos- un fluido diálogo y una franca cooperación entre el Parlamento del Mercosur y los poderes legislativos nacionales (fundamentalmente, en el caso de nuestro país, a través de la Cámara de Senadores), para que entre otras cuestiones y supuesto el avance del esquema hacia etapas más intensas de relacionamiento, se preserven los principios de *subsidiariedad y proporcionalidad*, y puedan aquellos órganos nacionales comunicar fundadamente al Parlamento del Mercosur y al resto de las instituciones competentes, que en casos concretos existe el riesgo de que determinados proyectos normativos de la estructura integrativa vulneren la premisa de subsidiariedad, pues ésta (en consonancia con la de proporcionalidad) supone una combinación de esfuerzos para “evitar la tendencia hacia el centralismo burocrático”⁸⁴.

Es decir, ni más ni menos que una suerte de sistema de “alerta rápida o temprana”, como el que en Europa prefigura el Tratado de Lisboa y que surge de la interrelación del texto que éste imprime al art. 3° ter, ap. 3, *in*

⁸⁴ Confr. *Tratado de la Unión Europea [Textos consolidados de los Tratados Comunitarios]*, Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas, notas a cargo de Herminio LOSADA GONZÁLEZ, Madrid, 1992, pág. XXVII.

fine, del TUE, en cuanto a que los parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad de acuerdo con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y art. 6º, párr. 1º, de este Protocolo, correlacionado con el art. 3º, párr. 1º, del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE.

Según lo adelantado, el principio de *subsidiariedad* deberá engarzarse y funcionar armónicamente con el de *proporcionalidad*⁸⁵ (y el de *necesidad*, con el que éste se asocia), por virtud del cual el contenido y la forma de la acción de la estructura comunitaria no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado constitutivo en cuestión⁸⁶.

2. *El Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur*

Por medio de la Decisión N° 41/04, del 16 de diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común, creó el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur, que viene a suceder a la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias. Su implementación constituye un importante logro de los entes locales, pues no es precisamente un dato menor que el órgano supremo del Mercosur y, como tal, conductor de la política del proceso integrativo (el CMC), reconociera que el Foro que se creaba es útil para “estimular el diálogo y la cooperación entre las autoridades de nivel municipal, estadual, provincial y departamental de los Estados Partes del Mercosur” (art. 1º).

Debe recordarse que el citado Foro, que será integrado por representantes designados por los Estados partes, de municipios, Estados federados, provincias y departamentos integrantes de sus respectivos territorios, podrá proponer medidas destinadas a la coordinación de políticas para promover el bienestar y mejorar la calidad de vida de los

⁸⁵ Sobre el tema, y *mutatis mutandi*, ver Jean-Victor LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5ª ed. correg. y actualiz., Luxemburgo, Comisión Europea, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995, pág. 105.

⁸⁶ El concepto brindado en el texto sigue, en lo pertinente, el fijado por el art. 3º ter, ap. 4, párr. 1º, del TUE, según lo dispuesto por el art. 1.6 del TL.

habitantes de tales entidades, así como formular recomendaciones por intermedio del Grupo Mercado Común, es decir, del órgano ejecutivo del Mercosur.

Finalmente, no es sobreabundante computar que dentro de las estrategias de descentralización que en este caso conduzcan a la realización de actividades de alcance internacional por parte de los entes locales, ellas se desenvuelvan -como *mutatis mutandi* se puntualizara⁸⁷- en las siguientes áreas principales de acción: el llamado “hermanamiento” entre ciudades de diferentes países, la participación en organismos internacionales y en programas de cooperación internacional, y la vinculación con embajadas y representaciones del exterior.

3. *Mercociudades*

Representa una instancia generadora de un espacio de vinculación y actuación de las entidades municipales en los marcos de integración internacional, presentándose además como la principal red de municipios del Mercosur y un referente destacado en los procesos de integración⁸⁸. Desde 1995, año de su fundación, ha venido bregando por “favorecer la participación de los municipios en el proceso de integración regional, promover la creación de un ámbito institucional para las ciudades en el seno del Mercosur y desarrollar el intercambio y la cooperación horizontal entre las municipalidades de la región”, contando con ciudades asociadas de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Chile, Bolivia y Perú⁸⁹.

En otras palabras, el fundamento de su creación obedeció, por una parte y como se ha sostenido, a la necesidad de implementar un contexto institucional donde las ciudades pudieran expresar su opinión sobre el rumbo del proceso integrador y, por la otra, a desarrollar un terreno de

⁸⁷ Confr. Nahuel ODDONE y Leonardo GRANATO, “Una integración diferente: el caso de Mercociudades”, en Observatorio de la Economía Latinoamericana, Revista académica de Economía, N° 38, febrero de 2005, ISSN 1696-8352; disponible en Internet en www.eumed.net/coursecon/ecolat/ar/2005/cn-lg/texto.doc.

⁸⁸ Ver, www.mercociudades.org.

⁸⁹ *Ibid.*

convergencia e intercambio entre las ciudades, que permitiera desenvolver políticas más eficaces y adecuadas a los tiempos de la globalización⁹⁰.

Ya en relación con los ambiciosos objetivos a los que propende, desplegados en el art. 2º de su Estatuto, pueden subrayarse -sólo a título ejemplificativo- los siguientes: favorecer la participación de las ciudades en la estructura del Mercosur persiguiendo la codecisión en las áreas de su competencia; impulsar la creación de redes de ciudades a través de unidades técnicas operativas que desarrollen diversas acciones, programas y proyectos de interés común intermunicipal adecuados al proceso de integración; coordinar la planificación y promover acciones vinculadas al crecimiento y al desarrollo urbano de las ciudades; colaborar en la planificación de las políticas y planes de desarrollo de las ciudades, tomando en cuenta la necesidad de mejorar la calidad de vida; impulsar la adopción de políticas que adecuen los proyectos locales al nuevo espacio regional; y difundir una cultura democrática y democratizadora en los niveles regional y nacional, estableciendo una relación más estrecha de cooperación para, a través de las municipalidades, definir políticas sociales adecuadas.

Para cerrar estas líneas debe advertirse que Mercociudades -que, como vimos y dejando a buen resguardo las diferencias entre ambos organismos, tiene cierta afinidad en cuanto a sus objetivos con “Eurocities” (red de metrópolis europeas)-, esencialmente reconoce como propósito institucional central lograr su reconocimiento en la estructura del Mercosur. Por lo pronto, su prédica para abrir un margen de participación de las ciudades en éste, ha sido en cierta medida receptada primero con la creación de la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias del Mercosur y luego con su sucesor, el aludido Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur.

VII. Epílogo

1. No corresponde predicar *a priori* una incompatibilidad entre el proceso de integración *ad extra*, que canaliza un movimiento de centrali-

⁹⁰ Confr. Nahuel ODDONE y Leonardo GRANATO, “Una integración diferente: el caso de Mercociudades”, cit. en nota 87.

zación, y el federalismo intraestatal, que supone una práctica descentralizante. Por el contrario, lo deseable sería generar una saludable complementación y armonización entre los elementos de esa relación binómica, a partir de claras normas contenidas en la Constitución, que permitan al Estado involucrarse en experiencias comunitarias preservando paralelamente la pluralidad y las líneas centrífugas al interior del mismo, tema este último que también debería quedar literalizado entre los objetivos del tratado constitutivo en cuestión, al menos genéricamente como el respeto por las autonomías locales por parte de la estructura supranacional. En otras palabras, concertar coherentemente el principio de “autonomía institucional” en la autoorganización del Estado, con el despliegue y la aplicación del derecho comunitario *ad intra* y la participación exógena de los entes subestatales.

2. En torno a la integración supranacional y su relacionamiento con las modalidades estaduales complejas, la referencia al paradigma europeo es inexcusable, porque, de una parte, aquel proceso lleva más de medio siglo de desarrollo y, de la otra, se han incrementado intensamente Estados de estructura federal o regional, Estados regionalizados o experiencias de descentralización en naciones tradicionalmente unitarias. Sin embargo, si bien cabe abreviar en una praxis tan avanzada como la de Europa, deben paralelamente evitarse los implantes jurídicos artificiales, sorteando los posibles espejismos de la visión iuscomparada. Dicho en otros términos, cabe tener presente la utilidad que aporta la observación de las vivencias extranjeras como matriz para el posterior examen comparativo, pero sin perder de vista que lo apropiado es extraer de tal operación sólo lo aplicable a la cultura, la idiosincrasia y la realidad jurídicas donde el plexo normativo proyectado esté llamado a operar, pues específicamente en el caso del federalismo (o de los federalismos, en la visión de Friedrich), al tiempo de ser un proceso complejo y dinámico, cada contexto nacional y local tiene particularidades intransferibles. El resultado de la indagación, por tanto, no puede ser sino con beneficio de inventario, extrapolando lo que se revele consistente con la arquitectura y la ideología jurídicas del sistema en el que se pretendan aplicar aquellas experiencias y evitar, así, estériles mimetismos.

3. En el ámbito del Mercosur, y partiendo de la base de que existiera verdadera *voluntad política* de construir progresivamente una estructu-

ra supranacional más avanzada y demandante, los países componentes del modelo deberían acometer una compatibilización constitucional pues desde un prisma iuscomparado se observan ostensibles asimetrías. Insistimos en la necesidad de que medie sincero empeño político ya que ni la elaboración de normas ni la creación de instituciones tienen efectos taumatúrgicos. Por ende, nada solucionarán o modificarán si no las mueve una sincera decisión estratégica de asumir compromisos más sólidos en el marco integrativo.

Lo ideal sería que las respectivas leyes fundamentales contuvieran normas que claramente pautaran el valor que frente al derecho interno tendrán los instrumentos internacionales, y que prefiguraran una cláusula de habilitación para la cesión, atribución, traspaso, delegación o transferencia de competencias a entes supranacionales, paralelamente a un acondicionamiento jurisprudencial, para que la potencial arquitectura institucional que pudiera edificarse no se derrumbe por falta de consistencia jurídica.

Recuérdese que el derecho comunitario presenta como líneas fisonómicas específicas la autonomía y el efecto directo e inmediato de sus normas, características que conducen a su aplicación preferente sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados que componen el espacio regional en cuestión. En otros términos, en un escenario que presente un nexo integrativo más fuerte y demandante que el actual se reemplazarían o complementarían los órganos intergubernamentales por y/o con órganos comunitarios, que destilan en sus cursos de acción dosis mayores de interdependencia en tanto toman decisiones sin atender primordial o prioritariamente a los intereses individuales de los Estados Partes.

4. De un recorrido comparativo por el derecho constitucional comparado mercosureño, surge que las configuraciones constitucionales de *Argentina* y *Paraguay* se encuentran suficientemente preparadas sobre el particular, al igual que *Venezuela*, si hipotéticamente se lo incluyera en la nómina sobre la base de su pretendida incorporación plena a las filas del Mercosur, y si por un momento abandonáramos nuestra convicción en punto a que el autoritarismo y el déficit democrático e institucional que se vive en tal país resultan elementos dirimentemente obstativos a semejante ingreso, entre otras razones por lo estatuido en las normas mercosureñas y el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.

No sucede lo mismo con las de *Brasil y Uruguay*, acerca de las cuales calificada doctrina postula la necesidad de llevar adelante sendas reformas constitucionales para legitimar la creación de organizaciones supranacionales recipiendarias de competencias o atribuciones dispensadas por tales Estados Miembros, al tiempo de requerirse -para completar el acondicionamiento conveniente- un correlativo acompañamiento jurisprudencial de los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, es decir, el Supremo Tribunal Federal brasileño y la Suprema Corte de Justicia uruguaya.

5. Si se lograra salvar la asimetría jurídica y contar con la voluntad política necesaria, abriendo paso a estructuras integrativas más complejas y exigentes (sin diluir las identidades nacionales), entre otros aspectos relevantes que surgen de la interacción del espacio supranacional y el federalismo, cabría prestar especial atención al *impacto* que el proceso integrativo pudiera provocar en las entidades infraestatales y canalizar las energías para concebir cauces idóneos que permitan a éstas *participar* de dicha experiencia.

Ello debería cristalizarse en algunas de las fases, *ascendente* o de celebración de los tratados internacionales que pueden afectar los ámbitos competencial o de intereses de tales entes locales, o *descendente* o de aplicación de la normativa comunitaria en el escenario intranacional; asimismo, sería aconsejable viabilizar la vinculación de éstos con sus pares del mismo Estado o de otros, para ganar peso específico y hacer oír sus reclamos en el área integrada. En otras palabras, y aunque suene reiterativo, se impone la necesidad de consolidar un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, permitiendo a las instancias subestatales en cuestión comunicarse con las instituciones de la estructura supranacional; y el *intraestatal*, generando una coordinación entre los gobiernos centrales y los locales en lo que atañe al proceso de integración.

6. Las actividades que en la órbita internacional pueden desplegar estados y provincias (y, ¿por qué no?, también municipios, aunque éstos con un doble orden de limitación: las constituciones nacional y provincial o estadual que correspondan), se entienden a partir de una relectura de la concepción clásica de las relaciones internacionales, separando el *núcleo duro* de éstas, reservado al poder central, del *núcleo blando*, que

pueden llevar adelante los entes subnacionales respetando el principio de “lealtad constitucional”. Asociado a ello, Hernández plantea con acierto que la integración regional importa [agregamos por nuestra cuenta: principalmente] dos desafíos fundamentales para las provincias: de un lado, alcanzar los objetivos del desarrollo económico y social y del desarrollo humano, con la magnitud de los cambios políticos, económicos, educativos, culturales y sociales por afrontar, comenzando con una tarea de compatibilización de la legislación; y, por otro, cumplir con las obligaciones inherentes a la integración supranacional, como parte de un Estado Miembro del Mercosur ⁹¹.

Ya en un plano general (esto es, que involucra no sólo a la Argentina), en la dimensión interna los retos esbozados deberían tener como matriz legitimante un federalismo de concertación y participativo, que permita una relación equilibrada entre las instancias que componen la estructura federal (Nación, estados o provincias; municipios, departamentos; etc., de acuerdo con la terminología empleada constitucionalmente por cada país) y posibilite un proceso integrado de crecimiento y evolución *ad extra* y *ad intra*.

No menos importante es que tal esquema equilibrado se traslade a la propia estructura comunitaria y su sistema distributivo y de ejercicio de competencias con cada uno de los Estados Miembros, preservando los patrones de *atribución*, *subsidiariedad*, *proporcionalidad* ⁹² y *necesidad*, o sea, respectivamente: a) que la estructura comunitaria actúe dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados en los tratados institutivos para lograr los objetivos que éstos determinan, pautándose que toda competencia no atribuida a ella corresponderá a los Estados Miembros; b) que las decisiones políticas se adopten en el contexto más cercano al ciudadano para obtener el mayor grado de eficacia posible, por lo que el ente comunitario, en los ámbitos que no sean de su

⁹¹ Antonio María HERNÁNDEZ (h.), *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, cit., pág. 60.

⁹² Ver sobre el punto, el art. 1.6 del TL, que introduce el art. 3° ter del TUE, fuente de la que se han extraído algunas pautas para perfilar los principios de *atribución* (al que también se refiere el art. 1.5 del TL, que deroga el art. 3° e incorpora el art. 3° bis del TUE), *subsidiariedad* y *proporcionalidad* volcadas en el texto.

competencia exclusiva, intervendrá sólo en caso y en la medida de que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, ni en el nivel central ni en los niveles regional o local, y c) por virtud del tercero y el cuarto principios, que el contenido y la forma de la acción de la entidad comunitaria no excedan de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado constitutivo.

7. En el marco de análisis del derecho comparado, y dentro de los anunciados límites, habría que tener presente la praxis del Comité de las Regiones en Europa (para la eventual extrapolación de algunas de sus pautas ante una hipotética vinculación comunitaria más intensa que la que hoy caracteriza al Mercosur), órgano que resulta útil como instancia de articulación, contención y participación de las entidades subestatales en el proceso comunitario europeo; estructura armonizadora de los intereses regionales y locales; y matriz facilitadora de intercambios regionales para el desarrollo de aquéllas.

La principal labor del Comité gira al compás de su rol *consultivo*, fundamentalmente en el plano de los dictámenes preceptivos que brinda al Consejo, la Comisión y el Parlamento y los que *motu proprio* puede realizar. Ya en cuanto a la esfera *política*, su actividad se orienta a allanar la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en la Unión Europea.

Por último, el Tratado de Lisboa consagra ciertas premisas relevantes para los entes territoriales, por ejemplo: la inclusión de la denominada “cohesión territorial” (paralelamente a la cohesión económica y social) como finalidad de la Unión; el reconocimiento del respeto por parte de ésta de la autonomía local y regional; y el mantenimiento del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, reconociéndosele legitimación al Comité de las Regiones para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión por violación al principio de subsidiariedad, órgano aquel que también recepta habilitación para actuar ante dicho Tribunal en defensa de sus prerrogativas.

8. Algunas posibilidades actuales y prospectivas de articulación y actuación en el dominio del Mercosur que van apareciendo o afianzándose para estados o provincias; regiones; municipios, departamentos y ciudades, pueden localizarse en el Parlamento del Mercosur; el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos

del Mercosur, y la red denominada “Mercociudades”, específicamente para ciudades y municipios.

En lo tocante al Parlamento del Mercosur, una vez que se consolide, debería mantener un constante y fluido diálogo con los poderes legislativos nacionales (principalmente en el caso argentino a través de la Cámara de Senadores, que deberá revitalizarse y asumir cabalmente su rol como interlocutora y defensora de los intereses provinciales), para que entre otras cuestiones y ante la potencial evolución del esquema hacia etapas más intensas de relacionamiento, se preserven los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y puedan aquellos órganos nacionales comunicar fundadamente al Parlamento mercosureño y al resto de las instituciones competentes, que en casos concretos existe el riesgo de que determinados proyectos normativos de la estructura integrativa vulneren la premisa de subsidiariedad, que en retroalimentación con la de proporcionalidad coadyuva a mitigar la tendencia centralista del proceso de integración.

Por su parte, tanto el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos en el ámbito del Mercosur, como la red “Mercociudades” -por supuesto, cada uno de ellos conforme a sus posibilidades materiales y esferas competenciales-, constituyen iniciativas plausibles para lograr cauces de vinculación y participación de las entidades subestatales en el proceso mercosureño, y espacios para facilitar la cooperación horizontal entre ellas y con miras a un desarrollo más equilibrado que disminuya las disparidades y los desequilibrios económicos, sociales y territoriales.

9. En punto a la intervención de las colectividades territoriales en la denominada fase *ascendente*, podrían por ejemplo y *mutatis mutandi*, tenerse en cuenta la experiencia alemana (también contenida en la Constitución austríaca) que prefigura la actuación de los *Länder* en la etapa de celebración de los tratados internacionales que pueden afectar su competencia o intereses; y la figura del *Ländersbeobachter*, u observadores de los *Länder*, que toma parte como miembro de la delegación alemana al Consejo de Ministros de las sesiones que aborden temas que afecten a los *Länder*.

Ya en relación con la fase *descendente* de aplicación y desarrollo del derecho comunitario derivado dentro del Estado, por varias razones se abren distintas perspectivas para las entidades subnacionales. Así,

ilustrativamente, cabría recordar un dato fáctico que marca que la mayor parte de la normativa comunitaria se ejecuta en éstas, con lo cual, es particularmente relevante su intervención en la correspondiente etapa aplicativa. De su lado, y con no menor trascendencia, aparece otro aspecto de la cuestión y que estriba en que en el plano comunitario las “directivas” fijan lineamientos generales dejando sitio para su desarrollo ulterior por parte de las instancias estatales internas, área en la que puede germinar una vía cierta de participación de los entes locales en equilibrada coordinación con los Estados nacionales.

Ciertamente, y de su lado, la actuación de los niveles infraestatales en los procesos de adopción de decisiones en la estructura comunitaria sobre materias de competencia de aquéllos o susceptibles de afectar sus intereses, puede ser: *directa*, mediante la presencia de representantes en las instituciones u órganos de ésta; e *indirecta*, por medio de diversos mecanismos internos para influir en la posición que ante la órbita supranacional adopte el Estado al que pertenecen.

10. Frías enseña que la integración evitará que quedemos más solos en un mundo más unido, pero la integración es el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos y personas, con su propia identidad ⁹³; premisa irrecusable si verdaderamente se desea transitar con provecho los *nuevos senderos del federalismo* ⁹⁴ en los pliegues del proceso comunitario.

Como *mutatis mutandi* se dijera, corresponde asumir los desafíos y los riesgos de la autonomía posible en un mundo contemporáneo en transición, con su respectiva incertidumbre estratégica ⁹⁵; además de advertirse que la “integración gradual, pero firme y progresiva, se inscribe en el pasaje de una globalización asimétrica, a la meta de un universalismo

⁹³Pedro. J. FRÍAS, “Las responsabilidades morales y políticas”, *Los brevariarios del siglo XXI*, Córdoba, sin fecha de edición.

⁹⁴Dicha frase está tomada del título de la obra de Antonio LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

⁹⁵Julián LICASTRO y Ana PELIZZA, documento “La autonomía factible en un mundo contemporáneo en transición”, Cumbre de la Unidad, Cancún, febrero de 2010, Fundación de Estudios de la Ciudad de Buenos Aires (Fundecba), en www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2363&IdSeccion=3.

ecuánime, como proyecto irrenunciable de una política exterior digna, sin sumisión ni soberbia”⁹⁶.

11. Para finalizar, insistimos en la necesidad de *no obviar la dimensión humanista de los fenómenos integrativos*, pues en paráfrasis de Monnet -arquitecto de la integración europea-, con la comunitariedad no se persigue la mera coalición de Estados, sino la unión de hombres⁹⁷, debiendo desterrarse la percepción utilitarista que mide a los procesos de integración exclusivamente desde la óptica crematística. Así, derechos humanos y democracia son recaudos jurídica y axiológicamente imprescindibles en cualquier intento serio de integración supranacional, y sustento esencial de su legitimidad⁹⁸.

De hecho, con la mirada puesta en Europa, se aprecia que el art. 1.3 del Tratado de Lisboa inserta en el TUE el art. 1° bis, que dispone que la UE *se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*; valores que estima comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el *pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*. Por lo demás, el art. 1.8 del TL sustituye el texto del art. 6° del TUE señalando en su ap. 1) que la Unión *reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000*, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, *la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*, mientras que en sus aps. 2) y 3), respectivamente prescribe que la Unión *se adherirá al Convenio Europeo para la Pro-*

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Literalmente puntualizó: “No coaligamos Estados, unimos hombres”; aludida por Marcelino OREJA AGUIRRE, en Isabel VEGA MOCOROJA (COORD.), *La integración económica europea*, Prólogo, Valladolid, Lex Nova, 1996, pág. 15.

⁹⁸ Ver Víctor BAZÁN, por ejemplo, en “El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, Buenos Aires, E.D., 10/12/98, págs. 10/16.

tección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que justamente los derechos fundamentales que garantiza dicho Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

LAS PROVINCIAS Y SUS RELACIONES CON LA NACIÓN Y LOS MUNICIPIOS EN EL FEDERALISMO ARGENTINO

por MARÍA GABRIELA ABALOS

SUMARIO: I. El federalismo. A. Dinámica y mutabilidad. B. Sujetos del federalismo argentino. Órdenes de gobierno. II. Las relaciones y las competencias en el federalismo. A. Coordinación. B. Supra y subordinación. C. Participación. III. Las provincias y sus relaciones con la Nación y con los municipios: análisis comparativo. IV. Conclusiones en aras al federalismo de concertación.

I. El federalismo

A. *Dinámica y mutabilidad*

Las relaciones de poder que se ponen de manifiesto entre autoridades, competencias, dominios y jurisdicciones se engloban en el término genérico de federalismo, el cual es un fenómeno complejo debido a que los elementos que lo conforman no son inmutables sino que varían y, en tal medida, lo que permanece es sólo la relación existente entre ellos ¹.

De esta forma, los sujetos de la relación federal son diversos en cuanto a su *imperium* y por ello las situaciones relacionales son cambian-

¹ María Celia CASTORINA DE TARQUINI, "El federalismo", en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial*, Mendoza, Dist. Depalma, 1993, t. I, pág. 157 y 2ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 111. De la misma autora, *Federalismo e integración*, Buenos Aires, Ediar, 1997. Ver también, entre otros, a Guillermo BARRERA BUTELER, *Provincias y Nación*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996; Antonio M. HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, etc.

tes e imprevisibles. Es esa mutabilidad lo que enriquece y actualiza la fórmula federal evitando que quede atada a una estructura paralizante.

En este trabajo analizaremos las relaciones existentes entre las provincias y la Nación, por un lado, y las provincias y los municipios por el otro en el federalismo argentino, comparando las disposiciones constitucionales y buscando el fortalecimiento de un federalismo de concertación.

B. Sujetos del federalismo argentino. Ordenes de gobierno

El federalismo argentino plasmado en el art. 1º de la Carga Magna tiene como principales protagonistas en el texto de 1853/60 al Estado nacional y a las provincias quedando excluidos los municipios². Luego de la reforma de 1994, como bien afirma Barrera Buteler, “... *el nuevo art. 123 no ha introducido ninguna modificación sustancial en lo que se refiere a la inserción de los municipios en la relación federal*”, sino que, a su entender, la reforma ha clarificado la condición de éstos pero no ha variado su status de sujetos “en” la relación federal³. Ello así puesto que la relación federal se traba entre comunidades mayores que comprenden en su seno a una pluralidad de municipios, que son sujetos “en” la relación federal pero no “de” la relación federal porque no son parte de ésta sino a través de la provincia en cuyo seno existen.

² Dardo PÉREZ GUILHOU, “Nación y provincias: competencias. Enfoque histórico-político”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 85.

³ Guillermo BARRERA BUTELER, *Provincias y Nación*, ob. cit., pág. 246. También Marchiaro entiende que la relación del municipio con el federalismo no resulta constitutiva de esta forma de Estado, sobre todo -dice- en el caso de nuestro país si se lo compara con el paradigma federalista fundacional, como es el supuesto de los Estados Unidos, donde el federalismo tuvo buena parte de su origen en un movimiento local. Agrega este autor la cita de Arendt que reza: “*La revolución americana y la doctrina de la soberanía del pueblo procedió de los municipios y tomó posesión del Estado. Quienes recibieron el poder para constituir, para elaborar las constituciones, eran delegados debidamente elegidos de corporaciones constituidas; recibieron su autoridad desde lejos*”, en Enrique J. MARCHIARO, *Derecho municipal. Nuevas relaciones intermunicipales*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 129.

También el maestro Frías, antes de la reforma de 1994, entendía que los municipios no podían ser incluidos entre las fuerzas autónomas convergentes de nuestro federalismo, sin perjuicio de tenerlos presentes por su significación política y los servicios que prestan ⁴.

En cambio, la citada reforma le ha conferido a la Ciudad de Buenos Aires a través de su nuevo status (art. 129), un papel activo como sujeto con participación directa en la relación federal, sin perjuicio de no poder equipararse su régimen autónomo con la autonomía de los estados provinciales ⁵.

Aparecen entonces delimitados los tres sujetos del federalismo argentino. Sin embargo, coincidimos con Hernández en cuanto a que la reforma de 1994 citada, ha fortalecido la descentralización como fraccionamiento del poder en relación al territorio dando nacimiento a dos órdenes de gobierno que se suman al nacional y a los provinciales, como son el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los municipios autónomos. A lo expuesto se agrega la regionalización prevista para el desarrollo económico social como herramienta en manos de las provincias (art. 124), que si bien no constituye un nivel de descentralización política ni institucional, servirá a los fines del fortalecimiento provincial y municipal ⁶.

En síntesis son sujetos del federalismo argentino el gobierno federal, las veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tienen entre sí relaciones federales directas; mientras que a estos tres órdenes de gobierno, se le suman como tales los gobiernos municipales, cuya autonomía sigue siendo de competencia provincial en cuanto a la delimitación de sus alcances y contenidos ⁷.

⁴ Pedro José FRÍAS, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 23.

⁵ Entre otros ver María Gabriela ABALOS, “La ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿un nuevo sujeto del federalismo?”, en *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 3/21.

⁶ Antonio M. HERNÁNDEZ, “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino”, en *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Córdoba, 2009, pág. 42. Del mismo autor ver también *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 27.

⁷ Antonio M. HERNÁNDEZ, *Federalismo...*, ob. cit., págs. 27/28.

II. Las relaciones y las competencias en el federalismo

Habiendo establecido la calidad de los protagonistas y el marco en el que han de desenvolverse, veamos qué tipos de relaciones son las clásicas del proceso federal.

Al respecto dice García Pelayo refiriéndose al Estado federal que “... se trata de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente”. Agrega este autor que “... Las solas relaciones de coordinación disolverían la unidad del Estado; las de supra y subordinación lo convertirían en un Estado centralizado puro, y no sería posible la coexistencia entre ambos grupos de relaciones más que gracias a la idea de inordinación, la cual, por sí sola, es incapaz de fundar una entidad política”⁸.

Analizaremos estas relaciones en torno de las provincias y su vinculación con la Nación por un lado, y también plantearemos su aplicación en el marco de las provincias con los municipios por otro lado.

A. Relaciones de coordinación

Las relaciones de coordinación implican la distribución de las funciones estatales y competencias entre Nación y provincias, y en función de este trabajo, también entre provincias y municipios, para lo cual es esencial una delimitación constitucional de competencias⁹.

Esta delimitación es una garantía para la existencia de los estados provinciales y municipales, pero lo será sólo en la medida que sea lo sufi-

⁸ Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 3ª reimp., Madrid, Alianza Universitaria Textos, 1993, págs. 233/234.

⁹ Ver el excelente libro de Raúl Marcelo DÍAZ RICCI, *Relaciones gubernamentales de cooperación*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

cientemente flexible para adecuarse a las situaciones cambiantes que se presentan en el devenir comunitario.

Entre Nación y provincias como entre una provincia y sus respectivos municipios, estas relaciones se hacen efectivas toda vez que el texto constitucional nacional y provincial, en su caso, reconoce sobre una misma materia, la posibilidad de su ejercicio por parte de los centros de poder involucrados.

Supone que la Constitución Nacional o Provincial -en su caso- autoriza la cogestión, habida cuenta de la identidad de fines entre el gobierno central y los gobiernos provinciales, y éstos y los gobiernos municipales.

En esta coordinación de competencias, cuando se trate de las de ejercicio concurrente, cabe analizar si los textos constitucionales tienen prevista alguna cláusula que establezca que, en caso de conflicto, la primacía será de las disposiciones del gobierno central o de los estados provinciales, y de éstos con los gobiernos municipales, ya que de lo contrario, por aplicación del principio de supremacía de las normas nacionales sobre las provinciales y de éstas sobre las municipales, la solución se inclinará en favor de los primeros en cada caso. Una disposición en favor de los gobiernos provinciales y municipales respectivamente habrá de ser expresa, habida cuenta de que se trata de una excepción al principio de supremacía.

B. Relaciones de supra y subordinación

En toda federación el ordenamiento jurídico y el gobierno federal son supremos respecto de los Estados miembros, supremacía que emana espontáneamente del acto de conformación del Estado y garantiza la condición jurídica de los estados miembros, y es fuente de competencias de los distintos órdenes.

A su vez, esa supremacía del orden nacional y esa subordinación de los ordenamientos provinciales pueden ser de tipo jurídico o bien de preponderancia política. Por cierto que esta diferenciación entre subordinación jurídica y política se realiza fundamentalmente con fines didácticos, pues siempre es necesario recordar que el Estado es uno y es única su estructura jurídico-política.

Es posible utilizar estas consideraciones para evaluar las relaciones de supra y subordinación entre las provincias y los gobiernos municipales

que existen en su seno, de forma tal de identificar las disposiciones jurídicas que marcan las primeras y las herramientas políticas que hacen a las segundas.

C. Relaciones de inordinación

Por último, la relación de inordinación o de participación como la denomina Bidart Campos¹⁰, se da cuando, además de distribuir competencias se posibilita que los gobiernos locales participen de las políticas nacionales; como en su caso, los gobiernos municipales en la toma de decisiones provinciales. A lo que agregamos los supuestos de atribuciones de ejercicio compartido entre los distintos órdenes de gobierno puesto que exigen la reunión de voluntades y suponen una concreta participación.

III. Las provincias y sus relaciones con la Nación y con los municipios: análisis comparativo

En esta instancia cabe analizar cómo se desarrollan a partir del texto constitucional nacional y luego en los textos provinciales las relaciones entre las provincias con la Nación por un lado, y con los municipios por otro.

Cabe aclarar que las relaciones entre provincias y municipios se verán condicionadas por las peculiaridades de la provincia a la que pertenecen y por la mayor o menor cuota de autonomía que ostenten sus municipios, de tal modo que no se repetirán con idénticas características en las distintas provincias, como tampoco serán permanentes, ni inmutables ya que variarán según las circunstancias particulares por las que atraviesan ambas partes de la relación.

Las provincias como sujetos del federalismo son interlocutoras reconocidas en el sistema federal argentino, por su origen histórico y constitucional han de tener necesariamente una jerarquía superior a la de los

¹⁰ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, pág. 441.

municipios que las conforman y consecuentemente éstos estarán subordinados a ellas.

Las relaciones de coordinación, supra y subordinación y de participación implican la existencia de competencias en los distintos órdenes de poder y su distribución más o menos perfilada, destacándose que la delimitación de competencias aparece en el texto constitucional nacional en un caso -relaciones entre Nación y provincias-, y provinciales -en el supuesto de relaciones entre la provincia y los municipios-, ya que en este último, son las provincias las que reconocen la autonomía municipal y reglan su alcance y contenido.

A. Relaciones de coordinación

1. Las provincias y la Nación

Surgen del texto constitucional nacional numerosos casos de relaciones de coordinación que suponen ejercicio de facultades concurrentes entre las provincias y la Nación, es decir, competencias que involucran a los dos órdenes de gobierno atento a la identidad de fines.

a. El art. 125 en la segunda parte del primer párrafo, reedita el art. 75 inc. 18, que a su vez reproduce al anterior inc. 16 del art. 67, siendo la cláusula programática o de progreso de los hombres de 1853/60. En tal sentido establece atribuciones para las provincias que hacen a su desarrollo: *promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos por leyes protectoras a estos fines y con sus recursos propios.*

En cuanto a los instrumentos idóneos para alcanzar esos fines, la propia Constitución en el mismo art. 125, primera parte, establece que las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común.

Pero también está involucrado el Congreso a través del art. 75 inc. 18 que repite los mismos fines y que compromete el accionar del gobierno federal en la Capital Federal o territorios nacionales y también en las provincias, teniendo éstas a su vez, este mismo derecho en sus jurisdic-

ciones. Aparece inevitablemente una convergencia legislativa en torno a estas materias.

Luego de la reforma de 1994, en esta misma línea aparece el segundo párrafo del art. 125 que se condice con el inc. 19 del art. 75 conformando la cláusula del progreso de los hombres de 1994 ¹¹. Sobre dicho inciso se advierte que son de ejercicio concurrente, aunque no exista una identidad absoluta con el art. 125 segunda parte, los cometidos de promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura. Sin embargo, el resto del inc. 19, por la materia y la forma en que expresamente se menciona como facultad nacional no serían de ejercicio concurrente.

b. En el inc. 2 del art. 75 primer párrafo, las contribuciones indirectas aparecen en forma expresa concebidas como facultad concurrente entre la Nación y las provincias, por lo que es otro supuesto de relaciones de coordinación introducida por la reforma de 1994. En los otros casos de facultades concurrentes previstas por la Constitución de 1853/60 se establecen a través de dos artículos con identidad de fines, uno referido a la Nación y el otro a las provincias, en cambio respecto a las contribuciones indirectas la reforma de 1994 las conceptualiza de esa forma en una sola disposición.

c. Otro supuesto establecido por dicha reforma como nueva forma de concurrencia por complementariedad o por participación provincial en el desenvolvimiento de una facultad nacional. Tal es el caso del art. 41 que se refiere a la protección del medio ambiente y del patrimonio natural y cultural, donde a la Nación le corresponde dictar los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas complementarias ¹².

¹¹ Ver entre otros trabajos a María Gabriela ABALOS, “La cláusula del progreso y el federalismo en la Constitución Nacional: algunas consideraciones”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Víctor Bazán, coordinador, Buenos Aires, Ediar, julio 2003, págs. 1207/1220.

¹² Al respecto ver, entre otros, Felipe SEISDEDOS, “Constitución Nacional y medio ambiente”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y Felipe SEISDEDOS, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, ob. cit., t. I, págs. 345 y conc., también de María Gabriela ABALOS, “Los recursos naturales y las facultades nacionales, provinciales y municipales en el federalismo argentino: algunas consideraciones”, en *Suplemento Constitucional de El Derecho*, 7 de junio de 2007, pág. 3.

d. En el caso de la protección y defensa de usuarios y consumidores prevista en el art. 42, la Nación deberá mediante la legislación establecer “... procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y de usuarios y de las *provincias interesadas*, en los organismos de control”. Esta facultad nacional se vuelve de ejercicio concurrente por voluntad de las provincias, toda vez que éstas podrán participar de los organismos de control, siempre que estén interesadas ¹³.

e. Por último, también son concurrentes las atribuciones legislativas relativas a la identidad y derechos de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17) introducidas por la reforma de 1994 que prevé que las provincias puedan ejercer concurrentemente dichas atribuciones puestas en cabeza del Congreso Nacional ¹⁴.

2. *Las provincias y los municipios*

Las relaciones de coordinación entre las provincias y los municipios suponen, de igual forma que entre éstas y la Nación, compartir la responsabilidad en el logro de objetivos que simultáneamente son de más de un orden de gobierno. Involucran también los supuestos de competencias concurrentes y exigen la cogestión de estos dos órdenes de gobierno.

a. En torno de las materias, si bien algunos textos constitucionales provinciales no contienen cláusulas específicas que se refieran a la concurrencia de potestades provinciales y municipales, es claro que en competencias propias del poder de policía no podrán ejercerse por parte de un municipio de espaldas a las disposiciones generales que la legislación provincial contenga sobre la materia.

¹³ Ver el análisis de las competencias nacionales, provinciales y municipales en este tema en Alejandro PÉREZ HUALDE, “Servicios públicos en el constitucionalismo provincial”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. actualizada, ob. cit., t. III, pág. 679 y ss.

¹⁴ Puede verse Gonzalo SEGOVIA y Juan Fernando SEGOVIA, “La protección de los indígenas”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y Felipe SEISDEDOS, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, ob. cit., t. I, pág. 317 y ss.

Hay constituciones que tienen prevista la concurrencia aunque no la denominen de esa manera; así, por ejemplo, la de Mendoza dispone en el art. 200 que es competencia municipal, la vialidad pública pero respetando las leyes que dicte la Legislatura sobre la materia. Mientras que en otras la concurrencia está signada por las materias por ejemplo dentro de la policía de bienestar: la asistencia social (constituciones de San Juan, San Luis, Córdoba, Tucumán, Tierra del Fuego); la cultura (San Luis, Córdoba, Catamarca, Tucumán, Tierra del Fuego), la educación (San Juan, San Luis, Córdoba, Río Negro, Catamarca, Tierra del Fuego), el control de precios de artículos de primera necesidad y el combate de la drogadicción (Catamarca) y el abastecimiento de productos en condiciones de calidad y precio (Córdoba), el turismo y turismo social (Córdoba, Catamarca, Tucumán, Tierra del Fuego), recreación, esparcimiento y espectáculos públicos (San Luis, Tucumán, Tierra del Fuego), la preservación del medio ambiente y los recursos naturales (Córdoba, Catamarca, Tucumán, Tierra del Fuego), la forestación y la reforestación (San Juan, Jujuy), las potestades sobre abastos, mataderos, ferias y mercados (San Luis, Córdoba, Tierra del Fuego), etc.¹⁵

b. En otro ámbito donde opera naturalmente la concurrencia es en la concreción de actos predominantemente gubernativos, ya que la acción de gobierno es esencial a la dinámica del Estado del cual el municipio forma parte. Así, la planificación, puede o debe -según el caso- ser provincial o municipal, pero a igual nivel de eficacia es preferible la ejecución municipal, por su inmediatez al problema.

Especial mención merece, tratándose de la relación de coordinación, la Constitución de la Provincia de Córdoba, que su art. 192 concreta las relaciones de coordinación en cuanto establece que “Las municipalidades deberán prestar la cooperación requerida por el gobierno de la Provincia para hacer cumplir la Constitución y sus leyes. El gobierno provincial debe colaborar a requerimiento de las municipalidades para el cumplimiento de sus funciones específicas”. Completando la idea de unión y

¹⁵ Ver entre otros el trabajo de Mónica BUJ MONTERO, “El poder de policía municipal en las constituciones provinciales”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. actualizada, ob. cit., t. I, pág. 409 y ss. También de Ismael FARRANDO, “Poder de policía y derecho público provincial”, en la misma obra, t. III, pág. 159.

subordinación de la primera parte del artículo, que promueve esencialmente la relación integradora, aparece la colaboración en su segunda parte. Y para redondear la dinámica de la relación, aparece la participación en el art. 191 que dispone: “Las municipalidades convienen con la Provincia su participación en la administración, gestión y ejecución de obras y servicios que preste o ejecute en su radio, con la asignación de recursos en su caso, para lograr mayor eficacia y descentralización operativa. Participan en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo regional y acuerdan su participación en la realización de obras y prestación de servicios que les afecte en razón de la zona. Es obligación del gobierno provincial brindar asistencia técnica”. Se trata entonces de dos disposiciones para ejemplarizar ¹⁶.

c. Los convenios suponen instrumentos eficaces de gobierno local y provincial para hacer efectivas las relaciones de coordinación. Así aparece como atribución municipal la de suscribir convenios; tal el caso de San Juan, art. 251 inc. 9; Salta, 170 inc. 19; Tierra del Fuego, art. 173 inc. 12; Jujuy, art. 190 inc. 12; Catamarca, art. 252 inc. 4; Santiago del Estero, art. 220; San Luis, art. 258 inc. 15; Corrientes, art. 225 inc. 13; y específicamente en Córdoba y Río Negro como herramienta de relaciones intermunicipales, arts. 190 y 229 inc. 10 respectivamente.

También aparecen los convenios en constituciones más antiguas como el caso de Misiones, art. 171 inc. 9 y para relaciones intercomunales en la primera Constitución de Chaco, art. 193, cláusula que en la carta sancionada en 1994 se mantiene y amplía a las relaciones con la Provincia (art. 202).

En la Constitución de Neuquén reformada en el año 2006, por ejemplo, se reconoce como atribución municipal la de celebrar acuerdos con la ‘provincia, el gobierno federal u organismos descentralizados para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes y la de celebrar convenios entre sí y constituir organismos intermunicipales con facultades y fines específicos para la prestación de servicios públicos, realización de obras públicas, cooperación técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia (art. 273 incs. *m* y *n*).

¹⁶ María Celia CASTORINA DE TARQUINI, “La Provincia y el Municipio”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. actualizada, ob. cit., t. I, pág. 394.

Por su parte, la Constitución de Santa Cruz de 1994 con la última reforma de 1998, dispone que el municipio puede participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo regional y acordar su participación en la realización de obras y la prestación de servicios que le afecten en razón de la zona (art. 150 inc. 13), como asimismo convenir con la provincia su participación en la administración, gestión y ejecución de obras y servicios que preste o ejecute en su radio, con la asignación de recursos en su caso, para lograr mayor eficiencia y descentralización operativa (inc. 12). Como disposición general se reafirma dicha facultad al establecer que ejerce “... *la función de coordinación de los esfuerzos de los distintos niveles de gobierno en el ámbito de la ciudad y cualquier otra de interés municipal no prohibida por esta Constitución y que no sea incompatible con facultades de otros poderes del Estado*” (inc. 17). También encontramos disposiciones similares en las Constituciones de Catamarca (art. 252 inc. 4), Chaco (arts. 201 y 202), etc.

En otras se faculta la creación de organismos intermunicipales de coordinación y cooperación, como por ejemplo en la de Río Negro que dispone entre las facultades y deberes del municipio la de formar los organismos intermunicipales de coordinación y cooperación necesarios para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes (art. 229 inc. 10). También en la de San Juan se establece que son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a los principios de sus cartas y ley orgánica, las de convenir con la provincia o con otros municipios la formación de organismos de coordinación y cooperación necesarios para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes; y la participación por medio de un representante designado al efecto en los organismos provinciales de planificación o desarrollo, cuyas disposiciones afecten intereses municipales (art. 251 incs. 18 y 19) ¹⁷.

¹⁷ Puede consultarse nuestro trabajo sobre “Autonomía municipal e integración asociativa local”, en Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, mayo de 2010.

B. Relaciones de supra y subordinación

1. Las provincias y la Nación.

En el caso de nuestra Constitución de 1853/60 la supremacía del ordenamiento nacional sobre el provincial era fuerte, habida cuenta el carácter mixto de nuestro federalismo. Luego con la reforma de 1994 se acentúa la tendencia a otorgar facultades subordinantes a los órganos del poder central. Podemos distinguir disposiciones que subordinan a las provincias al ordenamiento jurídico nacional, así como también disposiciones que sirven para establecer una preponderancia política.

a. Subordinación jurídica

Esta subordinación se perfila primeramente cuando se establecen en el art. 5 los condicionamientos al ejercicio del poder constituyente provincial. Era mayor la sujeción en la Constitución de 1853 que imponía a las constituciones provinciales su revisión por parte del Congreso antes de su promulgación, lo que es derogado en 1860.

Con la reforma de 1994 la subordinación se ve reforzada pues, a través del art. 123 se agrega un nuevo condicionamiento al poder constituyente provincial, cual es el reconocimiento de la autonomía municipal.

También cabe referirse al art. 31, el que marca la supremacía del ordenamiento jurídico federal respecto de los ordenamientos provinciales. Es de destacar que no se trata aquí de la subordinación de los gobernadores provinciales a los gobernantes federales, sino del acatamiento a normas jurídicas que por su valor se reputan supremas. En concordancia con estos principios es que el artículo mencionado establece que “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”. Este esquema se completa con los arts. 28 y 27 que se refieren a las leyes y los tratados respectivamente.

Después de la reforma de 1994 se amplía el esquema de subordinación con los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y los tratados de integración y la normativa emanada como consecuencia de éstos (art. 75 inc. 24).

En nuestro ordenamiento federal existe un segundo nivel de subordinación jurídica de las provincias, y es la sujeción al derecho común, que conforme a lo dispuesto por el art. 75 inc. 12, corresponde dictar el Congreso de la Nación. Esto significa unidad de legislación en materia civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y de la seguridad social. Cabe recordar que se trata de una facultad prohibida a las provincias una vez ejercida por el Congreso, ya que expresamente ha sido delegada al gobierno nacional (arts. 121 y 126).

Finalmente, redondea el esquema, el control de constitucionalidad ejercido por la Suprema Corte de Justicia, conforme a los arts. 116 y 117, y el hecho de que los diferendos provinciales son dirimidos por este mismo órgano judicial nacional (art. 127) ¹⁸.

b. Subordinación política

Se configura a través de herramientas en poder del gobierno nacional que ponen en evidencia su supremacía respecto de los provinciales como es el caso de la intervención federal prevista en el art. 6º de la Constitución Nacional y del estado de sitio, que declarado por conmoción interior, sus efectos pueden llegar a suspender el Estado de derecho en el orden provincial (art. 23).

Con la reforma de 1994 se evidencia que se hace más fuerte la sujeción en este aspecto político, así por ejemplo, que las provincias como tales ya no participan en la elección del presidente puesto que basta obtener la mayoría en cuatro distritos o provincias de las de más población, para que la opinión de las restantes quede invalidada ¹⁹.

¹⁸ Ver sobre este punto María Celia CASTORINA DE TARQUINI, "Supremacía de la Constitución. El nuevo orden", en Dardo Pérez GUILHOU y Felipe SEISDEDOS, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. I, pág. 123.

¹⁹ Señala Frías, que la reforma de 1994 introdujo ciertas modificaciones que influyen negativamente en la realización del federalismo. El cambio en el sistema electoral para la elección de presidente y vice de la Nación, haciéndolo directo y a doble vuelta, otorgó a las provincias más pobladas, en especial a la de Buenos Aires, y a la Ciudad Autónoma, un poder electoral que supera con creces al conjunto de las otras provincias, provocando un desequilibrio que disminuye el interés de concertar sobre temas básicos que hacen al desarrollo de las más pobres (Pedro José FRÍAS, *El proceso federal argentino*, Córdoba, 1998, t.

Otro ejemplo en esta línea es el manejo impositivo por parte del gobierno central, que produce distorsiones en la distribución de los recursos provinciales y, que a la hora de sentarse en una mesa de negociaciones, las provincias se hallen en desigualdad de condiciones respecto de la Nación. Debe recordarse que hasta el momento, después de dieciséis años de producida la reforma de 1994, aún no se dicta la ley convenio de reparto de las contribuciones que refiere el inc. 2 del art. 75²⁰.

2. *Las provincias y los municipios*

Este tipo de relaciones, al igual que en el orden nacional, traen unidad y supremacía, en el presente caso en favor de la provincia en la que se inserta el municipio, pero son de mayor intensidad habida cuenta de que los municipios participan del poder político que el constituyente provincial determine al reglar el alcance y contenido de la autonomía municipal como reza el art. 123 de la Constitución Nacional.

De las veintitrés constitucionales provinciales, solamente tres (Mendoza, Santa Fe y Buenos Aires) no han reconocido aún la autonomía institucional de sus municipios, es decir, no han acatado el mandato constitucional previsto en el art. 123 citado, frente a las veinte restantes que consagran la autonomía municipal en sus cuatro niveles (institucional, político, administrativo y económico financiero) con los matices propios y particulares de cada ordenamiento provincial²¹.

En función de la supra y la subordinación cabe destacar las siguientes situaciones:

II). Ver también a Martín PANCALLO D'AGOSTINO, "Federalismo de concertación hacia una regionalización", en Sup. Const. 2010 (mayo), La Ley, 5/5/2010, 13.

²⁰ Ver el exhaustivo análisis efectuado en la obra "Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino", dirigida por Antonio M. HERNÁNDEZ, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008. También de Alejandro PÉREZ HUALDE, *Coparticipación federal de impuestos en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, entre otros.

²¹ Se trata de las provincias de Neuquén (1957/94/06), Misiones (1958/64), Santiago del Estero (1986/97/05), Salta (1986/98), San Juan (1986), La Rioja (1986/98/02/08), Jujuy (1986), San Luis (1987), Córdoba (1987/01), Catamarca (1988), Río Negro (1988), Formosa (1991/03), Tierra del Fuego (1991), Corrientes (1993/2007), La Pampa (1994), Chaco (1994), Chubut (1994), Santa Cruz (1994/98), Tucumán (2006) y Entre Ríos (2008).

a. Se advierte que de las veinte constituciones que reconocen la autonomía institucional a sus municipios, cuatro de ellas la condicionan al ordenamiento provincial de distinta manera. Son las constituciones de Neuquén, Salta, Chubut y Tucumán. La primera dispone que los municipios de primera categoría dictarán sus respectivas cartas orgánicas (art. 275) pero establece que dichas cartas orgánicas y sus reformas posteriores serán remitidas a la Legislatura, la que podrá formular observaciones en un plazo no mayor de noventa (90) días de tomado estado parlamentario, las que serán comunicadas a la Convención Municipal. Esta podrá rectificar el texto original en el término de treinta (30) días. Vencidos tales plazos sin que medie pronunciamiento, queda sancionado el texto original (art. 276).

La Constitución de Salta (art. 174) condiciona la eficacia de las cartas municipales y sus reformas a la aprobación de la Legislatura, que tiene como plazo máximo el de ciento veinte días, transcurrido el cual quedarán automáticamente aprobadas. En cambio, la de Chubut (art. 231) solamente somete la primera carta orgánica que dicte la convención municipal a la aprobación o rechazo de la Legislatura, que no podrá introducir enmiendas.

En el caso de la Constitución de Tucumán, el condicionamiento es diferente ya que se establece que la convención constituyente municipal se reunirá convocada por el intendente pero en virtud de una norma dictada por la Legislatura de la provincia (art. 132).

Entendemos que en nuestro ordenamiento jurídico el único contralor aceptable al ejercicio del poder constituyente local es el que le cabe al poder judicial a través de la declaración de inconstitucionalidad. No estamos de acuerdo con que se le atribuya al poder legislativo provincial ya que las consecuencias pueden ser nefastas para la autonomía municipal que puede sucumbir frente a intereses político partidarios coyunturales. Sin perjuicio de ello, podría admitirse como una opción para salvar este escollo, la expresa representación de los municipios en dicho poder, lo cual garantizaría la participación de estos entes a la hora de aprobar o no una carta orgánica ²².

²² Ampliar en María Gabriela ABALOS, *Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho tributario nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

b. Otro supuesto de subordinación es el de aquellas constituciones que consagran la autonomía municipal y establecen que la organización del régimen municipal en relación con el número de habitantes será determinado por leyes provinciales, así lo establece por ejemplo, el art. 249 de la Constitución de San Luis; Formosa trae una disposición semejante en su art. 175; Santiago del Estero, art. 217; Catamarca, art. 244; Jujuy, art. 178; La Pampa, art. 115; Chaco, art. 182; Chubut, art. 224; etc.

En estos supuestos se observa que en general, por medio de esta ley que organizará el régimen municipal, se establecerán diversas categorías de municipios, reconociéndose a los de primera categoría la capacidad de dictarse su propia Carta.

c. Otro caso de subordinación se advierte en el ejercicio del poder constituyente municipal o de tercer grado que se halla limitado por las constituciones provinciales, las que fijan los puntos que deberán ser asegurados en las cartas orgánicas. Es posible distinguir aquellas constituciones que precisan los requisitos o condiciones básicas a los cuales deberá ajustarse la carta orgánica que se sancione: como el sistema representativo, republicano, democrático, participativo (Córdoba, art. 183; San Luis, art. 254; San Juan, art. 242; Catamarca, art. 247; Santa Cruz, art. 145; Río Negro, art. 228; Santiago del Estero, art. 208; etc.); la forma de elección de sus autoridades (Córdoba, art. 183; San Luis, art. 254; San Juan, art. 242; Catamarca, art. 247; Santa Cruz, art. 145; Río Negro, art. 228; etc.); la existencia de órganos de control municipales (Córdoba, art. 183; San Juan, art. 242; Santa Cruz, art. 145; Río Negro, art. 228; etc.); mecanismos de democracia semidirecta, iniciativa, consulta popular (Córdoba, art. 183; Catamarca, art. 247; Santiago del Estero, art. 221; Santa Cruz, art. 145; Río Negro, art. 228; etc.), etc.

Mientras que otras sólo expresan que las cartas municipales se deberán ajustar a los principios contenidos en la Constitución Provincial (Misiones, art. 170), o bien utilizan la fórmula genérica de sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución (Jujuy, art. 188; Chaco, art. 185). No se nos escapa que, además de los contenidos señalados, algunas constituciones también tienen previsto lo referido a la elección de convencionales municipales (La Rioja, art. 168; Chaco, art. 185; etc.).

d. Con relación al orden de prelación de normas al estilo del art. 31 de nuestra Constitución Nacional, en general no se establece de la misma forma en las constituciones provinciales respecto de los gobiernos municipales.

Resulta novedosa la previsión de Río Negro que en su art. 225 dispone que “*La Provincia no puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y, en caso de superposición o normativa contradictoria inferior a la Constitución, prevalece la legislación del Municipio en materia específicamente comunal*”.

e. Otro aspecto que hace a la subordinación del ordenamiento municipal es el que se observa en la mayoría de los textos provinciales en cuanto ponen a cargo de los superiores tribunales la resolución de conflictos municipales ²³.

Este criterio que seguían las antiguas constituciones se ha mantenido en las que responden al proceso constituyente provincial que se desarrolló a partir de 1986, y también en las sancionadas con posterioridad a la reforma nacional de 1994. Entre las primeras podemos citar a la Mendoza, art. 206; Misiones, art. 166; entre las segundas, aparecen las de Catamarca, art. 260; Formosa art. 182 y 167, inc. 1; Tierra del Fuego, art. 157 inc.2; San Juan 208 inc. b; etc; y entre las nuevas cartas posteriores a la reforma nacional encontramos a Santa Cruz, art. 149; Buenos Aires, art. 196; Neuquén art. 296; entre otras.

f. Por su parte, la intervención municipal es otra manifestación de la subordinación. Al respecto cabe señalar que de las cartas más antiguas como la de Mendoza, esta institución aparece para el caso exclusivo de acefalía (art. 207), suponiendo un reconocimiento de la subordinación política. También traen disposiciones en este sentido las constituciones de Santa Fe, art. 108; Misiones, arts. 168/169. En el grupo de las nuevas constituciones provinciales encontramos a Catamarca, art. 256; Jujuy, art. 182; Santiago del Estero, art. 223; Salta, art. 173; Formosa, art. 181; San Luis, art. 279; La Rioja, art. 154; San Juan, art. 250. Finalmente, en las últimas cartas sancionadas en 1994 señalamos a Chaco, art. 203; Chubut, art. 243; La Pampa, art. 119; Neuquén, art. 297; Santa Cruz, art. 147; mientras que nada expresa en este sentido la de Buenos Aires.

²³ Conf. Aída R. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, t. II, pág. 522 y segunda edición, ob. cit., págs. 563 y ss.

C. Relaciones de inordinación

1. Las provincias y la Nación

La relación de inordinación o de participación se da cuando, además de distribuir competencias se posibilita que los gobiernos locales participen de las políticas nacionales. En el Estado argentino, esto se logra a través de la Cámara alta o Senado, razón justificante de nuestro bicameralismo, que hoy -luego de la reforma de 1994- ha perdido sus contornos ²⁴.

En la Constitución de 1853/60, la Cámara de Senadores integrada por dos representantes por cada provincia era expresión de federalismo, ya que su quehacer no se agotaba en su tarea meramente legislativa sino que compartía con el Ejecutivo la tarea de conformar el tercer órgano de gobierno nacional -el Poder Judicial- dado que esta cámara prestaba acuerdo para el nombramiento de los jueces. Si bien esta función persiste, la composición del nuevo Senado ha desdibujado su carácter de “cámara territorial” o “cámara de las autonomías”. Afirma Frías que la reforma del 94, al privar a las legislaturas locales de su nombramiento y establecer la elección directa de esos legisladores, parece haber agravado la dependencia respecto de los bloques de cada partido ²⁵.

También pueden mencionarse como ejemplos de relaciones de participación los supuestos de ejercicio de facultades compartidas, es decir,

²⁴ María Celia CASTORINA DE TARQUINI, “La provincia y la Nación”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. actualizada, ob. cit., t. I, pág. 161.

²⁵ Ampliar las consideraciones de Pedro J. FRÍAS en “La redención de las provincias”, L.L. 2004-B-1419, Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, t. II, 1/1/08, 451. Entre otros, Alejandro Pérez Hualde advierte que el incremento a tres senadores por provincia, desplazó el foco de la representación de los intereses provinciales hacia los intereses partidarios al componer la representación con dos por el partido político que obtuviera la mayoría y otro por aquel que alcanzara la primera minoría; la jurisprudencia en la determinación de la senaduría del socialista Alfredo Bravo, obtenida en 2001, puso en evidencia definitiva la opción efectuada por la preeminencia del partido político en la nueva base institucional del Senado de la Nación (“La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias”, en Sup. Const. 11/2/2010, 13, L.L. 2010-A, 1177).

aquellas que requieren la presencia de los dos centros de poder para concretar el ejercicio efectivo de la atribución de que se trate.

En la Constitución encontramos por ejemplo, la facultad contemplada en el art. 3° que establece el procedimiento para fijar la capital de la República, requiriendo la participación de los dos órdenes de gobierno, el nacional y el provincial. También la del art. 13 en cuanto dispone que no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de las legislaturas provinciales y del Congreso.

Cabe también incluir entre este tipo de facultades la establecida en el art. 75 inc.15 referida a la fijación de límites interprovinciales, ya que es inaceptable pensar que el principio de indestructibilidad de las provincias establecido en los arts. 3° y 13, sea desconocido para la fijación de límites interprovinciales. Este ha sido el modo de proceder del Congreso ²⁶.

La reforma de 1994 ha aumentado la intervención directa de las provincias por ejemplo, a través del rol del Senado como cámara de origen, en el caso del art. 75 inc. 2 -ley convenio de coparticipación- y del inc. 19 -crecimiento armónico de la Nación-, lo cual si bien no constituye una facultad compartida, tiene importancia al momento de valorar la participación provincial.

En materia de coparticipación aparecen fortalecidas las provincias con nuevas facultades compartidas, primero en relación con la ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias (art. 75 inc. 2), luego en cuanto se dispone que "... no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso". Finalmente, el control y la fiscalización de la ejecución de la coparticipación y de la posible transferencia de servicios, estará a cargo de un organismo fiscal federal, con representación de todas las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, con lo que dicha función se ejercerá en forma compartida (art. 75 inc. 2 *in fine*).

²⁶ Ver el trabajo de la Dra. María Celia CASTORINA DE TARQUINI, "Facultades en materia de límites interprovinciales", en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, ob. cit., pág. 235.

2. *Las provincias y los municipios*

Estas relaciones se dan cuando, además de distribuir competencias entre los diversos órdenes, se posibilita la participación de los gobiernos locales en el trazado de las políticas generales provinciales.

a. En el orden nacional, la Cámara de Senadores integrada por tres representantes por cada provincia, es una forma de concreción de esta relación; en el derecho público provincial no encontramos canales semejantes de participación de los municipios en la conducción provincial. Sin embargo, en algunas provincias se contempla la representación departamental en el Poder Legislativo, la cual si bien no es equivalente a la municipal puede ser considerada una forma parcial de dar cabida a los gobiernos municipales.

Por ejemplo toman a cada departamento como distrito electoral en los casos de las constituciones de Santa Fe y Catamarca para la elección de senadores (arts. 36 y 80 respectivamente), La Rioja (art. 87: “La Cámara de Diputados se compone de treinta y seis miembros, elegidos directamente por el pueblo de la provincia. A tal efecto, cada departamento constituirá un distrito electoral único, distribuyéndose las bancas de la siguiente forma...”), Salta (arts. 94 y 100 para ambas cámaras), San Luis (arts. 102 y 109 para ambas cámaras); etc.

En otros casos se utilizan conjuntamente dos criterios, como en la Constitución de San Juan, donde se elige un diputado por cada departamento a simple pluralidad de sufragios y además teniendo en cuenta la población de toda la provincia (art. 131). En igual sentido la Constitución de Córdoba (art. 78: “*La Legislatura de la Provincia de Córdoba se integra de la siguiente forma: 1. Por veintiséis legisladores elegidos directamente por el pueblo, a pluralidad de sufragios y a razón de uno por cada uno de los departamentos en que se divide la Provincia, considerando a éstos como distrito único. 2. Por cuarenta y cuatro legisladores elegidos directa y proporcionalmente por el pueblo, tomando a toda la Provincia como distrito único*”).

Con alguna variante, en Río Negro se combina la representación regional por circuito electoral y la poblacional tomando a la provincia como distrito único (art. 123: “*La Legislatura se integra por no menos de treinta y seis y un máximo de cuarenta y seis legisladores elegidos directamente por el Pueblo, asegurando representación regional con un número fijo e igualitario de legisladores por circuito electoral; y*

representación poblacional tomando a la Provincia como distrito único, con un legislador por cada veintidós mil o fracción no menor de once mil habitantes”).

b. En segundo lugar, la participación municipal en relación con la provincia puede darse en dos niveles: tales como en el de la planificación y en el de la decisión. Estos niveles se encuentran tanto en los órganos legislativos como en los ejecutivos provinciales. A nivel de planificación además del art. 191 visto de la constitución cordobesa encontramos, en la de San Juan otra disposición digna de elogio: el art. 251 incs. 18 y 19 que establece la posibilidad de convenir con la provincia u otros municipios organismos de coordinación y cooperación y participar por medio de un representante designado al efecto, en los organismos provinciales de planificación y desarrollo, cuyas disposiciones afecten intereses municipales.

Pero las cláusulas que más avanzan en este sentido son las de las constituciones de Tierra del Fuego (art. 178); Santa Cruz (art. 150 incs. 12/13) y Chaco (art. 202) entre otras, ya que insertan la participación en los dos niveles mencionados y en las dos ramas del gobierno provincial. Dice el art. 178 de la primera carta citada que “Los municipios y comunas convienen con el Estado provincial su participación en la administración, gestión y ejecución de las obras y servicios que éste ejecute o preste en sus jurisdicciones, con la asignación de recursos en su caso, para lograr mayor eficiencia y descentralización operativa”; participando también de la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo regional. Los mismos términos encontramos en el art. 202 de la de Chaco y en el art. 150 incs. 12 y 13 de la de Santa Cruz²⁷. Por su parte, la Constitución de Corrientes tiene un capítulo especial dentro del régimen municipal dedicado a las relaciones interjurisdiccionales y establece en su art. 234 que “Los municipios participan junto a la Provincia en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo local y regional. La Provincia debe comunicar al municipio toda obra o servicio proyectado en la jurisdicción municipal respectiva”.

²⁷ Ver, entre otros, de María Gabriela ABALOS, “El municipio y sus relaciones con la provincia en el federalismo argentino luego de la reforma de 1994”, en L.L. 2001-F-1164, y en revista Temas de Derecho Administrativo, Ed. Foro de Abogados de San Juan, Instituto de Derecho Administrativo, San Juan, 2001, t. IV, págs. 7/31.

IV. Conclusiones en aras al federalismo de concertación

La armoniosa y equilibrada coexistencia de los tres órdenes de gobierno tenidos en cuenta en este trabajo, el cumplimiento de cada una de sus competencias y el ejercicio de los distintos tipos de relaciones vistas, sin estorbos o conflictos que desvirtúen el fin para el cual cada una de estas instituciones ejerce su *potestas*, llevará sin duda al fortalecimiento del federalismo.

De esta forma, para el funcionamiento normal de las relaciones provinciales con la Nación y con los municipios es primordial tener en cuenta por un lado, que los municipios son parte de la provincia y por otro, que ambos son parte de la Nación.

Se requiere a su vez, una visión integradora por parte de la Nación dado que, al existir identidad de fines de los tres órdenes surgidos de la descentralización, los tres están llamados a concretarlos. Pero al mismo tiempo un fin, cuyo logro sea naturalmente nacional (por ejemplo, defensa) importará un límite a los órdenes inferiores, los que sólo colaborarán en la realización de éste. A su vez, la satisfacción de necesidades provinciales y municipales que concurren al logro del bien general, deben ser preservadas y diferenciadas de las del Estado nacional.

Al cumplimiento de estos fines provinciales concurren, sin lugar a dudas los municipios, apareciendo una nueva dimensión de la relación en la que éstos se integran a la provincia y por su intermedio al Estado nacional en inescindible unión. Las instituciones municipales se contactan con sus respectivas provincias, como instrumento idóneo del logro de los propósitos provinciales, teniendo en cuenta que, muchas veces la proximidad de los mismos a los centros de demanda, hace de ellos agentes de óptima eficacia.

En definitiva, prestigiar el federalismo depende de las relaciones ejemplares entre la Nación y las provincias, de la madurez de las regiones, de las alianzas interregionales, del fortalecimiento de las autonomías municipales, buscando alcanzar la concertación y cooperación necesaria entre los distintos órdenes de gobierno ²⁸. De esta forma, el federalismo de

²⁸ Pedro J. FRÍAS, "La redención de las provincias", ob. cit. Tener en cuenta las importantes consideraciones axiológicas sobre el federalismo vertidas por Alberto DALLA VÍA, *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional*, director: Alberto Ricardo Dalla Via, La Ley, 2002, 1/1/2002, pág. 261.

concertación debe imponerse sobre el federalismo de confrontación donde las unidades políticas territoriales, especialmente el Estado federal y las provincias aparecen enfrentadas y en competencia, por ello, el análisis y la profundización de las relaciones vistas suponen fortalecer esta necesaria concertación que, como bien dice Frías, puede ser una prueba de la legitimidad del federalismo²⁹.

²⁹ Pedro J. FRÍAS, *El federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 87.

SERVICIOS PÚBLICOS EN EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL ¹

por ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

SUMARIO: Introducción. I. Concepción del servicio público. II. Competencia para la regulación de los servicios públicos. A. Competencias en la Constitución Nacional. B. Competencia de la Nación. 1. Principio general. 2. Atribución expresa por la Constitución. 3. Atribución implícita por la Constitución. 4. Competencias dudosas y usurpadas. C. Competencia de las provincias. D. Competencia interprovincial. E. Competencia municipal. F. Conclusiones en materia de competencia. III. El ejercicio de la potestad de imposición del régimen del servicio público. A. Prestación a través de empresas concesionarias privadas. B. Contratación de los servicios públicos. IV. El control y la regulación. V. Organización del régimen de los servicios públicos. VI. Reflexión final.

Introducción

La materia vinculada con los servicios públicos es de especial atención para el ordenamiento constitucional tanto nacional como provincial y, eventualmente, también municipal.

Ello es así porque la temática de los servicios públicos tiene raíces profundas en un triple plano:

Primero, porque hace a la esencia del Estado, porque se vincula estrictamente con el bienestar de la comunidad que no es otra que la población sustrato del Estado y cuyo compromiso esencial, y causa eficiente, es su conducción hacia el bien común. En la Constitución Nacio-

¹ Este trabajo es una versión actualizada del aparecido en el libro *Derecho público provincial*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

nal expresa este compromiso mediante las frases de “bienestar general” (Preámbulo) y de “progreso económico con justicia social” (art. 75 inc. 19 C.N.), lo que la vincula a un complejo de valores, en este caso de equidad y solidaridad, que en la moderna concepción del derecho constitucional, constituye una verdadera guía de interpretación.

Segundo, porque es un compromiso supranacional; porque la Nación argentina ha suscripto tratados internacionales adoptando en materia de derechos humanos un orden supranacional que contempla el derecho esencial a un nivel de vida adecuado y se ha obligado a “legislar y promover todas las medidas de acción positiva” conducentes a hacerlo efectivo dentro de su territorio (art. 75 inc. 23 C.N.). La nueva Constitución adopta y hace parte de su texto (art. 75 inc. 22 C.N.), entre otros, la “Declaración de los Derechos del Hombre”, cuyo art. 25 reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para el hombre y su familia².

Tercero, porque también es norma constitucional expresa; porque la Constitución Nacional ha establecido entre los nuevos derechos la norma del art. 42 donde se reconocen los derechos del usuario de los servicios públicos diferenciándolo del consumidor.

Hablar de “*diseño constitucional en materia de servicios públicos*” es lo mismo que hablar de diseño de Estado. La sola presencia del servicio público, en tanto comprobación de la presencia de un régimen exorbitante de derecho público impuesto sobre el mecanismo de satisfacción de determinada necesidad sustraída de tal modo del ámbito de la libertad de mercado, nos define la presencia de una forma de Estado. Ese Estado, donde sucede esto, no es un Estado prescindente; no es ajeno a los avatares de sus habitantes respecto de su puja por alcanzar determinado nivel de vida adecuado conforme a las garantías constitucionales.

En el constitucionalismo provincial observamos en general, que las consideraciones contenidas sobre servicios públicos en los textos consti-

² También se ha incluido ese concepto en los siguientes tratados: 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 inc. 12); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 113); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); 4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º inc. f); 5. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (art. 14 inc. h); y 6. Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27).

tucionales, varían en cuanto a su extensión y profundidad en relación directa con el momento en que fueron sancionados.

De tal manera, comprobamos que en las constituciones dictadas en las primeras décadas de este siglo, como la de Mendoza (1916), no encontramos mayor número de disposiciones sobre los servicios públicos, ya sea en relación con la competencia provincial o municipal, o bien sobre los órganos con atribuciones en esa materia. Mientras que, las cartas sancionadas a partir de los movimientos reformadores de 1949 y 1957, primero, y de 1983 en adelante, después, muestran una mayor preocupación por este tema reflejando la creciente importancia del rol que desempeñan los servicios públicos.

Las dictadas en el tramo previo a la reforma de la Constitución de 1994, están imbuidas por la idea estatista que caracterizó el período 1940-1989, mientras que las posteriores a la reforma ponen en evidencia la influencia de las ideas privatizadoras de los '90 y hace manifiesta, en general, su voluntad de control estatal sobre la prestación de los servicios públicos privatizados en ese contexto.

I. Concepción del servicio público

Para nosotros el servicio público *consiste en el resultado efectivo del ejercicio, por parte del Estado, de su potestad³ de sustraer, total o parcialmente, del terreno del libre mercado la satisfacción de determinada necesidad de naturaleza económica para someterla a un régimen de derecho público, de control y regulación -en la medida de lo necesario-, para garantizar el acceso obligatorio a la generalidad de la población por considerar que éste es imprescindible para cumpli-*

³ Julio Rodolfo COMADIRA, "El servicio público como título jurídico exorbitante", en *El Derecho Administrativo*, t. 2003, pág. 602. Gordillo percibe el "interés público" afirmando que "no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes"... "no es el interés de la administración pública" (el destacado es del autor); en "Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos", en *La Ley*, t. 106, pág. 1193.

mentar debidamente la garantía de derecho humano fundamental, de rango constitucional y supra constitucional, a gozar de un nivel de vida adecuado, todo ello en cumplimiento de su finalidad esencial de conducción consensuada de la comunidad hacia el bienestar general guiado por principios fundamentales de justicia social.

Por estas razones es necesario destacar algunas notas específicas del régimen propio del servicio público:

A) se trata de la sustracción total o parcial de una actividad de cobertura de una necesidad normalmente sometida a las reglas propias del mercado y no de aquellas que están cubiertas por funciones específicas del Estado como la educación, la defensa, la seguridad o la justicia; “*la calificación de servicio público de una actividad la sustrae a la aplicación de todas o alguna de las reglas del mercado*”⁴;

B) es una necesidad cuya satisfacción no puede alcanzar a la generalidad de la población con la aplicación de las reglas propias del mercado⁵ pero que ello sí se puede obtener mediante la aplicación de un régimen público que altera las reglas del libre mercado obligando forzosamente la oferta sin discriminaciones a todo el que requiera el servicio en términos razonables y en condiciones de igualdad⁶;

⁴ Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (Un ensayo de prospectiva jurídica)”, en Gaspar ARIÑO y otros, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pág. 69. En igual sentido ver Alfredo CORPACI, “Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici”, en *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, a cura di Alfredo Corpaci, Bologna, Il Mulino, 2003, pág. 25.

⁵ Giovanni LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, Cacucci Editore, 2006, pág. 186; sostiene este autor que “*L’economia sociale di mercato, invece, può consentire il recupero della funzione peculiare dello Stato, quale è quella della tutela delle fasce più deboli, e restituisce al mercato la propria endogena dinamicità. In altri termini, dove il mercato non arriva a definire le condizioni della libera concorrenza, ne vengono, comunque, determinati gli effetti attraverso l’opera delle autorità cui vengono affidati compiti di regolazione e/o di controllo (come nel caso della Commissione per quel che concerne la politica degli aiuti pubblici quale forma di tutela del mercato aperto e concorrenziale e, parallelamente, degli Stati che si collocano in una fascia bianca, per così dire, nella quale esercitano le potestà relative alla tutela dei diritti sociali fondamentali, che non possono essere lasciati alla esclusiva mercè dell’efficientismo e dal razionalismo economico)*”.

⁶ Héctor Jorge ESCOLA, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, reimp. 2006, pág. 116.

C) el sometimiento al régimen público es temporal y coyuntural porque si el mercado lograra alcanzar la cobertura de la generalidad por aplicación de sus reglas, aun bajo algún control y regulación específica, termina el justificativo de la imposición del régimen propio del servicio público;

D) el sometimiento referido debe tener, respecto de los sujetos del mercado, el alcance estrictamente necesario para cumplir el objetivo que exige el fundamento mismo del servicio público, como único modo de respeto al principio de subsidiariedad que inspira nuestro ordenamiento constitucional⁷;

E) de igual modo, el tiempo de duración de aquel sometimiento al sistema normativo debe también ser el mínimo indispensable para alcanzar los objetivos del régimen público o, al menos, debe prever oportunidades de chequear las condiciones de la realidad para evaluar las posibilidades de reimplantar el régimen de libertad de mercado, aunque fuera en forma limitada por algún grado de regulación;

F) donde no se pueda aplicar el régimen de mercado en competencia, deberá intentarse la competencia *por el* mercado; es decir, deberá concursarse el acceso a la prestación del servicio⁸;

G) únicamente en la última de las razones el Estado debe asumir la prestación directa del servicio público; se trata de “*menos Estado y más derecho*”⁹;

H) finalmente, la ponderación que sustenta la decisión legislativa de sometimiento de la satisfacción de una necesidad determinada a un régi-

⁷ En términos parecidos aludiendo a una subsidiariedad “*horizontal*”, ver Luca R. PERFETTI, “*Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi de interesse generale del 20 settembre 2000)*”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pág. 493.

⁸ Esta es una salida propia de los países de la Unión Europea, atento a sus estrictas reglas comunitarias en materia de competencia como base de la garantía de integración comercial aglutinadora de la unión; ver Domenico SORACE, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, prólogo de Diego Zegarra Valdivia, traducción de Eugenia Ariano Deho, Lima, Palestra, 2006, pág. 63.

⁹ Francesco VETRÒ, “*Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*”, en *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, studi diretti da Franco Gaetano Scoca, Turín, Giappichelli, 2005, pág. 125 (el autor cita a G. AMATO, “*Il mercato nella Costituzione*”, en *Quad. Costituzionale*, 1992, pág. 17).

men de derecho público es de carácter esencialmente político¹⁰ lo cual condice con la percepción misma del servicio público. Dice Perfetti que “*la superación de la dicotomía entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, el fundamento de la legitimidad del poder público en la soberanía del pueblo, la distinta orientación comprendida en el diseño de la teoría del Estado en sede constitucional, el reconocimiento del pluralismo social e institucional, no dejan de tener influencia en el debate sobre los servicios públicos*”¹¹.

Del concepto ensayado y de las notas esenciales destacadas, surgen las cuestiones fundamentales a dilucidar para nuestro desarrollo: competencia, titularidad y modalidad del ejercicio de la facultad de imposición del régimen público, del control y de la regulación, y la garantía de acceso obligatorio a la generalidad.

II. Competencia para la regulación de los servicios públicos¹²

Antes de nuestro análisis de la normativa constitucional provincial concreta, corresponde determinar cuándo son competentes, y en qué casos, la Nación, las provincias y los municipios.

¹⁰ Ver Gian Franco CARTEI, *Il servizio universale*, Milán, Giuffrè Editore, 2002, Cap. V.10. También ver Stefano VARONE, “Servizi pubblici locali e concorrenza”, en *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, studi diretti da Franco Gaetano Scoca, Turín, Giappichelli, 2004, pág. 347; quien destaca la presencia fundamental de un criterio de política redistributiva y no de eficiencia.

¹¹ Luca R. PERFETTI, “La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione”, en *Analisi economico e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, a cura de Luca R. Perfetti e Paolo Polidori, Padua, CEDAM, Dott Antonio Dilani, 2003, pág. 56.

¹² Hemos elaborado este capítulo sobre la base de nuestro trabajo “Competencia para la regulación de los servicios públicos”, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 287 y ss..

A. Competencias en la Constitución Nacional

Ya el art. 42 C.N. deja planteada la cuestión cuando atribuye a la legislación la facultad de establecer el marco regulatorio de los servicios públicos “*de competencia nacional*”. Con sentido lógico cabe deducir que la norma tiene por supuesta la existencia de competencias provincial y municipal.

Es más, de lo estatuido por el art. 75 inc. 2 C.N. (penúltimo párrafo) se deduce también que esos servicios son transferibles de la esfera de la Nación a la de las provincias, siempre que se lo haga con la asignación de los recursos y sea aprobada por ley del Congreso y de la provincia interesada. Este procedimiento confirma el rango legislativo que tiene la materia de determinación de un servicio público a la vez que también deja establecida la diferencia de esferas de competencias.

La base constitucional del análisis se completa con la referencia a los poderes de “*policía e imposición*” que el art. 75 inc. 30 C.N. reconoce a las provincias y a los municipios sobre los establecimientos de utilidad nacional.

Puede comprobarse que las provincias tienen competencia para determinar sus servicios públicos en la medida que son autónomas, que se trata de una facultad no delegada, y porque tienen plenas facultades para darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (art. 122 C.N.). Dentro de estas instituciones locales están las limitaciones a los derechos cuando éstas tienen en vista las necesarias reglamentaciones que exige la convivencia y la gestión del bienestar general; o lo que los administrativistas denominan “*poder de policía*”.

El poder de policía -incluyendo la policía de los servicios públicos- es de competencia nacional y local según las normas que determinan el caso de acuerdo a la Constitución Nacional. Y también habrá competencia municipal en la medida que la provincia respectiva le haya habilitado esas facultades en la Constitución Provincial al momento de establecer la autonomía que la Constitución Nacional ha ordenado (art. 123 C.N.) y que ha puesto en manos de la convención constituyente local reglar en su alcance y contenido. En esa regulación habilitada por la carta magna local estarán contenidas, con mayor o menor alcance, las facultades del municipio de que se trate respecto de los servicios públicos locales.

Quiere decir que según sea la provincia que se analice distinta será la facultad de determinación y regulación de los servicios públicos de

cada municipio; por ello podemos afirmar que puede haber tantos regímenes municipales como provincias.

De igual modo, la provincia está facultada para dictar las normas del marco regulatorio de los servicios provinciales y para crear los organismos de control que -a su vez- dicten las normas reglamentarias en los aspectos específicos del servicio que tenga por objeto en cada caso.

Finalmente, es también facultad de las provincias la regulación de múltiples aspectos relacionados con la policía local de otras actividades vinculadas que son reglamentadas y bajo cuya competencia caen también las empresas y las prestadoras de servicios públicos aun nacionales. Se trata de la policía de seguridad, de salubridad, de edificación, del comercio, de la competencia, de la lealtad comercial, de la publicidad engañosa, de tránsito, de protección del medio ambiente, de residuos peligrosos, de protección de las aguas para riego y consumo humano, etc..

B. Competencia de la Nación

1. Principio general

Las competencias de la Nación en la materia vinculada a los servicios públicos son restringidas en su alcance e interpretación. En principio, *la Nación no es competente a menos que la competencia le haya sido asignada expresa o implícitamente por el texto constitucional.*

El principio aplicable es el del art. 121 C.N. de conservación por las provincias de todas las facultades no delegadas. Este principio se ve ratificado plenamente por el Contenido del art. 75 inc. 30 C.N. según la redacción que le dio la Convención de 1994. Esta norma atribuye al Congreso Nacional la facultad de “*dictar la legislación **necesaria***” y únicamente “*para el cumplimiento de los fines específicos*” de los establecimientos de utilidad nacional.

Esta normativa constitucional se ve respaldada por los fundamentos que inspiran el principio de subsidiariedad y su aplicación en el sistema federal argentino. Este concepto vulgar de que “*la unidad mayor no debe hacer lo que la menor puede hacer por sí misma*”, muy utilizado para defender la privatización de los servicios públicos, ha sido formulado con mayor precisión a estos efectos por Pedro J. Frías quien aclara que “*el principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Es-*

*tado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales”*¹³.

No obstante lo expuesto, es conveniente señalar que esta “*elemental regla de deslinde no debe inducir al error de creer que los gobiernos provinciales son detentadores de una amplísima porción de poder*”... “*esto significa que, como dice Bidegain, a la hora del reparto de competencias entre la Nación y las provincias, el platillo de la balanza no se inclina, en nuestra Constitución, a favor de ninguno de los dos centros de poder*”¹⁴.

2. Atribución expresa por la Constitución

La competencia nacional, dijimos, puede ser atribuida en forma expresa por el mismo texto constitucional. Así ocurre en algunos casos:

a) es expresa la facultad del Congreso de la Nación de legislar sobre el servicio público de correos y postas; así lo determina el art. 75 inc. 14 C.N.;

b) lo es también la facultad del Congreso de legislar sobre ferrocarriles, puertos y canales navegables; pero esta atribución es concurrente con las de las provincias que el mismo texto constitucional reconoce (arts. 75 inc. 18, y 125 C.N.);

¹³ Pedro J. FRÍAS, “La recepción en el derecho provincial”, en Academia Nacional de Ciencias Económicas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional (1989-1991), Buenos Aires, 1994, pág. 29. Compartimos el criterio de José M. de Areilza Carvajal en el sentido de que la formulación de que “*la unidad mayor no debe hacer lo que la unidad menor hace mejor, es ciertamente ambigua*”; ver “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, año 15, Nº 45, septiembre-diciembre de 1995, Madrid, 1995, pág. 53.

¹⁴ María Celia CASTORINA DE TARQUINI, “La provincia y la Nación”, en *Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos*, Pérez Guillhou (director), María Gabriela Abalos (coordinadora), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. act., Buenos Aires, La Ley, 2003, vol. I, pág. 166. La autora cita en apoyo de su aserto a Carlos María BIDEGAIN, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, t. III, pág. 61.

c) es expresa, asimismo, la competencia restringida a casos necesarios, y únicamente para asegurar el cumplimiento de sus fines, que tiene el Congreso sobre los establecimientos de utilidad nacional (art. 75 inc. 30);

d) el texto de la Carta Magna ha atribuido a la Nación en forma explícita la facultad del dictado de los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia Nacional (art. 42 C.N.);

e) de igual modo lo ha hecho con la competencia para la regulación de los “*organismos de control*”, que deberán contar con la “*necesaria*” participación de las provincias (art. 42 C.N.).

En estos casos, la competencia nacional es indudable y debe ser interpretada de un modo, si bien restringido, comprensivo de todas las facultades implícitas de modo de obtener los objetivos perseguidos por la norma constitucional atributiva de la competencia.

3. *Atribución implícita por la Constitución*

La Constitución atribuye al Congreso de la Nación, y somete a la regulación federal, el tránsito y comercio interprovincial e internacional (arts. 11, 12 y 75 inc. 13 C.N.). Esta atribución de competencia incluye un amplio abanico de posibilidades que se traducen en una gran capacidad de intervención de la autoridad nacional en cuestiones provinciales.

Como fácilmente puede comprobarse, como consecuencia del texto expreso de la norma, adquiere particular relevancia la concepción del vocablo “*comercio*”. Así lo detectó la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, frente a la norma inspiradora de nuestro actual art. 75 inc. 13 C.N., y marcó un sendero que fue seguido en forma explícita por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional.

Villegas Basavilbaso, en su voto en “*Compañía Argentina de Teléfonos S.A. c/ Provincia de Mendoza*”¹⁵, seguido -años después- por el voto de Graciela Reiriz *in re* “*Empresa Gutiérrez c/ Provincia de Catamarca*”¹⁶, hace notar especialmente que “*el vocablo comercio... ha sido inter-*

¹⁵ Fallos 257:159; L.L. 114-619.

¹⁶ L.L. 1994-E, págs. 48 y 49.

pretado en el sentido de comprender, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes, convenios (122 US 347)”... “debe admitirse que la jurisdicción comprende también a las entidades obligadas a tales servicios interprovinciales, en los aspectos locales de su tráfico, en cuanto éste es inescindible del cometido nacional de la empresa”... “el Congreso puede legislar sobre los aspectos de las actividades interiores de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior, o perturbar el bienestar general en el orden nacional, en ejercicio de la facultad que le asiste de arreglar aquéllas y fomentar a éste, y en la medida que a tales fines fuese necesario”... “las atribuciones nacionales así caracterizadas no excluyen necesariamente la subsistencia de poderes locales, compatibles con aquéllas, en la medida que no interfieran y obstruyan los fines que sustentan la jurisdicción nacional. Con esa reserva, no hay óbice, en principio, para la subsistencia del poder local de policía, de las atribuciones impositivas, así como de los derechos de orden patrimonial contractuales, en beneficio del Estado y de sus oficinas en el ámbito local”.

Como puede observarse, la jurisprudencia adelanta en años lo que luego estaría reflejado con mayor precisión en la norma del art. 75 inc. 30 C.N. reformado en 1994. Así surge también de la doctrina y jurisprudencia posterior a la mencionada reforma constitucional.

Uslenghi¹⁷ sostiene que *“el federalismo exige que el gobierno central no soslaye a las provincias en todo aquello que es de su natural incumbencia, como la prestación de los servicios públicos; por eso el art. 42 C.N. establece que debe preverse la necesaria participación de las provincias interesadas en los organismos de control”.*

¹⁷ Alejandro Juan USLENGHI, “El control de los servicios públicos de gestión privada”, en *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, I.E.D.A., Ed. Ciencias de la Administración, 2000, pág. 161. Y también Kemelmajer de Carlucci en su voto en “Ente Provincial del Agua y el Saneamiento - EPAS c/ Municipalidad de Las Heras”, La Ley Gran Cuyo, 2002, pág. 864; fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

En jurisprudencia de años recientes¹⁸, la Corte Suprema expresó que la reforma constitucional de 1994, en el art. 42 del nuevo texto, dispone que *“la legislación establecerá... los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, y la legislación a la cual se refiere no puede ser otra que la emanada del Congreso de la Nación en ejercicio de los poderes implícitos conferidos por el art. 75 inc. 32, de la Carta Magna. De tal modo, la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquéllas les está vedado ejercer, ni siquiera bajo el pretexto de una supuesta demora en el dictado de normas que pongan en ejercicio cláusulas programáticas de la Constitución, ya que la facultad transitoria de sancionar códigos no se extiende a otras materias de jurisdicción federal (art. 126)”*.

Por lo expuesto es que podemos comprobar que la mayoría de los servicios públicos de gran envergadura, como el sistema aeroportuario, el eléctrico nacional, el del gas domiciliario, el de las telecomunicaciones, el transporte interprovincial¹⁹, etc. son de competencia federal porque incluyen el tráfico de naturaleza comercial que ha caracterizado la jurisprudencia y doctrina nacionales. No obstante, esta comprobación no alcanza para producir una inversión en el principio general de la competencia provincial como parece sostenerlo Perrino²⁰. Entendemos que estas facultades del Estado Nacional, implícitas en materia de servicios públicos, que surgen de las explícitas otorgadas sobre comercio interprovincial, deben ser interpretadas incluyendo todos los poderes razonablemente comprendidos por la norma sin necesidad de introducir un cambio en la hermenéutica de excepción, que se ha visto respaldada por el nuevo contenido del inc. 30 del art. 75 C.N., con pleno respeto al principio de *“no interferencia”*.

¹⁸ Fallos 321:1074, voto de la mayoría, “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad ley 2813” (considerando 6°).

¹⁹ La Corte Suprema se pronunció en igual sentido en el caso N° E-344-XXXIX. “El Práctico S.A. c/ Córdoba, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 18 de diciembre de 2003.

²⁰ Pablo Esteban PERRINO, “Distribución de competencias entre el Estado federal, las provincias y los municipios para la regulación de los servicios públicos”, en RDA, Lexis-Nexis, 2002, año 14, pág. 37 y ss..

4. *Competencias dudosas y usurpadas*

También se comprueba la existencia de competencias dudosas y, en algunos casos, ilegítimamente asumidas por la Nación y ahora convalidadas constitucionalmente por la Cláusula Transitoria Sexta²¹ de la Convención Constituyente que sancionó la reforma constitucional de 1994. Dice esta norma transitoria: “*la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada*”.

Si bien parece evidente que se trata de una norma destinada al conflicto previsto desde ese entonces entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el gobierno nacional, su texto convalida situaciones de hecho hasta ese momento en discusión.

C. *Competencia de las provincias*

Consecuentemente con lo afirmado en el punto anterior respecto de las competencias nacionales, el criterio de interpretación es el inverso cuando se trata de analizar las facultades provinciales en materia de determinación y regulación de los servicios públicos: *en principio la competencia es provincial*; en otras palabras, ante la duda la competencia es provincial.

Así surge de la normativa analizada para definir el marco de acción de la Nación. Por la misma razón es que -entonces- de lo estatuido en el art. 75 inc. 30 C.N. queda también claramente establecido el “*principio de no interferencia*” de las provincias en la competencia, aun cuando restringida, de la Nación sobre esos establecimientos de utilidad nacional; se entiende, “*no interferencia*” con los fines que inspiraron y fundamentan hoy la afectación concreta del establecimiento de que se trate a la “*utilidad nacional*”.

Es en este sentido que debe interpretarse la conocida disidencia de Julio Oyhanarte²² quien afirma: “*debe tenerse presente que la activi-*

²¹ Osvaldo PRITZ, “La reforma constitucional y los servicios públicos”, en AA.VV., *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 225.

²² L.L. 103-719, “Compañía Argentina de Teléfonos c/ Provincia de Santiago del Estero”.

dad desenvuelta por la Compañía Argentina de Teléfonos S.A. es un servicio público de organización reservada al Congreso (...) y, en nuestro derecho, no se concibe que un servicio público pueda estar sometido a un régimen bi o plurijurisdiccional. Todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno; el Estado o poder concedente, que tan sólo delega la prestación. El servicio, pues, se halla bajo la inspección y control de ese Estado o poder concedente (...) con exclusión de toda voluntad extraña (...) lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente -o titular- y el concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana (...)”.

En el voto, Oyhanarte recuerda palabras de Zavalía que advertían: *“Sería monstruoso como idea económica, y absurdo como régimen de explotación, que una línea que sale de Buenos Aires y recorre cinco provincias, fuese gobernada, inspeccionada, gravada y regida por cada uno de los gobiernos por cuyos territorios atraviesa. Lejos de ser un agente de comercio y prosperidad, lo sería de desorden, de ruina, de pleitos, de divergencias entre provincias, pues cada una procuraría obtener las mayores ventajas para su comercio por las tarifas o los servicios diversos...”*.

En tiempos de crisis económica severa, es muy común que en nuestras provincias empobrecidas se presente una situación que impacte sobre los servicios públicos que atraviesan sus territorios. La natural resistencia provincial y local a ejercer presión sobre sus propios ciudadanos para extraerles los recursos necesarios para el sostenimiento de sus propios gastos estatales se traduce en la *“creación”* de servicios y controles, no siempre justificados -muchas veces superpuestos, cuando no imposibles de efectivizar-, que tienen por finalidad procurar insertarse en el ámbito de policía local que ha sido admitida como válida por el art. 75 inc. 30 C.N., para así recaudar algún recurso adicional.

La única manera de evitar las admoniciones de Oyhanarte es por vía de un estricto control del principio de *“no interferencia”* provincial, juntamente con otros principios jurídicos como el que tiende a evitar la doble imposición o aquél que impone la efectiva causalidad en las tasas de servicios públicos obligando a la real existencia y efectiva prestación del servicio o del control que se pretende cobrar. Este control severo no

debe poner en riesgo -tampoco- el legítimo derecho de las provincias a proteger sus recursos y bienes públicos.

Es altamente frecuente que desde Buenos Aires, donde se contratan, se otorgan en concesión y -como vimos- también se controlan los servicios públicos de competencia nacional, se tomen muy pocas previsiones en materia de protección del ambiente o de la preservación de los recursos naturales -aun del paisaje- de las remotas provincias por donde, y -a veces- *desde* donde, nace o transita el recurso cuya explotación motiva la concesión del servicio público.

D. Competencia interprovincial.

Ha destacado alguna doctrina, el caso posible de servicios públicos prestados en función de las regiones creadas en el ámbito de los tratados interprovinciales habilitados por el art. 124 C.N. y según los órganos establecidos con facultades para el cumplimiento de esos fines en el marco del art. 125 C.N.²³ El art. 125 habilita la posibilidad de celebración de “*tratados para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común*”. Sin lugar a dudas los servicios públicos están comprendidos claramente en la enumeración dado su carácter económico y su naturaleza pública de competencia del derecho público provincial.

El ETOSS puede ser considerado un fruto y un ejemplo de un tratado interprovincial en la medida que su fuente normativa tiene naturaleza de tratado entre la provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma del mismo nombre y la Nación.

Cabe recordar que ese mismo art. 124 C.N. ha reconocido el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales existentes en su territorio; a lo que debe agregarse la estricta relación existente -normalmente- entre esos recursos y los grandes servicios públicos vinculados a la energía y las telecomunicaciones.

²³ PRITZ, ob. cit., pág. 223.

A través de la implementación de órganos regionales podría producirse una competencia de naturaleza interprovincial, no federal, que caería fuera de las competencias jurisdiccionales de la justicia federal. Únicamente, en caso de conflicto, habría lugar al imperio de las facultades dirimentes, no judiciales, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -según el art. 127 C.N.- en la medida que se trataría de un conflicto de naturaleza interprovincial originado en la aplicación de un tratado regional.

E. Competencia municipal

Finalmente, para precisar la competencia municipal, como ya adelantamos, estamos obligados a concurrir al respectivo texto constitucional provincial que le sirve de marco en cada caso²⁴. Allí es donde está reglado el alcance y contenido de la autonomía local. Allí es donde se ubica a cada municipio en un rango de iniciativa y capacidad de auto gobernarse y legislarse. Así se pueden ver situaciones como las del orden constitucional cordobés o sanjuanino donde se han establecido distintas categorías de municipio siendo sólo algunos de ellos plenamente autónomos; distinto al caso de Mendoza donde no se hace diferencia entre ellos y la autonomía, en grado limitado y de origen legal, alcanza a todos por igual.

Podríamos resumir: en materia de competencia para la determinación y regulación de los servicios públicos, desde este punto de vista, otra vez, el principio general es que la competencia es provincial. Si, a través de su Constitución Provincial, le ha reconocido dichas facultades a sus municipios autónomos, y en qué medida lo ha hecho, es algo que debe ser determinado en el caso concreto.

Dice el art. 122 C.N. que las provincias “se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas”; así como esta norma determina el marco de referencia respecto de los conflictos que pudieran presentarse entre Nación y provincia, respecto de la discusión entre provincia y municipio son

²⁴ María Gabriela ABALOS, *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*, prólogo de Dardo Pérez Guilhou, Mendoza, Ediunc, Serie Estudios, Universidad Nacional de Cuyo, 2006, pág. 80.

otras las normas que debemos observar dentro del texto de la Carta Magna Nacional. Dice el art. 123 C.N. que “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo quinto asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo y financiero”.

Esta base normativa determina el punto de partida hacia una precisión de fundamental importancia sobre el rol del municipio, el que no sólo debe ser considerado autónomo sino, además, como consecuencia de ello, responsable directo en cuanto a los servicios públicos²⁵.

La razón fundamental que autoriza el sostenimiento del municipio como responsable principal y más directo de los servicios públicos es, precisamente, el mismo concepto funcional de servicio público que le permite detectar las necesidades públicas gracias a su privilegiada inmediatez en el trato con la realidad comunitaria. Hemos aprendido en las provincias, ni qué decir en los municipios, lo difícil que es controlar, en algunos casos ni tan siquiera intentar, a las grandes empresas muy poderosas que gozan de privilegios, territorios y plazos otorgados de una magnitud, una extensión y una duración injustificables. “*De ahí la imperiosa necesidad del señorío del hombre sobre las cosas y la defensa de la unidad, la solidaridad y la fraternidad como valores fundamentales del espíritu humano*”²⁶.

F. Conclusiones en materia de competencia

De todo lo expuesto surge una serie de conclusiones que conviene ordenar:

1. El texto constitucional nacional expresamente reconoce la existencia de distintas esferas de competencia en materia de servicios públicos.

²⁵ María Gabriela ABALOS, “Los servicios públicos”, en Ismael FARRANDO (H), Patricia MARTÍNEZ y otros, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 433.

²⁶ Carlos S. FAYT, *Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 241.

2. Los organismos de control previstos por el art. 42 C.N. tienen naturaleza federal y autónoma, lo cual implica que su organización no puede estar en manos ni depender funcionalmente del Poder Ejecutivo Nacional.

3. En principio, la competencia en materia de determinación y regulación de servicios públicos corresponde a las provincias.

4. Existen casos en que la Constitución ha atribuido la competencia a la Nación en forma expresa; mientras que también lo ha hecho en forma implícita.

5. Si existe explícita o implícitamente comercio interprovincial o internacional la competencia es federal (art. 75 inc. 10 C.N.), por lo tanto de los organismos de control nacional.

6. Debe reconocerse que hay casos en que existe comercio interprovincial y no hay competencia federal si ello se ha llevado a cabo en el ámbito de las regiones que habilita el art. 124 C.N. a través de los tratados que prevé el art. 125 C.N..

7. Nada agregan las facultades otorgadas por el art. 75 inc. 18 C.N. porque son concurrentes con las provincias (art. 125 C.N.); por lo tanto subsiste como punto de referencia en esa materia la presencia efectiva o no del comercio interprovincial o internacional.

8. En materia de establecimientos de utilidad nacional únicamente está habilitada la Nación a regular, restrictivamente, en caso necesario y en función de esos fines.

9. La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre hidrocarburos líquidos y gaseosos, tan proyectada al terreno de los servicios públicos por analogía o por la vinculación del servicio mismo al recurso (caso del gas), ha quedado derogada por el nuevo texto constitucional del art. 124 C.N. (último párrafo) que establece: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

10. En la distribución provincias-municipio el principio también juega en favor de la provincia porque es ella, desde su poder constituyente local, la que regula el alcance y contenido de la autonomía municipal en su territorio.

11. El creciente centralismo, jurídicamente injustificado²⁷, entorpece el control efectivo de la prestación de los servicios públicos y, a la vez,

²⁷ USLENGHI, ob. cit..

contribuye a la desviación de los fines que inspiran la atribución de las competencias ejercidas en materia de imposición y regulación de los servicios públicos²⁸.

12. Es imperioso que los marcos regulatorios de servicios públicos nacionales efectivicen la *necesaria* participación de las provincias interesadas en sus órganos directivos.

13. La integración de los órganos directivos de los organismos de control no puede ser determinada por el Poder Ejecutivo Nacional y, en cualquier caso, sin la participación de las provincias (art. 42 C.N.).

14. Es urgente la descentralización geográfica, como la previó hace ya quince años expresamente el marco regulatorio del gas, para establecer “*una estructura mínima pero suficiente para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios de dicha área*”, en todos los entes reguladores de servicios públicos.

15. Nada justifica, ni jurídica ni técnicamente, que la totalidad de los entes reguladores deban tener su domicilio y autoridades en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III. El ejercicio de la potestad de imposición del régimen del servicio público

Tiene particular importancia determinar en quién deposita cada Constitución la potestad de imponer el régimen del servicio público en la provincia. Asimismo, consecuentemente, esa precisión tiene especiales consecuencias en los roles que van a desempeñar los distintos sectores de la comunidad.

Así es como hay provincias donde la prescripción constitucional facilita la participación de empresas privadas o sólo la restringen al sector público; o a cooperativas y asociaciones.

Algunos textos constitucionales locales tratan sobre las facultades originarias de la provincia o del municipio a establecer los servicios públi-

²⁸ Ver nuestro *Desviación de poder y globalización*, ob. cit., pág. 267 y ss..

cos; así lo hacen Córdoba (art. 74), Chaco (arts. 54 y 205), Formosa (arts. 43 y 120), Jujuy (arts. 77.1 y 80), La Pampa (art. 42), La Rioja (art. 66), Misiones (art. 59), Salta (art. 79), San Juan (art. 110) y Santiago del Estero (art. 103).

Dice el texto cordobés que los servicios públicos “corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la Provincia o a los municipios; pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares” (art. 74).

En parecidos términos, la Constitución del Neuquén (art. 81) establece que “los servicios públicos estarán a cargo del Estado provincial, municipal, entes autárquicos y sociedades cooperativas. No se otorgarán concesiones que puedan constituir monopolios, excepto aquellas que correspondan a monopolios naturales”. El artículo establece un principio estatista en materia de servicios públicos pero habilita, por vía de negociación y de excepción, la concesión a los privados en forma expresa. En realidad la Constitución debería decir que “*están a cargo*” de la Provincia y de los municipios, pues las entidades autárquicas y las cooperativas lo están únicamente por concesión o creación estatal por vía de ley.

A. Prestación a través de empresas concesionarias privadas

En diecinueve de las veinticuatro jurisdicciones subnacionales se ha tomado posición acerca de la posibilidad de privatización de los servicios públicos mediante su prestación por empresas privadas.

Se contempla expresamente, y sin reservas, esta posibilidad en las provincias de Córdoba, Corrientes, Chubut, Entre Ríos, Salta y Santiago del Estero.

Prevén la prestación por empresas privadas en modo implícito las provincias de Buenos Aires -con facultades de supervisión del defensor del pueblo-, de Catamarca -imponiendo requisitos expuestos al contrato de concesión-, Neuquén -siempre que no sea en monopolio-, y Tierra del Fuego. La provincia del Chaco sólo prevé esta posibilidad en el caso de los servicios de transporte de pasajeros en automotor y aéreos.

Exigen una preferencia a favor de empresas cooperativas las provincias de Córdoba, Entre Ríos, Formosa, La Rioja, Jujuy, La Rioja, Mi-

siones y Río Negro. Establecen esa misma preferencia para entes estatales las constituciones de las provincias de La Pampa y del Neuquén. Esta última, San Juan y San Luis, prevén la facultad municipal de conceder a privados la explotación de los servicios públicos.

La provincia de Jujuy (art. 77 incs. 2 y 3) ha establecido que “se podrá otorgar concesiones a cooperativas de usuarios, incluso con la participación de entidades oficiales, como así también a particulares, previa licitación pública” y que “en todos los casos el Estado conservará el derecho de controlar el cumplimiento de las condiciones de otorgamiento de las concesiones y de extinguirlas en caso de incumplimiento”.

En la provincia de La Pampa (art. 42) la Constitución ha determinado que los “*servicios públicos pertenecen originariamente al Estado provincial o municipal y se propenderá a que la explotación de los mismos sea efectuada preferentemente por el Estado, municipios, entes autárquicos o autónomos, o cooperativas de usuarios, en los que podrán intervenir las entidades públicas. Se podrán otorgar concesiones a particulares y éstas se acordarán previa licitación de carácter público y con expresa reserva del derecho de reversión por la Provincia o los municipios en su caso quienes ejercerán un control estricto respecto al cumplimiento de la concesión. Una ley especial determinará las formas y condiciones de la explotación de los servicios públicos por la Provincia, municipalidades, concesionarios y demás entidades autorizadas a prestarlos*”.

B. Contratación de los servicios públicos

Más allá de quién preste los servicios públicos, algunas constituciones provinciales han establecido reglas para su contratación. Así, la provincia del Chubut (art. 232) impone el requisito del referéndum legislativo a la contratación de las concesiones municipales por más de 10 años. En Río Negro (art. 80) la facultad de contratar únicamente la tiene la provincia, mientras que en San Juan (art. 251 inc. 6) el municipio es el que contrata; también los servicios intermunicipales (art. 251 inc. 18).

IV. El control y la regulación

Algunas provincias han transcripto, prácticamente, el art. 42 C.N. en sus propios textos; se trata del Chaco (art. 47), del Chubut (art. 43) y Formosa (art. 74).

Dice la norma nacional que *“los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”*.

En los textos de La Rioja (art. 51), Salta (art. 31), Santiago del Estero (art. 36) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 46 y 48) el texto es similar al transcripto pero con algunas diferencias irrelevantes. En la Carta de la Ciudad Autónoma, el art. 46 dice: *“La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación. Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos. El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley”*.

Dos textos modernos son los de Entre Ríos (art. 30) y del Neuquén. Este último sostiene que “*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada, veraz, **transparente y oportuna**; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades garantizan la protección de esos derechos y promueven la educación para su ejercicio, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, el de la calidad y eficiencia de los servicios públicos garantizando el derecho a la **uniformidad, universalidad, y a tarifas razonables** en su prestación, a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Ejercen el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Provincia*”²⁹. El texto neuquino está inspirado, sin duda, en el art. 42 C.N., pues su texto es igual en los dos primeros párrafos, pero introduce una aclaración útil respecto de la información: transparente y oportuna. Asimismo, al igual que su antecedente nacional, garantiza el control de calidad y eficiencia, con lo cual distingue usuario del consumidor dándole al primero más protección. También garantiza el derecho a la *uniformidad* (igualdad) y a la *universalidad*³⁰ (generalidad), en un lenguaje que pone en evidencia su influencia de la doctrina europea, y a *tarifas razonables* conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el tema³¹.

En materia de control de la prestación de los servicios públicos las provincias, en general, han contemplado diversos sistemas. Algunas lo han puesto en manos del defensor del pueblo; eso ocurre en la provincia de Buenos Aires (art. 55), en la Ciudad Autónoma (art. 137), en Córdoba (art. 124), Entre Ríos (art. 215), Formosa (art. 153), La Rioja (art. 158) y Río Negro (art. 167).

²⁹ Hemos destacado las novedades que introduce la norma.

³⁰ Ver CARTEI, ob. cit..

³¹ Ver nuestro “Tarifas y renegociación de contratos”, en Suplemento Especial de la revista La Ley, director Agustín Gordillo, *El contrato administrativo en la actualidad*, mayo de 2004, pág. 54 y ss..

Contemplan la existencia de entes reguladores, además de aquellas que se inspiraron total o parcialmente en el art. 42 C.N., las provincias de Formosa, donde se prevé la actuación de entes descentralizados creados por el Poder Ejecutivo (art. 142) y de Santiago del Estero (art. 106), donde se contempla que deberá organizarse por ley un ente regulador de los servicios públicos privatizados, a privatizarse o concesionados.

En el caso de la primera es criticable que sea el Poder Ejecutivo quien crea al ente regulador pues el órgano carecerá de independencia de éste. En la segunda el texto está planteado de tal modo que la labor de los entes de control estará únicamente dirigida a la prestación por privados. En ambos textos se deja afuera del control al Estado provincial o municipal prestador o contratante, como concedente, del servicio público.

En la Constitución de la Ciudad Autónoma se prevé un “Ente Unico Regulador de los Servicios Públicos” que “promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley” (art. 46).

El ente bonaerense es *“instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal. Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto”* (art. 138) y *“está constituido por un Directorio, conformado por cinco miembros, que deben ser profesionales expertos. Los miembros del Directorio son designados por la Legislatura por mayoría absoluta del total de sus miembros, previa presentación en audiencia pública de los candidatos. El Presidente o Presidenta será propuesto por el Poder Ejecutivo y los vocales por la Legislatura, garantizando la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores. No podrán tener vinculación directa ni mediata con los concesionarios y licenciarios de servicios públicos”* (art. 139).

En principio, no somos partidarios de la creación de un ente único para todos los servicios públicos. La generalidad atenta contra la especialidad y profesionalidad que son necesarias, especialmente en aquellos de complejidad técnica. La designación de personas no especialistas lleva

necesariamente a extraerlos de la política con lo que el ente superpone la naturaleza del control con el que lleva adelante el Poder Legislativo.

Pero en el caso de la solución de la Ciudad Autónoma también diferimos en que coloca al ente único bajo el dominio del Poder Ejecutivo, es decir, de la política de gobierno de coyuntura, porque le atribuye calidad de entidad autárquica, lo que lo somete a su control de tutela sobre los actos. Por otra parte, en la medida que el mismo Poder Ejecutivo no designa sus directores, le aporta algo de independencia. No obstante es muy saludable que coloque bajo su control también a la administración cuando es prestadora de los servicios públicos, pero ello pone en mayor evidencia la contradicción que significa observar una administración controlante (de tutela sobre su autárquica) a la vez que controlada (como jefe de la prestadora).

Por el contrario, prevé expresamente la autonomía funcional del ente regulador el texto del Neuquén (art. 189): *“corresponde a la Cámara de Diputados: inc. 31: Dictar leyes de **organización** de los servicios públicos que correspondan a la jurisdicción provincial, estableciendo entre otros aspectos los **principios** que orientarán su prestación y la creación de los **entes** específicos de regulación y control, los que gozarán de autonomía funcional y autarquía financiera”*.

Al igual que la Ciudad Autónoma, que prevé la inclusión de un director en el Ente que represente a los usuarios, algunos sistemas de control contienen previsión expresa de su participación. Son los que han establecido las provincias de Córdoba (art. 75), del Chaco (art. 119 inc. 27), Entre Ríos (art. 30) y Tierra del Fuego (art. 78).

La provincia de Santa Fe prevé el control y fiscalización por el Poder Ejecutivo, por el contrario, las del Neuquén (art. 189 inc. 32) y del Chubut (art. 135) contemplan que el control lo establecerá el Poder Legislativo.

Finalmente, Catamarca ha previsto el funcionamiento de comisiones y juntas de abastecimiento que controlan tarifas (art. 179).

V. Organización del régimen de los servicios públicos

Algunas provincias han previsto expresamente que es el Poder Legislativo el encargado constitucional de organizar los servicios públicos. Esto los releva del debate producido a nivel nacional donde hay quienes

sostienen que la manifestación del art. 42 C.N., en el sentido de indicar que el concepto “*legislación*”, que es la encargada de dictar el marco regulatorio de los servicios públicos, debe considerarse en sentido material y no formal; mientras que otros consideran que se refiere a ley formal del Congreso de la Nación. Los primeros habilitan al Poder Ejecutivo a la tarea de establecer el régimen del servicio público en la provincia, mientras que los segundos sólo admiten esa facultad en el Poder Legislativo³². Las provincias que han optado por este sistema son el Chaco (art. 119 inc. 26), La Pampa (art. 68), Misiones (art. 59), Santa Cruz (art. 104 inc. 8) y Tucumán (art. 113 inc. 1) las que dejan a salvo la facultad municipal respecto de los servicios locales. La Ciudad Autónoma (art. 80 inc. h) y Jujuy (art. 123 inc. 7) exigen también la ley formal sin aclarar otros detalles al respecto.

Otras provincias, como Catamarca (art. 149), el Neuquén (art. 189 inc. 31), en las que se pone bajo la órbita del Legislador la competencia para la organización en general de los servicios públicos en la provincia y todo lo que entre en duda sobre la competencia debe considerarse facultad del legislador porque la norma se extiende a “*otros aspectos*”, Santa Fe (art. 72), San Juan (art. 189 inc. 13) y Tierra del Fuego (art. 135 inc. 14) atribuyen esta facultad de establecer el régimen del servicio público al Poder Ejecutivo.

Finalmente, la provincia del Chubut prevé la regulación y el control de policía por el Estado (art. 108) y la de Río Negro (art. 80) contempla el procedimiento en el que el Poder Ejecutivo propone el planeamiento del servicio público y es aprobado por el Poder Legislativo (art. 89).

En orden a la organización, cabe destacar el caso de la provincia de San Juan donde se ha reservado el establecimiento del régimen jurídico de los servicios públicos al Poder Ejecutivo pero la contratación concreta se ha atribuido a los municipios autónomos.

Finalmente, algunos aspectos interesantes en materia de organización, los brindan las constituciones que establecen en forma explícita la inembargabilidad de los bienes afectados al servicio público; así ocurre

³² Ver nuestro capítulo en Alejandro PÉREZ HUALDE, Eduardo Oscar EMILI, Ernesto Nicolás BUSTELO, Andrea Juliana LARA, Gustavo BOULLAUDE y Sergio Isabelino RODRÍGUEZ, *Servicios públicos y organismos de control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

con los textos del Chaco, Entre Ríos (tratándose de municipios, art. 248), La Rioja, Misiones, Neuquén, San Luis y Tierra del Fuego; y las que prohíben el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de los servicios públicos, las provincias de Chubut, Salta y Santiago del Estero; estas dos últimas lo admiten por vía de excepción únicamente garantizando la prestación del servicio.

VI. Reflexión final

Si bien la mayoría de las constituciones provinciales han sido modificadas después de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, ninguna se ha hecho cargo del desafío más importante que ella plantea.

El art. 42 C.N. establece la “necesaria” participación de las provincias en los organismos de control que debe prever el marco regulatorio.

Ninguna provincia ha previsto mecanismos tendientes a hacer efectiva esa participación de un modo orgánico y compatible con la forma federal que contempla nuestra Constitución Nacional.

La mera transcripción de la norma del art. 42 C.N. en el texto provincial no cumplimenta el requerimiento. Consideramos que las provincias deberían haber implementado mecanismos para hacer operativa esa representación de diversos modos como los que siguen, sin pretender elaborar un listado taxativo ni demasiado exhaustivo:

A) declarando expresamente su carácter de interesadas en participar en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional;

B) estableciendo los instrumentos para constituir su efectiva representación a través de funcionarios específicos para la tarea, lo que consideramos más recomendable, o mediante los ya previstos por la constitución local, como su fiscal de Estado o su asesor de gobierno o su defensor del pueblo;

C) previendo los procedimientos para hacer efectivo el control provincial sobre la actividad del representante ante los mencionados organismos nacionales (rendición de cuentas periódica, etc.) y estableciendo las facultades legislativas para la reglamentación de la canalización de las denuncias y reclamos locales contra los prestadores de servicios públicos

de competencia nacional a través del representante provincial en el organismo de control respectivo.

La debilidad de la representación provincial en los organismos nacionales, provocada por el hecho de haber dejado en manos de los niveles inferiores de la administración central la instrumentación de la misma, es uno de los factores que ha contribuido decisivamente a la esterilización de esos organismos como verdaderos órganos constitucionales. Hoy son meras reparticiones asesoras técnicas sin mayor gravitación ni control sobre la prestación de los servicios públicos.

Las provincias también podrían trazar en sus textos constitucionales las pautas para una política regional de integración que comprendiera a los servicios públicos.

La recuperación del federalismo argentino pasa primordialmente por un cambio de actitud decidido de las provincias frente a temas específicos como este que nos ocupa y no por declaraciones y lamentos inútiles.

INDICE GENERAL

Introducción <i>por Antonio María Hernández</i>	7
El federalismo en emergencia y su necesaria reconstrucción <i>por María Angélica Gelli</i>	9
El Congreso y el federalismo <i>por Juan Fernando Armagnague</i>	29
El Congreso Nacional frente a los conflictos federales: ¿protagonista o actor de reparto? <i>por Pablo Riberi</i>	39
El federalismo y el poder de policía <i>por Susana G. Cayuso</i>	71
La cuestión capital: asignatura pendiente. La reformulación del federalismo argentino <i>por Humberto Quiroga Lavié</i>	103
Los recursos naturales tras la reforma constitucional de 1994 <i>por Pablo Luis Manili</i>	123
Integración regional ad extra y federalismo intraestatal: ¿compaginación o antagonismo? <i>por Víctor Bazán</i>	149

Las provincias y sus relaciones con la Nación y los municipios en el federalismo argentino <i>por María Gabriela Abalos</i>	211
Servicios públicos en el constitucionalismo provincial <i>por Alejandro Pérez Hualde</i>	235

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de marzo de 2011