

## ACTUALIDAD DEL FEDERALISMO ARGENTINO

Alberto Ricardo DALLA VÍA

SUMARIO: I. *Confederación y Estado federal*. II. *El regionalismo*. III. *Convenios internacionales que pueden celebrar las provincias*. IV. *Los recursos naturales*. V. *El federalismo fiscal*. VI. *La separación de fuentes en la Constitución histórica*. VII. *La coparticipación impositiva*. VIII. *La Reforma Constitucional de 1994*. IX. *Facultades del Congreso y descentralización fiscal*. X. *El jefe de gabinete de ministros*. XI. *El federalismo y los tratados*. XII. *La “cláusula federal” en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos*. XIII. *Los valores en el federalismo*. XIV. *Bibliografía*.

### I. CONFEDERACIÓN Y ESTADO FEDERAL

La organización territorial del Estado hace a la relación del poder con el territorio. Las formas más extremas de esta relación son, por un lado, el Estado unitario y, por el otro, la Confederación y el Estado federal (federalismo). A decir de Karl Loewenstein, el Estado unitario es más proclive a las formas autocráticas de gobierno, en tanto supone una concentración del poder estatal en un mismo centro geográfico, en tanto que el federalismo supone una forma de control vertical sobre el poder. Bajo esta idea, la desconcentración territorial del poder estatal sería más proclive al funcionamiento del sistema democrático en tanto hay una participación más directa por parte de los habitantes en los problemas de su comunidad. En la *Democracia en América*, Alexis de Tocqueville destacaba la importancia que en los Estados Unidos desempeñaba el municipio como escuela de la democracia. En doctrina suele caracterizarse al Estado unitario como objeto de una fuerza centrípeta que tiende a centralizar todas las funciones del poder, en tanto que el federalismo suele caracterizarse como una fuerza de tendencia centrífuga que separa

las funciones, el límite máximo de la desconcentración es la Confederación, donde existe, inclusive, separación de soberanías.

En su libro *Confederación y Estado federal*, el doctor Alberto Antonio Spota describe con mucha precisión las características de la forma confederada y de la forma federal. En la Confederación estamos ante estados soberanos que se unen bajo un pacto para asegurarse la defensa común y el otorgamiento de ciertas ventajas y beneficios. El órgano supremo es la dieta o asamblea de la Confederación y cada Estado, como soberano que es, se reserva los derechos de secesión y de nulificación. En la Federación, en cambio, hay un solo Estado soberano, aunque dentro del mismo existan varios estados autónomos facultados para darse sus propias normas; el origen del Poder Constituyente está en el pueblo de los estados miembros que delegan facultades en el gobierno federal, el acuerdo originario se basa en el compromiso a cumplirlo y a someterse a la voluntad general por parte de sus miembros. No hay derecho de secesión ni de nulificación. Mientras el pacto que une a la Confederación tiene el carácter de tratado internacional, el acuerdo de la Federación se denomina “Constitución”.

El federalismo clásico, tal cual se le conoce en la doctrina constitucional, tiene su modelo en la Constitución norteamericana de 1787. Hasta entonces había allí una Confederación de estados independientes que manifiestan su voluntad de vincularse “...para constituir una unión más perfecta...”; nace el nuevo Estado entre las pujas de quienes defendían las prerrogativas propias de los Estados miembros y de quienes pretendían reformar los poderes del gobierno central de la Unión. Los primeros eran republicanos, entre los que destacaba Jefferson; los segundos eran los llamados federalistas, entre los cuales se hacían notar Hamilton y Madison. Es de notar que el federalismo originario ha ido cediendo poco a poco hacia un centralismo cada vez más acentuado; el proceso norteamericano se va acentuando en ese sentido con la guerra de secesión entre el norte y el sur y con el afianzamiento y la preeminencia de la figura presidencial.

El citado Karl Loewenstein destaca ese proceso de centralización del federalismo señalando que éste es favorecido por el desarrollo tecnológico y las cuestiones cada vez más complejas que debe ir asumiendo el gobierno central. Al mismo tiempo, los partidos políticos suelen estructurarse en partidos federales que obedecen a un mando centralizado, siendo muy raras las ocasiones de partidos regionales con verdadera repre-

sentación. Este es un dato de la realidad política que da por tierra con el ideal del federalismo como distribución del poder, la realidad política suele centralizar las intenciones federales de la Constituciones. Así ha ocurrido con el constitucionalismo latinoamericano, donde la preeminencia de algún Estado es tan fuerte que absorbe bajo su poder a los demás. Otro ejemplo clásico de federalismo es Alemania, donde también se da una fuerte actuación del Ejecutivo centralizado en la figura del canciller y en una preeminencia del *Bundestag* sobre el *Bundesrat*.

Una de las características del Estado federal suele ser la preexistencia de soberanía en los Estados miembros que a través de la Constitución delegaron facultades en el Estado central. Desde ese punto de vista, no son federales los sistemas de Canadá, Sudáfrica, toda vez que enumeran una lista de derechos propios de las provincias o Estados miembros, quedando a favor del Estado central los poderes residuales. El caso español es de igual naturaleza. Se trata de sistemas que parten de una clara base unitaria, sin perjuicio de los cuales se manifiestan algunas conveniencias, como la que resulta de que todas las nuevas materias que se incorporan por efecto de las tecnologías corresponderán al Estado central, que es quien está más preparado para asumirlas. El caso contrario daría lugar a constantes reformas constitucionales, como ha ocurrido en Suiza.

Hasta aquí hemos analizado la idea del federalismo y hemos explicado su crisis institucional. Creemos que el federalismo será un buen punto de referencia para el desarrollo de este trabajo.

## II. EL REGIONALISMO

Existen fuertes razones que impulsan el desarrollo del regionalismo. Una de esas razones es histórica, entendiendo por historia no sólo la existencia anterior de comunidades o pueblos con autonomía o independencia, sino también la cristalización de una cultura o identidad propia a través del tiempo. El profesor Tomás Ramón Fernández ha destacado en España la importancia que tiene la crisis de la idea Estado-nación en los viejos Estados europeos, lo cual ha promovido la diversidad pluralista de los pueblos existentes en Francia, Bélgica, Gran Bretaña, Italia y España.

Señala el citado profesor que esa idea de pluralidad en los pueblos con características propias que integran los viejos Estados de Europa no

debe caer en el mito del federalismo, el cual atraviesa una crisis desde el punto de vista de las ideas que antes expusimos, ni el mito de la autodeterminación de los pueblos, tan proclamada en las declaraciones internacionales pero que tiene un sentido preciso en el derecho internacional, que fue la identificación con los procesos de descolonización promovidos por las Naciones Unidas y con los sistemas de segregación de minorías dentro de los estados.

Italia, después de la guerra concibió como un modelo de Estado regionalista, partiendo de la base del Estado unitario; en el cual se divide el país en regiones particularizadas, otorgando a algunas de ellas facultades propias, aun en cuanto a su política económica, tal es el caso de Sicilia a la que se autoriza la concesión de patentes privadas para la explotación de hidrocarburos cuando la política energética es de resorte estatal. Estas concesiones particularizadas lograron a frenar las tendencias separatistas de algunas regiones.

España, en la Constitución de 1978 ha consagrado el Estado autonomista, se trata de un modelo que podemos ubicar como intermedio entre el modelo del Estado regional italiano y los modelos de Estado federal, como Alemania o Estados Unidos; y que se basa en las siguientes características:

- a) Hay un único Poder Constituyente que reposa en la voluntad del pueblo español.
- b) Se parte de la previa existencia de un Estado unitario, por lo cual el poder único se distribuye en diversos poderes territoriales.
- c) La autonomía es una cualidad transferida por el Estado originario (lo cual no excluye la participación de las comunidades autónomas en los órganos del Estado).
- d) Hay una potestad normativa derivada, fundamentalmente en los respectivos estatutos. El ejercicio de esa potestad autonormativa debe realizarse de acuerdo con los procedimientos constitucionales.
- e) Hay una primacía de la soberanía estatal sobre la autonomía, pudiendo en todo momento que los órganos centrales del Estado incidan sobre los órganos autonómicos.

El artículo 137 de la Constitución española dice: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyen. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

El alcance de dicha autonomía ha sido fijado por el Tribunal Constitucional español en sentencia del 2 de febrero de 1981 (BOE 24 de febrero 1981) donde se dijo:

La autonomía no es soberana...cada organización territorial dotada de autonomía es una parte de un todo... en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de su unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa en artículo 2 de la Constitución...

Los antecedentes del derecho comparado han ejercido una gran influencia en nuestra doctrina para la proposición de la incorporación a nuestro sistema político institucional. No hay duda, tampoco, de que la crisis actual de nuestro federalismo ha ejercido una notoria influencia en la adopción de tales posiciones. La formación de acuerdos regionales, como NOA y el NEA, sobre la base de regiones históricas viene también ejerciendo presión “desde abajo” para que esas tendencias se concreten. No menos parecida, aunque más lejana en su institucionalización, aparecen regiones con profunda identidad geográfica, cultural e histórica como la Patagonia, Cuyo y la Mesopotamia. En su trabajo “La región profunda. Conceptos para el Noreste Argentino”, el profesor Benito Carlos Garzón propone una definición del concepto de región en los siguientes términos:

Puede decirse que hay modos de acceder al objeto región. Uno de ellos es el análisis de la realidad física y tal vez el que más ha sido relevado por disciplinas como la geografía, que no en vano ha sido la primera, la economía después y la sociología con todas sus ramas específicas. El otro modo, busca desentrañar otra realidad constituida por la conducta de los hombres y su hacer cultural a través del tiempo. Esta posesión pretende indagar el sentido del accionar de una formación social y por lo tanto requiere la prospección histórica. La vida de un pueblo a través del tiempo es una conexión de sentido que se actualiza en la realidad y cuya percepción nos dará la clave para afirmar su personalidad y tentar su proyección en un medio espacial determinado...<sup>1</sup>

La “regionalización” del país, o mejor dicho, el reconocimiento jurídico institucional de las regiones fue objeto de distintos trabajos o pro-

<sup>1</sup> Garzón, Benito Carlos, “La región profunda. Conceptos para el Noroeste argentino”, *Temas*, Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Tucumán, 1993, p. 12.

puestas: Durante los años 1961 y 1962, el Consejo Federal de inversiones y el Instituto Torcuato Di Tella realizaron estudios sobre la estructura económica regional del país, teniendo como objetivo básico el alcanzar una división del territorio en regiones económicas adecuadas para el análisis del comportamiento espacial de la economía y para la propuesta de un modelo que reflejase de manera interregional esas relaciones.

Ese trabajo determinó seis regiones polarizadas: Buenos Aires, Litoral, Centro, Cuyo, Noroeste y Valle de Río Negro. Los límites regionales no correspondieron ni con los ámbitos provinciales ni con los departamentales, lo que dificultó la utilización de esas regiones como unidades operativas, ya que varias de ellas abarcaban distintas jurisdicciones políticas.

En 1963, el CFI publicó un documento denominado *Base para el desarrollo regional argentino*, en el que se utilizaba un criterio de región plan o de administración del desarrollo, adecuando los límites de las regiones a las divisiones departamentales. La subdivisión regional se basó en las conclusiones del análisis y en el diagnóstico de la economía regional argentina efectuada durante los años 1961 y 1962 ya mencionados, de lo que resultó la determinación de siete regiones: 1) Patagonia; 2) Comahue; 3) Centro; 4) Cuyo; 5) Noroeste; 6) Noreste y 7) Pampeana.

El gobierno militar de 1966 instrumentó el Sistema Nacional de Planeamiento y Acción para el desarrollo, cuyos objetivos y finalidad fueron —entre otros— los de “determinar las políticas y estrategias directamente vinculadas al desarrollo nacional, formular los planes nacionales de largo y mediano plazo, los planes regionales y sectoriales, compatibilizarlos, coordinar su ejecución, evaluar y controlar los esfuerzos nacionales para el desarrollo” (Ley 16.964 artículo 2). Para la determinación de las regiones, se utilizó el criterio de región-plan respondiendo en general al sistema elaborado por el CFI en el año 1963, e introduciéndose como modificación más importante la delimitación de la región metropolitana de Buenos Aires, con la que formaron finalmente ocho regiones.

En diciembre de 1977, el entonces Ministerio de Planeamiento de la nación efectuó un requerimiento a las provincias para la concreción de una propuestas de regionalización espacial del país, presentando como recurso metodológico una hipótesis de trabajo que contemplaba la integración de siete regiones: NEA; NOA; Centro; Cuyo; Pampeana; Patagónica y Mar argentino.

También se han llevado a cabo experiencias a nivel provincial e interprovincial, que en forma aislada y aún sin integrarse en un verdadero sistema nacional, propusieron la puesta en vigencia de planes regionales. La Corporación Norpatagónica, creada en el año 1958 por un tratado interestatal entre la nación y las provincias de Chubut, Neuquén y Río Negro, y que tuvo como finalidad el aprovechamiento de los recursos naturales de la región y la promoción de la actividad industrial siderúrgica.

El de la Comisión para el estudio del desarrollo integral de la zona de influencia de los ríos Neuquén, Limay y Negro que concluyó con la definición de criterios prioritarios para la región del Comahue.

El del ente Patagónico, que desarrolló su actividad durante el año 1966 hasta su disolución después del golpe militar de ese año y que se orientó a la coordinación, la promoción y la representación de los intereses patagónicos, en cuanto a lo social, económico y cultural.

También deben destacarse la primera y segunda conferencias de gobernadores, llevadas a cabo entre agosto de 1958 y febrero de 1959 en la provincia de Santa Fe, y en donde se analizaron las situaciones provinciales dentro del contexto federal.

Todos estos antecedentes son los que llevaron a proponer la creación de regiones en los dos principales antecedentes documentados que tuvo el constituyente de 1994. Éstos son: la reforma provisoria de 1972 y los “Dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Así decía el dictamen de mayoría sobre el funcionamiento del contenido de la Reforma Constitucional elaborado por la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional (1971), suscrito por los doctores Germán J. Bidart Campos, Carlos M. Bidegain, Natalio R. Botana, Julio Oyhanarte, Roberto I. Pena, Pablo A. Ramella, Adolfo R. Rouzaut y Jorge R. Vanossi, en el punto 12, referido al “federalismo”:

Sólo dos cuestiones, nos parece, justifican la introducción de reformas normativas. La primera, es la referente a lo que cabría denominar “La Región”. Las normas constitucionales sólo contemplan dos centros estatales de decisión —la nación y las provincias— y excluyen toda autoridad intermedia. En éste como en otros tantos aspectos, sin embargo, la realidad sobrepasa a la norma. Las delimitaciones socioeconómicas, determinadas por la naturaleza desbordan a las delimitaciones políticas fijadas discrecionalmente por los hombres. Así, junto a la figura jurídica de la provincia surge la figura extrajurídica de la región, comprensiva de varias provincias ligadas entre sí por una comunidad

de vida y acaso el destino. Esta segunda figura no puede ser ignorada ya. El interés plural que ella representa, y que por lo demás se ajusta a la moderna doctrina de los “polos de desarrollo”, merece ser jurídicamente tutelado. Ello equivale a reconocer que el esquema bipartito de la Constitución es insuficiente y que la regla de que todo lo supraprovincial es nacional, derivada especialmente del artículo 67 inciso 12 debe ser modificada, creándose la valiosa posibilidad de que lo supraprovincial sea regional; es decir, pertenezca a un orden todavía descentralizado, todavía inmediatamente vinculado a intereses que siguen siendo locales, y que se perciben mejor cuando se les mira desde cerca.

La modificación que aconsejamos, debería establecer que sin perjuicio de las grandes directivas que son de la competencia del Estado nacional, sería legítima la actuación de autoridades y organismos regionales, con facultades de administración y decisión, autorizados por el Congreso y nacidos del acuerdo de las provincias interesadas. Esas autoridades y organismos tendrán atribuciones respecto del planteamiento regional y del funcionamiento de entes regionales de fomento o de desarrollo...

Esta posesión tan favorable a la Región no fue sin embargo compartida por toda la doctrina, toda vez que pesa el argumento histórico contrario a la formación de “Ligas de gobernadores” que llevan al recuerdo del flagelo de las guerras civiles del siglo pasado. Ese rechazo también se funda, muchas veces, en el apego estricto al modelo federal de origen norteamericano, sobre el que se asentó la organización nacional. Y finalmente, existe un aspecto político que no debe desconocerse cual es la existencia de fuerzas políticas consolidadas en cada una de las provincias y que defienden la autonomía de las mismas y que no verían con agrado una “disminución” de rango en ellas.

Sin embargo, en el primer dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia se propuso en el punto VI “Federalismo” “...Los puntos de la Constitución que consideramos necesario modificar son: aquellos vinculados a las facultades de las provincias para celebrar tratados parciales y a constituir regiones a través del Senado federal conforme a los mecanismos a instituir en la reforma constitucional...”.

Y en el dictamen de comisión que sostenía la regionalización se señalaba:

...consideramos ahora la conveniencia de establecer con el mismo rango jurídico la posibilidad de que las provincias haciendo uso de los poderes no delegados, puedan constituir regiones con la finalidad de optimizar el aprovechamiento de todos sus recursos, sean éstos naturales o económicos, lo que

les permitirá a cada una de ellas, desarrollar un proceso de crecimiento armónico que sin duda redundará en la consolidación de nuestro jaqueado sistema federal...

Cabe advertir (continúa el dictamen) antes de seguir adelante que —como lo señala Pedro J. Frías— ...La Constitución debe recoger la región, no como una nueva colectividad territorial, sino como un nivel de decisión por ahora adjetivo...debe servir a la mejor integración del país pero no constituir un nuevo nivel de gobierno. La región es la nueva oportunidad de un acercamiento de escala entre la provincia y la nación, que permitirá...dar a la política nacional la triple dimensión del país como totalidad, como complementación de regiones y como unidad indestructible de unidades indestructibles...

El Consejo para la Consolidación de la Democracia entendía que la regionalización no debía ser producto de una imposición, sino que debía ser el producto de un acuerdo entre las provincias y la nación. “...El sistema de regionalización que proponemos deberá estar fundado en el acuerdo interestatal, es decir entre las provincias y la nación, su implementación deberá ser el producto de la concertación entre las distintas jurisdicciones, siendo el ámbito natural para lograr esa concertación el Senado federal...”<sup>2</sup>

Los antecedentes mencionados, más una cantidad de hechos de la realidad, como la afirmación de los acuerdos regionales (NOA), la definición de nuevas zonas (Patagonia Norte y Patagonia Sur), así como la creación de una Comisión Nacional para la Promoción y Desarrollo de la Región Patagónica, dependiente directamente de la presidencia de la nación, ha llevado a establecer la cuestión en el artículo 3 de la Ley 24.309 con el objeto de “fortalecer el federalismo”. Ese norte valorativo debe ser tenido especialmente en cuenta al interpretar el sentido de las normas llamadas a reglamentar en el nuevo artículo 124.

Como destacan Sabsay y Onaindia, se eleva a nivel constitucional la atribución para crear regiones, pero se restringe la finalidad de éstas al desarrollo económico y social. Si bien se reconoce a las provincias la potestad para crear órganos regionales, éstos sólo tendrán facultades para el cumplimiento de los fines económicos y sociales de la región, desconociéndose así el fenómeno de regionalización de funciones que ha tenido gran impacto en la conformación política de Europa.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen preliminar*, Buenos Aires, Eudeba, 1986, p. 164.

<sup>3</sup> Sabsay, Daniel y Onaida, José M., *La Constitución de los argentinos*, Errepar, 1994.

Antes de la reforma, en un seminario especialmente convocado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, se refería nuevamente al tema el doctor Pedro J. Frías en los siguientes términos:

Regionalización: Es el espacio y sus interrelaciones las que ligan al hombre con su tierra. Es la región y no los límites políticos la que define su ámbito existencial. Las provincias constituyen aun el mejor nivel de asignación de competencias, pero hay evidencias de vida regional que requieren apoyo, y hay problemas interjurisdiccionales que por su escala no deben ser atendidos con criterio de frontera sino de unidad. La regionalización no se agota con la creación o el reconocimiento de regiones que engloben provincias o sus partes, sino que se traduce en una útil descentralización de servicios y operaciones del gobierno (regionalización de bancos, sociedades del Estado, Tribunal Fiscal de la Nación, etcétera). Regiones: Las regiones de desarrollo pueden restablecerse —con las variaciones que la experiencia aconseje— por una norma nacional o por tratados interprovinciales que traducen mejor sus preferencias, o por una forma mixta que atenúe los riesgos de uno u otro sistema. Con la experiencia actual, conviene prever objetivos de creciente ambición a diversos plazos. Por ahora debe favorecerse la integración regional del país, reservando a las provincias de cada región la decisión de los objetivos y políticas de desarrollo y a las provincias individualmente de dichos planes en sus jurisdicciones...<sup>4</sup>

La Convención Nacional Constituyente de 1994, introdujo como artículo 124 el texto que sigue:

Artículo 124: Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico-social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, y 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 el crédito público de la nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

<sup>4</sup> Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *La Reforma Constitucional argentina 1994*, Buenos Aires, 1994, p. 138.

### III. CONVENIOS INTERNACIONALES QUE PUEDEN CELEBRAR LAS PROVINCIAS

Entendemos, en cambio, que este segundo punto requiere de una pronta reglamentación por parte del Congreso. Aún cuando el artículo 124 no menciona expresamente la necesidad de una ley, la situación creada a partir de la Reforma requiere de prontas precisiones.

La Reforma de 1994 ha modificado sustancialmente la categorización de los tratados internacionales en el derecho constitucional argentino. El debate estaba planteado, recordemos, en términos de “monismo” o “dualismo” desde el caso “Merck Química Argentina c/ Gobierno Nacional” (1948) hasta llegar a la más moderna doctrina de “Ekmedjian c/ Sofovich”, “Fibraca c/ Comisión Mixta de Salto Grande” y “Cafés La Virginia”.

Antes de la reforma discutíamos que tenía más jerarquía normativa, el tratado, la ley o si ambos estaban equiparados. La solución al problema dependía de la postura que se adopte, si bien la tendencia, tanto en el derecho internacional como en el derecho argentino era, cada vez más, la de dar preeminencia a los tratados sobre las leyes. La cuestión se profundizó en nuestro país a partir de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” y de la tendencia a considerar la “supranacionalidad” en relación a los tratados de integración económica. Mucho se ha escrito sobre el tema en los últimos tiempos, razón por la cual nos remitimos a la literatura existente, incluyendo nuestros distintos trabajos.

El derecho público provincial, por su parte, admitía los acuerdos interprovinciales en el anterior artículo 107 de la Constitución nacional, por esa vía prosperaron también los acuerdos interjurisdiccionales con el Estado federal a través del mecanismo generalmente utilizado de las leyes-convenio.

No tenían las provincias, en cambio, la facultad constitucional de celebrar tratados internacionales. Esa potestad aparecía como una potestad exclusiva de gobierno federal, no sólo por la normativa expresa del ex artículo 67 inciso 19 (actual 121) y los artículos 27 y 31, sino también por el propio carácter federal de la forma de Estado que surge del artículo 1o...

La reforma ha modificado todo ese panorama. Tenemos ahora las siguientes categorías de tratados:

- a) Tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22).

- b) Tratados de derechos humanos que no tienen jerarquía constitucional, pero que pueden llegar a adquirirla en función de lo dispuesto en el mencionado artículo 75 inciso 22.
- c) Tratados de integración con los países de América Latina (artículo 75 inciso 24).
- d) Tratados de integración con los demás países, que requieren de un sistema distinto de aprobación que los anteriores (artículo 75 inciso 24).
- e) Tratados internacionales comunes, que a partir de la reforma tienen jerarquía superior a las leyes (artículos 31 y 75 inciso 22).
- f) Los convenios internacionales que pueden celebrar las provincias, de acuerdo con el texto del artículo 124 incorporado a la Constitución nacional. Desde el punto de vista del derecho internacional, la denominación acuerdo, convenio o tratado es indistinta, lo importante es la responsabilidad internacional del Estado que los mismos generan.
- g) Vanossi agrega a la enumeración precedente a los acuerdos simplificados de gobierno a gobierno, o de ejecutivo a ejecutivo que son de frecuente práctica en el derecho internacional debido a la velocidad de las comunicaciones.

Son *self executing*, resultan obligatorios y generalmente no se publican en el *Boletín Oficial*, razón por la que sostiene la necesidad de reglamentarlos aunque la Constitución no los mencione.

El doctor Juan Vicente Sola, se ha referido a la enumeración de tratados que realiza la Constitución nacional después de la Reforma de 1994, sosteniendo que:

...la inclusión en la Constitución no hace a los tratados internacionales más obligatorios dentro del sistema jurídico interno, ni más vinculantes con respecto a la comunidad internacional. Ello, en razón de que la reforma constitucional estableció que los tratados y concordatos “tienen jerarquía superior a las leyes”, por lo que tienen ya vigencia normativa sólo inferior a la Constitución misma. La enumeración cumple, en cambio, un importante fin didáctico, ya que textos en gran medida ignorados por la opinión pública serán ahora de lectura habitual.<sup>5</sup>

5 Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 246.

Volviendo a los tratados que pueden firmar las provincias, se trata de un problema delicado que es, a nuestro juicio, imperioso reglamentar y aclarar. Es más, hemos pensado desde un principio que debió ésta ser la primera ley reglamentaria de la Constitución. Entendemos que la norma tal como está redactada, si quedara abierta podría ocasionar graves consecuencias a la responsabilidad del Estado federal, por un lado y por el otro, también, herir al federalismo que es justamente el valor que el Constituyente pretendió preservar.

Decimos esto porque es de la esencia del Estado federal que la potestad en materia de relaciones exteriores corresponda al Congreso Nacional y no a cada uno de los estados. Si se admitiera tal dispersión de la soberanía en el plano internacional abriríamos las puertas de la disolución del Estado federal a favor de una suerte de Estado confederado.

No impide que las provincias puedan celebrar acuerdos parciales de complementación y cooperación, que imaginamos factibles y útiles, por ejemplo en zonas fronterizas, donde inclusive podría darse la integración de infraestructuras para potenciar capacidades instaladas mutuas favoreciendo a las poblaciones respectivas, toda vez que son habitantes, las personas, en definitiva los últimos y principales beneficiarios de los esfuerzos constitucionales y legislativos.

Pero entendemos que no basta “dar conocimiento al Congreso de la Nación” del acuerdo o tratado a celebrar sino que debe tenerse su autorización. Esto es así porque de lo contrario el gobierno federal estaría resignando su potestad en materia internacional.

Además, existen razones prácticas, hechos de la realidad que es menester atender y no desconocer. Es impensable suponer, que las provincias puedan responsabilizarse internacionalmente por acuerdos celebrados con otros países o entidades territoriales de otros países. Siempre será el Estado federal en quien recaiga esa responsabilidad, no sólo por razones jurídicas, sino también económicas. Supongamos un acuerdo de tipo financiero y seguramente verificaremos que será el Estado nacional quien tenga que avalar ese acuerdo, como ocurre en la práctica. Las circunstancias de emergencia por las que atravesó la provincia de Córdoba, una de las principales provincias argentinas, a mediados de este año demuestran esta afirmación: Córdoba no consiguió crédito externo por sí sola. Solamente podía conseguirlo con el aval del Estado federal. La circunstancia apuntada, vista con todo realismo es indicativa de que la ley que mencionamos debería en principio deslindar que tipos de

acuerdos son los que las provincias podrían realizar, además de establecer que el “conocimiento” que la Constitución requiere es un conocimiento racional y eficiente que supone la existencia de una manifestación de la voluntad, positiva o negativa por parte del Congreso que es el órgano del gobierno federal en quien reposa la facultad de aprobar todos los tratados internacionales que comprometen a la nación (artículo 75 inciso 22).

El doctor Alberto Zarza Menzaque, en un trabajo publicado en la obra de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la Reforma Constitucional* sostiene que debería ser un acuerdo, marco o una ley-convenio del Congreso de la Nación el mecanismo por el que se establezcan los requisitos que deben reunir los tratados, así como que su celebración quedara a cargo exclusivo del gobierno federal.<sup>6</sup> Agrega el autor citado:

Si bien las provincias no pueden celebrar tratados con naciones extranjeras, no están impedidas de cooperar y protagonizar otras etapas del mismo. Ello es congruente con lo acordado en el Pacto de Reafirmación Federal, cuando declara que “...Reafirmar el federalismo, no supone sólo redistribuir nuevamente algunas competencias o reasignar responsabilidades funcionales, sino reasumir el compromiso de asentar la convivencia futura sobre la base del respeto, la tolerancia y las garantías de igualdad de oportunidades de todas las partes que componen el Estado nacional... que la desfederalización del país es un problema real cuya solución debe ser encarada efectivamente por el gobierno nacional y los gobiernos provisionales, mediante conductas que exterioricen una voluntad clara y concreta, en orden a revitalizar los principios federalistas sobre los que se asienta nuestro sistema institucional...”

El documento mencionado señala como objetivos:

IV. Impulsar el desarrollo de un federalismo de concertación...VI. Asegurar que la nación y las provincias arbitren medidas para lograr el ejercicio por parte de los estados locales de los poderes reservados que constitucionalmente le competen y que han sido indebidamente asumidos por el gobierno nacional...así como también adoptar las soluciones institucionales que conduzcan a una mejor participación de las provincias en el ejercicio de los poderes concurrentes con la nación...Quinto: Reconocer el derecho de las provincias a realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional para satisfacción de

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 401.

sus intereses locales, sin lesionar las atribuciones constitucionales que en materia de política exterior le corresponden al Estado nacional...Sexto: En materia de poderes concurrentes o delegados a la nación, se ejecutarán políticas de concertación a través de mecanismos que aseguren la participación de las provincias y regiones en el proceso de toma de decisiones en el control de su ejecución...

Atento a que nuestra Constitución ha otorgado al gobierno federal la exclusividad en el manejo de las relaciones exteriores, si las provincias pretendieran vincularse con un Estado extranjero por intermedio de un tratado, deberán hacerlo mediante la intervención necesaria del gobierno nacional; pero lo expresado no excluye la posibilidad de la celebración de preconvencios a nivel municipal o provincial, o el de las bases de los futuros tratados por medio de organismos técnicos locales. En tal sentido, con anterioridad recordamos que el “Tratado de San Lorenzo” entre Canadá y Estados Unidos es un claro ejemplo preciso del camino formativo que respeta la estructura federal y el interés municipal, que es en definitiva el del hombre y su inmediatez.<sup>7</sup>

La doctrina tradicional ha mantenido una postura estricta, en cuanto a que siendo atribución del Poder Ejecutivo el concertar los tratados internacionales y correspondiendo al Congreso su aprobación o rechazo, no era posible la participación de las provincias, y aún menos de los municipios en las etapas de gestión previa del acuerdo internacional.<sup>8</sup>

Esa posesión no era compartida por otros autores que se especializaron en el tema como Pedro J. Frías y Horacio Daniel Piombo.

Para Piombo la palabra sugiere “algo más formal, de mayor importancia y jerarquía...pese a la amplitud del término, no todos los acuerdos son tenidos en mira por los dispositivos constitucionales en vigor. Más todavía si se tiene presente que los mismos parecen referirse a instrumentos dotados de un contenido reglado por el derecho público”. Así, por ejemplo, dentro del pensamiento de Alberdi las provincias no podían constituir ligas defensivas u ofensivas que pretendieran atenuar contra los poderes de la nación. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense ha señalado que: “los acuerdos que los estados

<sup>7</sup> Zarza Menzaque, Alberto, *Comentarios a la Reforma Constitucional*, cit., nota 5, pp. 402 y 403.

<sup>8</sup> González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Librería Nacional.

locales no pueden celebrar son aquellos que puedan poner en conflicto los poderes que los Estados, al adoptar la Constitución, han delegado en el gobierno federal, o que asumen el pleno y libre ejercicio de la autoridad federal” (*Union Rail Co. vs. East Tennessee Railroad* y *Virginia vs. Tennessee*).

Por lo expuesto y atento a lo dispuesto en el artículo 124 con respecto a los convenios internacionales que pueden celebrar las provincias, resulta indispensable que el gobierno nacional fije las pautas o marcos habilitantes (*umbrella agreement* o *acords cadre*) y que 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. En ese sentido, el Congreso debe intervenir y “tomar conocimiento” antes de la concertación del tratado y otorgar o negar la autorización.

El artículo 124 establece que la ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto, pero no queda claro si hace referencia a las dos facultades mencionadas en la disposición, o sólo a la relacionada con la potestad de celebrar convenios internacionales. Como la redacción no distingue, cabe aplicar el criterio de interpretación que indica que, cuando la ley no distingue, no corresponde al intérprete realizar distinciones, y concluir, por lo tanto, que se refiere a ambas atribuciones y que su alcance se establecerá cuando se dicte el estatuto previsto en el artículo 129.

En cualquier caso queda claro que se trata de una nueva afirmación constitucional de la autonomía porteña que el artículo 129 consagra con claridad y que se reafirma en la norma referida a la intervención federal.

#### IV. LOS RECURSOS NATURALES

El artículo reconoce expresamente el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio. Esa circunstancia estaba implícita en el anterior artículo 104 (actual 121) que reservaba a las provincias los poderes no delegados en el gobierno federal, pero el constituyente ha preferido hacer esa situación expresa.

Es necesario distinguir el dominio de los recursos naturales de la jurisdicción sobre los mismos. Esta última, entendida como la capacidad para reglar los usos que, en términos generales aunque el dominio sea

provincial, la jurisdicción será federal en cuanto afecte al comercio o la navegación intraprovincial o internacional.<sup>9</sup>

Así ocurre que no siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción. Señala Frías que si esto es importante bajo cualquier régimen de descentralización, con mayor razón lo es en un Estado federal, donde convergen hacia los fines de la Constitución el gobierno central, los provinciales y las municipalidades.

El dominio es “el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona” (artículo 2506 del Código Civil). La jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas y sobre las relaciones. El dominio lleva necesariamente 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.<sup>10</sup>

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a esta cuestión sosteniendo que:

...dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra y viceversa. Así la jurisdicción sobre playas y riberas, que no importa el dominio nacional sobre ellas; así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales en inmuebles no adquiridos, así el dominio privado del estado general en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional; en éstos hay dominio y no jurisdicción. La jurisdicción nace con el destino de orden nacional que se da a los terrenos obtenidos por compra o cesión.<sup>11</sup>

En este punto cobra especial significancia la materia de regulación del medio ambiente que debe relacionarse, en consecuencia, con el artículo 41 de la Constitución reformada. En ese plano las provincias continúan manteniendo el dominio sobre los recursos naturales y ejercen el poder de policía sobre los mismos, pero existe un “capital mínimo” ambiental que deberá regularse a través de una ley nacional que esta-

<sup>9</sup> Frías, Pedro J., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, pp. 172 y ss.

<sup>10</sup> Villegas Basvilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, t. IV, p. 14.

<sup>11</sup> Fallos, 154:312.

blecerá esos contenidos mínimos. El sistema que propone una ley-convenio del tipo que se emplean en los sistemas de coparticipación impositiva.

El Consejo para la Consolidación de la Democracia había propuesto la siguiente modificación en su *Dictamen Preliminar*.<sup>12</sup>

Lo relativo al régimen de los recursos naturales, cuya propiedad se debería asignar explícitamente a las provincias, sin perjuicio de que su explotación correspondiere a las provincias o a la nación y/o a los particulares, según los acuerdos celebrados entre la nación y las provincias. Se podría crear la alternativa de que el Estado nacional de alguna manera supervise o controle la explotación de los recursos naturales, especialmente cuando esa función es asumida por terceros. Se trata de una alternativa que, de alguna manera, cercena el poder de las provincias al nacionalizar los minerales energéticos, las caídas de aguas y el mar territorial. Sin embargo, ante la desigualdad de las provincias en cuanto a sus recursos naturales y fuentes de riqueza, se considera necesario instituir mecanismos de redistribución, de tal forma que las provincias y el pueblo de cada una de ellas crezca y se desarrolle armónicamente. No hay que olvidar que el Estado federal es una empresa cooperativa entre los distintos estados provinciales y en consecuencia, los distintos Estados miembros, no sólo deben compartir el trabajo y el esfuerzo comunitario, sino también las riquezas y los beneficios del sistema (ética de la solidaridad).

Estos principios han sido en parte en distintas partes de la Reforma Constitucional, especialmente en el artículo 75 al establecer los postulados de equidad y lealtad federal y sobre todo cuando el inciso 19 propugna un desarrollo armónico y equilibrado del territorio.

Antes de la Reforma, el doctor Pedro J. Farías, reconocido especialista en la materia, se expresaba sobre el tema en los siguientes términos:

Recursos Naturales: Las bases económicas de la sociedad local se desdoblaron en desarrollo tecnológico si se acierta en las fórmulas de participación dentro de las empresas del estado nacional que explotan sus recursos y si son equitativas las reglas del aprovechamiento, con su obligada industrialización de origen, si es económicamente posible, y sus compensaciones adecuadas en regalías y tarifas.

<sup>12</sup> Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen preliminar...*, cit., nota 2, p. 70.

La experiencia actual de concentración aconseja reconocer nuevamente el dominio de los hidrocarburos a las provincias, con las que se convendrá un régimen de explotación que fortalezca la decisión nacional.

Una vez más, prefiero la voz de la concertación para la fórmula respectiva en un acuerdo federal o en una reforma constitucional. En materia de hidrocarburos y de recursos del mar sólo interesa una disciplina que junto con la eficiencia fortalezca la decisión nacional: unidad de política que puede acoger diversos modelos de explotación.

El poder concertar que reconoce como parte del gobierno central garantiza totalmente el interés nacional, tanto en cuanto a los deberes de Estado-nación como en cuanto a la solidaridad interna que exige de las provincias productoras políticas redistributivas. El deber de “concertar” puede cumplirse a través de nuestro inciso 12...<sup>13</sup>

En este punto también las reflexiones del maestro Frías son un aporte invaluable a la hora de legislar bajo el principio de un federalismo “cooperativo” por oposición a un federalismo de confrontación. La importancia del tema resalta a la hora de regular servicios públicos en las provincias sobre la base de prestación de recursos naturales y de privatizaciones aún no realizadas.

## V. EL FEDERALISMO FISCAL

Si las cuestiones económicas y —especialmente— las cuestiones impositivas se encuentran ligadas de manera muy estrecha con los orígenes del constitucionalismo, reflejándose en las limitaciones al poder de imposición del Estado a través de la consagración de garantías que forman parte de la tradición cultural de occidente como una expresión del *rule of law*, no debe extrañar que también encontremos en el diseño del federalismo como forma de Estado, importantes fundamentos que se sustentan en el ámbito de lo fiscal.

La forma de Estado federal declarada en el artículo 1 de la Constitución nacional responde a una relación poder-territorio referida a la manera en que la capacidad de gobierno y de coalición del Estado se distribuye en la geografía nacional por intermedio de una asignación definida de competencias.

<sup>13</sup> Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *La Reforma Constitucional argentina*, 1994, *cit.*, nota 4, p. 136.

Así como en materia de derechos y libertades públicas el principio ordenador se encuentra en la última parte del artículo 19; en el ámbito orgánico de la asignación de competencias territoriales se encuentra en el artículo 121 (ex 104) que, siguiendo a la *Décima Enmienda* de la Constitución de los Estados Unidos, dispone que las provincias conservan todos los poderes que no han delegado expresamente en el gobierno federal.

La referencia a la Constitución estadounidense tiene relevancia porque sirve para explicar —siguiendo su proceso histórico— que el sistema federal no siempre supone un proceso de descentralización territorial. En el caso de los Estados Unidos se trató, por el contrario, de un proceso de centralización de funciones y competencias desde los Estados preexistentes en los pactos de la unión perpetua y los artículos de la Confederación hacia un Estado federal. En el campo tributario, la organización del federalismo norteamericano se basó en un sistema de separación de fuentes tributarias con fuertes facultades por parte de los estados que fueron muy celosos de resignar poderes a la Unión.

Nuestro país adoptó el federalismo en un contexto histórico diferente y más bien como una fórmula superadora de los antagonismos y luchas feroces entre unitarios y federales, siendo que los integrantes de este último bando no eran propiamente “federalistas” en el sentido del modelo norteamericano, sino independentistas que propugnaban una Confederación de estados soberanos cuyo fundamento principal era la oposición a Buenos Aires. El conflicto civil del siglo pasado puede también ser descriptivo como el enfrentamiento entre un modelo de valores tradicionales frente a una propuesta de progreso ilustrado de connotaciones asambleístas.

Con razón se ha dicho que el Pacto Federal de 1831 no reflejó exactamente un modelo confederal, toda vez que el lenguaje o la denominación de “provincias” no representaba la idea de estados soberanos que, en realidad se habían unido en derredor del liderazgo ejercido por Juan Manuel de Rosas quien detentaba el encargo de las Relaciones Exteriores por delegación de los gobernadores de las provincias al gobernador de la provincia de Buenos Aires. En materia fiscal, las ordenanzas de Aduanas sancionadas por el gobierno de Rosas constituían, junto a los empréstitos, al columna vertebral del precario orden financiero confederal.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Véase Carmagnani, Marcelo (coord.), *Federalismos latinoamericanos. México/Brasil/Argentina*, México, Fondo de Cultura Económica.

Después de Caseros se adoptó la fórmula federal propuesta por Echeverría y por Alberdi como “transacción” entre las tendencias en pugna. Fue desde el inicio un federalismo concentrado, hecho a la medida de Justo José Urquiza como jefe “supremo” de la nación. El Congreso se reservaba la facultad de revisar las Constituciones provinciales y de promover el juicio político a los gobernadores, medidas que fueron anuladas en la reforma de 1860 agregándose algunos elementos de mayor autonomía provincial como consecuencia de las concesiones realizadas a la Provincia de Buenos Aires con motivo de su incorporación a la nación unificada.

La comparación con el modelo federal de los Estados Unidos nos sirve para demostrar que, más allá de la forma de Estado adoptada (Confederación, Federación o modelo unitario), dentro de cada una de ellas pueden existir diferencias de grado hacia una mayor o menor concentración o centralización de funciones. En ese sentido, el federalismo de la Argentina y el federalismo de los Estados Unidos se diferencia por sus distintos niveles o grados de descentralización.

Algunas de esas diferencias se encuentran por ejemplo en la facultad de legislar sobre el derecho común o de fondo que allá compete a los estados en tanto que en nuestro país es una atribución del Congreso (*cf.*, Artículo 75 inciso 12) y en la facultad que tiene el Congreso de intervenir una o más provincias para asegurar la paz interior (artículo 6 Constitución nacional).

El federalismo argentino es un federalismo centralizado desde sus inicios y que fue adquiriendo un carácter cada vez más centralista con el transcurso del tiempo y el desarrollo de los acontecimientos históricos y políticos; algunos rasgos de nuestro sistema institucional contribuyeron a que ello ocurriera, como el carácter hegemónico de nuestro modelo presidencialista, el carácter nacional de los principales partidos políticos y el frecuente abuso de recurrir a las medidas de emergencia como el estado de sitio y la antes mencionada intervención federal, rasgo que contribuyeron aún más las reiteradas “emergencias” en lo económico social.

Todos estos rasgos confluyen para que se afirme que nuestro sistema conforma en realidad un “unitarismo solapado”.<sup>15</sup> A la enunciación del párrafo anterior deberíamos agregar las consecuencias negativas de las

<sup>15</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, t. I.

frecuentes interrupciones constitucionales por los golpes de estado y gobiernos *de facto* que recurrieron a estilos de gobiernos centralizados con una directa dependencia de las provincias al poder central en estructuras de carácter jerárquico. El sistema federal fiscal se fue centralizando también con el correr de esos acontecimientos y pasó de ser un efecto a convertirse en una de las principales causas de nuestras tendencias cada vez más centralistas. Los denominados sistemas de “coparticipación federal” han ocupado un papel protagónico en esta historia del federalismo argentino.

En honor a la verdad, la vigencia plena del federalismo dependió de la existencia de determinadas y ocasionales circunstancias políticas que lo favorecieran. Las primeras presidencias se vieron signadas por el esfuerzo de consolidar la nación donde la fortaleza del Partido Autonomista de la provincia de Buenos Aires liderado por Adolfo Alsina y figuras de la talla de Leandro N. Alem sostuvo principios federales que llevaron a la lucha armada por la capitalización de Buenos Aires.

Fue la conformación de un orden conservador, a partir del Partido Autonomista Nacional que encontró en el General Roca a una figura del interior del país con la capacidad para liderarlo la que consiguió establecer una alianza de permanencia entre los gobernadores de las provincias del interior que duraría hasta su derrota en las urnas a favor de un gobierno popular en 1916.

Ese orden conservador, con sus características propias de exclusión social y de fraude electoral sostuvo un sistema caudillesco de diálogo ya acuerdo frecuente entre los gobernadores provinciales y el gobierno central que balancearon el poder anterior de la provincia de Buenos Aires, dando lugar a un periodo que podríamos calificar de “federalismo ilustrado”.

A partir de la presidencia de Hipólito Yrigoyen, las necesidades de una política que incorporara la masa de inmigrantes y superara las desigualdades contribuyó al crecimiento del aparato estatal y a una conducción más centralista de la política que se vio reflejada en las frecuentes intervenciones federales destinadas a socavar los levantamientos conservadores en los bastiones provinciales.

Las tensiones centralistas y anticentralistas se encuentran en el juego de las mismas instituciones diseñadas por la Constitución, que establece el principio de la delegación de competencias originaria desde la periferia hacia el centro (artículo 121) pero que al mismo tiempo se preocupó

por el fortalecimiento del Estado central a quien había de dotar de las mayores facultades que fuera posible, conforme lo aconsejaba Alberdi en las “Bases” para quien había de fortalecer al Ejecutivo y al gobierno central a través de rentas, porque sin rentas no habría ni gobierno ni nación.

## VI. LA SEPARACIÓN DE FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

El pensamiento alberdiano encierra cierta contradicción entre las facultades originarias de las provincias para recaudar impuestos internos, limitando la recaudación federal a los derechos al comercio exterior y a los impuestos directos — excepcionales— por tiempo determinado (ex. artículos 67 inciso 1 y 2, con artículos 4 y 121 de la Constitución nacional) y el rol centralista y promotor del Estado central, destinado a ser la maquinaria impulsora del progreso y la ilustración (ex artículo 67 inciso 16 Constitución nacional) aunque respetando los principios liberales de la iniciativa individual en materia económica.

Esas tensiones se fueron resolviendo con el tiempo en una actitud fortalecedora el Fisco Nacional en desmedro de los fiscos provinciales. Uno de los aspectos que requerirían de un estudio más cuidadoso desde una perspectiva económica, es determinar hasta que punto el Estado central realizó una apropiación ilegítima de la renta sobrepasando límites vedados por el orden público constitucional y hasta que punto esa actitud se debió a un abandono por parte de las provincias de ejercer facultades que les son propias.

La Constitución “histórica” de 1853 adoptó un sistema de separación de fuentes impositivas al diferenciar entre impuestos “directos” e “indirectos”. El derecho comparado reconoce distintas modalidades para asignar la potestad tributaria a las distintas jurisdicciones o bien para repartir o coparticipar entre ellas lo recaudado por un ente o centro único; de ese modo, México representa un ejemplo de país con sistema de coparticipación donde recauda el Estado central y reparte entre los distintos estados el producto de esa recaudación. Otro ejemplo en el mismo sentido es el de Venezuela, cuya Constitución se declara federal desde un punto de vista formal aunque su realidad es centralista y donde un porcentaje de la recaudación impositiva total se destina a provincias y municipios por imperio constitucional.

En Estados Unidos el principio es el de separación de fuentes con un alto porcentaje de presión tributaria local en tanto que en Brasil, la Constitución de 1986 diseñó un modelo de la separación de fuentes donde sobresalen las importantes atribuciones estatales en materia de recaudación, en desmedro del Estado central. En Brasil tiene carácter estadual aún el Impuesto a la Circulación de Mercaderías y Servicios (ICMS) equivalente al IVA, que suele ser un impuesto que recaudan los estados centrales, como contraste baste señalar que en Europa el IVA es recaudado por la Unión Europea que lo coparticipa con cada Estado.

El análisis comparatista permite determinar que en general los países han adoptado uno u otro sistema. La Constitución argentina de 1853 adoptó el sistema de separación de fuentes, en tanto la Reforma Constitucional de 1994, sin derogar ni reformar el sistema anterior, introdujo el mecanismo de la coparticipación federal de impuestos, conforme se venía realizando en nuestra práctica desde hace años y como consecuencia de las deformaciones y desvíos ocurridos sobre el sistema original de la Constitución.

En la etapa fundacional, cuando el Estado nacional era muy pequeño, limitado a sus deberes esenciales de defensa, seguridad y justicia, la separación de fuentes respondió al criterio resultante del artículo 75 inciso 1 de modo que los derechos de importación y exportación bastaban para sostener los requerimientos del fisco, tanto más ello cuando el modelo agroexportador asentado sobre riquezas de la pampa húmeda, los ferrocarriles y la Aduana de Buenos Aires daba plena satisfacción a esas necesidades, atribuyéndose a las provincias la facultad de recaudación de los denominados impuestos “internos” por oposición a los impuestos “externos” derivados del comercio exterior.

La aplicación de impuestos al comercio exterior planteó algunos tempranos debates en la convención *ad hoc* de Buenos Aires para la Reforma de 1860 y en la Reforma Constitucional de 1898. En su oportunidad, Rufino de Elizalde sostuvo la necesidad de reservar a la nación los derechos de importación y reservar las provincias los derechos de exportación, a fin de promover las mismas. Prevalió la idea contraria por la razón de que algunas provincias tienen mayores recursos exportables que otras y ello iría en mengua de la solidaridad fiscal territorial y la unidad de la nación en su conjunto, pero el argumento no deja por ello

de ser interesante en tiempos en que pretenden seguirse políticas de “apertura” y de promoción de exportaciones.<sup>16</sup>

Por otra parte, la Constitución distingue los impuestos “directos” de los impuestos “indirectos”. Esa clasificación surge de la redacción del artículo 75 inciso 2 y de manera más específica, de la redacción anterior a la Reforma de 1994, cuya numeración correspondía al inciso 2 del artículo 67. El mismo refiere a que la nación sólo puede “...imponer contribuciones directas por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exija...”

Si la nación sólo puede establecer impuestos directos por excepción y en circunstancias excepcionales, fácil es deducir que la regla general es que tal competencia es en principio de las provincias, conforme surge el principio general del artículo 121 de la Constitución nacional, conforme al que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Como la Constitución histórica nada decía en referencia a los impuestos indirectos, fácil era también deducir y de acuerdo con el mismo principio del artículo 121 (ex 104) que eran competencia provincial.

Sin embargo, a medida que los requerimientos fiscales fueron aumentando, el Estado federal vió la necesidad de ampliar los límites de sus facultades recaudatorias. Con motivo de las crisis de 1890, el posterior gobierno del presidente Carlos Pellegrini estableció impuestos indirectos al consumo en el orden federal. Esa categoría de impuestos hasta esa fecha sólo era percibida por las provincias, como consecuencia de la letra constitucional que sólo permitía al Estado federal, en situaciones especialmente graves percibir impuestos indirectos por tiempo determinado.

En su mensaje al Congreso, el ministro Terry justificó la medida sosteniendo que si bien la norma constitucional no expresa la facultad de la nación para percibir impuestos indirectos, tampoco la prohíbe expresamente, debiendo interpretarse que si la nación y las provincias tienen facultades concurrentes para impulsar el desarrollo (arg. ex artículos 67 inciso 16 y 107, actualmente 75 inciso 18 y 125 Constitución nacional), también deben ser concurrentes las facultades para recaudar a esos efec-

<sup>16</sup> Al respecto véase Ravnani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Instituto Nacional de la Historia.

tos. Desde entonces quedó consagrada, con la posterior convalidación legislativa y judicial la tesis de la concurrencia de los impuestos indirectos.

Al aparecer el principio de la concurrencia de impuestos indirectos apareció también por primera vez el problema de la doble tributación o de la doble imposición que contraría el principio de separación de fuentes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió en tanto no hubiera superposición de jurisdicciones sobre un mismo hecho imponible no resulte confiscatoria. Cuando un impuesto es confiscatorio, es decir, en qué momento se supera el límite que vulnera el derecho de propiedad. Para la Corte hay un primer criterio y es que la presión tributaria debe concentrarse sobre la renta y no sobre el capital. El segundo criterio establece un porcentual que ha ido variando según los casos pero que considera un promedio de 33%; más allá de ese límite, el impuesto resulta confiscatorio.

La clasificación entre impuestos directos e indirectos adoptada por el Poder Constituyente originario respondió a un criterio válido en su tiempo pero que plantea dificultades en la actualidad y que los viene planteando desde hace varias décadas. Según lo ha explicado Alberdi, el impuesto directo era el que era pagado directamente por los ciudadanos conforme al censo o “nómina”.

Este sistema era de relativa y sencilla aplicación cuando los vecinos eran pocos y conocidos pero debía limitarse a circunstancias graves porque podía afectar de manera más directa al patrimonio que según el propio Alberdi debía evitarse, prefiriendo en cambio la imposición al consumo por vía de impuestos indirectos que al gravar la circulación y el consumo de los bienes se concentraba más sobre la renta. Podría decirse con relativa sencillez que los impuestos indirectos eran aquéllos “trasladables”, en tanto que los impuestos directos eran personales.

Opiniones de destacados especialistas en derecho tributario, así como importantes congresos internacionales sobre esa materia consideran que esa clasificación se encuentra ya superada por no existir en la organización moderna de la sociedad la categoría pura de impuesto directo.

En efecto, si la característica principal es la traslación, hoy prácticamente no se conoce impuesto que no sea trasladable; aún un impuesto donde la relación titular-hecho imponible se visualiza, como sería el ejemplo del impuesto inmobiliario, no deja de participar del carácter *propter rem* que tienen las obligaciones tributarias y que hacen que al

cambiar el titular del bien, la obligación tributaria subsista en cabeza del nuevo dueño. Por ese motivo, en general se ha recomendado el reemplazo de esa clasificación por un criterio que responda más a las necesidades actuales de la política tributaria.

No se trata de un apego originalista en la interpretación de la Constitución porque en muchas otras cuestiones y temas nuestra jurisprudencia se fue inclinando hacia la denominada “interpretación dinámica”. En este caso, la rigidez del criterio y su claro sentido lingüístico requerirían de una modificación en el texto constitucional. Sin embargo, desde este punto de vista la Reforma Constitucional de 1994 significó una oportunidad perdida.

## VII. LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA

El desajuste entre la norma y la realidad y las necesidades crecientes de un Estado intervencionista que comienza a manifestarse a partir de la crisis de los años treinta, donde a la crisis económica mundial se suma nuestro primer quiebre institucional y de continuidad en la vigencia constitucional, llevó a que aparecieran los denominados sistemas de “coparticipación federal” que el caso de la Constitución argentina no se manifiestan como el modelo originario de reparto impositivo adoptado por el constituyente sino como una verdadera patología resultante de la no aplicación o del mal funcionamiento del primero.

En 1935 siendo el doctor Federico Pinedo ministro de Hacienda del presidente Agustín P. Justo se sanciona con fecha 26 de septiembre la Ley de Impuesto a los Réditos, invocando el artículo 67 inciso 2o. Toda vez que dicha imposición revestía carácter transitorio y estaba destinada a solventar necesidades de caja del gobierno federal. El carácter “transitorio” se fue extendiendo y la Corte interpretó que tal transitoriedad no estaba sujeta a plazo determinado sino que la medida subsistía mientras durase la causa que dio origen a la misma.

No es casualidad que en la misma época de creciente intervencionismo y ampliación de funciones estatales hacia la conformación del modelo del “Estado benefactor” que culminaría su apogeo en los años cuarenta y cincuenta también la jurisprudencia de la Corte Suprema haya elaborado una doctrina de la emergencia basada en la ampliación del concepto de “poder de policía” que fue abriendo camino hacia una cada vez mayor

intervención estatal. En forma paralela también las emergencias —que en principio fueron temporales como el caso de las locaciones urbanas— se fueron prorrogando por argumentos de fundamentación similar a las prórrogas de impuestos que contrariaban el texto constitucional.

Al coexistir la aplicación de impuestos directos por la nación y las provincias, más la concurrencia ya existente en materia de impuestos indirectos, la doble tributación se fue convirtiendo en regla aceptada y el mecanismo de instrumentación fueron las denominadas “leyes-convenio”. Por ese mecanismo, se arribaba a un acuerdo de coparticipación de lo recaudado que contemplaba una coparticipación “primaria” a distribuir entre la nación y las provincias entre sí conforme a pautas o índices concensuados. El acuerdo era formalizado por una Ley del Congreso a la que a su vez adherían cada una de las provincias mediante leyes sancionadas en sus respectivas legislaturas.

La fórmula superaba el problema de la competencia originaria de las provincias que de este modo delegaban en la nación la recaudación que no ejercían y se conformaban con un porcentaje de reparto. Las leyes-convenio no estaban contempladas en la Constitución histórica de 1853 de la que sólo surgía la división entre normas de fondo que correspondían al Congreso nacional (artículo 75 inciso 12 ex 67 inciso 12) y las normas de forma o de procedimientos que, por oposición, correspondían a las legislaturas locales.

No debe extrañar entonces que algunos de los más importantes constitucionalistas, como Bielsa y Linares Quintana opinaran que los regímenes de coparticipación federal eran inconstitucionales porque vulneraban el sistema de reparto establecido en la Constitución. Con el tiempo, y a medida que tales sistemas perduraban en el tiempo, otro sector doctrinario, especialmente los tributaristas como Giuliani Fonrouge los consideraron constitucionales en tanto no había prohibición en la Constitución al respecto de donde no se advertía una colisión.

Para el profesor Germán J. Bidart Campos cabía realizar una distinción más sutil conforme a cada categoría de impuestos. De ese modo la coparticipación era a su juicio constitucional en materia de impuestos indirectos donde la nación y las provincias ejercitaban competencias concurrentes, en tanto que la misma resultaba a su criterio inconstitucional en materia de impuestos directos donde la nación había usurpado competencias provinciales. Siendo la Constitución el orden público supremo, no correspondería dejar de lado los criterios de reparto de la norma fun-

damental por acuerdo entre partes sobre aquéllas materias en que no tienen competencia legítima.

El impuesto directo a los réditos nunca salió de las arcas de la nación sino que se quedó para siempre cambiando su nombre por el de impuesto a las ganancias, a los que habría de agregar otros importantes tributos coparticipables, entre ellos el Impuesto al Valor Agregado (IVA), principal fuente de recaudación del tesoro nacional; inclusive hasta las regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales propios de la provincias (*cf.* artículos 121 y 124 *in fine* Constitución nacional) se distribuyen desde el Estado central a los estados provinciales.

Las sucesivas leyes de coparticipación federal fueron contribuyendo cada vez más acentuando al centralismo fiscal que fue desdibujando cada vez más el debilitado federalismo argentino. En esa tendencia contribuyeron especialmente los gobiernos *de facto* que gobernaron y administraron centralizadamente el país y establecieron decretos de coparticipación que mejoraron la coparticipación federal de la nación frente a la alícuota correspondiente a las provincias.

La recuperación de la democracia a partir de 1983 permitió ir mejorando la posición de las provincias ya alguna de ellas, como la provincia de Buenos Aires resignó su alícuota histórica aceptando un nivel más bajo para favorecer a las demás provincias del país en el reparto. En 1987 se sancionó la Ley 23.548 que reemplazó a la anterior 22.021 y que mejoró sustancialmente la coparticipación primaria en favor del conjunto provincial en términos cercanos al 50%.

Pero a partir de allí y especialmente por obra de la denominada reforma del Estado, comenzó a producirse una constante transferencia de actividades desde el Estado central a las provincias sin la correspondiente contrapartida de recursos que desbalancearon en la realidad el equilibrio de la ley de coparticipación. Esta consecuencia de su alto endeudamiento originado en general por políticas estatistas sin disciplina fiscal, generaron la necesidad de celebrar “pactos” o “acuerdos” entre la nación y las provincias como los denominados “pactos fiscales”.

En algunos de estos acuerdos, las provincias llegaron a resignar la percepción de impuestos clásicamente provinciales como ingresos brutos y sellos contra una mayor distribución en materia de aportes de seguridad social; material que buscaba entre otras cosas atender a los requerimientos del sector empresarial contra el denominado “costo argentino”.

El criterio acuerdista se vió favorecido, desde el punto de vista doctrinario, por el fortalecimiento de una tendencia denominada “federalismo cooperativo” o “federalismo de concertación” que teniendo en mira el bien común general promueve valoraciones solidarias sobre el bienestar general de las provincias evitando desigualdades y superando el criterio clásico anterior proveniente del derecho norteamericano del federalismo de confrontación, donde cada jurisdicción disputa y controla a las restantes.

### VIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Sobre ese contexto precedente, la Ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional propuso entre los temas habilitados a tratar por la Convención Constituyente el “fortalecimiento del federalismo”. De tal inclusión en el temario resultó el nuevo artículo 124 que consagra la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, así como la habilitación a las provincias para celebrar acuerdos internacionales que no interfieran con la política exterior de la nación y la reivindicación del domicilio de los recursos naturales.

También se modificó el artículo 125 (ex 107) que incluyó a la seguridad social entre los “poderes concurrentes” y tiene especial importancia la inclusión del artículo 123 que consagra la autonomía municipal, que estaba en muchas Constituciones de provincia y que la Corte Suprema de Justicia había reconocido en el fallo “Rivademar c/ Municipalidad de Rosario”. La autonomía municipal pasa a ser un principio de rango constitucional en el derecho público argentino, aunque condicionado a los términos de cada Constitución provincial (*cfr.*, artículo 5o. Constitución nacional) que reglará su alcance y contenido “en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

En lo específico del federalismo fiscal, se modificaron los incisos 1 y 2 del artículo y se agregó un tercer inciso nuevo. Se refirió también al tema la cláusula transitoria sexta.

Es opinión generalizada en la doctrina constitucional argentina, la de señalar que la reforma reforzó el federalismo; sin embargo, y con el mayor de los respetos por los autores como Frías, Bidart Campos y Sagüés, nosotros creemos que en la práctica se produce un gran debilitamiento por la inclusión de la coparticipación en nuestra norma consti-

tucional. Saludamos sí jubilosamente la inclusión de la autonomía municipal y la posibilidad de un regionalismo auténtico desde la misma base federal, pero creemos que allí no se ha innovado porque se trata de tendencias ya existentes en nuestro derecho público provincial antes de la reforma.

Haber incluido la coparticipación, en cambio, equivale a nuestro juicio a un equívoco “blanqueo” de llevar a la norma una práctica originada en un desvío. Esa actitud de sociologismo constitucional se ha verificado también en otros temas como el de los decretos de necesidad y urgencia donde en vez de ensayarse nuevas fórmulas que pusieran fin a un problema de incumplimientos formales de la Constitución, se optó por el argumento más simple de incluirlos en el texto. Creo que ese equívoco provoca muy serias dificultades para instrumentar las reformas debido al difícil contexto en que han quedado incluidas.<sup>17</sup>

No debemos olvidar al respecto que la coparticipación federal es una de las instituciones que más han contribuido a acentuar la dependencia de las provincias al poder central, al lado de ella podrían incluirse a la intervención federal y las declaraciones de estado de sitio. Existen muchos trabajos y estudios que se refieren a esa cuestión más verificable en nuestra realidad e historia reciente. La coparticipación federal nació como una patología ante la insuficiencia de nuestro sistema fiscal de atribución de competencias.

Dadas como estaban las circunstancias, no existía ninguna necesidad de incluir el sistema de coparticipación en la Constitución y sí en cambio, hubiera sido conveniente abrir el debate sobre la atribución de fuentes impositivas originarias entre nación y provincias.

Al respecto, cabe consignar que algunos trabajos muy importantes se han realizado en nuestro país para cambiar el criterio actualmente existente de impuestos directos e indirectos. Un documento de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) propuso establecer un criterio equivalente al de impuestos reales en manos de las provincias y de impuestos personales en manos de la nación que mejoraría la coparticipación a favor de las provincias con respecto a la distribución actual. Anteriormente, una propuesta del doctor Ricardo Koss,

17 Véase Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina, Texto según la Reforma Constitucional de 1994 (comentada)*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1996.

premiada por la consultora *Price & Waterhouse* propuso tomar el parámetro de las manifestaciones globales de capacidad contributiva.

Ni éstas ni otras propuestas fueron tratadas en la Convención Nacional Constituyente de 1994 en las reuniones de la comisión y el Pleno realizadas en Paraná y en Santa Fe. Fue relevante la preocupación del gobierno federal por no afectar el *statu quo* existente a ese momento a los efectos de no afectar la suerte del plan de convertibilidad con motivo de la reforma. Ni siquiera la calificada presencia de muchos gobernadores de provincia que actuaron como convencionales constituyentes pudo modificar ese cuadro.

Sin dejar de reconocer la importancia del plan de convertibilidad y, dentro de éste, de la política fiscal como soporte de la estabilidad monetaria, es de lamentar que el contribuyente nos haya privado del gran debate sobre el federalismo fiscal con propuestas hacia el país presente pero también hacia las necesidades futuras. En el derecho constitucional la dimensión sociológica del “ser” tiene su indudable importancia y no debe ser desconocida, pero su más importancia tiene el “deber ser” en la dimensión jurídica valorativa del rumbo a seguir y, tanto más cuando se trata de una Constitución enmarcada en la tipología que García Pelayo denominaría “racional normativa”.

De ese modo, el debate sobre el sistema federal fiscal nos hubiera también permitido discutir el importante tema de las garantías constitucionales en materia fiscal las que se encuentran debilitadas ante la vigencia de una política recaudatoria agresiva que ha forzado algunos límites tradicionales como el estricto cumplimiento del principio de legalidad (*no taxation without representation*) y la interpretación de las garantías a favor del contribuyente, que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha retraído en los casos de *Mickey* y *Horvath*, además en muchos casos de la aplicación de una ley penal tributaria que en muchos casos caminó sobre el precipicio de las garantías constitucionales.

A esta objeción podrá tal vez contestarse que no estaba habilitada la reforma de la parte dogmática de la Constitución por la Ley Declarativa núm. 24.309. Contestamos a ello que estaba habilitada la discusión del federalismo fiscal como sistema y éste incluye a las garantías. Por otra parte, la prohibición de modificar la parte dogmática no impidió que la reforma reforzara las garantías incluyendo un nuevo capítulo en la primera parte que incorpora el amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus*. Tampoco impidió la reforma incorporar contenidos valorativos en la par-

te orgánica, especialmente en el artículo 75 donde algunos paradigmas, como la igualdad real de oportunidades, el crecimiento equitativo de provincias y regiones, el desarrollo humano y el crecimiento económico con justicia social permiten aspirar a un criterio más progresivo en materia impositiva que contemple la capacidad contributiva como criterio constitucional por sobre la mera igualdad formal.

Tal vez el único reforzamiento garantista sea el del inciso 3 del artículo 99 referido a las facultades del presidente de la nación de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en acuerdo general de ministros, donde se ha excluido la materia tributaria, junto a la materia penal, al régimen electoral y de partidos políticos; donde se resalta la especial naturaleza de lo tributario como expresión de la soberanía del Estado. Esta ratificación del principio de legalidad en materia fiscal realizada por el constituyente no ha tenido, sin embargo correlato en la práctica de la ejecución de la política tributaria donde la apelación al “decretazo” ha sido frecuente.

Pero más allá de estas consideraciones sobre el “deber ser que no fue”, nos encontramos con el hecho estricto de la reforma y de la nueva normativa que debe ser cumplida *dura lex sed lex*, aún cuando los plazos previstos por el constituyente para dictar la nueva ley de coparticipación antes de finalizar 1996 se hayan vencido como ocurriera con otros tantos plazos de una reforma constitucional de “textura abierta” como opina el profesor Germán Bidart Campos.

Se ha simplificado la redacción del inciso primero del artículo 75 para otorgar mayor claridad a un texto que resultaba confuso por contener referencias a situaciones preexistentes a la organización del país, como aquéllas relativas a equivalencias de monedas en el interior del país, en tiempos en que circulaban distintas unidades monetarias. En materia de derechos aduaneros debe existir una “doble uniformidad”: ser tales derechos iguales en todo el territorio y también iguales las “valuaciones” sobre las que recaigan. Por ejemplo el derecho de importación de una mercadería determinada debe ser el mismo en todo el país, y el “valor” o cotización de esa mercadería debe ser de igual cantidad o monto en todo el país.

La lucha por el control de los derechos sobre el comercio exterior ha protagonizado las guerras civiles del siglo pasado habida cuenta del poder de recaudación de la aduana de Buenos Aires. La federalización de los derechos aduaneros, manteniendo las aduanas exteriores y supri-

miendo las interiores (artículos 9 y 10 Constitución nacional) ha sido uno de los pilares sobre los cuales se organizó la nación a partir de 1860. Durante las últimas décadas han sido frecuentes las delegaciones legislativas a organismos técnicos del Poder Ejecutivo como la Aduana o la Secretaría de Comercio. La reforma constitucional ha prohibido expresamente la práctica abusiva de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, permitiéndolas sólo en materias determinadas de administración o de emergencia pública (artículo 76 Constitución nacional).

Con respecto al tema de la delegación legislativa, la disposición transitoria octava de la Constitución nacional reformada en 1994 dispuso expresamente que la legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de tal disposición, excepto aquélla que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.

El inciso 2 del artículo 75 ha quedado redactado de la siguiente manera:

Corresponde al Congreso...2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la nación las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, se efectuará en la 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.

La ley-convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencias 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.

Un organismo fiscal federal 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 en su composición.

Lejos de definir la asignación de recursos entre nación, provincias y municipios, la reforma optó por darle rango constitucional a la práctica de la coparticipación, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y garantizando “criterios objetivos de reparto” a fin de dar algunas garantías a las provincias. Tal vez pueda interpretarse que el constituyente tuvo en cuenta la recomendación de Alberdi, en cuanto a que una de las cosas más difíciles de modificar en un pueblo es su sistema impositivo y que por eso trató de asegurar un claro y limpio juego en las reglas de la coparticipación.

La Constitución no dice que expresamente que los recursos deban coparticiparse, sino que afirma que los mismos “...son coparticipables” de donde puede interpretarse como lo hace algún sector de la doctrina, que el sistema federal fiscal no se agota en la ley de coparticipación, aunque no debe olvidarse que la disposición transitoria sexta afirma en su primera parte que un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal serán establecidos antes de que finalice 1996.

La distribución de recursos combina criterios de atribución directa a los servicios y funciones con criterios distributivos de base solidaria que se relacionan con el principio de equidad territorial contenido en el artículo 75 inciso 19. La complejidad de valores que se van a armonizar complica la elección de los criterios predominantes que en la práctica distribuyen la coparticipación, tales como cantidad de población, necesidades básicas insatisfechas, índices de desarrollo relativo, etcétera.

La sanción de la ley de coparticipación, cuyo plazo constitucional quedó incumplido el 31 de diciembre de 1996 a los efectos de reemplazar a la Ley 23.548, debe considerar a los nuevos sujetos del derecho público provincial no contemplados en la ley anterior y que son las provincias de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la ciudad de Buenos Aires, cuyas alícuotas a asignar en la coparticipación secundaria deben surgir de alguna resignación de porcentual por parte de otras provincias, o bien de una resignación por parte de la nación en la distribución primaria. Cabe aclarar, a tales efectos, que se denomina distribución pri-

maria al reparto entre Estado federal y provincias, en tanto que se denomina distribución secundaria al reparto interprovincial.

Las leyes-convenio deben tener al Senado como Cámara de origen, siguiendo la propuesta de los “Dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que proponía darle iniciativa a ese cuerpo representativo de las autonomías provinciales en toda la materia federal. Se ha cuestionado que se quiebra el principio tradicional —proveniente de Inglaterra— en cuanto a que las normas sobre impuestos deben tener iniciativa en la Cámara Baja conforme lo ha recogido el artículo 52 (ex 44) de la Constitución nacional. Sin embargo, debe observarse que no se trata del ejercicio legislativo del poder de imposición sino de una norma repartidora o de distribución de la masa recaudada, que a su vez, debe requerir la correspondiente adhesión por parte de las provincias.

La Constitución se ha preocupado por que exista una adecuada relación entre ingresos y gastos, ya que en los últimos años y durante la vigencia de la Ley 23.548, fueron muy frecuentes las transferencias de actividades desde el Estado central a las provincias, sin que el traspaso incluyera al de las partidas presupuestarias ni el de los ingresos genuinos correspondientes.

A este respecto, la mentada disposición transitoria sexta, que complementa el inciso 2 del artículo 75, establece que la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación.

Esta cláusula está destinada a no alterar el mencionado equilibrio aunque su origen también está relacionado con el interés de la provincia de Buenos Aires, por preservar el denominado “Fondo de Reparación Histórica del Conurbado Bonaerense” que le fuera concedido como consecuencia de la renuncia efectuada años atrás sobre su cuota de coparticipación que, en términos históricos se ubica por arriba del 30%, cuando recibe por coparticipación algo más del 20%.

La referencia a la cláusula transitoria en este punto nos lleva a plantearnos cuál es su rango de validez normativa. En principio, las disposiciones transitorias son normas constitucionales y sólo difieren de las normas constitucionales generales en tanto que están sujetas a un plazo de caducidad en el tiempo. En el caso de la disposición transitoria sexta

pensamos que si bien la primera parte ha perdido todo efecto al cumplirse la fecha prevista del 31 de diciembre de 1996, con respecto al resto de la disposición mantiene su validez hasta el momento de dictar el nuevo régimen de coparticipación federal.

Finalmente, el artículo 75 inciso 2o. deja el control y la fiscalización del sistema a un órgano fiscal federal, a la manera de la denominada Comisión Federal de Impuestos, cuyo plazo de conformación debió también atenerse a lo establecido en la disposición transitoria sexta. La discusión teórica que se formó en torno de este nuevo organismo de rango constitucional es el de si sólo las provincias y la ciudad de Buenos Aires lo integran o si la nación también es parte. El debate no es menor porque nos lleva a cómo se compone la nación por el conjunto de las provincias, pero desde un punto de vista pragmático cuál es el contralor de la materia coparticipable, parece ineludible que el Estado federal está sentado en ese organismo.

La disposición transitoria sexta, *in fine*, dice que la misma no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la nación y las provincias.

Al respecto, cabe destacar que en el caso “Transportes Automotores Chevallier” se ha dado fundamento a las decisiones de la Comisión Federal de Impuestos, negándose en el caso de su revisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación dada la naturaleza del asunto tratado.

## IX. FACULTADES DEL CONGRESO Y DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

Pero la conformación del nuevo sistema federal fiscal dispuesto por la Reforma Constitucional de 1994 no se agota en el inciso 2 del artículo 75 en su nueva y extensa redacción, sino que debe necesariamente integrarse con la disposición contenida en el nuevo inciso 3 del mismo artículo, que manda al Congreso “Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por la ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

De una simple lectura del nuevo inciso, sin mayor esfuerzo interpretativo, se desprende que la nación se reserva el derecho —con mayoría

especial—, es cierto de modificar unilateralmente lo convenido en el mecanismo especial de la ley-convenio, ideado oportunamente para no afectar las competencias del orden público constitucional referidas a la separación de las fuentes impositivas conforme a las respectivas jurisdicciones.

Por este camino podría ocurrir que las necesidades de un fisco nacional que cuente con la adhesión de las mayorías parlamentarias, desnaturalice el juego coordinado del sistema federal fiscal. Creemos que el inciso 3 es una clara demostración del carácter centralista que anidó en la incorporación de la coparticipación federal a la Constitución.

En un sistema de concurrencia y de coparticipación de lo recaudado el tema más importante es el de la coordinación entre las distintas jurisdicciones que conforman el Estado que deben preocuparse por una asignación eficiente que garantice los objetivos y valores constitucionales.

El tema de la coordinación de las políticas es el más difícil por la necesidad de un equilibrio equitativo y, por ende, cuanto menor sea el margen posible para la discrecionalidad del poder político, tanto más se asegurará la eficiencia y —sobre todo— el control en la ejecución de los recursos. Para el derecho constitucional, como asignatura preocupada por las garantías fundamentales frente al poder, el tema del control reviste una importancia singular.

Por eso, también insistimos, desde nuestro punto de vista, que un debate previo a incluir la coparticipación federal en la Constitución, debió ser el de asignar los recursos correspondientes a cada ámbito jurisdiccional a través de un criterio actualizado de separación de fuentes. Esto no significa que la doble imposición sea descalificable o mala en sí misma, pero sí puede evitarse tanto mejor.

Además, acercar los recursos a los gastos, descentralizándolos en el nivel local presenta indudables ventajas desde el punto de vista de control. El control social y el control democrático son más eficientes cuando el gasto está cerca y no lejos de la gente.

La práctica de la coparticipación ha debilitado el federalismo argentino porque las jurisdicciones locales dejaron de preocuparse por recaudar con eficiencia y si en definitiva sería el Estado federal el que haría el trabajo desagradable de cobrar impuestos a los habitantes y votantes del territorio.

Una deformación frecuente de esa práctica fue la actitud de algunos gobernadores de provincia que siguieron políticas estatistas y populistas

de inflación de gasto y ensanchamiento de la administración, confiando en que el gobierno central resolvería sus problemas de caja merced a adecuados arreglos políticos.

La distribución de recursos se convirtió, en los hechos, en una fuerte herramienta de presión política destinada a favorecer a los aliados y a postergar a los opositores según los casos. En ese contexto complejo se añade también la distribución de regalías que corresponden originariamente a las provincias (artículos 121 y 124 *in fine* Constitución nacional) pero que tradicionalmente la nación explotó por medio de empresas nacionales, distribuyendo lo producido. Aunque tales montos no se incluyen técnicamente dentro de la coparticipación han formado parte de las negociaciones globales.

Una adecuada definición de recursos y gastos a nivel jurisdiccional, de abajo hacia arriba, tanto más en tiempos de reconocimiento de la autonomía municipal en materia financiera favorecería la eficiencia en la recaudación y haría más transparente la gestión y el control. Nuestro país tiene índices muy bajos de recaudación de los impuestos locales, como el inmobiliario o las patentes de automotores, si se comparan las alícuotas con otros países federales (ejemplo los Estados Unidos) en tanto se concentran los recursos en los impuestos coparticipables como el Impuesto al Valor Agregado.

La enunciación constitucional de declarar “coparticipantes” a los recursos no significa que necesariamente “deban” coparticiparse cuando es posible atender a las necesidades de un federalismo real y no sólo a una enunciación que no se traduce en las posibilidades de gestión económica.

Fuera de los incisos 2 y 3, la Constitución autoriza al Congreso en el inciso 9 del artículo 75 para “Acordar subsidios del tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios”. La intención del constituyente de auxiliar a la provincia con necesidades se inspira en la solidaridad fiscal y el federalismo de cooperación dentro de la unidad de la nación; pero no puede dejar de apuntarse que el inciso constituye una nueva excepción a la regla de la coparticipación fiscal cuando se lo utiliza con fines de política partidaria o electoralista.

El inciso 8 manda asimismo al Congreso:

“Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y

cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desecharla cuenta de inversión”.

El constituyente de 1994 optó por mantener el mandato constitucional de fijar anualmente el presupuesto. Se trata de una práctica fiscal salvable que hace a la transparencia y a la seguridad jurídica de las cuentas del Estado que, sin embargo, fue dejada de lado en muchas oportunidades, ejecutándose ejercicios subsiguientes con presupuestos anteriores (reconducción del presupuesto). En diversos proyectos se sostuvo la conveniencia de aprobar presupuestos “plurianuales” como es de práctica en otros países. Sin embargo, el cumplimiento del requisito constitucional de la presentación y aprobación puntual de la denominada “ley de leyes”, como suele llamarse al presupuesto, ha favorecido al aumento y a la eficacia de la recaudación en los últimos años.

La nueva norma remite al inciso 2 del mismo artículo 75 en cuanto deben contemplarse en la distribución de recursos coparticipables, la competencia, servicios y funciones de cada jurisdicción, observando “criterios objetivos de reparto”.

## X. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

Por su parte, el inciso 7 del artículo 100 establece que corresponde al jefe de gabinete de ministros hacer recaudar las rentas de la nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional. Se trata de una función sujeta a la “supervisión” del presidente de la nación que es el titular del Poder Ejecutivo y quien ejerce la jefatura del Estado y del gobierno.

Una de las novedades de la Reforma Constitucional de 1994 es la de atribuir gran parte de la pesada tarea que recae sobre el presidente de la nación —sobre todo en materia administrativa— en un jefe de gabinete de ministros que se ocupará de los nombramientos en la administración pública, así como también de la elaboración y sometimiento al Congreso de las leyes de ministerios y presupuesto, como también tener a su cargo la recaudación impositiva y la ejecución del presupuesto.

El jefe de gabinete, que no puede desempeñar simultáneamente otro ministerio, tendrá un papel importante en el refrendo de los principales actos del Poder Ejecutivo y desempeñará el rol de vincular y coordinar la tarea del Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo, ya que debe informar periódicamente al Congreso.

El gabinete tiene en nuestra Constitución el carácter de órgano auxiliar al tratarse de un Poder Ejecutivo “unipersonal”. Es el presidente quien preside el mismo, siendo el jefe de gabinete un auxiliar subalterno. Sin embargo, la Constitución reformada le otorga funciones específicas, como la de que todos los decretos de necesidad y urgencia deban tener el refrendo de todos los ministros.

El proyecto elaborado por el “Consejo para la Consolidación de la Democracia” había propuesto la incorporación de la figura de un “primer ministro”; con mayorías parlamentarias propias en cuanto a su designación y remoción que morigerara los rigores del “hiperpresidencialismo” argentino, delegando una cantidad de funciones y haciendo que el primer ministro pudiera actuar como “fusible” en situaciones de crisis.<sup>18</sup>

En los sistemas parlamentarios y semiparlamentarios suelen encontrarse divididas las funciones de jefe de Estado (rey o presidente) y de jefe de gobierno (primer ministro); no es el caso de nuestra Constitución que sigue concentrando ambas jefaturas.

La Reforma de 1994 ha seguido un modelo aún más atenuado que el seguido por el Consejo para la Consolidación de la Democracia; aquella se acercaba a la Constitución de Portugal en tanto que el jefe de gabinete de ministros incorporado por nuestra Constitución se asemeja más al modelo de la Constitución del Perú de 1978; aunque con algunas particularidades que son propias de nuestra experiencia política y que fueron tomadas en cuenta por quienes suscribieron el denominado “Pacto de Olivos”. Conforme lo señala la disposición transitoria duodécima, el jefe de gabinete de ministros fue designado por primera vez el 8 de julio de 1995.

## XI. EL FEDERALISMO Y LOS TRATADOS

Una de las características más destacadas de la forma federal de Estado es, justamente, que la competencia en materia de relaciones exteriores corresponde al gobierno central o “gobierno federal” conforme a la atribución de competencias que realiza la Constitución. En tal sentido nuestra norma fundamental ha seguido también aquí el paradigma federalista

<sup>18</sup> Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma Constitucional. Dictamen Preliminar y Segundo Dictamen*, Buenos Aires, Eudeba.

de la Constitución de los Estados Unidos, de manera que Story decía en sus célebres “Comentarios”:

...si cada Estado tuviera libertad para hacer tratados o alianzas con un Estado extranjero, tal facultad sería naturalmente subversiva de los derechos confiados al gobierno nacional. Podría suceder que, si un Estado contrajese compromisos extraños a los intereses de otro Estado, la armonía y la paz de la Unión sufriría, y en los tiempos de guerra o de agitación política, la existencia misma de la Unión podría ser comprometida.<sup>19</sup>

A pesar de esa tajante información, no puede desconocerse la importancia que han tenido las fuentes del derecho internacional en la conformación de nuestro derecho constitucional, de manera que puede señalarse una línea histórica de recepción del derecho internacional en el derecho interno como fuente de derecho y que se remonta a los denominados “pactos preexistentes” de la época de la Confederación.

Esos pactos no eran meras alianzas de caudillos alzados con el poder público, concertados para asegurarse el mantenimiento de sus posiciones; eran arreglos orgánicos tendientes a resolver graves cuestiones institucionales y políticas del momento en que se celebraron, como la Convención del Pilar, el Cuadrilátero y el Pacto Federal de 1831 y, en lo que interesa parcialmente al derecho político provincial, son en todo lo que pertenece a la política constitucional, unas de las fuentes más interesantes con respecto a esta materia.<sup>20</sup>

En tal sentido, no solamente se ubican los pactos firmados “dentro” de la Confederación de Provincias o Estados que la integraban, sino que también cabe considerar el Pacto de San José de Flores, firmado el 11 de noviembre de 1859, que revistió el carácter de un tratado de derecho internacional público, firmado por dos “Estados” independientes: Buenos Aires y la Confederación Argentina, conformando el antecedente jurídico de la Constitución de 1860. A partir de la Constitución, las provincias no firman entre sí más pactos de naturaleza política, sometiendo sus diferencias a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 126, 116 y 117 Constitución nacional).

<sup>19</sup> González Calderón, Juan A., *op. cit.*, nota 8, p. 453.

<sup>20</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Elementos de derecho público provincial*, cap. II, párrafo III.

De manera que la Constitución permite expresamente a las provincias celebrar tratados “de alcance parcial” en los términos del artículo 125 de la Constitución nacional (ex 107) con fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, “...con conocimiento del Congreso de la Nación”, en tanto que expresamente se establece que “no pueden celebrar tratados de alcance político” (artículo 127 ex 108 Constitución nacional), por razones que se remontan a las luchas pasadas entre unitarios y federales, que aventan los recuerdos y temores de las llamadas “ligas de gobernadores” que atentaron contra la unidad institucional.

Una nota diferencial del proyecto de Alberdi en relación a cómo quedó finalmente redactada la norma del artículo 125 Constitución nacional (ex 107) es que, según lo había propuesto el ilustre tucumano, era necesario que tales tratados fueran “aprobados” por el Congreso Federal (artículo 104 del Proyecto); y decía en la nota correspondiente:

Por este medio, las provincias interiores podrán reunirse en grupos de tres o cuatro, para organizar y costear a expensas comunes tribunales de letrados distinguidos, que no podrían tener aisladas; para fomentar establecimientos literarios y de educación; para construir caminos, canales y obras de interés local común a cierto número de provincias.

La aprobación del Congreso es un requisito que serviría para evitar que en esos tratados locales se comprometiesen intereses políticos o intereses diferidos a la Confederación, y se obstruyera el equilibrio de los pueblos del Estado.

La comisión redactora del proyecto de Constitución propuso un precepto literalmente idéntico al sugerido por Alberdi; pero en la sesión del 30 de abril, el doctor Gorostiaga hizo moción para que, en vez de exigirse la “aprobación” del Congreso Federal sobre dichos tratados, se pusiesen “en conocimiento” del mismo, y con esta enmienda el artículo fue aprobado por unanimidad. A decir de González Calderón, la enmienda era sustancial, e inspiraba un reconocimiento expreso de la amplitud en esta materia, de la autonomía provincial.<sup>21</sup>

Lo dicho hasta aquí en esta parte tiene importancia para destacar la naturaleza jurídica de los denominados “tratados parciales”, que si bien funcionan en el ámbito del derecho constitucional y, más precisamente, del derecho público provincial, y no en el ámbito del derecho interna-

21 González Calderón, Juan A., *op. cit.*, nota 8.

cional público, se nutren de este último en cuanto a sus orígenes y demarcan fronteras de mutuas relaciones, según referiremos un poco más adelante, en este mismo capítulo.

El profesor Fermín Pedro Ubertone ha propuesto para esta materia, referida a los tratados parciales, el nombre de “derecho intrafederal”, abarcativo del “derecho interprovincial” (tratados entre provincias) y del “derecho intrafederal propiamente dicho” (tratados de las provincias de la nación); diferenciándolo del concepto que habitualmente en la doctrina se asigna al “derecho federal” para indicar al que emana del gobierno central, conforme la opinión de Clodomiro Zavalía.<sup>22</sup>

Refiere el mismo autor que venimos citando que el propio Kelsen<sup>23</sup> en su *Teoría general del derecho y del Estado*, al tratar específicamente del Estado federal, señala la confirmación de la doctrina tradicional al identificar el orden jurídico central con el orden jurídico total del Estado federal, y expresa que en el Estado federal hay un orden jurídico central y diversos órdenes jurídicos locales, que en su conjunto forman el orden jurídico total ...Pero no menciona siquiera la posibilidad de que haya normas “interprovinciales” o “intrafederales”.<sup>24</sup>

En los Estados Unidos se requiere el consentimiento del Congreso en los convenios interestaduales, aunque no hay fórmula fija en lo concerniente al tiempo y modo debido para solicitar dicha aprobación. El consentimiento puede otorgarse antes o después del convenio; pudiendo ser expreso, implícito o tácito (*Virginia vs. Tennessee, 1893*). No hay tampoco una formalidad establecida por el Congreso. Puede hacerse mediante una ley expresa, por una resolución conjunta, por ratificación de una Constitución estadual que contenga tal convenio, o por medio de un convenio entre el Congreso y los estados interesados (*Burton vs. Williams 1819*). El Congreso puede aún extender aprobaciones en blanco a ciertos convenios futuros y dentro de ciertas zonas especificadas.<sup>25</sup>

22 Zavalía, Clodomiro, *Derecho federal*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1941; García Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *Revista de Occidente*, Madrid.

23 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958.

24 Ubertone, Fermín Pedro, “Los tratados parciales en la Constitución nacional”, *Ley del 15 de febrero de 1971*.

25 Pritchett, C. Herman, *La Constitución americana*, TEA.

Es menester señalar que por vía y acción de estos denominados tratados “intrafederales”, conforme los denomina Ubertone, ha tenido desarrollo en nuestro derecho el denominado “federalismo de concertación” o “federalismo cooperativo”, por oposición al federalismo “de confrontación” entre jurisdicciones y que se ubica en la teoría del control vertical del poder.<sup>26</sup> Esa visión de federalismo como concertación entre las distintas jurisdicciones o unidades políticas tiene al doctor Pedro J. Frías como el representante más destacado en nuestro país<sup>27</sup> y a partir de tales concepciones se ha ido produciendo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que culminó en un conjunto de reformas en las Constituciones provinciales primero y, finalmente en la Reforma Constitucional de 1994, que entre otros aspectos, consagra la autonomía municipal (artículo 123), el nuevo status jurídico de la ciudad de Buenos Aires (artículo 129) y establece la posibilidad de conformar regiones para el desarrollo económico y social (no políticas) en el artículo 124, llevando adelante aquéllas ideas ya enunciadas por Alberdi y que encuentran canales de realización en el federalismo cooperativo.<sup>28</sup>

Pero de manera especial nos interesa la incorporación en el texto del nuevo artículo 124 de la Constitución nacional, del siguiente párrafo: “Las provincias...podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean compatibles con la política exterior de la nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca al efecto”.

Esta nueva norma se funda en la tendencia al reconocimiento de la autonomía y al fortalecimiento del federalismo, de manera que las entidades locales puedan celebrar acuerdos de cooperación sobre temas puntuales, para resolver aspectos pragmáticos, favoreciendo los procesos de integración, especialmente con pueblos vecinos en las zonas de frontera, y aún otro tipo de acuerdos que se dirijan a dar cumplimiento al paradigma constitucional de promover el “desarrollo humano” (artículo

26 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

27 Frías, Pedro J., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma; véase también del mismo autor *El proceso federal argentino*, Estudio preliminar de Alberto Castells, Córdoba, 1998.

28 Véase Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Situación actual del federalismo*, Buenos Aires, Depalma y Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Los valores en el federalismo” en Bidart Campor, Germán J. y Gil, Domínguez (coords.), *Los valores de la Constitución*, Buenos Aires, Ediar.

75 inciso 19 Constitución nacional). Distintos antecedentes del derecho público provincial se han pronunciado en ese sentido como el denominado “Pacto de Reafirmación Federal” entre cuyos objetivos se enuncia: “...Quinto: Reconocer el derecho de las provincias a realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional para la satisfacción de sus intereses locales, sin lesionar las atribuciones constitucionales que en materia de política exterior le corresponden al Estado nacional...”

La tendencia se marca en el derecho constitucional comparado, no solamente en los países federales, sino también en los de forma de Estado unitaria que, en muchos casos, han adoptado políticas de descentralización fomentando la autogestión en provincias y regiones por intermedio de mecanismos tales como los denominados “Estatutos de Autonomía” contemplados por la Constitución Española de 1978. La capacidad de autogestión de las unidades políticas menores, comprende, con frecuencia, la de celebrar convenios. Especialmente esa tendencia se ha desarrollado en el ámbito de la Unión Europea donde la idea de descentralización ha corrido de manera muy pareja con el denominado “principio de subsidiariedad”. El límite, en todos los casos, se encuentra en las materias que no pueden afectar la competencia de los estados nacionales en materia de política exterior.

Esto también con la pauta general en la materia que surge de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos cuando dijo que “... los acuerdos que los estados locales no pueden celebrar son aquéllos que puedan poner en conflicto los poderes de los estados, al adoptar la Constitución, han delegado en el gobierno general, o que asumen el pleno y libre ejercicio de la autoridad federal” (*Union Railroad Co. vs. East Tennessee Railroad Virginia vs. Tennessee*).

El tema límite de las materias sobre las que las provincias no pueden convenir ni celebrar acuerdos no presentaría, en principio, mayores inconvenientes, toda vez que está entendido que no debe afectarse la conducción de las relaciones exteriores ni el crédito público de la nación, idea que no solamente es consecuente con la forma federal de Estado, sino con el principio de soberanía y de unidad del Estado, de donde la misma consideración es aplicable, llegado el caso, tanto a estados federales como a estados unitarios con un grado avanzado o relativo de descentralización y autonomías locales.

Otro problema se plantearía, en cambio con respecto a la cuestión de si las provincias podrían iniciar negociaciones para un acuerdo sobre

determinado tema, para que después las concluya el gobierno federal en uso de sus facultades en la materia.

Para Piombo, cabría realizar una distinción entre “tratado” y “convenio”, siendo que el primer término sugiere algo más formal, de mayor importancia o jerarquía: “...pese a la amplitud del término, no todos los acuerdos son tenidos en mira por los dispositivos constitucionales en vigor. Más todavía si se tiene presente que los mismos parecen referirse a instrumentos dotados de un contenido reglado por el derecho público”. Nosotros creemos que no existe una diferencia de sustancia o naturaleza jurídica entre un tratado y convenio internacional; son sinónimos que pueden utilizarse indistintamente; en cambio sí creemos que el límite entre las materias sobre las que pueden acordar las provincias y las que no deben delimitarse claramente por el Congreso a fin de evitar eventuales conflictos.

De manera que, partiendo de que la Constitución nacional ha otorgado al gobierno federal, con exclusividad, el manejo de las relaciones exteriores, si las provincias pretendieran vincularse con un Estado extranjero por intermedio de un tratado, debería hacerlos mediante la intervención necesaria del gobierno nacional; pero lo expresado no excluye la posibilidad de la celebración de preconvenios a nivel municipal o provincial, o el de establecer las bases de futuros tratados por medio de organismos técnicos locales. En ese sentido, el “Tratado de San Lorenzo”, firmado entre Canadá y Estados Unidos, es un ejemplo claro y preciso del camino formativo que respeta la estructura federal y el interés municipal, que es, en definitiva, el del hombre y su inmediatez.<sup>29</sup>

El mero “dar conocimiento” al Congreso Federal por parte de las provincias de los convenios internacionales que celebren parece ser un requisito insuficiente para asegurar la necesaria unidad de la política exterior. Si se admitiera que cada provincia pudiera seguir su propia política internacional se caería en una situación anárquica y el modelo de Estado federal se desnaturalizaría hacia una forma confederada que no es la que la Constitución establece. La fórmula adoptada por el artículo 124 de la Constitución nacional se ha inspirado directamente en el antecedente del artículo 125 de la Constitución nacional (ex 107), conforme a la modificación propuesta por Gorostiaga sobre el Proyecto

<sup>29</sup> Zarza Mensaque, Alberto, *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Abeledo Perrot.

de Alberdi, durante la Convención General Constituyente de 1853. Es necesario, por ende, interpretar el nuevo precepto a la luz el principio constitucional de unidad interpretativa, partiendo de la forma federal de Estado (artículo 1 Constitución nacional) y de las normas que determinan los grandes principios de nuestra política exterior (artículos 75 y 99 Constitución nacional).

Asimismo, si admitimos, como decíamos más arriba, que en este tema el derecho constitucional se nutre de los principios del derecho internacional público, observándose una paulatina y constante recepción del derecho internacional en el derecho interno, deben tenerse en cuenta los principios del derecho internacional que regulan la responsabilidad internacional de los Estados, siendo que en nuestro caso, todo tratado o convenio internacional lo será a través de la personería del Estado argentino como sujeto del derecho internacional, con independencia de quien haya gestado o promovido el acuerdo. Todas estas consideraciones justifican sobradamente la necesidad de reglamentar con precisión el artículo 124 de la Constitución nacional a fin de salvaguardar el derecho de las provincias a celebrar convenios internacionales, delimitando precisamente esferas de acción que no comprometan la política exterior ni el crédito público de la nación en su conjunto.

El profesor Alberto Zarza Mensaque, propone un “acuerdo marco” o una “ley-convenio” del Congreso de la Nación como el mecanismo por el que se establezcan los requisitos que deben reunir los tratados, así como que su celebración quede a cargo exclusivo del gobierno federal, señalando que “...si bien las provincias no pueden celebrar tratados con naciones extranjeras, no están impedidas de cooperar y protagonizar otras etapas del mismo”.<sup>30</sup>

Por nuestra parte, no creemos que sea necesario recurrir a un mecanismo complejo en materia de aprobación y adhesiones como es el de las denominadas “leyes convenio” que la Constitución expresamente reconoció para el caso de la coparticipación federal (artículo 75 inciso 2 Constitución nacional) pero que no responden a nuestra más antigua tradición constitucional entre leyes “de fondo” y “de forma”. Por el contrario, siendo la política exterior de la nación una materia expresamente delegada por la Constitución al gobierno federal (artículos 121, 75 y 99 Constitución nacional), entendemos que bien puede el Congreso, donde

<sup>30</sup> *Idem.*

por otra parte se encuentran representadas las provincias, legislar sobre esta materia.

Resulta necesaria la sanción de una ley de la nación, en cumplimiento de la pauta general del artículo 27 Constitución nacional que fije los grandes marcos o lineamientos habilitantes *umbrella agreement* y que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos, de manera que el Congreso pueda intervenir y “tomar conocimiento” antes de la concreción del tratado y otorgar o negar la autorización. Dicha ley debería atender, asimismo, y con particular atención a la publicidad de los tratados que se firmen.

Finalmente, cabe también señalar que el artículo 124 de la Constitución nacional se refiere a que la ciudad de Buenos Aires tendrá en la materia el régimen que se establezca al efecto, correspondiendo remitirse, en consecuencia a la Constitución de la ciudad autónoma, en orden a lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución nacional.<sup>31</sup>

## XII. LA “CLÁUSULA FEDERAL” EN EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA Y EN EL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Hemos dejado para su tratamiento en este punto la importante cuestión de cómo se obligan y hasta qué punto se obligan las provincias, en el ámbito de sus competencias propias y no delegadas al Estado federal (artículo 121 Constitución nacional), todo ello en el marco de las denominadas “cláusulas federales” incluidas en algunos tratados internacionales de derechos humanos y de qué manera, tales cláusulas se vinculan y cobran efectos en nuestro régimen constitucional de los tratados.

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de las Naciones Unidas es muy enfático cuando dice al respecto en su artículo 50: “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los estados federales, sin limitación ni excepción alguna”; de donde la conclusión es clara y obvia, su obligatoriedad alcanza a todas las jurisdicciones.

En cambio, el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, al ser más extenso y

<sup>31</sup> Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Estatuto Organizativo de sus instituciones*, Buenos Aires, Editorial Belgrano.

tener un contenido más detallado, da también lugar a mayores comentarios. El primer párrafo establece: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”. Este párrafo no plantea mayores inconvenientes.

Durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994, el convencional Rosatti, tuvo oportunidad de señalar:

Si territorialmente nos preguntamos cuál es la vigencia de los derechos humanos, enfáticamente tenemos que decir que una nación federal como la Argentina la recepción de los tratados —tal cual se está planteando en la reforma de la Constitución— tiene aplicación y vigencia automática en todo el territorio del país; y con mayor contundencia aún debemos asumir ahora la cláusula del artículo 41 que, separando la Ley Suprema de la Nación respecto de las obligaciones provisionales, establece no sólo la exigencia constitucional de las provincias de adaptarse a la disposición constitucional nacional, sino también la intervención de todos los poderes públicos para evitar que invocándose heterogeneidades procesales o normativas de carácter provincial pueda presentarse una efectiva desigualdad de derechos y oportunidades para todos los habitantes del territorio nacional...

y agrega el mismo convencional “...No interpretemos aquí al federalismo como un obstáculo que impida la vigencia efectiva de todos los derechos humanos, civiles, sociales, económicos y políticos para que sean disfrutados por igual y con mayor intensidad en el interior del territorio nacional...”<sup>32</sup>

En el segundo párrafo, el mismo artículo continúa diciendo:

2. con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las decisiones del caso para el cumplimiento de esta Convención...

Este segundo párrafo podría plantear problemas constitucionales si alguna provincia no diera cumplimiento a las obligaciones asumidas por

<sup>32</sup> Convención Nacional Constituyente, *Diarios de Sesiones*, 23a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria, del 3 de agosto de 1994, p. 3002.

el Estado federal al firmar el Pacto y se tratara de una competencia propia o “no delegada” por la respectiva provincia. Está claro que el Estado federal en tal caso no tiene facultades para modificar una Constitución provincial ni para obligar a una provincia a cambiar su Constitución, de donde resulta que daría cumplimiento al párrafo 1o. a través del control de constitucionalidad que ejercen los tribunales a partir del principio de supremacía (artículo 31 Constitución nacional) que subordina el derecho público provincial al derecho federal.

Este razonamiento se ve forzado, aún más desde que la Reforma Constitucional de 1994 otorgó “jerarquía constitucional” a un grupo de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que se encuentran los recién mencionados. En el mismo sentido, cabe destacar que algunas provincias también expresamente han incorporado a su derecho público provincial las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, como por ejemplo lo hizo la Provincia de Córdoba con la Ley 7098 del 22 de agosto de 1984.

El doctor Germán Bidart Campos reflexiona sobre el artículo 128 de la Constitución nacional que manda a los gobernadores de la provincia, como agentes del gobierno federal, a hacer cumplir la Constitución y las leyes que en este caso se extendería el concepto a los “tratados” como consecuencia de la jerarquía constitucional que revisten los mismos, llegando incluso a plantearse si no sería una causal de intervención federal el caso de reticencia de una provincia de coordinar su derecho local con el pacto.<sup>33</sup>

Nosotros no nos proponemos llegar tan lejos con nuestras reflexiones, como lo hace el distinguido constitucionalista citado, sencillamente porque consideramos que la inclusión de “cláusulas federales” en los pactos o tratados internacionales es insustancial porque el problema no se resuelve desde el derecho internacional público sino desde el derecho constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias territoriales, haciendo prevalecer el principio de supremacía (artículo 31 Constitución nacional) aunque claro está, la responsabilidad internacional será del Estado nacional y no de una provincia en particular.

Pero además, debe recordarse que en esta materia en particular, referida a los derechos fundamentales, las disposiciones de la Constitución

<sup>33</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., nota 15, p. 560.

nacional, ensanchada y enriquecida por los tratados con jerarquía constitucional (artículos 1 al 43 y 75 inciso 22) representa un piso o umbral mínimo que las provincias deben respetar por imperio del artículo 5 de la Constitución nacional; de manera que sus Constituciones, así como sus leyes internas pueden ampliar el garantismo pero en ningún caso reducirlo.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 28 del Pacto señala:

“2. Cuando dos o más Estados parte acuerden integrar entre sí una Federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

En tales términos, el párrafo puede en todo caso tener virtualidad para tratados de integración, como por ejemplo, los que han puesto en movimiento al “MERCOSUR”, aunque caben también aquí las observaciones en cuanto a que se trataría de problemas de orden constitucional de cada uno de los Estados parte. La Reforma Constitucional de 1994, por otra parte, al referirse en el inciso 24 del artículo 75 a los tratados de integración con otros países, condiciona la firma de los mismos y la consecuente delegación de competencias en organismos supraestatales, tanto a condiciones de reciprocidad e igualdad “al respeto a los derechos humanos”, extremos que reúne el Tratado de Asunción referido al Mercosur.

La inclusión de una suerte de “cláusula federal” fue planteada en la Convención Nacional Reformadora de 1994 en relación a otros supuestos como los referidos a los tratados de integración. Se apeló, en tal sentido, al ejemplo que en el derecho comparado brinda el caso de Alemania, que establece la representación de cada uno de los *Länder* en las reuniones del Consejo de Ministros de la Unión Europea cuando se traten asuntos que puedan afectarlos, proponiéndose la siguiente fórmula en el texto del inciso 24 del artículo 75: “—y que respeten el orden democrático, los derechos humanos y el sistema federal, asegurando a las provincias la participación en la decisión de asuntos que las afectan directamente”.

La propuesta del convencional Llano se fundamentó en la necesidad de preservar el ámbito de competencias provinciales reservadas por el artículo 121 Constitución nacional (ex 104), que a su juicio, podrían ser puestas en peligro por tendencias centrípetas y el fuerte impulso centra-

lizador que tienen los sistemas comunitarios, de manera que por algunas decisiones de organismos supranacionales se podrían poner en peligro ciertas economías regionales. La posición fue también apoyada por el convencional Pontussi, quien propuso la incorporación de algún artículo que preservara, frente a los tratados que la nación suscribe, los intereses provinciales mediante la consulta previa.

Durante la misma sesión, fueron respondidas las objeciones por el miembro informante de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales Juan Pablo Cafiero, en los siguientes términos:

En lo atinente a la propuesta realizada por el señor Llano sobre el sistema federal, debo aclarar que el sistema constitucional argentino cuenta ya con las reservas realizadas y prescriptas en la Constitución para sostener su sistema federal.

Por lo tanto, se entiende que la aprobación por las distintas instancias federales, como es en este caso el de la Cámara de Senadores, que va a requerir, de una mayoría calificada para tratar estos temas, cubrirá desde el punto de vista del federalismo las necesidades que las provincias reclamen durante un proceso de integración.<sup>34</sup>

### XIII. LOS VALORES EN EL FEDERALISMO

Una cuestión previa es determinar si cabe relacionar el tema de los valores con determinada forma de Estado; de tal modo que pueda plantearse si los valores de una determinada comunidad serán distintos ya sea que la misma decida adoptar una forma de organización territorial unitaria o federal.

¿Es correcto el planteo? O más bien deberíamos responder que el plano axiológico se refiere siempre a los objetivos (*telos*) que una determinada comunidad política pretende alcanzar y que para ello existe un margen de selección razonable en cuanto a los medios y procedimientos instrumentales que se consideren más adecuados para alcanzar esos valores y tornarlos vigentes, y sin que la selección de una u otra forma de Estado implique una “deslegitimación” en términos de una teoría de la democracia y aún desde una teoría de la Constitución.

<sup>34</sup> Convención Nacional Constituyente, *Diarios de Sesiones*, 23a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, pp. 3086-3088, versión taquigráfica.

¿Podemos decir que una sociedad determinada será más libre, igualitaria o más solidaria porque haya adoptado una forma de Estado unitaria o federal? Una respuesta posible sería que la adopción del sistema territorial de gobierno o la manera en que el poder se encuentra distribuido en el territorio dependerá, en su caso, de la propia dimensión del territorio nacional, de la tradición constitucional, de la cultura y de las prácticas precedentes, sin que por ello sea puesta en duda la cuestión de los valores.

Lo contrario supondría admitir, desde una perspectiva comparatista, que los países federales como Estados Unidos, Canadá, Australia, Argentina, Brasil, México o Alemania son necesariamente más libres, iguales, justos y solidarios que los países unitarios como Inglaterra, Francia, España, Uruguay, Suecia, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Chile, Austria, etcétera.

En este sentido, y como surge de una primera apreciación, el método comparado no arrojará resultados apreciables en términos de ventaja para los estados federales o unitarios: la realización de los valores dependerá del buen o mal funcionamiento del Estado de derecho en su totalidad y no necesariamente, de la forma territorial adoptada. La regla clásica del Estado de derecho nos requiere de división de poderes y de garantías a la libertad individual pero no necesariamente explícita cómo debería organizarse el territorio.<sup>35</sup>

A ese dato debe también agregarse la observación en cuanto a que no puede hacerse, en la actual realidad, una división “tajante” entre estados unitarios y federales como si fueran dos compartimentos estancos u opuestos. Si aceptamos que la nota distintiva está dada por la concentración o distribución del poder en el territorio, comprobaremos que pueden verificarse distintos grados de descentralización, tanto en uno como en otro modelo.

Puede de ese modo señalarse que el federalismo argentino representa un ejemplo de alta concentración frente a otros casos como el de Brasil que exhibe mayor autonomía de estados y municipios. La misma observación podría referirse en el ámbito de los países unitarios observándose mayor descentralización en Italia y España que en el modelo francés,

<sup>35</sup> Véase la Declaración XVI “De los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la República francesa.

como consecuencia de la adopción de modelos de región consagrados en estatutos de autonomía.<sup>36</sup>

Resulta un dato interesante para destacar en ese sentido, que el mismo paradigma del federalismo, representado por el modelo adoptado en la Constitución norteamericana de 1787 respondió a un proceso de concentración en lo político y en lo económico, destinado a conformar una “unión más perfecta” a partir de estados preexistentes y un solo mercado en lo económico.

La comparación de nuestro sistema federal con su fuente o modelo, el estadounidense, sirve para demostrar que el federalismo de la Argentina y el federalismo de los Estados Unidos se distinguen por diferentes niveles o grados de descentralización y que en gran medida se explican por sus antecedentes.<sup>37</sup>

También la comparación permite advertir que las cosas fueron muy diferentes en nuestro país. Nuestros “federales” más bien abogaban por una Confederación y las luchas civiles con los “unitarios” representaron más bien una disputa antigua y perenne entre Buenos Aires y las provincias que una discusión técnica sobre la forma de gobierno.

La adopción del federalismo como forma de organización territorial del Estado fue tomada del modelo estadounidense como un intento sintetizador surgido de la pluma de Esteban Echeverría y reproducido por Alberdi en su Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata. En ese contexto, bien puede decirse que en su etapa fundacional, los valores del federalismo argentino se identificaron con los grandes objetivos preambulares de constituir la unión nacional y de consolidar la paz interior como bases esenciales de la convivencia organizada.

Por su parte, los primeros teóricos del federalismo desde la emancipación, que fueron José Gervasio Artigas y Manuel Dorrego, pusieron el acento en el principio de autodeterminación de los pueblos y en la soberanía popular, como antecedentes primarios de la autonomía. A estos primeros valores que se fundieron en los orígenes de nuestro país federal, cabría agregar que en la mencionada síntesis fundacional confluyeron

<sup>36</sup> Una explicación sobre los estados regionales puede verse en nuestro trabajo titulado “Las comunidades autónomas en la Constitución Española de 1978”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

<sup>37</sup> Carmagnani, Marcelo (comp.), *Federalismos latinoamericanos, México/Brasil/Argentina*, México, Fondo de Cultura Económica.

valores de orden religioso-tradicional sostenido por las autonomías provinciales y valores de progreso e ilustración en la vertiente emancipadora ilustrada del Plata.

Las tensiones centralistas y anticentralistas se encuentran en el juego de las mismas instituciones diseñadas por nuestra Constitución nacional, que establece el principio de la delegación de competencias originarias desde la periferia hacia el centro (artículo 121) siguiendo el modelo de la *Décima Enmienda* de la Constitución estadounidense.

Pero al mismo tiempo, se preocupó por el fortalecimiento del gobierno federal, al que habría que dotar de las mayores facultades que fuera posible, conforme lo aconsejado por Alberdi, para quién había que fortalecer al Ejecutivo y al gobierno central a través de las rentas, porque sin rentas no habría Estado, ni gobierno, ni nación.<sup>38</sup>

Algunas notas de nuestro sistema institucional contribuyeron a la centralización, como el rasgo hegemónico del presidencialismo, el carácter nacional de los principales partidos políticos y el frecuente recurrir a medidas como el estado de sitio o la intervención federal, característica a la que contribuyeron, aún más las reiteradas emergencias en lo económico y social.<sup>39</sup>

Todos estos rasgos confluyeron para que se afirme que nuestro sistema conforma un “unitarismo solapado”, donde deben también computarse las consecuencias negativas resultantes de las frecuentes interrupciones constitucionales por golpes de estado y gobiernos *de facto* que recurrieron a estilos de gobierno centralizados con una directa dependencia de las provincias al poder central en estructuras de carácter jerárquico.<sup>40</sup>

Frente a esa tendencia centralista ha surgido en nuestro medio una fuerte concepción del federalismo como valor en sí mismo. Este corrimiento del concepto desde un carácter instrumental hacia una consideración finalista tiene un alto contenido reivindicativo y ha llevado a sostenerse un “redescubrimiento” o “refundación” del federalismo que se sustenta en un conjunto de principios legitimadores como subsidiariedad,

<sup>38</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Sistema Económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Ed. Luz del Día, 1954.

<sup>39</sup> Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Grijalbo, 1997.

<sup>40</sup> Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 15.

cooperación, mediación, participación, convergencia, sistema, eticidad, justicia, razonabilidad, equidad, etcétera.<sup>41</sup>

La revalorización tiene un punto de partida inicial que es considerar al federalismo un valor en sí mismo como modelo de vida social y de organización política. Desde la teoría constitucional se ha afirmado que el modelo de Estado unitario es más proclive a las formas autocráticas de gobierno en tanto supone concentración del poder estatal en un mismo centro geográfico, en tanto que el federalismo supone una forma de control “vertical” sobre el poder.

Bajo esta idea, la desconcentración territorial del poder estatal, como modelo de Estado federal, sería más proclive al funcionamiento del sistema democrático en tanto haya una participación más directa por parte de los habitantes en los problemas de su comunidad.<sup>42</sup>

Los individuos y los grupos adquieren la sensación de ser sujetos significativos de la constitución de su propio destino, aunque no sean los únicos. Esto se revela a la luz de las investigaciones empíricas como una cuestión muy importante: la autoconfianza colectiva es un recurso psicosocial de enorme valor.

Se destacan el valor solidaridad y el autogobierno; es decir, el modelo social básico que sorprendiera a Alexis de Tocqueville cuando siendo un funcionario francés de prisiones realizara un viaje a América del Norte para estudiar el sistema penitenciario y terminara admirándose de las nuevas instituciones democráticas. El joven De Tocqueville destacará a los municipios, iglesias y comunidades locales de base como el verdadero sustento de la joven democracia norteamericana.<sup>43</sup>

Esta línea de redescubrimiento, revalorización o reafirmación del federalismo encuentra fuertes fundamentos en la línea doctrinaria del federalismo de cooperación que entre nosotros tiene al profesor Pedro J. Frías como principal exponente.

Se destacan asimismo las valiosas obras de Antonio María Hernández en materia de derecho municipal y entre otros importantes aportes se destaca la obra del *Federalismo* y los trabajos del doctor Néstor Losa,

41 Castells, Alberto, *El federalismo concertado de Pedro José Frías*, Estudio preliminar de Frías, Pedro J., *El proceso federal argentino II*, Córdoba, 1998.

42 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

43 De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica.

Alberto Zarza Mensaque, María Celia Castorina de Tarquini, Pablo María Garat, Jorge Rougés, Raúl Heredia entre otros muchos y muy importantes aportes de la doctrina jurídica nacional.<sup>44</sup>

El federalismo de cooperación se opone a la versión clásica original del federalismo de confrontación donde las unidades políticas territoriales, especialmente el Estado federal y las provincias aparecen enfrentadas y en competencia a fin de asegurar el control recíproco garantizando los derechos individuales de los habitantes. De algún modo, podría decirse que ese es el fundamento federalista expresado por Hamilton, Madison y Jay en sus célebres artículos.<sup>45</sup>

Según el interesante estudio realizado por Chiaramonte el federalismo clásico funcionó por muy poco tiempo en la Argentina, en términos reales. A muy poco de la lograda organización nacional, el predominio político del Partido Autonomista generó el espejismo de una continuidad del partido federal, pero en realidad conformó un predominio porteño en las tres presidencias “históricas” de Mitre, Sarmiento y Avellaneda. Se dará la paradoja que la formación del orden conservador del roquismo con el Partido Autonomista Nacional establecerá acuerdos permanentes entre el gobierno federal y los caudillos conservadores que gobernaban las provincias y las representaban en el Congreso como senadores.

A juicio del autor citado, fue este pacto conservador el que coincidió con el periodo más verdaderamente federal en la versión originaria, aunque huelga decir que ese orden oligárquico realizó un federalismo de dominación de las clases altas sobre las clases sociales más bajas y una evidente desigualdad entre provincias “ricas” y provincias “pobres”.<sup>46</sup>

El federalismo de cooperación, por el contrario, acude a la concertación y al diálogo cooperativo entre las jurisdicciones territoriales, defendiendo el valor contractual de las leyes-convenio como instrumentos jurídicos adecuados a la finalidad perseguida de refundar el federalismo. La solidaridad y el principio de subsidiariedad juegan un rol muy importante, toda vez que para Frías, éste último constituye una expresión

<sup>44</sup> Frías, Pedro J., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma; Hernández, Antonio María, *Derecho municipal*, Buenos Aires, Depalma; Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Situación actual del federalismo*, Buenos Aires, Depalma, 1964.

<sup>45</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.

<sup>46</sup> Chiaramonte, Alfredo, véase el capítulo correspondiente al federalismo fundacional argentino en la obra coordinada por Carmagnani, Marcelo, *Federalismos latinoamericanos*, cit., nota 14.

del pensamiento cristiano que manda al Estado realizar sólo aquello que no pueden hacer las unidades políticas más pequeñas y cercanas a los ciudadanos.<sup>47</sup>

Esta corriente doctrinaria fue abriendo camino en nuestro derecho público provincial en dos importantes “oleadas”, la primera en las Constituciones de las “nuevas provincias” formadas a partir de 1957 y —especialmente—, la segunda a partir de la recuperación democrática en 1983, donde el federalismo y las reivindicaciones sobre la autonomía municipal encontraron antecedente y fundamento en la Constitución de Santa Fe de 1924, inspirada por Lisandro De la Torre y en el avance de la jurisprudencia donde algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron abriendo el sendero en materia de tránsito y comercio interjurisdiccional, de establecimientos de utilidad nacional de dominio y jurisdicción sobre los recursos naturales y autonomía de los municipios entre otros importantes temas federales.

Ese proceso de afirmación del federalismo, impulsado por el cambio conceptual hacia el federalismo cooperativo se ve plasmado en la Reforma Constitucional de 1994 que tuvo entre sus objetivos el “fortalecimiento del federalismo”, y en las reformas provinciales que acompañaron a ésta.<sup>48</sup>

De ese modo, puede sintetizarse el nuevo contenido de la organización federal en la Constitución nacional a partir de la Reforma de 1994:

- 1) Se reconoció a los municipios el derecho a la autonomía precisando que ella abarca los aspectos institucionales, políticos, administrativos, económicos y financieros, estableciendo que el alcance y contenido de dicha autonomía sería reglado por las constituciones provinciales.
- 2) Se ha incorporado formalmente a la ciudad de Buenos Aires como sujeto de las relaciones del régimen federal. Goza de una autonomía de grado superior a la municipal (puesto que sólo resulta limitada por la Constitución nacional) pero distinta a la de las provincias, en razón de la reserva de competencias, mientras éste sea el de la capital de la nación.

<sup>47</sup> Frías, Pedro J. “Las relaciones federales y sus nuevos escenarios”, *El proceso federal argentino II*, Córdoba, 1998, p. 74.

<sup>48</sup> Véase la Ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional.

- 3) Por el artículo 124 de la Constitución nacional se estableció que “...las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos para el cumplimiento de sus fines...”
- 4) El mismo artículo 124 introducido en la Constitución nacional por la Reforma de 1994 reconoce la tendencia afianzada en la legislación y jurisprudencia acerca del dominio originario y exclusivo sobre los recursos naturales de sus territorio. Se trata de otra ratificación sobre los poderes no delegados por las provincias a la nación y que, por ende, tiene fundamento en el principio de reparto del artículo 121 que sigue similares lineamientos a los de la *Décima Enmienda* de la Constitución de los Estados Unidos.
- 5) Por el artículo 75 inciso 24 la reforma ha introducido una cláusula destinada especialmente a reglar las relaciones de la nación con los países vecinos en el marco de los procesos de integración. No menos importante resulta en ese sentido la cláusula del propio artículo 124 de la Constitución nacional que permite a las provincias “...celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecte las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la nación; con conocimiento del Congreso de la nación...”.
- 6) En el caso del inciso 19 del artículo 75 se ha incorporado un nuevo mandato que antes se encontraba implícito en el texto constitucional. Se dice allí que, corresponde al Congreso “...proveer el 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 la Cámara de origen...”
- 7) Esa disposición hace referencia, directa a otra anterior, la del inciso 2 del mismo artículo 75, donde se establece que la distribución de los recursos que formen la masa del sistema de coparticipación “...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...”
- 8) Por último, la reforma recoge la importante evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de facultades de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional sitios dentro de su territorio. Así es como se ha modificado el antiguo artículo 67 inciso 27, actual artículo 75 inciso 30, para precisar el alcance

de la facultad exclusiva de legislación del gobierno federal en tales sitios, determinándose que “...las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquéllos fines...”<sup>49</sup>

A pesar de la bondad de las normas constitucionales, en la práctica continúa observándose una gran concentración que se manifiesta particularmente en el sistema financiero como consecuencia de la gran cantidad de servicios, gastos y funciones que el Estado federal transfirió a las provincias en los últimos años sin la contrapartida presupuestaria.

En rigor no corresponde hablar de “transferencias” en el marco de un sistema de coparticipación en un Estado federal en el que se reintegra el producto de impuestos cuya titularidad corresponde a quien recibe la “transferencia”, y mucho menos en el pago de regalías energéticas o de recursos naturales propios; sin embargo es frecuente en la literatura especializada recurrir a esa denominación atento a que las mismas revisten un contenido redistributivo en un sistema de solidaridad y equidad fiscal.

Desde principios de los años ochenta se inició un traspaso hacia las provincias de funciones vinculadas al área social. En 1991 el 48% del gasto total correspondió al gobierno federal, 39.5% a los gobiernos provinciales y 11,5% a los gobiernos municipales. En cambio los ingresos fueron de 82%, 14% y 4.1% respectivamente.<sup>50</sup>

La nación y las provincias tienen facultades concurrentes en materia de impuestos directos; sin embargo en la práctica el Estado federal legisla y recolecta los tributos de mayor potencial recaudatorio, acentuándose un desequilibrio en la asignación de ingresos.

En tal sentido, fue una cuenta pendiente de la reforma constitucional no revisar el sistema básico de atribuciones antes de avocarse a incorporar la coparticipación que, por el contrario, puede convertirse en un factor de centralización fiscal, como lo ha demostrado nuestra práctica y como amenaza el inciso 3 del artículo 75 de la Constitución nacional.

<sup>49</sup> Para esta enumeración, y sin perjuicio de las modificaciones que nos son propias, hemos seguido el trabajo realizado por el doctor Pablo María Garat sobre Coparticipación Federal en el Consejo Federal de Inversiones (CFI) 1998.

<sup>50</sup> CEPAL, *Descentralización Fiscal en América Latina. Un análisis Comparativo*, 1998, p. 118.

Esta situación, sumada a la frecuente renuencia o condicionamiento del Estado central a “transferir” fondos que en rigor de verdad son propios de las provincias ha llevado a decir a algunos autores que después de la etapa del federalismo “de confrontación” y del “federalismo de cooperación” ha sobrevenido un “federalismo de extorsión”.<sup>51</sup>

Es por eso que esta altura de la exposición referida a los valores subyacentes en el sistema federal de Estado, nos parece muy importante realizar una distinción —o advertencia— con respecto a las motivaciones que fundamentan los procesos o programas de “descentralización” recomendados con insistencia en numerosos documentos internacionales que pregonan una suerte de descentralización globalizada.

Es así que la “descentralización” se plantea desde organismos como el Banco Mundial o el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, como un capítulo de la reforma del Estado a operarse en los países de la región.<sup>52</sup>

Las propuestas se fundamentan en el principio liberal de subsidiariedad del Estado, que propugna que debe delegarse a la iniciativa de los individuos y comunidades pequeñas todo aquello que las mismas puedan realizar, limitándose el Estado a intervenir en aquellos rubros que los primeros no asumen.

En ese sentido, también la descentralización territorial aparece como uno de los principios fundamentales de Constitución de la Unión Europea, que tiene por objetivo la conformación de una sola unidad económica regida por el principio de subsidiariedad. Los teóricos de la descentralización así entendida, ponen el acento en la idea de eficiencia como valor esencial, de manera que al transferir al Estado la prestación de bienes y servicios a comunidades menores, se reduce la dimensión estatal y se favorecen los procesos de transferencia hacia el sector privado por el camino de la inmediatez.

El objetivo de un Estado menos burocrático y más eficiente aparece acompañado de la idea de acercar gastos y recursos a ciudadanos y contribuyentes favoreciendo la inmediatez y el control. En particular, la descentralización fiscal puede mejorar la eficiencia en la asignación de re-

<sup>51</sup> Boisier, Sergio, ponencia presentada para el Programa de Descentralización en Venezuela, PNDU, marzo de 1998.

<sup>52</sup> Banco Mundial, “Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997”, *El Estado en un mundo de transformación*, CEPAL/GTZ, *Desconcentración Fiscal en América Latina*, Nuevos Desafíos y Krausejunk.

cursos en el sector público “al permitir una estrecha correspondencia entre los servicios públicos y la variedad de preferencias individuales, y promover la responsabilidad y la equidad mediante una vinculación clara de los beneficios, servicios y sus costos”, según lo destaca el informe del Banco Mundial de 1988.<sup>53</sup>

El acercamiento de los usuarios y consumidores con los prestadores de los servicios favorece, a su tiempo, los mecanismos de control sobre los mismos. Para esta concepción, los únicos bienes y servicios que no cabe transferir desde los niveles o instancias superiores a las subnacionales son aquellos bienes y servicios que resultan indivisibles desde el punto de vista macroeconómico, como la política exterior, la defensa o la política monetaria.

El manejo de la política macroeconómica por parte del gobierno central, con miras a lograr la estabilidad del empleo, la producción y los precios se encuentra justificado por las propias distorsiones que podrían resultar de un criterio inverso, como sería el caso en que los propios estados o provincias pudieran emitir moneda, dando lugar a graves riesgos de emisión inflacionaria.

Otro tema relevante sería la defensa del mercado interior que también competiría al gobierno central, asegurando la asignación suficiente de los recursos y evitando que se produzca una “guerra fiscal” entre las distintas jurisdicciones a través de impuestos o desgravaciones destinadas a atraer la radicación de capitales.

En ese sentido es menester recordar que más allá de la adopción de la forma federal de Estado, la Argentina, siguiendo a la Constitución de los Estados Unidos conformó el territorio nacional como un solo mercado, diseñando todo un modelo al respecto que incluyó la libre circulación interior de bienes y mercaderías y autorizando sólo la existencia de las aduanas nacionales (artículos 9, 10 y 11 Constitución nacional)

Estas concepciones tan en boga y que parten de la premisa del mercado como primer asignador y distribuidor eficiente, corren el riesgo de quedar a mitad del camino si no se atiende a las peculiaridades político-institucionales y —aún más— a los valores subyacentes en el ámbito de cada comunidad política y jurídicamente organizada. De tal modo que la descentralización, sin perjuicio de las ventajas que supone, aparece como un proceso más claro en los estados unitarios o altamente con-

53 Banco Mundial, *Informe 1998*, pp. 182 y 183.

centrados en materia de decisión política y que resuelven “delegar” funciones en las instancias subnacionales.

En los países federales como la Argentina, se trata más bien de reconocer el poder de decisión de las provincias y municipios, recogiendo toda una tendencia y evolución del derecho público provincial. Tener clara esa diferencia hará que no se distorsionen los principios incorporados a la ley fundamental.

Un caso paradigmático en tal sentido, lo constituye la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social contemplada en el artículo 124 y que recoge una tendencia genuina y espontánea en sentido ascendente desde las propias unidades políticas preexistentes, de modo tal que algunas regiones como el NOA, el NEA, la región patagónica, etcétera han ido adquiriendo una identidad que muchas veces se traduce en la gestión de intereses comunes y en una prioridad de los temas regionales por sobre los intereses partidarios en los mismos debates parlamentarios.

Sin embargo, algunos proyectos elaborados centralmente desde el Poder Ejecutivo nacional han escondido la pretensión de “sucursalizar” el país a partir de la creación de regiones en un movimiento inverso de centralización, apoyándose en argumentos de racionalidad del gasto público alentados por los organismos internacionales de crédito.

La tensión entre argumentos “descentralizadores” que esconden prejuicios centralistas frente a verdaderas reivindicaciones federalistas se observa también en otros temas, como el sistema de reparto en el régimen de coparticipación federal, sobre todo en orden a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 75. Otro tanto, podría señalarse con respecto al régimen municipal, toda vez que, si bien la Constitución consagra un amplio concepto de autonomía, lo cierto es que al remitirse el artículo 123 a lo dispuesto en cada Constitución de provincia (artículos 5 y 123 Constitución nacional), muchas veces se ha postergado la real implementación de la reforma, constituyéndolas en verdaderas expresiones de deseos.

La consolidación de un federalismo solidario y eficiente debe visualizar la descentralización como una tendencia instrumental que favorece la autogestión y el autogobierno, pero sin perder de vista que sólo el federalismo responderá a una concepción auténtica y fortalecida si se origina en la misma base de la convivencia social y en las unidades políticas que lo sustentan.

El federalismo argentino es en la actualidad más complejo que en el pasado. A la división constitucional clásica entre Estado federal y pro-

vincias, debe ahora agregarse la ciudad de Buenos Aires (artículo 129) que tiene más jerarquía que los municipios, pero algo menos que una provincia y los municipios que tienen autonomía (artículo 123) aún cuando el grado de su extensión depende la constitución de cada provincia( *cfr.*, artículo 5 Constitución nacional). A estos cuatro niveles cabe agregar la posibilidad de conformar regiones para el desarrollo económico y social a las que nos hemos referido anteriormente y que no conforman unidades políticas.

Cuál será la fisonomía que en definitiva adquirirá nuestro régimen federal dependerá en gran parte del grado de espontaneidad con que se consoliden los niveles de gobierno ya indicados. Cabe recordar que al grado de autonomía dependerá, en definitiva, de la voluntad política de la ciudadanía en ejercerla y asumirla. En una democracia participativa es esperable que la tendencia se manifieste de modo creciente.

Finalmente un nuevo federalismo fundado en la solidaridad será un marco de garantías más adecuado para preservar los denominados nuevos derechos o derechos de tercera generación. Así como los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, los de la segunda generación lo hicieron en la igualdad y los de la tercera generación lo hacen en la solidaridad. Son, en definitiva, derechos de la participación, y en esto coinciden con la nueva visión de nuestro federalismo.

#### XIV. BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Ed. Luz del Día, 1954.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *La Reforma Constitucional argentina 1994*, Buenos Aires, 1994.

— — —, *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, t. I.

CARMAGNANI, Marcelo (coord.), *Federalismos latinoamericanos, México/Brasil/Argentina*, México, Fondo de Cultura Económica.

CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES, *Bases para el desarrollo regional argentino*, 1963.

CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Dictamen Preliminar*, Buenos Aires, Eudeba, 1986.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la Reforma de 1994. (Comentada)*, Buenos Aires, Editora Plattente, 1996.

———, “El ideario constitucional argentino”, en *La Ley* de 12 de julio de 1995.

———, “El gobierno y la administración de las comunidades autónomas en la Constitución española de 1978”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.

———, y LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, *Aspectos constitucionales del medio ambiente*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 1994.

*Dictámenes de la Comisión Asesora para la Reforma Institucional*, 1971.

FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provisional*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

———, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma.

HAMILTON, A. MADISON J. y Jay, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.

GARZÓN, Benito Carlos, “La región profunda. Conceptos para el Noroeste argentino”, *Temas*, Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Tucumán, 1993.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Grijalbo, 1997.

SABSAY, Daniel y ONAIDA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 1994.

SPOTA, Alberto Antonio, *Confederación y Estado federal*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Situación actual del federalismo*, Buenos Aires, Depalma, 1964.

VILLEGAS BASVÍLBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. IV, 1952.

ZAVALÍA, Clodomiro, *Derecho federal*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1941.