

ACTUALIDAD DEL FEDERALISMO ARGENTINO	193
I. Confederación y Estado federal	193
II. El regionalismo	195
III. Convenios internacionales que pueden celebrar las provin- cias	202
IV. Los recursos naturales	207
V. El federalismo fiscal	210
VI. La separación de fuentes en la Constitución histórica	213
VII. La coparticipación impositiva	217
VIII. La reforma constitucional de 1994	220
IX. Facultades del Congreso y descentralización fiscal	227
X. El jefe de gabinete de ministros	230
XI. El federalismo y los tratados	231
XII. La “cláusula federal” en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos	239
XIII. Los valores en el federalismo	243
XIV. Bibliografía	255

ACTUALIDAD DEL FEDERALISMO ARGENTINO

I. CONFEDERACIÓN Y ESTADO FEDERAL

La organización territorial del Estado hace 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 Loewestein, 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, mientras 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 mas 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 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 desconcentra las funciones, el limite máximo de la desconcentración es la confederación, donde existe, incluso, separación de soberanías.

En su libro *Confederación y Estado Federal*, 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 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 dele-

gan 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 lo 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 unirse “para constituir una unión mas 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 los republicanos, entre quienes destacaba Jefferson; los segundos eran los llamados federalistas, entre los cuales se hacían notar Hamilton y Madison. El federalismo originario ha ido cediendo poco a poco hacia un centralismo cada vez mas acentuado; el proceso norteamericano se fue 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.

Loewenstein destaca ese proceso de centralización del federalismo señalando que éste es favorecido por el desarrollo tecnológico y las cuestiones cada vez mas 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 representación. 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 las 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 y 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 un clara base unitaria, sin perjuicio de lo cual 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 solo 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 Tomas 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.

Fernández señala 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 en el mito de la autodeterminación de los pueblos, tan proclamada en las declaraciones internacionales, pero que tiene un sentido preciso en el derecho internacional: identificarla 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 un modelo de Estado regionalista, partiendo de la base del Estado unitario, el cual 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 tendieron 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 definir 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 los órganos centrales del Estado incidir 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 constituyan. 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 el artículo 2o. de la Constitución”.

Los antecedentes del derecho comparado han ejercido una gran influencia en nuestra doctrina para 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 parecidas, aunque más lejanas 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 noroeste argentino*, el profesor Benito Carlos Garzón propone una definición del concepto de región en los siguientes términos:

Puede decirse que hay dos 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 (Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Tucumán. p. 12).

La “regionalización” del país, o mejor dicho, el reconocimiento jurídico institucional de las regiones, fue objeto de distintos trabajos o propuestas: durante 1961 y 1962, el Consejo Federal de Inversiones (CFI) y el Instituto Torcuato Di Tella realizaron estudios sobre la estructura económica regional del país, teniendo como objetivo básico 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 se correspondieron ni con los ámbitos provinciales ni con los departamentales, lo que dificultó la utilización de estas regiones como unidades operativas, toda vez que varias de ellas abarcaban distintas jurisdicciones políticas.

En 1963, el CFI publicó un documento denominado “Bases para el desarrollo regional argentino”, en el que se utilizaba un criterio 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 1961 y 1962, de lo que resultó la determinación de

siete regiones: Patagonia, Comahue, Centro, Cuyo, Noroeste, Noreste y 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, y evaluar y controlar los esfuerzos nacionales para el desarrollo” (Ley 16.964 artículo 2o.). Para la determinación de las regiones se utilizó el criterio de región respondiendo en general al esquema elaborado por el CFI en 1963, e introduciéndose como modificación más importante la delimitación de la región metropolitana de Buenos Aires, con lo que formaron finalmente ocho regiones.

En diciembre de 1977, el entonces ministerio de Planeamiento de la Nación efectuó un requerimiento a las provincias para concretar una propuesta 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 en lo 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 1958 por un tratado interestatal entre la nación y las provincias de Chubut, Neuquén y Río Negro, tuvo por finalidad el aprovechamiento nacional de los recursos naturales de la región y la promoción de la actividad industrial siderúrgica.

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

El del Ente Patagónico desarrolló su actividad durante 1966 —hasta su disolución después del golpe militar de ese año— y 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 Santa Fe, y en donde se analizaron las situaciones provinciales dentro del contexto federal.

Todos estos antecedentes llevaron a proponer la creación de regiones, mediante la reforma provisoria de 1972 y los Dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Así decía el dictamen de mayoría sobre el fundamento 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 otra autoridad intermedia. En éste como en otros tantos aspectos, sin embargo, la realidad sobrepasa la norma. Las delimitaciones socioeconómicas, determinadas por la naturaleza, desbordan 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 los 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 posición tan favorable a la Región no fue 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 XIX. 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: 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.

Sin embargo, en el primer dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia se propuso en el punto VI, “Federalismo”, (p. 70): “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 que —como lo señala Pedro J. Frias— 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 implantación deberá ser el producto de la concertación entre las distintas jurisdicciones, siendo el ámbito natural para lograr esa concertación el Senado federal” (*Reforma constitucional. Dictamen preliminar*, Eudeba, p. 164).

Los antecedentes mencionados, más una cantidad de hechos de la realidad, como la afirmación de los acuerdos regionales (NOA), la definición de nuevas zonas geográficas (Patagonia Norte y Patagonia Sur), así como la creación de una Comisión Nacional para la Promoción y el Desarrollo de la Región Patagónica, dependiente directamente de presidencia de la nación, han llevado a establecer la cuestión en el artículo 3o. 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 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

Antes de la reforma, en un seminario especialmente convocado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Pedro J. Frías se refería nuevamente al tema 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, etc.). Regiones: Las regiones de desarrollo pueden reestablecerse —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 la ejecución de dichos planes en sus jurisdicciones.

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 y 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.

III. CONVENIOS INTERNACIONALES QUE PUEDEN CELEBRAR LAS PROVINCIAS

Entendemos, en cambio, que este segundo punto requiere de una pronta reglamentación por parte del Congreso. Aun 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 vs. Gobierno Nacional* (1948), hasta llegar a la más moderna doctrina de *Ekmedjian vs. Sofovich*, *Fibraca vs. Comisión Mixta de Salto Grande y Cafés la Virginia*.

Antes de la reforma, discutíamos qué tenía más jerarquía normativa, el tratado, la ley o si ambos estaban equiparados. La solución al problema dependía de la postura que se adoptara, 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 por sobre las leyes. Las 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 con 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 exclusiva del gobierno federal, no sólo por la normativa expresa del ex artículo 67 inciso 19 (actual 75 inciso 22) y el juego con el anterior 104 (actual 121), y los artículos 27 y 31, sino también por el propio carácter federal de la forma de Estado que surge del artículo 10.

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 (artículo 31 y 75 inciso 22).
- f) 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. 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.

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 internaciona-

les 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. 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.

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 ésta debió ser la primera ley reglamentaria de la Constitución. Entendemos que la norma tal como está redactada, podría ocasionar graves consecuencias a la responsabilidad del Estado federal y herir el federalismo que es el valor que el Constituyente pretendió preservar.

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, abríríamos las puertas de la disolución del Estado federal en favor de una suerte de Estado confederado.

No impide esto 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 los 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 por 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 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 avalarlo, como ocurre en la práctica. Las circunstancias de emergencia

por las que atravesó Córdoba, una de las principales provincias argentinas, a mediados de este año, son demostrativas de esta afirmación: Córdoba no consiguió crédito externo por sí sola. Solamente podía conseguirlo con el aval del Estado federal. La circunstancia, vista con todo realismo, es indicativa de que la ley que mencionamos debería en principio deslindar qué tipos de acuerdos son los que las provincias podrían realizar, además de establecer que el conocimiento que la Constitución exige es racional y eficiente, y que supone la existencia de una manifestación de 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).

Alberto Zarza Mensaque, en su 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, y agrega:

Si bien las provincias no pueden celebrar tratados con naciones extranjeras, no están impedidas de cooperar y protagonizar otras etapas del mismo proceso. 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 provinciales, 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: a) impulsar el desarrollo de un federalismo de concertación; b) 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; c) adoptar las soluciones institucionales que conduzcan a una mejor participación de

las provincias en el ejercicio de los poderes concurrentes con la nación; d) reconocer el derecho de las provincias a realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional para satisfacción de sus intereses locales, sin lesionar las atribuciones constitucionales que en materia de política exterior le corresponden al Estado Nacional; e) en materia de poderes concurrentes o delegados a la Nación, se ejecutaran 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.

Dado 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 del camino formativo que respeta la estructura federal y el interés municipal, que es en definitiva el del hombre y su inmediatez.

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 menos de los municipios en las etapas de gestión previa del acuerdo internacional.

Esa posición 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. Mas 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 atentar contra los poderes de la nación. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense ha señalado que “los acuerdos que los estados 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 general, o que asumen el pleno y libre ejercicio de la autoridad federal”.

Por todo lo expuesto y por 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 no corresponde al interprete 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 meridiana 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 de un bien no sigue siempre a su dominio. Frías destaca que, en términos generales aunque el dominio sea provincial, la jurisdicción será federal en cuanto afecte al comercio o la navegación interprovincial o internacional.

Así, ocurre que no siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción. Frías señala 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; la jurisdicción 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 ésta que aquél.

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 ante la jurisdicción sobre playas y riberas, no importa el dominio nacional sobre ellas; así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales en inmuebles no adquiridos, y 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.

En este punto cobra especial relevancia 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 establecerá esos contenidos mínimos. El sistema propone una ley-convenio del tipo que se emplea en los sistemas de coparticipación impositiva.

El Consejo para la Consolidación para la Democracia había propuesto en su dictamen preliminar que la propiedad de los recursos naturales 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 supervise o controle la explotación de los recursos naturales, especialmente cuando esa fun-

ción es asumida por terceros. Se trata de una alternativa que, cercena el poder de las provincias. Es sabido, por otra parte, que el Estado nacional ha avanzado en exceso sobre 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 forma tal 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 tomados 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, Pedro J. Frías, reconocido especialista en la materia, discutía 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.

La experiencia actual de concertación 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 mas, prefiero la voz “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 de concertar que se 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.

En este punto también, las reflexiones de Frias 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 al regular servicios públicos en la 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 ello 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 fiscal.

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

Así como en materia de derechos y libertades públicas el principio ordenador se encuentra en la última parte del artículo 19; el ámbito orgánico de la asignación de competencias territoriales se encuentra en el artículo 121 (antes 104) que, siguiendo a la enmienda X 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 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, pues 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 XIX puede también ser descrito como el enfrentamiento entre un modelo de valores tradicionales con 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, la columna vertebral del precario orden financiero confederal.¹

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 de 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 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 Argentina y el federalismo de los Estados Unidos se diferencia por sus distintos niveles o grados de descentralización.

1 Véase Carmagnani, Marcelo (coord.), *Federalismos latinoamericanos. México, Brasil y Argentina*, México, Fondo de Cultura Económica.

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 (artículo 75 inciso 12) y en la facultad que tiene el Congreso de intervenir una o más provincias para asegurar la paz interior (artículo 6o.).

El 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, las reiteradas emergencias en lo económico social.

Todos estos rasgos confluyen para que se afirme que nuestro sistema conforma en realidad un “unitarismo solapado”.² A la enunciación del párrafo anterior deberíamos agregar las consecuencias negativas de las frecuentes interrupciones constitucionales por 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 sistemas de coparticipación federal han ocupado un papel protagónico en esta historia del federalismo argentino.

En rigor de 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 sostuvieron principios federales que llevaron a la lucha armada por la capitalización de Buenos Aires.

La conformación de un orden conservador, a partir del Partido Autonomista Nacional que encontró en el general Roca a una figura del interior

2 Bidart Campos, Germán J., *Trado elemental de derecho constitucional argentino*, EDIAR, t. I.

del país con la capacidad para liderarlo, consiguió establecer una alianza de permanencia entre los gobernadores de las provincias del interior que duraría hasta su derrota en las urnas en 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 y 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 social que incorporara a 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 vió 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 originarias desde la periferia hacia el centro (artículo 121), pero que al mismo tiempo se preocupó por el fortalecimiento del Estado central, a quien había que dotar de las mayores facultades que fuera posible, conforme lo aconsejaba Alberdi en las *Bases* según las cuales había que fortalecer al Ejecutivo y al gobierno central a través de las 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 (artículo 67 incisos 1 y 2, artículos 4 y 121) y la función centralista y promotora del Estado central, destinado a ser la maquinaria impulsora del progreso y la ilustración (antiguo art. 67 inc. 16 C.N.) aunque respetando los principios liberales de la iniciativa individual en materia económica.

Esas tensiones se fueron resolviendo con el tiempo en una actitud fortalecedora del 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 qué punto el Estado central realizó una apropiación ilegítima de la renta, sobrepasando límites vedados por el orden público constitucional, y hasta qué punto esa actitud se debió a un abandono por parte de las provincias del ejercicio de las 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 el Estado central recauda y reparte entre los distintos estados el producido 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 separación de fuentes donde sobresalen las importantes atribuciones estatales en materia de recaudación, en desmedro del Estado central. En Brasil aún tiene carácter estatal el ICMS (Impuesto a la Circulación de Mercaderías y Servicios) equivalente al IVA, que suele ser un impuesto que recaudan los estados centrales; como contraste basta 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 cuando el modelo agroexportador asentado sobre las riquezas de la Pampa Húmeda, los ferrocarriles y la aduana de Buenos Aires daban plena satisfacción a esas necesidades, atribuyéndose a las provincias la facultad de recaudación de los 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 a las provincias los derechos de exportación, a fin de promover las mismas. Prevalció 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 de ser interesante en tiempos en que pretenden seguirse políticas de apertura y de promoción de exportaciones.³

Por otra parte, la Constitución distingue los impuestos directos de los 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 exijan.

Si la nación sólo puede establecer impuestos directos por excepción y en circunstancias excepcionales, es fácil deducir que la regla general es que tal competencia es en principio de las provincias, conforme surge del 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, era fácil deducir —acuerdo con el mismo principio del artículo 121 (antes 104)— que eran de competencia provincial.

3 Al respecto puede verse Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*“, Instituto Nacional de la Historia.

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 la 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 (artículos 67 inciso 16 y 107, actualmente 75 incisos 18 y 125), también deben ser concurrentes las facultades para recaudar a esos efectos. Desde entonces quedó consagrada, con la posterior convalidación legislativa y judicial, la tesis de la concurrencia a los efectos 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 la admitió en tanto no haya superposición de jurisdicciones sobre un mismo hecho imputable, cuando un impuesto es confiscatorio, es decir, 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 del 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 pagado directamente por los ciudadanos conforme al censo o “nómina”.

Este sistema era de sencilla aplicación cuando los vecinos eran pocos y conocidos, pero debía limitarse a circunstancias graves porque podía afectar de manera más directa al patrimonio, por lo que, según 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; aun 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 una 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 entra la norma, la realidad y las necesidades crecientes de un Estado intervencionista que comienza a manifestarse a partir de la crisis de los años treinta, cuando la crisis económica mundial se suma nuestro primer quiebre institucional, llevó a que aparecieran los sistemas de coparticipación federal que en 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 2, 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 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 localidades 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 leyes convenio.

Por ese mecanismo, se arribaba a un acuerdo de coparticipación de lo recaudado que contemplaba una coparticipación primaria por distribuir entre la nación y las provincias, y una coparticipación secundaria que contemplaba el reparto de la parte correspondiente a las provincias entre sí, conforme a pautas o índices consensuados. 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 (artículos 75 inciso 12, antes 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, otro sector doctrinario, especial-

mente los tributaristas como Giuliani Fonrouge, los consideraron constitucionales en tanto no había prohibición en la constitución donde no se advertía una colisión.

Para 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 fundamental por acuerdo entre partes sobre aquellas 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 que agregar otros importantes tributos coparticipables, entre ellos el impuesto al valor agregado (IVA), principal fuente de recaudación del tesoro nacional; incluso las regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales propios de las provincias (artículos 121 y 124 *in fine*) se distribuyen desde el Estado central a los estados provinciales.

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

La recuperación de la democracia a partir de 1983 permitió ir mejorando la posición de las provincias, y alguna de ellas, como la de Buenos Aires, resignó su cuota 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 situación, unida al grave déficit provincial como 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 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; medida que buscaba entre otras cosas atender a los requerimientos del sector empresario contra el denominado “costo argentino”.

El criterio acuerdista se vio favorecido, desde el punto de vista doctrinario, por el fortalecimiento de una tendencia denominada “federalismo cooperativo” o “federalismo de concertación”, que teniendo en mente el bien común general promueve valoraciones solidarias sobre el bienestar 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 (antes 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 vs. 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 (artículo 5o.), 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 75 y se agregó un tercer inciso nuevo. Se refirió también al tema la cláusula transitoria sexta.

Es opinión generalizada en la doctrina constitucional argentina señalar que la reforma reforzó el federalismo; sin embargo y con el mayor de los respetos por 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 constitucional. Sí saludamos 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 al equívoco 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.⁴

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 que 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 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.

4 Véase Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994 (comentada)*, 2a. ed., Librería Editora Platense, 1996.

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 en favor de las provincias con respecto a la distribución actual. Anteriormente, una propuesta de Ricardo Koss, premiada por la consultora Price & Waterhouse propuso tomar el parámetro de las manifestaciones globales de capacidad contributiva.

Ni estas ni otras propuestas fueron tratadas en la Convención Nacional Constituyente de 1994, en las reuniones de comisión y de 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 provincias que actuaron como convencionales constituyentes pudo modificar ese cuadro.

Sin dejar de reconocer la importancia del plan de convertibilidad y, dentro de este, de la política fiscal como soporte de la estabilidad monetaria, es de lamentar que el constituyente nos haya privado del gran debate sobre el federalismo fiscal con propuestas hacia el país actual 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 más importancia tiene el deber ser en la dimensión jurídica valorativa del rumbo por 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, 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 en favor del contribuyente, que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha retraído en los casos Mickey y Horvath, además 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 número 24.309. Contestamos a ello que estaba habilitada la discusión del federalismo fiscal como sistema y que 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 parte 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 expresamente 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 decreto 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*), aun cuando los plazos previstos por el constituyente para dictar la nueva ley de coparticipación antes de 1996 se hayan vencido como ocurriera con otros tantos plazos de una reforma constitucional de “textura abierta”, como le gusta decir al profesor Germán Bidart Campos.

Se ha simplificado la redacción del inciso 1 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 aquellas relativas a equivalencias de monedas dentro del país, en tiempos en que circulaban distintas unidades monetarias. En materia de derechos aduaneros debe existir una “doble uniformidad”: ser tales derechos igua-

les en todo el territorio, y ser también iguales las “valuaciones” sobre las que recaigan. Por ejemplo el derecho de importación de una mercancía determinada debe ser el mismo en todo el país, la cotización de esa mercancía debe ser la misma en todo el país.

La lucha por el control de los derechos sobre el comercio exterior ha protagonizado las guerras civiles del siglo XIX, habida cuenta del poder de recaudación de la aduana de Buenos Aires. La federalización de los derechos aduaneros, manteniendo las aduanas exteriores y suprimiendo las interiores (artículos 9o. y 10) 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, permitiéndolo sólo en materias determinadas de administración o de emergencia pública (artículo 76).

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 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 y 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 relación directa con 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 expresamente que los recursos deban coparticiparse, 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 terminar 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 por 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 la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la ciudad de Buenos Aires, cuyas alícuotas por asignar en la coparticipación secundaria deben surgir de alguna reasignación de porcentajes por parte de otras provincias, o bien de una reasignación por parte de la nación en la distribución primaria. Cabe aclarar, a tales efectos, que se denomina distribución primaria 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 (antes 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 mencionada 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 relacionada con el interés de la provincia de Buenos Aires por preservar el denominado “fondo de reparación histórica del Conurbano 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 generales en tanto 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, el resto de la disposición mantiene su validez hasta el momento de dictar el nuevo régimen de coparticipación federal.

Finalmente, el artículo 75 inciso 2 deja el control y la fiscalización del sistema a un órgano fiscal federal, a la manera de la 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 derredor 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 asentado en ese organismo.

La disposición transitoria sexta, *in fine*, dice no afectar 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 su revisión ante 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 un 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 debe preocuparse por una asignación eficiente que garantice los objetivos y valores constitucionales.

El tema de la coordinación de las políticas es el más dificultoso 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, insistimos 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, si puede evitarse, tanto mejor.

Además, acercar los recursos a los gastos, descentralizándolos en el nivel local presenta indudables ventajas desde el punto de vista del 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, 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 los impuestos locales, como el inmobiliario o las patentes de automotores, si se comparan las alícuotas con otros países federales (Estados Unidos), en tanto se concentran los recursos en los impuestos coparticipables como el impuesto al valor agregado.

La enunciación constitucional de declarar coparticipables a los recursos no significa que necesariamente deban coparticiparse cuando es posible atender 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 electoral.

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, con base en el programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas, y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

El constituyente de 1994 optó por mantener el mandato constitucional de fijar anualmente el presupuesto. Se trata de una práctica fiscal saludable 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 común en otros países. Sin embargo, el cumplimiento del requisito constitucional de la presentación y aprobación puntual de la “ley de las 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, como así 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 la función de vincular y coordi-

nar 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 un 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.⁵

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 más atenuado que el seguido por el Consejo para la Consolidación de la Democracia; aquélla 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 tenidas en cuenta por quienes suscribieron el 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 que la competencia en materia de relaciones exteriores corresponde al gobierno central o federal, conforme a la atribución de competencias que realiza la Constitución. En tal sentido, aquí nuestra norma fundamental ha

5 Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictámenes preliminar y segundo dictámenes*, Buenos Aires, EUDEBA.

seguido también el paradigma federalista 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.⁶

A pesar de esa tajante afirmación, 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 interno y que se remonta a los 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 público provincial, son en todo lo que pertenece a la política constitucional, unas de las fuentes más interesantes con respecto a esta materia.⁷

En tal sentido, no solamente se ubican los pactos firmados dentro de la Confederación por 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 (artículos 126, 116 y 117).

⁶ Citado por González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Librería Nacional, t. 3, p. 453.

⁷ Alberdi, Juan Bautista, *Elementos de derecho público provincial*, cap. II, parágrafo 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 (antes 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 antes 108), por razones que se remontan a las luchas pasadas entre unitarios y federales, que alientan 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 con cómo quedó finalmente redactada la norma del artículo 125 (antes 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 deferidos 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.⁸

Lo dicho hasta esta parte tiene importancia para destacar la naturaleza jurídica de los tratados parciales, que si bien funcionan en el ámbito del derecho constitucional y, más precisamente, del derecho público provin-

8 González Calderón, *op. cit.*

cial, y no en el ámbito del derecho internacional 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 con 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 Zavalia (*Derecho federal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941) y de Manuel García Pelayo (*Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente).⁹

Ubertone sostiene que el propio Kelsen en su *Teoría general del derecho y del Estado* (México, Imprenta Universitaria, 1958), 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 conjunto forman el orden jurídico total, pero no menciona siquiera la posibilidad de que haya normas interprovinciales o intrafederales.¹⁰

En los Estados Unidos se requiere el consentimiento del Congreso en los convenios interestatales, aunque no hay fórmula fija en lo concerniente al tiempo y modo 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 para la aprobación por el Congreso. Puede hacerse mediante una ley expresa, por una resolución conjunta, por ratificación de una Constitución estatal que contenga tal convenio, o por medio de un convenio entre el Congreso y los estados interesados (Burton’s Lessee vs. Williams, 1819). El Congreso puede aun extender aprobaciones en blanco a ciertos convenios futuros y dentro de ciertas zonas especificadas.¹¹

Es menester señalar que por vía y acción de estos tratados intrafederales, conforme los denomina Ubertone, ha tenido desarrollo en nuestro de-

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

10 *Ibidem*.

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

recho el 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.¹² Esa visión del federalismo como concertación entre las distintas jurisdicciones o unidades políticas tiene a Pedro J. Frias como el representante más destacado en nuestro país,¹³ 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 aquellas ideas ya anunciadas por Alberdi y que encuentran canales de realización en el federalismo cooperativo.¹⁴

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 incompatibles con la política exterior de la nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal 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 aun otro tipo de acuerdos que se dirijan a dar cumplimiento al paradigma constitucional de promover el desarrollo humano (artículo 75 inciso 19). Distintos antecedentes del derecho público provincial se han pronunciado en ese sentido, como el 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 satisfacción de sus

12 Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

13 Frias, Pedro J., *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma; véase también del mismo autor *El proceso federal argentino*, con un interesante estudio preliminar del profesor Alberto Castells, Córdoba, 1998.

14 Véase Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Situación actual del federalismo*, Buenos Aires, Depalma, y Dalla Via, Alberto Ricardo, “Los valores en el federalismo”, en la obra colectiva *Los valores en la Constitución*, Bidart Campos J. y Gil Domínguez, Andrés (coords.), Buenos Aires, Ediar.

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 unitario que, en muchos casos, han adoptado políticas de descentralización fomentando la autogestión en provincias y regiones por intermedio de mecanismos tales como los 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 principio de subsidiariedad. El límite, en todos los casos, se encuentra en las áreas que no pueden afectar la competencia de los Estados nacionales en materia de política exterior.

Esto también coincide con la pauta general en la materia que surge de la jurisprudencia de la Suprema Corte 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 que 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 Tennesse Railroad, Virginia vs. Tennesse).

El tema del 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 constitucional 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. En tal sentido, la doctrina tradicional mantuvo 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 menos de los municipios en las etapas de gestión previa del acuerdo internacional (Joaquín V. González y Juan V. González Calderón, entre otros).

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 cuenta 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 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, deberían hacerlo 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 los 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.¹⁵

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 se ha inspirado directamente en el antecedente del artículo 125 (antes 107),

15 Zarza Mensaque, Alberto, véase su trabajo publicado en la obra colectiva *Comentarios a la reforma constitucional*, publicada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

conforme la modificación propuesta por Gorostiaga sobre el Proyecto 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 1o.) y de las normas que determinan los grandes principios de nuestra política exterior (artículos 75 y 99).

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 especialmente en cuenta los principios del derecho internacional que regulan la responsabilidad internacional de los Estados, pues en nuestro caso, todo tratado o convenio internacional lo será a través del Estado argentino como sujeto del derecho internacional y será en todo caso, sobre el Estado en su conjunto sobre quién recaiga la responsabilidad 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.

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”.¹⁶

Por nuestra parte, no creemos que sea necesario recurrir a un mecanismo complejo en materia de aprobación y adhesiones como es el de las leyes convenio que la Constitución expresamente reconoció para el caso de la coparticipación federal (artículo 75 inciso 2), 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 (artícu-

¹⁶ *Op. cit.*

los 121, 75 y 99), entendemos que bien puede el Congreso, donde 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 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, la publicidad de los tratados que se firmen.

Finalmente, cabe 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.¹⁷

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 y hasta qué punto se obligan las provincias, en el ámbito de sus competencias propias y no delegadas al Estado federal (artículo 121), todo ello en el marco de las 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 de Internacional de Derechos 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 tener

17 Sobre el tema puede verse Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estatuto organizativo de sus instituciones*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano.

un contenido mas detallado, da 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 asambleísta Rosatti, tuvo oportunidad de señalar:

Si territorialmente nos preguntamos cuál es la vigencia de los derechos humanos, enfáticamente tenemos que decir que en una nación federal como 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 31 que, separando la Ley Suprema de la Nación respecto de las obligaciones provinciales, 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. 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.¹⁸

En el segundo párrafo, el mismo artículo continúa:

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 el

18 Convencion Nacional Constituyente, *Diarios de sesiones*, 23a. reunión, 3a. sesión ordinaria (continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3002.

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 primero a través del control de constitucionalidad que ejercen los tribunales a partir del principio de supremacía (artículo 31), que subordina el derecho público provincial al derecho federal.

Este razonamiento se ve reforzado, 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 han incorporado expresamente 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.

Germán J. Bidart Campos reflexiona sobre el artículo 128 de la Constitución nacional que manda a los gobernadores de provincia, como agentes del gobierno federal, a hacer cumplir la Constitución y las leyes y 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 a coordinar su derecho local con el Pacto.¹⁹

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), 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 nacional, ensanchada y enriquecida por los tratados con jerarquía constitu-

19 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, t. III, p. 560.

cional (artículos 1 al 43 y 75 inciso 22) representa un umbral mínimo que las provincias deben respetar por imperio del artículo 5o.; 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: “3. Cuando dos o más Estados partes 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 partes. La reforma constitucional de 1994, por otro lado, 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 como 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 con 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 los asuntos que las afectan directamente”.

La propuesta del asambleísta Llano se fundamentó en la necesidad de preservar el ámbito de competencias provinciales reservadas por el artículo 121 (antes 104), que a su juicio, podrían ser puestas en peligro por las tendencias centrípetas y el fuerte impulso centralizador 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, el asambleísta Juan Pablo Cafiero, en los siguientes términos:

En lo respectivo a la propuesta realizada por el asambleísta 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.²⁰

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 planteamiento? O más bien deberíamos responder que el plano axiológico se refiere siempre a los objetivos 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 aun desde una teoría de la constitución.

¿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 na-

20 Convencion Nacional Constituyente, *Diarios de sesiones*, 23a. reunión, 3a. sesión ordinaria del 3 de agosto de 1994, pp. 3086-3088, versión taquigráfica.

cional, de la tradición constitucional, de la cultura y las prácticas prece-
dentes, 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, et-
cétera.

En ese 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 requiere de división de poderes y de garantías a la libertad individual, pero no necesariamente explicita cómo debería organizarse el territorio.²¹

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.

De ese modo, puede 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, como consecuencia de la adopción de modelos de región consagrados en estatutos de autonomía.²²

Resulta un dato interesante 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

21 Véase la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la República francesa.

22 Una explicación sobre los estados regionales puede verse en nuestro trabajo titulado "Las comunidades autónomas en la Constitución española de 1978" publicado en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

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 modelo, el estadounidense, sirve para demostrar que el federalismo de 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.²³

También la comparación permite advertir que las cosas fueron muy diferentes en nuestro país. Nuestros federales más bien abogaban por un 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, 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 valores de orden religioso-tradicional sostenidos por las autonomías provinciales y valores de progreso e ilustración en la vertiente emancipadora ilustrada e iluminista 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 enmienda X de la constitución estadounidense.

Pero al mismo tiempo, se preocupó por el fortalecimiento del gobierno federal, al que había que dotar de las mayores facultades que fuera posi-

23 Carmagnani, Marcelo (comp.), *Los federalismos latinoamericanos. Mexico, Brasil, Argentina, México*, Fondo de Cultura Económica.

ble, conforme lo aconsejado por Alberdi, según quien había que fortalecer al Ejecutivo y al gobierno central a través de las rentas, porque sin rentas no habría Estado ni gobierno ni nación.²⁴

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.²⁵

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.²⁶

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, cooperación, mediación, participación, convergencia, sistema, ética, justicia, razonabilidad, equidad, etcétera.²⁷

La revaloración 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 mas proclive a las formas autocráticas de gobierno en tanto supone concentración del poder estatal en un mismo centro geográfico, mientras que el federalismo supone una forma de control vertical sobre el poder.

Bajo esta idea, la desconcentración territorial del poder estatal, como el modelo de Estado federal, sería mas proclive al funcionamiento del sis-

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

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

26 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

27 Castells, Alberto, "El federalismo concertado de Pedro José Frías", estudio preliminar a *El proceso federal argentino II*, de Pedro J. Frías, Córdoba, 1998.

tema democrático en tanto hay una participación más directa por parte de los habitantes en los problemas de su comunidad.²⁸

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 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 Tocqueville destacará a los municipios, iglesias y comunidades locales de base como el verdadero sustento de la joven democracia norteamericana.²⁹

Esta línea de redescubrimiento del federalismo encuentra fuertes fundamentos en la línea doctrinaria del federalismo de cooperación que entre nosotros tiene a 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 Jorge Reinaldo Vanossi titulada *Situación actual del federalismo*, y los trabajos del Néstor Losa, Alberto Zarza Mensaque, María Celia Castorina de Tarquini, Pablo María Garat, Jorge Rougés y Raúl Heredia entre otros muchos y muy importantes aportes de la doctrina jurídica nacional.³⁰

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 ése es el fundamento federalista expresado por Hamilton, Madison y Jay en sus célebres artículos.³¹

28 Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

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

30 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.

31 Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.

Según el interesante estudio realizado por Chiaramonte, el federalismo clásico funcionó muy poco tiempo en Argentina en términos reales. A poco de lograda la 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 acurdos permanentes entre el gobierno federal y los caudillos conservadores que gobernaban las provincias y las representaban en el Congreso como senadores.

A juicio de Chiaramonte, 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.³²

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 desempeñan un papel principalísimo, toda vez que para Frías, este último constituye una expresión del pensamiento cristiano que manda al Estado realizar sólo aquello que no pueden hacer las unidades políticas más pequeñas y cercanas a los ciudadanos.³³

Esta corriente doctrinaria se fue abriendo camino en nuestro derecho público provincial en dos importantes momentos, el primero en las constituciones de las nuevas provincias formadas a partir de 1957 y —especialmente— el segundo a partir de la recuperación democrática en 1983, cuando 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 interjuris-

32 Chiaramonte, Alfredo, véase el capítulo correspondiente al federalismo fundacional argentino en la obra coordinada por Marcelo Carmagnani, *Federalismos latinoamericanos*, México, Fondo de Cultura Económica.

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

diccional, 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.³⁴

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 del gobierno federal en su territorio, mientras éste sea el de la capital de la nación.
- 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 territorios. 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 enmienda X 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 artículo 124

34 Véase la Ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional.

- que permite a las provincias “celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la nación; con conocimiento del Congreso 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 “contribuir al crecimiento armónico de la nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas el Senado será Cámara de origen”.
 - 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 dentro de su territorio. Así 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 aquellos fines”.³⁵

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

35 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.

producido de impuestos cuya titularidad corresponde a quien recibe la transferencia, ni 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, pues 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.³⁶

La nación y las provincias tienen facultades concurrentes en materia de impuestos indirectos; 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 abocarse a incorporar la coparticipación que, por el contrario, puede convertirse en un factor de centralización fiscal, como lo ha demostrado nuestra práctica y como advierte el inciso 3 del artículo 75 de la Constitución nacional.

Esta situación, sumada a la frecuente renuencia o condicionamiento del Estado central a transferir fondos que en rigor son propios de las provincias ha llevado a algunos autores a decir que después de la etapa del federalismo de confrontación y del federalismo de cooperación ha sobrevenido un federalismo de extorsión.³⁷

Por eso 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. 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 para operarse en los países de la región.³⁸

36 CEPAL, *Descentralización fiscal en América Latina. Un análisis comparativo*, 1998, p. 118.

37 Boisier, Sergio, ponencia presentada para el programa de descentralización en Venezuela, PNUD, marzo de 1998.

38 Banco Mundial, Informe sobre Desarrollo Mundial 1997, “El Estado en un mundo en transformación”, CEPAL/GTZ “Descentralización fiscal en América Latina”.

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 el 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 recursos en el sector público “al permitir una estrecha correspondencia entre los servicios públicos y la multiplicidad de preferencias individuales, y promover la responsabilidad y la equidad mediante una vinculación clara de los beneficios de los servicios y sus costos”, según lo destaca el informe de 1988 del Banco Mundial.³⁹

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 aquéllos 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.

39 Banco Mundial, Informe 1988, pp. 182 y 183.

Otro tema relevante sería la defensa del mercado interior que también competiría al gobierno central, asegurando la asignación eficiente 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, 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 mercancías, y autorizando sólo la existencia de las aduanas nacionales (artículos 9, 10 y 11).

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 de camino si no se atiende a las peculiaridades político-institucionales y 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 concentrados en materia de decisión política y que resuelven delegar funciones en las instancias subnacionales.

En los países federales como Argentina, se trata más bien de reconocer poder de decisión a 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 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 5o. y 123), 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 provincias, 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), aun cuando el grado de su extensión depende la constitución de cada provincia (artículo 5o.). 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 el 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 de tercera generación. Así como los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, y los de segunda generación en la igualdad, los de 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

- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *La reforma constitucional argentina 1994*, Buenos Aires, 1994.
- , *Comentarios a la reforma constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- 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 VIA, Alberto Ricardo, *Constitucion de la nación argentina. Texto según la reforma de 1994 (comentada)*, Liberia Editora Platense, 1994.
- , “El Ideario Constitucional Argentino”, *La Ley*, 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*, 1991-I-II, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- , y LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, *Aspectos constitucionales del medio ambiente*, Buenos Aires, Estudio, 1994.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Dictámenes de la Comisión Asesora para la Reforma Institucional*, 1971.
- FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- HAMILTON, MADISON y JAY, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.
- GARZÓN, Benito Carlos, *La región profunda. Concepto para el noroeste argentino*, Asociación Cooperadora Universidad del Tucumán, 1993.
- LOEWESTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- SABSAY, Daniel y QNAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Errepar, 1994.
- SPOTA, Alberto Antonio, *Confederación y Estado federal*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.