

EDUARDO PABLO JIMÉNEZ

TESIS DOCTORAL

(UNMDP, AÑO 2019)

“LAS EMERGENCIAS”

Y SU INCIDENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

DEL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO



UNMDP

2019

INDICE GENERAL

CAPITULO 1

Sobre la distribución de competencias en el Estado Federal

<u>TÍTULO</u>	<u>PÁGINA</u>
1. General	5
2. Acerca de las características del federalismo norteamericano	10
3. Sobre las "emergencias" y su impacto	35
4. Breves referencias a la evolución de las experiencias federales fuera de los EEUU	
5. Acerca del diseño original del federalismo argentino y la evolución ulterior de su modo de distribución competencial	40

CAPÍTULO 2

Las emergencias en el sistema constitucional argentino, y su impacto en el funcionamiento del federalismo "real"

1. Consideraciones preliminares	
2. Acerca de las nociones conceptuales de "crisis" y "emergencia"	
3. Sobre las "emergencias" y su impacto en la vigencia del sistema constitucional	
4. El tránsito desde el "uso" y hacia el "abuso" en el ejercicio del poder de policía de emergencia	
5. Utilización de poderes de emergencia por el presidente norteamericano y su efectiva limitación por parte de Poder Legislativo y la Suprema Corte de ése país	
6. Impacto de las emergencias en el federalismo real argentino	
a) El caso particular del dictado de Decretos de necesidad y Urgencia, Legislación Delegada y su réplica en nuestro derecho público provincial	
b) El caso particular de creación de "cuasimonedas" en el orden federal, y en nuestro derecho público provincial	

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

(PÁG. 159)

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

(PÁG. 164)

- a.
- b. El caso particular del dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, legislación delegada y su réplica en nuestro Derecho Público Provincial: pág. 137
- c. El caso particular de la creación de “cuasimonedas” en el orden federal y en nuestro Derecho Público Provincial: pág. 143
- d. El caso particular de las competencias tributarias provinciales y la declaración de emergencia: pág.148

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: pág. 159

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA POR EL DOCTORANDO: pág. 164

CAPITULO PRIMERO

SOBRE EL MODO DE DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN EL ESTADO FEDERAL

(Actualidad en el caso argentino y antecedentes en derecho comparado)

“¿Y las provincias? Conservan la autonomía administrativa, pero no la política, que les permite protagonizar el presente y el futuro”

Pedro J. Frías

“Es practicable y debe practicarse en la República Argentina la federación mixta o combinada con el nacionalismo, porque este sistema es expresión de la necesidad presente y resultado inevitable de los hechos pasados”

Juan B. Alberdi

I GENERAL

Es bueno recordar - para comenzar éste desarrollo argumental -, aquello que indicaba en su tiempo histórico Juan B. Alberdi, al resaltar que no es bueno concebir al federalismo como una especie de remedio mágico, que lleva siempre a las sociedades al camino de la libertad, ya que como todo medicamento, cura o mata según la enfermedad y el enfermo que son objeto de su aplicación.-

Así, el federalismo puede ser concebido como una técnica de descentralización y control del Poder Estatal, que no conlleva de por sí, ni a la democracia ni a la libertad. Ello, pues parece ser que muchas de las sociedades actuales, destruyen en su interacción, el delicado equilibrio con que intentan mantener desde la faz teórica, las fuerzas centrípetas y centrífugas que articula el federalismo¹.

Aclarado lo anterior, podemos señalar entonces, y sin temor a error, que un Estado federal, es aquel que se integra a su vez por varios componentes, denominados Estados Miembros (también se utiliza la denominación “cantones” o “provincias”), siendo la Federación, la que detenta en tal contexto la soberanía, reservando a sus componentes, un cierto grado de autonomía, que es de uso regulada y concedida por la constitución del sistema que adopta esa forma de Estado en relación al territorio².-

Bien explica aquí Germán Bidart Campos que el “medio” o “espacio geográfico” que nutre y circunda a nuestra Nación, ha influenciado y mucho en la génesis del federalismo argentino³.-

Así, enseñaba el consagrado constitucionalista argentino respecto de los estados (denominados provincias) fundacionales en 1853-1860 de nuestra Nación, que ellos “(...) surgieron como expansión de las zonas de irradiación de las ciudades fundadas desde la etapa de la colonización hispánica que, con excepción de la ciudad de Paraná y de la provincia de Entre Ríos, se convirtieron en capitales provinciales” agregando a lo antes expresado, que “(...) la influencia mesológica de Buenos Aires, hizo de polo de atracción para que las provincias del vasto territorio convergieran a integrar un solo Estado (federal)”.-

¹ No olvidamos aquí, a quienes sostienen que el federalismo debe ser entendido como un proceso, deduciendo de tal aserción, que es mutable y adaptable a circunstancias históricas distintas (Cfr. Azrak, Damián “El Federalismo en la Constitución Nacional” en AAVV (Gargarella-Guidi Coord.) “Comentarios de la Constitución Nacional” Edit. La Ley, T ° 1, pág.246), y lo acepto, pero desde una posición sistémica e integradora. Con ello pretendo señalar que traspasados ciertos límites básicos, el federalismo deja de ser tal en los hechos. -

² Sostiene acertadamente Antonio Hernández (“Federalismo y Constitucionalismo Provincial” Edit. Abeledo-Perrot, 2009, pág.5) que, al surgir “(...) el federalismo como una división del Poder en relación con el territorio, ha sido considerado más recientemente como forma de Estado”

³ Bidart Campos, Germán “Constitución y Derechos Humanos” EDIAR, 1991. Allí recalca (pág. 180), que “(...) la dimensión territorial de un estado puede aportar un factor natural de predisposición para organizar a éste estado bajo la forma federal cuando el espacio geográfico es grande”. -

Es que para el Maestro, “(...) la peculiaridad de la formación federal argentina – aparte de la dimensión del territorio – es pues, a su modo, un ejemplo ligado (...) a la geografía”⁴.

Ciertamente, existen otras voces que complementan ésta visión, manifestando que la necesidad de unión entre las provincias y la adopción de un sistema federal no fueron instancias simultáneas, sino que cada una debe ser entendida y analizada de forma separada⁵-

Usualmente, se reconoce que el modelo de Estado Federal es una forma evolutiva del denominado “sistema confederado” o “confederación”. En un Estado Federal, es claro entonces, que la norma vinculante de los órdenes territoriales allí coexistentes es la constitución o texto fundamental, que desde su sitio de supremacía, otorga a la federación el grado de soberanía, reservando la autonomía a los Estados miembros⁶.-

Este esquema, concede un poder a la federación que se extiende directamente hasta los ciudadanos, sin perjuicio de la existencia (o preexistencia, en un sentido histórico), de las provincias. O sea que los roles del Gobierno Federal son aquí omnicomprendidos, y no se limitan a la mera conducción de las relaciones exteriores, como sí acaece en una confederación. -

Sin perjuicio de ello, las Provincias se encuentran en el Estado federal, y dentro del contexto que marca la constitución, habilitadas para regular a su modo las instituciones que ellas conllevan, y también para ejercer según su parecer, las funciones que el texto fundamental expresamente les asigna. A esto se denomina autonomía de las Provincias, o Estados miembros de la federación.

Por último, en un Estado Federal, las provincias no poseen derecho de secesión (con respecto a la federación) o de nulificación (con relación a las decisiones emanadas del gobierno federal o la propia Constitución que jurídicamente las crea).-

⁴Bidart Campos, Germán (“Constitución...”) citada, pág. 181. Agrega además el consagrado autor (pág. 180), que “(...) lo que queremos apuntar es que un vasto territorio proporciona un marco (de tipo geográfico), para la adopción del federalismo

⁵ Cfr. Azrak, Damián, “‘El Federalismo...” antes referido, pág. 246, con cita a Edward Gibson y Tulia Falletti. Adunando a lo dicho, que estos autores formulan que “(...) primero, la unión fue causada por una necesidad económica de las provincias. Segundo, la elección del sistema federal fue determinada por la incapacidad de una región poderosa para imponer su dominio sobre los otros a través de un proyecto unitario”.

⁶Es esta la posición de quienes sostienen que “(...) el federalismo como técnica político-constitucional queda vaciado de contenido cuando el estado federal no es democrático” (Cfr. Bidart Campos “Constitución...” citada, pág. 187). -

Como es conocido, el Estado federal se manifiesta técnicamente por primera vez, de la manera en que lo conocemos, contextualizado en el diseño aportado por la Constitución norteamericana de 1787⁷. Tras sus huellas, diversos sistemas jurídicos del mundo adoptaron con posterioridad ése modelo original de descentralización territorial para un mejor control del poder político. -

Se ha dicho, en tal contexto, que Argentina, al igual que los Estados Unidos, se ha convertido en un ejemplo de estado federal del tipo denominado “come together”, arreglo federal éste que tiene como característica principal, que “(...) son las unidades previamente soberanas las que hacen un pacto, cediendo su soberanía a una nueva unidad estatal y reservándose ciertas facultades para sí”⁸ Ello con los matices y en la forma que luego explicitaré.-

En la actualidad, debo expresar que no existen confederaciones propiamente dichas, ni tampoco Estados federales en su forma pura. O sea que cada “federalismo” ofrece matices y componentes propios.

Además, no puedo dejar aquí de lado, que los albores de nuestro Siglo XXI nos comprometen a abordar la problemática de las naciones de gran expansión territorial – como la nuestra – en el marco de una dinámica que propenda a la transición que va de la sociedad industrial, a la sociedad del conocimiento, a la globalización, al cambio tecnológico, al cambio social y a la recomposición territorial.

Hacia allí se dirige entonces, una nueva evolución del concepto de Estado-Nación, con fuertes implicancias en la cuestión territorial en sí, como asimismo en las posibilidades

⁷ Ello no implica que Alberdi no hubiese tomado a su tiempo, en consideración, y a los fines de su sesudo análisis – que claramente fue comparativo -, los modelos de federación suiza y alemana, también vigentes en el tiempo existencial del prestigioso publicista (Cfr. “Bases y Punto de Partida para la Organización política de la República Argentina” Edit. Ciudad Argentina, Cap. XXII, pág. 115 y ss.). Señala también en éste punto Antonio Hernández (“Federalismo y Constitucionalismo Provincial” Edit. Abeledo-Perrot, pág.3), que “(...) las experiencias históricas de los *Estados Unidos* – principalmente – y de *Suiza* dieron origen al federalismo, como nueva forma de gobierno y de Estado, que estableciera una especial división del poder en relación con el territorio, en contraposición al unitarismo. Y esos hechos precedieron al origen de la palabra, que emergió con sentido más preciso después de finalizada la obra de la Convención de Filadelfia de 1787, que sancionara la Constitución de los Estados Unidos”

⁸ Stepan, Alfred (“Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations”, en “Conference on Federalism, Democracy and Public Policy” Edit. Centro de Investigaciones y Docencia, Económicas, México, 1999). A este modelo, nuestro autor opone el de “hold together”, surgente de una lógica histórica y política, diversa al modelo Argentino, como lo constituyen los casos de India o Bélgica, países estos con rasgos anteriores fuertemente unitarios, que tornaron sus sistemas jurídicos en federaciones, por conveniencias y acuerdos políticos.-

del estado actual, para conducir procesos orientados a establecer políticas territoriales propias sobre espacios transnacionalizados⁹.-

Es así, que resulta necesario enmarcar – en el contexto antes explicitado - una cabal comprensión de los perniciosos excesos y mutaciones derivados de una errónea actuación, al pretender implementar las competencias emergenciales de nuestra federación, tanto en el Estado Federal, como en las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

Ello, a fin de poder presentar una definición de propuestas hacia aquellas competencias de emergencia que deben nutrir al federalismo Argentino del futuro, analizando a cabalidad el modelo que fuera adoptado por nuestro sistema a partir de la reforma constitucional de 1860, y la evolución de sus estructuras básicas: me refiero concretamente, a la originaria y original construcción del federalismo en los Estados Unidos de Norteamérica, y a su no menos interesante desarrollo ulterior.-

⁹En este sentido, ha señalado Juan Roccatagliata (“Federalismo y Política Territorial en los Inicios del Tercer Milenio”, en AAVV “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo Argentino”, Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Morales de Córdoba, pág. 320), que “(...) la problemática del llamado cambio social, al que se han referido Ascher (2005) y Touraine, resulta esencial, pues nuestro sujeto de estudio, el territorio, es una construcción social, por lo cual debe entenderse que una transformación social como la actual, implica fuertes cambios en la organización territorial”.-

II

ACERCA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL FEDERALISMO NORTEAMERICANO:

(Desarrollo y evolución de su modo de distribución competencial)

Juan Bautista Alberdi¹⁰ conceptualizó en su obra a la federación estadounidense, como una fase evolutiva y superadora de la confederación que había sido allí instituida entre los años 1777 y 1787¹¹.-

Señaló nuestro autor en el marco de su análisis, que ella “(...) no es una simple federación, sino una federación compuesta, una federación unitaria y centralista, digámoslo

¹⁰Alberdi, Juan B. “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la república Argentina” Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, pág. 111. Expresaba allí Alberdi, refiriéndose a las características de un estado confederado, que “(...) la simple federación excluye la idea de un gobierno general y común a los confederados, pues no hay alianza que haga necesaria la creación de un gobierno para todos los aliados. Así, cuando algunas provincias argentinas se han ligado parcialmente por simples federaciones, no han reconocido por eso un gobierno general para su administración interior” agregando luego a lo dicho, que “(...) excluye igualmente la simple federación toda idea de nacionalidad o fusión, pues toda alianza deja intacta la soberanía de los aliados”

¹¹En el mes de julio de 1777, y después de varios intentos frustrados, se crea la Confederación de los Estados Unidos de América. Posteriormente, en septiembre de 1783, se firma el Tratado de París, en el que Inglaterra reconoce la independencia de los primeros 13 Estados de la Unión. La realidad es que luego de conquistar su independencia, los colonos no deseaban crear un gobierno central fuerte. Por ello es que para limitarlo, procedieron a crear una cuidadosa distribución territorial del poder, plasmada en los artículos de la constitución confederada, en la que el poder fue distribuido entre Estados, así considerados Independientes. Años después, y ante la constatación de la inoperatividad del gobierno confederado, se desarrolla un modelo estructural, complejo y preciso al jurarse la constitución federal estadounidense de 1787. Resulta realmente paradójal en éste punto que el federalismo como tal, no haya sido mencionado en el texto constitucional de ésta Nación, aunque obviamente estuvo presente en las actuaciones de los constituyentes de Filadelfia. Claro es que entonces, y en el contexto antes narrado, el sistema federal estadounidense representa el origen y la esencia del Estado Federal moderno.-

así; y por eso precisamente subsiste hasta la fecha y ha podido hacer la dicha de aquel país. Se sabe que ella fue precedida de una federación pura y simple, que en ocho años puso a esos Estados al borde de su ruina”.-

Luego de tal halago al modelo norteamericano, y desde su peculiar posicionamiento, el calificado jurista argentino descarta la aplicabilidad plena de tal modelo federal para organizar nuestra institucionalidad, corriendo el año 1853. Por ello es que la doctrina especializada, señala en modo conteste, que el federalismo argentino consagrado en el texto de 1853, conforme el modelo alberdiano, fue claramente diferenciado de su antecesor, el modelo federal norteamericano¹².

En este marco de diseño político-institucional, coincido necesariamente con Hernández, en tanto sostuvo que la reforma constitucional de 1860 verificó un cambio del concepto desarrollado por Alberdi, que nos acercó nuevamente a la meta de institucionalizar – al menos en teoría -, un federalismo más descentralizado, más cercano al modelo finalmente implementado en el diseño original de los Estados Unidos¹³.-

Debo señalar aquí también, que la Constitución norteamericana de 1787, pone en vigor el modelo básico de federalismo estadounidense, que en sus inicios pretendía limitar claramente todo posible exceso en la autoridad de los órganos de la Federación por sobre los Estados Miembros de la Unión, lo que se vio – cuanto menos en lo normativo – ratificado

¹² Señala con acierto en éste punto Antonio María Hernández (Cfr., del autor citado “El Fortalecimiento federal”, en AAVV “Reforma Constitucional” Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, pág.114), que “(...) Alberdi venía enunciando su pensamiento y analizaba, ya desde su intervención en el Dogma Socialista, los elementos que llevaban, bien a una organización unitaria de la Argentina, bien a una de tipo federal. Él hablaba de una federación mixta; por eso no adoptó el modelo norteamericano, sino un federalismo mucho más centralizado”

¹³ Cfr. Hernández, Antonio, Op. y pág. Cit. En nota anterior. Discrepamos empero con el reconocido jurista en tanto sostiene, siguiendo a Germán Bidart Campos, la existencia de un poder constituyente abierto en Argentina entre 1810 y 1860, aceptando que en éste último año no hubo reforma constitucional sino ejercicio continuado del Poder Constituyente originario. Creemos nosotros en cambio, que la reforma constitucional de 1860, fue la primera que modificó al sistema constitucional argentino, con la peculiaridad de que lo hizo en ejercicio de un poder constituyente revolucionario, toda vez que no se atuvo a las previsiones del Art. 30 de la Ley Fundamental que le tocaba reformar, sino a las disposiciones del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, con el que se selló la incorporación de la Provincia de Buenos Aires al Estado Nacional Argentino (ver, de nuestra autoría “Derecho Constitucional Argentino” EDIAR, 2000, T ° 1, pág. 245/46, y luego fs. 257 y ss.). No olvidamos aquí la postura de Carlos Sánchez Viamonte, quien con Alberto Spota sostienen que se dio aquí una modalidad de poder constituyente múltiple, estimando ellos que en la etapa de primigenidad del sistema constitucional Argentino, el mismo se integró con las dos convenciones constituyentes antes referidas. Basa esta postura Alberto Spota en que según así lo estima, un requisito para que la exteriorización del Poder Constituyente sea genuina (vigente), es el de la durabilidad, y eso solamente ocurre si vinculamos la Constitución de 1853, con su reforma en 1860.-

con la introducción de la Enmienda X a la Constitución, que promulgaba una cláusula residual, a favor de los Estados que integraban la Unión¹⁴.-

Como lo señalaré luego, aún a posteriori de producida tal enmienda, el efecto de la interpretación judicial sostenida en ésta Nación, permitió que la Federación norteamericana incrementase su capacidad de acción política, ayudado ello con la propia dinámica que desarrolló la sociedad norteamericana, y la forma de actuación del sistema político en que ella aún hoy se encuentra inserta¹⁵.-

De allí, la importancia que asigno al estudio de las características esenciales del federalismo norteamericano, y su modo de distribución competencial, para alcanzar a evaluar – a partir de tal análisis comparatista – la real magnitud de los desvíos que con los años, definió el modelo de federalismo que impulsó a la postre, la clase dirigente argentina para con nuestra Nación, desdibujando en su tránsito institucional aquellos dos argumentos normativos que a su tiempo justificaron su implementación en ambas naciones: a) una potente modalidad de defensa exterior; y b) un necesario marco de orden interior¹⁶.-

Sin necesidad de recorrer en detalle las motivaciones históricas que inducen a determinados sistemas políticos a adoptar el federalismo, cabe aquí indicar que por lo general, la vocación de un asociacionismo federal suele relacionarse con la voluntad de varios Estados, que para vincularse territorialmente entre sí, prefieren el “tipo” federal al “unitario”.

En estos casos, la Unidad Nacional se conjuga con el respeto a la diversidad regional, y allí suelen despuntar ciertos esquemas comunes a los “asociados”, vinculados por lo general a factores tales como la vecindad geográfica, comunidad de intereses, tradiciones comunes, relaciones de consanguinidad o común ascendencia, y comunidad lingüística, entre otros.-

¹⁴Los constituyentes norteamericanos de 1787, fundaron una Nación vinculando el unitarismo centralizado con la idea clásica de confederación, y creando con ello un sistema político, en que las decisiones y las funciones constitucionales debían dividirse entre dos niveles de gobierno en los que sus diferentes componentes tendrían teóricamente autoridad sobre diversas áreas; y en el que se delegaban poderes específicos al Gobierno Federal reservándose la mayoría de los poderes remanentes, los Estados miembros de la Unión. Esas eran en suma las características básicas del federalismo que se presentaba así, como una nueva forma de Estado en relación al territorio, cuyo elemento básico de funcionamiento era la división de funciones entre los diversos niveles de gobierno.-

¹⁵Recordando aquí las palabras de Alberdi, podemos destacar que el federalismo estadounidense se encuentra encajado entre un sistema unitario-centralizado, y una confederación. Como bien lo destacaba a su tiempo James Madison (“El federalista”, citado, N ° 39) “(...) los forjadores de la Constitución no crearon ni una constitución nacional ni una constitución confederal, sino una combinación de ambas”.-

¹⁶ Y también otras, como determinadas ventajas comerciales, en particular en lo interno, derivadas de la inexistencia de aduanas interiores (Cfr. John Stuart Mill “El Gobierno Representativo” Edit. Imprenta y Librería del Mercurio, de S. Tornero e Hijos. Valparaíso, 1855, pág. 316)

Señala respecto de ésta cuestión Karl Loewenstein¹⁷, que la principal razón para elegir la forma federal de Estado, es “(...) la convicción de que pese a la siempre declamada necesidad de unidad nacional, las tradiciones regionales generalmente operan contra la fusión de los Estados individuales en una organización estatal unitaria”.-

Por otra parte, es sabido que el sistema federal permite relacionar a la democracia con el pluralismo más activamente, de modo que relacionan en forma participativa los órdenes político, sindical, lingüístico, Social, cultural, territorial, etc.

De ahí que éste sistema, - al que concibo como forma de Estado en relación al territorio -, se muestre particularmente propicio para vincular la democracia pluralista, en forma paralela con el respeto a los diversos grupos territoriales y sociales, considerando que la descentralización en diversos grados es un instrumento realmente útil para amalgamar en forma eficaz un sistema constitucional determinado¹⁸.-

Enfatizo por ello, que desde la idea de la necesidad de controles verticales al sistema constitucional, el federalismo resulta ser (juntamente con la vigencia de los derechos humanos y el pluralismo), uno de los elementos considerados principales para propiciar un adecuado control del tipo “interinstitucional”: estas tres modalidades, son entonces a tal fin, homogéneas y claramente interactúan entre sí. Su punto de unión se da en la circunstancia de que todas ellas (cada una dentro de su esfera de pertenencia), activan la dinámica del Poder entre el así denominado “nivel alto” y el “nivel bajo”.-

Respecto del carácter vertical del control que representa esta forma de Estado, el mismo se encuentra dado, por su posibilidad de relacionar grupos diferentes de instituciones gubernamentales. Ello en un intento de limitación – en la medida en que tal cuestión resulte posible – al poder que de uso detenta el leviatán estatal¹⁹.-

¹⁷Loewenstein, Karl “Teoría de la Constitución” Edit. Ariel, Barcelona, 1983, Capítulo X, pág. 353 y ss.-

¹⁸ Así, ha expuesto con acierto Azrak (“El Federalismo...” citado, pág. 250), que “(...) es en este contexto que el federalismo podría ser entendido como un facilitador de la participación pública en los asuntos públicos, pues al existir mayor cercanía entre representantes y representados, mayores voces podrían ser escuchadas y al mismo tiempo existiría un nivel alto de *accountability*” agregando a ello, que “(...) El autogobierno colectivo, con la participación y cercanía de los representados, se vería más garantizado que en un gobierno unitario donde desde la distancia y bajo una única cosmovisión se establezcan las regulaciones locales”

¹⁹Bien advertía Miguel Ángel Ekmekdjian en los albores de la reforma constitucional de 1994 como notorio y evidente (Cfr., del autor citado “El Poder Ejecutivo y el Gabinete Ministerial” en AAVV “Reforma Constitucional” citada, pág. 30) , el desmadre del federalismo vernáculo. Máxime cuando el mismo intentaba entonces, sin éxito, parapetarse como “control vertical” del sistema, principalmente debido a los excesos en la utilización de las figuras de “emergencia” por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Por ello sostenía al abordar ésta cuestión, que “(...) los principios no deben negociarse ni cederse. Yo quisiera morirme comprobando que

Cabe destacar aquí que – en teoría – el federalismo representa la contracara del Estado unitario, monolítico y unidireccional, presentando en cambio como propuesta, un sistema de pluralismo territorial en el que las diferentes actividades se encuentran distribuidas entre la federación y los estados miembros, con un pivote de clara limitación a tales diferencias: el orden federal es por ello, supremo respecto de los provinciales.-

Así, la regla de distribución del poder estatal entre la Federación y los Estados Miembros, surge de la constitución, que se muestra entonces como eje creador y articulador de ambos espacios territoriales de poder. Cabe señalar finalmente que en un Estado Federal, tales poderes confluyen por esencia en el Congreso de la Nación, y particularmente en el Senado Federal, integrado este último cuerpo en forma igualitaria por representantes de todos los Estados actuantes en la federación.-

En trance de abordar el diseño de federalismo instituido por el modelo estadounidense, bueno es recordar que el patriotismo semántico de ésa peculiar sociedad, ha elevado tal estructura técnica a la categoría de inalienable e imperecedera²⁰. Ello no me inhibe de recalcar que el federalismo de los Estados Unidos resulta ser complejo y de análisis complicado, dado que deviene en una combinación de normas constitucionales, principios generales del derecho, políticas públicas y tradiciones populares generadas desde la primigenia instalación en el continente, de las “13 colonias” que habían sido conformadas por exilados británicos, allí afincados a partir del año 1607²¹.-

Maquiavello ha sido definitivamente derrotado por Montesquieu. Este es el mensaje final que siempre dejo en todos mis trabajos y que quiero dejarles a ustedes: no se puede negociar la libertad por un plato de lentejas”.-

²⁰Cfr. “United States vs. Butler” SCUS 297.US.1).Aún así, señalaba con referencia a ésta cuestión Karl Loewenstein, (del autor citado “Teoría de la Constitución” citada, pág.360), que “(...) el gran descubrimiento de la soberanía dividida, inscripto en la Constitución de 1787 para limitar al poder estatal por medio de su distribución entre dos categorías de gobierno, llevaba en sí, el germen del desorden y de la desintegración. Bien acota aquí Hernández (Federalismo...” citado, pág. 4), que “(...) dicha Convención tiene una importancia superlativa en la historia de los federalismos, pues fue la primera en establecer este sistema en una Ley Fundamental, como muestra suprema de sabiduría política y jurídica”

²¹Así, ha expresado Robert Barker respecto de esta forma de Estado en relación al territorio (“El Federalismo...” citado, pág. 1), que “(...) el federalismo estadounidense tiene su origen en el hecho de que, entre 1607 y 1732 fueron establecidas trece colonias inglesas bien distintas una de otra, en la costa atlántica del continente. Desde su fundación hasta el fin de la época colonial en 1776, cada colonia tenía su propio gobierno colonial, de acuerdo con su propia carta fundamental concedida por la Corona. La forma exacta de gobierno colonial, variaba de colonia en colonia, y, a veces, en distintas épocas históricas de la misma colonia. Normalmente el gobernador de la colonia era designado por la Corona y los miembros de la legislatura eran elegidos por voto popular”. Éste importante autor expresó además, que toda colonia dependía de la Corona, adunando a ello que “(...) no hubo vínculos oficiales permanentes entre las distintas colonias”.-

Aun con lo referido, es claro que un propósito central de la Convención Constituyente de Filadelfia, en 1787, fue el de crear un Gobierno Federal que pudiese actuar decisivamente y de una mejor manera en el interés nacional, ello en atención a las fallas que a ese respecto había detentado el gobierno confederado anteriormente instituido por las “colonias originarias”²². Esto lo expuso en forma detallada el Convencional por Virginia, Edmund Randolph²³, el 29 de mayo de 1787. –

Existía en la Convención, en ése entonces, un claro acuerdo en el sentido de que había que concederle más poderes al Gobierno Federal, aunque la discusión se centró allí en cómo definir en el texto fundamental esa mayor autoridad que debía conferírsele.-

Inicialmente, tal atribución se propuso como generalizada, o aun extremadamente vaga. Es que en la práctica política, el reparto de funciones en un sistema federal es más bien difuso, por lo que los poderes constituidos se solapan frecuentemente entre las diferentes unidades gubernamentales.

Así es que entonces, el 29 de mayo, la Convención votó su Sexta Resolución, cuyos comentarios son luego parcialmente recogidos por Madison²⁴, de clara extracción federalista²⁵. Finalmente y con posterioridad al correspondiente debate, la Convención consideró enmendar la 2ª Cláusula de la Resolución, votándose favorablemente (9 a 0), ésa propuesta.-

Según lo expresa Madison²⁶, surgía al menos en la superficie de lo normado en el texto fundamental, que el Congreso debería ejercer facultades solo sobre aquellos poderes

²²Igualmente, el gobierno “confederado” había detentado importantes éxitos en su haber, como por ejemplo, la terminación favorable de su guerra de independencia, la resolución de ciertos reclamos territoriales conflictivos entre los Estados Confederados y la organización jurídica y política del territorio del noroeste. Aun así, resalta Barker (“El Federalismo...” citado, pág. 1), que “(...) sin embargo, las facultades constitucionales del gobierno nacional eran tan limitadas que no podía remediar muchos problemas comerciales e internacionales de la época”

²³Cfr. Farrand, Max, “The Records of Federal Constitution of 1787” 19 (1911).-

²⁴ Quien, hemos de recordar, fue el cuarto presidente constitucional de los Estados Unidos, y al que le tocó declarar la guerra a Inglaterra en 1812, y también firmar la paz con esa Nación en 1814, luego de la victoria habida en la histórica Batalla de Nueva Orleans. Debido al quebranto de sus plantaciones, es reconocido que dejó la presidencia en 1817, luego de gobernar durante dos períodos consecutivos, mucho más pobre que cuando asumió el cargo.

²⁵Cfr. Daniel Farber, William Eskridge Jr., Philip Frickey “Constitutional Law” Edit West Publishing, Minnesota, 1993. La resolución (en su redacción original), indicaba que “(...) That the national legislature ought to be empowered to enjoy the legislative rights vested in Congress by the Confederation; and moreover to legislate in all cases to which the separate States are incompetent, or in which the harmony of the United States may be interrupted by the exercise of individual legislation”.-

²⁶ Cfr. Hamilton-Madison-Jay “El Federalista” Edit. “La Pampa” Buenos Aires, 1887, Capítulos 45-46 y 78.

que le hubiesen sido expresamente delegados, confirmando ulteriormente la X enmienda que todos los restantes poderes eran reservados a los Estados, por decisión del Pueblo.-

Es que si bien el federalismo norteamericano se presenta como ciertamente complejo, sus principios más básicos han sido claramente enunciados en su Constitución, que delega determinadas facultades al Gobierno Federal, dejando todas aquellas no prohibidas en manos de los Estados de la Unión. En otras palabras, el Gobierno Federal detenta poderes limitados o enumerados, mientras los gobiernos de los Estados detentan poderes generales. Este es el principio establecido en la Constitución, por su Décima Enmienda²⁷.-

Conforme así lo explicitan Frederic Ogg & Orman Ray²⁸, la forma en que el plexo constitucional instituyó las relaciones entre la Federación, y los Estados Federados de la Unión, debe ser relacionada con lo acaecido en la práctica institucional ulteriormente habida en ésa Nación.-

Existen en éste sentido, ciertas consideraciones básicas sobre las que habré de reflexionar, particularmente aquellas referidas al diseño original de la Constitución, en el que se expresó que el gobierno nacional posee solamente aquellos poderes expresamente delegados y los que razonablemente surjan como implícitos²⁹. Las intenciones interpretativas comenzaron a sobrevenir prontamente, aunque con el dictado de la Décima Enmienda, ellas fueron saldadas³⁰. No cabe duda ninguna, de que los poderes manejados por el gobierno

²⁷Esta enmienda pone sobre el tapete las reglas para determinar ciertos aspectos del federalismo norteamericano, que han sido luego evaluadas e interpretadas por la Corte Suprema de ése país, referentes a la regulación del comercio, reparto de competencias judiciales, manejo de las relaciones internacionales y la organización de los partidos políticos, y el modo de provisión de “ayudas federales” a los Estados Miembros de la Unión.-

²⁸Ogg, Frederic, Ray, Orman “Introduction to American Government” Edit. Appleton, New York, pág. 48 y ss. Señalan éstos prestigiosos autores, que al momento de indicar los constituyentes de 1787 la forma de Estado Federal, debían definir cuáles serían y de qué modo se instituirían las relaciones entre la Federación y los Estados de la Unión. Pero tal relación no pudo nunca ser definitiva y precisamente referida en el Texto Fundamental. Agregan a lo señalado, que ninguna fraseología constitucional o legal podía prevenir una segura discrepancia y su definitiva resolución respecto de las dudas y retos respecto de los confines que esos “tortuosos” bordes presentan. Concluyen entonces, señalando que la interpretación ofrecida por la Corte Suprema de Justicia a esta problemática, ha dado muestra de que el federalismo se presentó allí como una “excitante aventura política”.-

²⁹ Los que le son consustanciales, inherentes, e indefinidos. Un cierto número de ellos se enuncian en el texto fundamental, pero el constituyente no efectuó una lista estricta y definitiva (lo que tampoco hubiese sido avalado por los Estados de la Unión, al momento de ratificar la entrada en vigencia de la Constitución). Lo cierto es que nunca antes de entrar en vigencia la Décima Enmienda le habían sido arrebatadas sus competencias de ése modo, a lo que debe adunarse que tanto la legislación y los pronunciamientos judiciales que luego la avalaron y enfatizaron, expandieron las atribuciones del Gobierno Federal en un modo mucho más amplio de lo contractualmente pactado al momento de acordar la entrada en vigencia del texto supremo.-

³⁰ Aunque debe también señalarse en éste punto, el consenso doctrinario y jurisprudencial, en el sentido de que pese a tal grado de expansión, ningún orden de gobierno en el sistema constitucional norteamericano posee

federal son en los tiempos presentes, y a partir del desarrollo que seguido narraré, inmensamente mayores que aquellos efectivamente detentados en los tiempos de Washington y Jefferson.-

Señalan también Ogg & Ray³¹, que de todos modos, y desde una perspectiva legal, cualquiera fuese la expansión competencial acaecida – excepto en materia impositiva y otras pocas áreas, donde las atribuciones del Gobierno Federal fueron avaladas por sendas enmiendas constitucionales -, la amplitud con que acrecieron las potestades del Gobierno Federal, se debió a la resultante de extensas y penetrantes aplicaciones referidas a poderes que este último ya poseía.-

Cabe de todos modos resaltar, que existe una convicción generalizada – y cumplida en los hechos – en el sentido de que tanto el Presidente, cuanto el Congreso y la Corte Suprema de los Estados Unidos no poseen propia autoridad, excepto provisión expresa o adecuada inferencia, para saltar por sobre los definidos límites impuestos por la Constitución.-

Aun así, y como lo desarrollaré a continuación, la jurisprudencia de la Alta Corte norteamericana varió la original interpretación competencial restrictiva en relación al aumento de atribuciones del Gobierno Federal, que era – en origen – claramente favorable a los intereses de los Estados de la Unión, extendiendo y sublimando con el correr de los años, los poderes de la Federación, en detrimento de aquellos teóricamente reservados a sus Estados miembros³².-

Este proceso, se consolidó fuertemente hacia la primera mitad del siglo XX al enfrentar allí esa sociedad la necesidad de supervivencia de los Estados federados, con el

poderes ilimitados. Resaltan con relación a ésta cuestión Ogg & Ray, que “(...) The national government has only the powers delegated to it, expressly or by implication; the states governments, although with powers undefined and unenumerated, are restricted at many points by the federal constitution and at still more by the state constitution; and the measures enacted by either Congress or a state legislature (acts too, performed by executive or administrative authorities), if regarded as exceeding the limits of powers constitutionally fixed, are practically certain sooner or later to be challenged in the courts, and may be held null and void”

³¹ Autores y Op., citados en nota anterior, pág. 49.-

³² Debe quedar aquí también claro que en el caso de los Estados Unidos, no puede hablarse – en realidad y estrictamente -, de reparto competencial entre solamente dos niveles de gobierno, sino entre múltiples niveles. Ello no solamente por la relevancia institucional que de uso detentan en esa nación los poderes locales, sino también por la existencia de muchas instituciones reguladoras que poseen en los hechos, “capacidad legislativa”, lo que inevitablemente generó y genera conflictos derivados de la distribución de poderes entre los niveles de gobierno. Es por ello que esa sociedad consintió que fuera el Poder Judicial quien asumiera la resolución de tales conflictos competenciales, acatando sus decisiones.-

acrecentamiento de las regulaciones nacionales. Si bien ése proceso histórico y político de concentración de Poder acaeció en todas las federaciones del mundo, la particularidad de los Estados Unidos, es que en aquella Nación, la posición de preponderancia de la federación se alcanzó básicamente por vía de la interpretación jurisprudencial, y muy secundariamente, con el auxilio de enmiendas constitucionales. Y por supuesto, en ningún caso actuando fuera de las reglas impuestas por su sistema constitucional-

En general puede decirse entonces, que el federalismo norteamericano admite la coexistencia en un mismo ámbito político, de estados particulares que actúan en un marco de autonomía dispuesto por la Constitución, y una autoridad federal efectiva y poderosa, que se impone a todos aquellos, también por así determinarlo la Carta Fundamental³³.-

Además, en materia de competencias emergenciales³⁴, el Art. IV, Sección 4 de la Constitución destaca tres derechos de los Estados respecto de la Federación, o lo que es igual, tres obligaciones de ésta para con los Estados; que son a) el derecho a que se les garantice una determinada forma política, la forma republicana; b) el derecho a que se les proteja contra una invasión exterior y c) el derecho a que se las ampare en caso de disturbios internos.-

Participan también los Estados de la Unión en la formación de la voluntad nacional, al aportar dos representantes para integrar el Senado³⁵. Acota sobre ésta cuestión Jiménez de Parga³⁶, que desde este particular posicionamiento, las administraciones estatales “(...) perciben también periódicamente ayudas económicas de la Federación, en virtud de una

³³ Su constitución, en el Art. VI, párrafo 2^a, dispone: “(...) esta Constitución, las leyes de los Estado Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aún cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en los Códigos de los Estados”. Señala aquí Manuel Jiménez de Parga (Los Regímenes Políticos Contemporáneos” Edit. Tecnos, Madrid, pág. 423), que este y otros preceptos del texto fundamental dieron oportunamente base al Juez Marshall “(...) para señalar que los Estados no tienen poder para retardar, impedir, sobrecargar o de cualquier manera controlar la operatividad de las leyes constitucionales sancionadas por el Congreso y destinadas al ejercicio de las facultades conferidas al gobierno general” De allí concluye el jurista citado, que en el sistema constitucional norteamericano ni siquiera cuando las autoridades estatales actúan en el marco propio de sus competencias, pueden obstaculizar la puesta en aplicación de una normativa federal.-

³⁴La norma establece en lo pertinente “(...) Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado de esta Unión, una forma republicana de gobierno, y le protegerán de toda invasión; y, cuando lo solicitare la legislatura o el Ejecutivo (si no se pudiere convocar a la legislatura), le protegerán también de toda violencia intestina”. Ello se complementa con lo dispuesto en el Art. IV, Sección 3^a, párrafo 1^a, que reza “(...) no se formará o erigirá ningún nuevo Estado en el territorio de ningún otro Estado; ni se formará ningún Estado por unión de dos o más Estados; o partes de Estados, sin el consentimiento tanto de las legislaturas de los Estados en cuestión como del Congreso” Con ello se garantiza la integridad territorial de cada Estado de la unión.-

³⁵Cfr. Art. I Sección 3,1 modificado por la Enmienda XVII.-

³⁶Jiménez de Parga, Cit., pág. 424.-

práctica extra-constitucional que se ha convertido en una verdadera obligación política del poder central”³⁷

Prueba de ello es el gran número de programas de ayuda federal a los Estados (y sus municipios), bajo determinados fines y normalmente en condiciones más o menos rigurosas establecidas por el Gobierno Federal. Existe entonces en los hechos, ese tipo de programas, vinculados a fines educativos, roles de ayuda social a personas carenciadas, construcción y mantenimiento de carreteras públicas, seguridad pública, etc.-

Por lo general, los objetivos que motivaron el sistema de concesiones a los Estados de la Federación eran tres: a) establecer estándares mínimos en la prestación de servicios en el ámbito nacional, b) persuadir a los gobiernos estatales y locales a adoptar políticas sobre las que el Gobierno Federal no tenía autoridad de gestión, y c) redistribuir y equilibrar la riqueza de la Nación.

Expresa el profesor Robert Barker³⁸ refiriéndose a la validez de estos programas de ayuda federal, que al aceptarlos, “(...) los Estados se obligan a operar los programas de acuerdo con reglas establecidas por el Gobierno Federal” agregando a ello que “(...) la Corte Suprema ha decidido que esta práctica no constituye una coerción inconstitucional, porque el Estado puede decidir aceptar o rechazar la ayuda federal”³⁹.-

Como correlato de lo antes señalado, los Estados de la Unión deben orientar su accionar jurídico político en el estricto contexto que ofrece la normativa federal, en interés

³⁷ Señalan sobre ésta cuestión William Cohen & Jonathan Varat (De su autoría “Constitutional Law” Edit. The Foundation Press, New York, pág. 232), que las ayudas económicas que provee el Gobierno Federal a los Estados de la Unión, se incrementaron rápidamente en los tiempos ulteriores, ejemplificando que de aproximadamente 11 billones de dólares en 1965, se incrementó a un estimado de 109 billones hacia 1987, y según estadísticas fiables, el porcentaje que recibieron los presupuestos estatales y municipales, fue del 14,8% en 1985 (Cfr. Statistical Abstract, 1988, pág. 262). En realidad, y hasta el acaecimiento de la I Guerra Mundial, los *federal grants-in aid* consistían en entrega de tierras y estaban diseñadas fundamentalmente para promover la agricultura y la educación. Desde entonces y hasta el advenimiento de la denominada “Gran Depresión”, consistieron esencialmente en ayudas monetarias, con la finalidad de construir grandes infraestructuras para el transporte. Desde 1930 la tendencia se centró en conceder las mentadas ayudas federales a fin de de enfrentar la cobertura de servicios sociales derivados de la implementación del así denominado “Estado de Bienestar”. Entre los años 1961 y 1969, durante las Administraciones de John F. Kennedy (1961-1963) y Lyndon B. Johnson (1963-1969), estos programas tuvieron un fuerte incremento, lo que permitió a las instituciones estatales y comunales asumir gastos sin ser agentes impositivos. Cabe resaltar también que en 1950 las ayudas federales representaban el 0.8% del producto bruto interno del país, duplicándose en 1965, alcanzando su máximo histórico en 1980 al representar el 3,4%. Para estabilizarse en torno Al 2% desde 1994. Fuente: Executive Office of the President. Office of Management & Budget. Special Analysis Budget of the United States Government: Fiscal Year 1990. Government Printing Office. Washington D.C., 1989, pág.1422.-

³⁸Barker, Robert “El Federalismo en los Estados Unidos de América”, publicado en: <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/derpol11.html>), pág.4.-

³⁹Cfr. SCUS “Steward Machine Co vs. Davis” 301 U.S. 548.57 S. Ct. 883.81 L. Ed. 1279 (1937).-

de la unidad nacional y de un gobierno nacional eficaz, vinculado también a la prosperidad de los propios Estados de la Unión. De allí la estricta limitación de competencias que el Texto Fundamental establece respecto de los Estados Miembros⁴⁰.-

También, las dos primeras secciones del Art. IV se encuentran referidas a las relaciones entre los diversos Estados de la Federación Estadounidense, imponiéndoles el deber de conceder el mismo estatuto político de que gocen sus ciudadanos, a aquellos que habiten en los restantes Estados, ordenando además, la obligatoriedad de conceder extradición del acusado de un delito que hubiese huido a otro Estado de la Federación.-

Los Estados Unidos de Norteamérica elaboraron – como antes lo señalé – desde sus indicaciones constitucionales, pero principalmente a partir de la labor de su jurisprudencia, un modo de coexistencia del Estado Federal con los Estados Miembros de la Federación, que claramente enfatizó la concentración de poder en la Federación, en desmedro de las atribuciones competenciales de los Estados que la integran.-

Así, concordando el Art. I Sección 8, con la Enmienda X, votada por el primer Congreso de ése país, tenemos que el Estado Federal solo detenta aquellas facultades o competencias que expresamente le fueran asignadas por la Constitución. Esto es, una serie de potestades excepcionales (pero de gran importancia) ya que las restantes, generales o comunes, y no enumeradas, pertenecen a los Estados miembros.-

Entonces, resulta claro que la Constitución Norteamericana además de regular el sistema de división de funciones en la República, dispone la distribución del Poder entre el

⁴⁰Así, la Sección 10 del Artículo I de su Texto Fundamental, señala limitaciones específicas a los Estados de la Unión, que pueden ser agrupadas en cinco capítulos; **a) limitaciones monetarias y fiscales:** ningún Estado podrá acuñar moneda, emitir billetes de crédito, autorizar el pago de deudas en otras monedas que no sean las de oro y plata; tampoco podrá establecer, sin el consentimiento del Congreso, impuestos o derechos sobre las importaciones y las exportaciones, salvo cuando fuere absolutamente necesario para hacer cumplir sus leyes de inspección; y el producto neto de todos los derechos e impuestos que estableciere cualquier Estado sobre las importaciones y las exportaciones, ingresarán en el Tesoro de los Estados Unidos; y todas esas leyes quedarán sujetas a la revisión e intervención del Congreso. Asimismo, les está prohibido a los Estados “establecer derecho de tonelaje alguno” salvo que el Congreso lo autorice; **b) Limitaciones internacionales y diplomáticas:** ningún Estado podrá celebrar tratados, alianzas o confederaciones ni, sin el consentimiento del Congreso, celebrar acuerdos o pactos con otro Estado o con potencias extranjeras, ni entrar en guerra; a menos que fuere de hecho invadido o estuviere en peligro tan inminente que no admitiera demoras; **c) Limitaciones militares:** se prohíbe a los Estados mantener ejércitos o barcos de guerra en tiempos de paz; **d): Limitaciones legislativas:** la obligación de los contratos; los Estados no podrán aprobar ninguna ley que imponga la pena de interdicción civil, o ley de efecto retroactivo, o ley que desvirtúe la obligación de los contratos; **e) Otras limitaciones:** los Estados miembros no podrán conceder títulos de nobleza (tampoco el Estado Federal). Agrega aquí Jiménez de Parga (Op. Cit., pág. 425), que en varias enmiendas constitucionales, se genera la obligación de los Estados; a garantizar la vigencia de los derechos individuales (Caso de las enmiendas XIV; XV y XIX).-

Gobierno Federal y los Estados miembros de la Unión, como así también sus limitaciones y mutuas obligaciones. Ese texto, como antes lo reseñé, niega determinados poderes específicos a los Estados, les asigna otros, y define cuales son las obligaciones de un Estado respecto de los demás, como asimismo respecto del Gobierno Federal, aquellas que se “reservan” o aún, que se “comparten”.-

Refiriéndose al detalle expuesto, señala sesudamente Jiménez de Parga⁴¹, que “(...) desde la versión práctica que en la política estadounidense se dio a tal precepto, sacamos la enseñanza de que cabía también entenderlo de otra manera, que es justamente de la manera contraria!”.

Aun así, bien expresa Romeo Flores Caballero⁴² que con base en su realidad social, el pueblo norteamericano hizo surgir una Nación con una gran diversidad de personas e intereses, con orígenes y convicciones muy diferentes, pero en lo que nos interesa “(...) el caso de Estados Unidos es el primer ejemplo de pacto federal entre estados soberanos y, al mismo tiempo, la experiencia constitucional más importante en la historia de las instituciones federales” a lo que agregó, que “(...) los ensayos de *“The Federalist”* entre 1787 y 1788, constituyen una de las más completas formulaciones de la teoría del estado federal”.-

Dicho lo anterior, he de acotar aquí también, que las bases de progresión en tal sistema, con un alto fortalecimiento de los poderes del Estado Federal, se sustentaron principalmente en varias razones; entre ellas, definir que la figura del presidente se transformó en el eje del poderío político del sistema constitucional norteamericano. Siendo elegido básicamente a partir del accionar de los partidos políticos nacionales, el carácter federal del denominado “colegio electoral”, desapareció, o se encuentra muy diluido en el presente. Además, el Senado ha desdibujado – sino perdido – su carácter originario, de ámbito de representatividad y protección de los intereses de los Estados miembros de la Unión.-

Por otra parte, el modelo de alta concentración industrial, de expansión homogénea y sostenida, ha hecho perder los particularismos regionales (estandarización del denominado

⁴¹Jiménez de Parga, Manuel “Regímenes Políticos Contemporáneos” citada, pág.427.-

⁴²Flores Caballero, Romeo “El Sistema Federal en los Estados Unidos: Niveles de Gobierno” en “Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal”, pág. 22. Destaca además éste autor que Alexander Hamilton propuso en su obra, como un planteamiento central en las aportaciones de la rama federalista en Estados Unidos “(...) la necesidad, como garantía de relaciones equitativas entre las ramas del poder público, de que exista una pluralidad de centros de poder soberano, coordinados entre sí”.-

“American Way of Life”). Resulta también evidente que los ámbitos de autonomía estatal se pierden al acentuarse la dependencia que los estados poseen, respecto de las subvenciones federales. Además, el accionar nacional de los partidos políticos, hace tambalear el mantenimiento de la estructura interna de los subsistemas imperantes en cada estado federado.-

Finalmente, es también real que todos los grupos sociales que motivan la generación de redes democráticas y participativas en los Estados Unidos, operan principalmente a nivel nacional, lo que “moldea” al federalismo de ése país, estandarizándolo a tal punto de hacer “diluir” su fuerte identidad localista original.-

De modo tal, que nadie pone hoy en duda la preponderancia absoluta del Estado Federal sobre los Estados de la Unión en el sistema constitucional norteamericano, que – no debe ser aquí obviado –, hoy se yergue como la primer superpotencia mundial⁴³.-

Y además, no puede tampoco desconocerse que la vigencia actual del federalismo estadounidense reside esencialmente en que los Estados de la Unión, conforman ahora una estructura diversa – sino contraria – a la prevista por los constituyentes de Filadelfia, en la medida en que la identidad ciudadana se asocia hoy con la Nación, y no principalmente con los Estados que la componen⁴⁴.-

Hasta llegar a éste estado de cosas, el régimen ahora en estudio recorrió varias etapas, signadas por las discusiones de juristas, pero esencialmente promovida por el accionar jurisprudencial de su Alta Corte de Justicia, la que sin duda alguna acompañó en el tiempo – no sin avances y también retrocesos – las pretensiones expansionistas del Poder Ejecutivo norteamericano, que representan junto al Congreso de ese país, que necesariamente lo ha asistido en ése derrotero, el eje del poderío de la cada vez más fortalecida federación.-

⁴³Por ello es que expresa Flores Caballero (“El Sistema Federal...” citado, pág.23), que “(...) en el caso de Estados Unidos, todos los mecanismos constitucionales y la práctica establecida a partir de los mismos, coinciden en que el principio de autonomía está basado en el equilibrio entre el poder central y los poderes periféricos. Los diversos niveles de gobierno, desempeñan en forma eficiente sus funciones, en tanto ninguno en particular prevalezca sobre sus rivales de manera decisiva”.-

⁴⁴ En tal contexto puede predicarse sin temor a error, que la unidad nacional norteamericana se mantiene hoy debido a que los “grupos sub-nacionales” que la integran se manifiestan con total libertad, sin coincidir en tales expresiones con los límites geográficos de los Estados de la Unión. El nuevo paradigma del federalismo en los Estados Unidos debe reconocer en los tiempos que corren, que los Estados que integran la Nación juegan un papel diverso en la política de ése país, ayudando a asegurar la estabilidad de una nueva clase de individuos y grupos.-

En suma, y desde esta óptica, el federalismo norteamericano se ha tornado con el correr de los años, en un motor para desarrollar - con ésta marcada preponderancia – un equilibrio dinámico y operativo del sistema en su globalidad.-

Ésta más que interesante labor jurisprudencial y doctrinaria, se desarrolló en términos que pueden ser sistematizados de la siguiente manera:⁴⁵

Iniciáticamente, y hacia el año 1790, surge el caso del “First National Bank”, generado por una disputa entre miembros del Partido Republicano (esencialmente Thomas Jefferson⁴⁶), más afines a una interpretación constitucional estricta, de la que derivaba que “el mejor gobierno era el que menos gobernaba”, y aquellos federalistas “expansionistas”, liderados por Hamilton y Madison⁴⁷, partiendo ambos de la interpretación de la denominada “sweping clause” (Art. I, última sección, Constitución Federal) de la que derivaba la teoría de las competencias implicadas o implícitas.-

Es claro que la Constitución Federal no asigna poderes específicos y particularizados a los Estados de la Unión, aun cuando la Enmienda X, de 1791, establece que los poderes no delegados por la Constitución a los Estados Unidos, ni prohibidos por ella a los Estados Federados, quedan reservados al Pueblo.-

Estos poderes estatales no legislados en la Constitución, se denominan “poderes reservados” (reserved powers)⁴⁸. En virtud de tales atribuciones, los Estados de la Unión poseen potestad legislativa para regular y promover políticas de salud, educación, bienestar, comercio interestatal, la seguridad del Estado, la regulación del tráfico, cuestiones civiles como las vinculadas al matrimonio y el divorcio, o la moral de los ciudadanos, sin la autoridad expresa de la Constitución. Pero tales potestades o competencias, se ejercen sin serles permitido a los estados de la Unión, invadir áreas asignadas al Gobierno Federal, ni

⁴⁵Loewenstein, Karl “Teoría de la Constitución” citada, pág. 360 y ss. Con igual sentido, pero distinta significación, Jiménez de Parga (“Regímenes...” citada, pág. 427) refiere que hasta llegar a la situación de hegemonía del orden federal “(...) el régimen recorrió dos etapas: primero una etapa insegura, con vivas polémicas entre los juristas y los hombres políticos; más tarde, una etapa intermedia de federalismo dualista”.-

⁴⁶Tercer Presidente de los Estados Unidos, ejerció la primera magistratura de ésta Nación entre 1801 y 1809.-

⁴⁷Bien acota en este punto Loewenstein lo equívoca y confusa que desde el inicio se presentó la nomenclatura de los partidos políticos norteamericanos, destacando que para el caso, que involucraba la primigenia institucionalidad de ése país“(...) los *Federalist* serán el partido con orientación centralista, esto es, lo contrario de los “federalistas”, que colocaban en primer lugar los derechos de los Estados Miembros”.-

⁴⁸Estos poderes, son además conocidos como poderes “residuales” al no encontrarse reflejados en el texto fundamental.-

violar ninguna limitación de sus poderes, recogidos en las provisiones del Texto Fundamental, o en las de los restantes Estados que la componen.-

Un primer paso hacia una interpretación expansiva de las competencias de la Federación, lo dio en el año 1819, el reconocido Juez Marshall mediante su interpretación “Hamiltoniana” de la “Necessary & Proper Clause”. En su virtud, el Congreso Federal dispone de la competencia para dictar todas las leyes que sean necesarias y apropiadas para llevar a cabo la ejecución de las facultades expresamente atribuidas al mismo por el Art. I Secc. 8ª de la Constitución.-

Esta interpretación jurisprudencial, diluye fuertemente la expectativa de que en el marco de la federación, las facultades del Gobierno Federal estuviesen incluidas en una enumeración de corte “exhaustivo”, e imposibilitadas de ser ampliadas, tal como lo presentaban el Art. I, Sección 8 de la Constitución, y su originaria interpretación⁴⁹, sentándose a partir de allí, las bases de una floreciente y fuertemente sostenida tendencia centralizadora, inacabada hasta la fecha⁵⁰, con la sola excepción de los retrocesos que abajo detallo.-

⁴⁹ Ello sin prescindir, por supuesto, del hecho de que el Artículo en cuestión, al enumerar los poderes cedidos a la federación en sus 18 apartados, incluye una cláusula residual, cuya textura abierta ha permitido realizar una interpretación claramente expansiva del alcance de la acción legislativa del Congreso de los Estados Unidos, lo que ha supuesto en la práctica, y según así lo expone Ana Valero Heredia (“Federalismo y Law State en los Estados Unidos” en “In Dret, 2/2010, pág. 5, www.indret.com), “(...) una clara limitación del Poder Legislativo de los Estados”

⁵⁰ En el conocido caso *McCulloch v. Maryland* (SCUS 4 Wheaton 316; 4L. Ed. 579 (1819)/), la Corte Suprema de Justicia se preguntó si el Congreso Federal posee empoderamiento para incorporar a una institución bancaria radicada en un estado de la federación. Y responde positivamente, con base en que el Congreso Federal posee la potestad de hacer todas las leyes necesarias y propicias para poner en ejecución los poderes conferidos por la Constitución. De allí que esta sentencia constituyó el hito esencial en el proceso judicial de legalización de ampliación de competencias federales, a costa de aquellas legítimamente detenidas por los Estados miembros, con base justamente en la teoría de las “competencias implicadas o implícitas” del Gobierno Federal. Señala sobre ésta cuestión Ana Valero Heredia (“Federalismo y Law State en los Estados Unidos” en *In Dret*, Revista para el análisis del Derecho; 2/2010”, pág. 5; www.indret.com) que el Juez Marshall diseñó el siguiente test para evaluar cuándo una ley federal es necesaria y apropiada para ejecutar una competencia federal tasada: *“Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are no prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional”*. Dicho test sirvió de base para determinar la legitimidad constitucional de una interpretación expansiva del poder legislativo federal. Con ello se afirma la supremacía de las leyes federales mientras no entren en conflicto con la normativa estatal. En tanto ello no sucediese, la legislación estatal se encuentra habilitada para operar en las mismas áreas del ordenamiento y otorgar otros o más derechos a sus ciudadanos, de aquellos que les confieren la Constitución o la legislación federal.-

Debe ser resaltado en ésta “avanzada federal”, que la culminación de la guerra civil y la consecuente aprobación de las denominadas “enmiendas de la guerra civil”⁵¹ contribuyeron a una notable transformación del concepto de “Federalismo”, variándolo de aquel que había prevalecido durante el Siglo XVIII, bajo los auspicios de la Constitución original. En concordancia con tales enmiendas, el Congreso Federal ampliaba sus potestades implícitas para – disponiendo entonces de su poder – hacer cumplir lo dispuesto en la Constitución a partir de su propia legislación⁵².-

Con la presidencia del Juez Taney⁵³ en la Suprema Corte, los derechos de los Estados de la Unión fueron nuevamente protegidos contra las intromisiones de la Federación, siendo el tristemente célebre – por otras razones – caso “Dred Scott v. Sanford”, representativo del punto máximo de ésta tendencia.-

Una vez consolidada la Nación bajo éstos términos, y operada su reconstrucción, al culminar su guerra de secesión, la Corte Suprema, - de eminente integración republicana y conservadora en ése tiempo -, abolió la mayor parte de las conquistas logradas luego de ésta guerra intestina por los estados de la federación.

Posteriormente a haber asumido posiciones inciertas en el tema, el Alto Tribunal falla el caso “Swift vs. United States”/(Beef Trust Case)⁵⁴, con el que avala la utilización por parte del gobierno federal, de la “Sherman Anti Trust Act”, dejando entonces en manos de éste último, una muy poderosa arma de gestión, que le permitió concentrar aún más su poder, con notorio detrimento del detentado hasta esa fecha por los Estados de la Unión.-

⁵¹Civil War Amendments, entre las que se encuentran la Enmienda 13 (1865); 14 (1868) y 15 (1870). Recuerdo aquí que la primera ponía fin a la esclavitud, en tanto que la última reconocía el derecho a voto de los nuevos ciudadanos.-

⁵²Ver, al respecto, Grodzins, Morton (1966), Stewart, R. (1988, pág.55-75), y Bennett, Robert (2006).-

⁵³Chief Roger Tanney: integró la Corte Suprema de Justicia entre los años 1836 y 1864. Con el caso “Dred Scott” (SCUS 19 How., 393/1857; 154 L. Ed. 691), se determinó que un “negro” no podía constituirse en ciudadano de la Unión, y generó con sus derivaciones, la guerra de secesión norteamericana. Señala aquí Loewenstein (“Teoría Constitucional citado, pág.361), que “(...) el enfrentamiento final entre las exigencias de una economía nacional y unitaria, y los derechos “adquiridos” de los Estados miembros, que había retrasado una generación por la situación de las “fronteras avanzadas” (frontier situation), vino con la guerra de secesión” agregando que “(...) la teoría de la nulidad de Calhoun chocó con la célebre frase de Lincoln, de que la nación no podía ser la mitad libre y la mitad esclava; y que sirvió como justificación moral para dismantelar la originaria y falsa construcción constitucional de una doble soberanía” para concluir, en lo que nos interesa, que “(...) la victoria de la supremacía federal quedó consumada con la imposición a los Estados del Sur, de la XIX enmienda (1868)”.-

⁵⁴ SCUS “Swift & Co. Vs. United States, 196 US. 375, 25 S. Ct. 276; 49 L. Ed. 518 (1905). Se trató de una demanda contra una serie de corporaciones, firmas e individuos de diversos Estados de la Unión, que detentaban una proporción dominante en la distribución de carne fresca, comercializada a través de los Estados Unidos. La corte consideró que se trataba de un monopolio ilegal, violatorio de la “Sherman Anti Trust Act”.-

Luego, bajo las presidencias de los Magistrados Taft⁵⁵ y Hughes⁵⁶, la Corte Suprema, con la siempre disidente voz del Juez Brandeis⁵⁷, intentó aportar nuevos elementos al diseño de una política (preponderantemente Republicana), protectora de la libertad de contratar, y de empresa privada. Esta tendencia benefició entonces, los derechos de los Estados Miembros de la Unión, pero por poco tiempo.-

Señala Loewenstein⁵⁸ que la brecha decisiva en ésta cuestión se dio a partir de la vigencia de la Enmienda XVI del texto fundamental, producida en 1913. Ello se corona con el aval dado por la Corte Suprema a un impuesto federal sobre la renta que le otorga a la federación su principal fuente de ingresos. Pese a la originaria oposición jurisprudencial, advertida entre otros, al fallarse el caso “Adquins vs. Children’s Hospital”⁵⁹, se asumió finalmente que la competencia federal estreche a sus mínimas posibilidades legales, la autonomía de los Estados Miembros de la Unión.-

Al implementarse la política del “New Deal”⁶⁰, en tiempos de la gran depresión, la corte dio, luego de haber establecido una férrea oposición al nuevo plan económico de gobierno⁶¹, la estocada final a las pretensiones estatales de mayor autonomía⁶². Ellas fueron

⁵⁵ El Magistrado William Howard Taft integró la Corte Suprema de Justicia entre los años 1921 y 1930. Se le atribuye la histórica frase de que “Los presidentes van y vienen, pero la Corte se mantiene ahí por siempre”

⁵⁶El Magistrado Charles Evans Hughes integró la Corte Suprema de Justicia entre los años 1916 y 1941. Se le atribuye la histórica frase de que “La Constitución es lo que los jueces dicen que es”.-

⁵⁷El Magistrado Louis Brandeis integró la Corte Suprema de Justicia entre los años 1916 y 1939. Se le atribuye, entre muchas otras, la siguiente frase: “Podemos tener democracia en éste siglo, o también una gran concentración de riqueza en las manos de unos pocos. Pero no podemos tener las dos cosas”.-

⁵⁸Loewenstein, Karl “Teoría de la Constitución” citada, pág.361.-

⁵⁹Cfr. SCUS, 261 US.525; 43.S. Ct. 394; 67 L. Ed. 785 (1923 (Minimum Wage Case).Allí consideraron que esta ley violentaba la Quinta Enmienda de la Constitución. La postura habida en éste caso fue modificada al fallarse luego el caso “West Coast vs. Parrish” (300, US. 379; 1937), donde se estableció que el salario mínimo establecido por el Estado de Washington no iba más allá de su límite de tolerancia, al ejercer en el supuesto traído a contienda, el legítimo Poder de Policía estatal.-

⁶⁰Lógicamente, la Corte Federal de extracción predominantemente conservadora, se mostró en principio hostil a estos avances, aunque a partir del año 1936, se adaptó paulatinamente, avalando el nuevo estado de cosas

⁶¹ A principios del Siglo XX la Corte Suprema interpretaba la “cláusula de Comercio” en forma restrictiva, llegando a declarar inconstitucionales, muchos programas del así denominado “New Deal”, implementados por el Presidente Roosevelt (Cfr. Jackson, Robert H. “The Struggle for Judicial Supremacy” 86-139) aunque en 1937, varía su criterio ampliando su definición de comercio interestatal (Cfr. SCUS “National Labour Relation Boards v. Jones & Laughlin Steel Corp.” 301 US1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed.893 (1937).Roosevelt ejerció la presidencia de los Estados Unidos entre 1933 y 1945. A partir del referido aval, la Corte Suprema norteamericana interpretó esta cláusula de modo tan amplio que no podía imaginarse, en el decir de Barker, ningún asunto, por pequeño o local que fuera, que no estuviese dentro del ámbito del comercio interestatal, solo aminorada a partir del año 1995, con el dictado del caso “López” (SCUS “United States vs. López”, 514 US; 115 S. Ct. 1624,1630-1 131 L. Ed. 2d.626 (1995).-

⁶²Señalan William Cohen & Jonathan Varat (“Constitutional Law”, Edit. Westbury, New York, pág. 196), que la caída de la bolsa norteamericana no fue más que el preludio de un ulterior colapso económico general. El desempleo se incrementó hacia 1933 en la cantidad de entre doce a 15 millones. El ingreso nacional decreció

entonces virtualmente “arrolladas” por el empuje de la Federación, que actuó allí sobre la base de lo permitido por las cláusulas constitucionales del “bienestar”, “comercio” y “debido proceso”, ampliando notoriamente su ámbito competencial, lo que definió una concordancia política entre la actuación del Congreso, la Corte Federal, y el pensamiento de la opinión pública de los Estados Unidos, por prácticamente tres décadas.-

La habilitación a la expansión de los poderes del Gobierno Federal, fue una constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del período de vigencia de las políticas del “New Deal”, y hasta épocas más recientes, acuñándose la doctrina según la cual las competencias legislativas corresponden al Congreso Federal siempre y cuando el mismo tenga indicios racionales para concluir que la materia regulada puede afectar el comercio interestatal⁶³

Coincidió entonces, a partir del previo análisis efectuado, con quienes⁶⁴ postulan que la evolución habida en los Estados Unidos hacia una supremacía plena de la Federación por sobre las autonomías de los Estados de la Unión, se caracterizó esencialmente por haber sido

de 85 billones en 1929, a 37 billones en 1932; y los presupuestos cayeron al 40%, comparado con los niveles pre-depresión. Los granjeros enfrentaron una crisis similar. Sus precios cayeron en más de 60%. La caída del sistema financiero llevó a la quiebra de alrededor de 5000 instituciones bancarias. Agregan que el programa impuesto por el presidente Roosevelt para paliar esta gran crisis, fue sujeto a numerosas impugnaciones constitucionales que se debatieron en sede judicial. La historia completa de este proceso de litigación, que nosotros resumimos en éste trabajo, puede verse en la interesante obra de Robert Stern (“The Commerce Clause and The National Economy, 1933-1946”, 59 Harvard Law Rev., 645-883 (1946); Cfr. Stern, “The Scope of the Phrase Interstate Commerce”, 41, A.B.A.J. 823 (1955)//), cuya lectura, que lógicamente excede los confines de ésta tesis, recomendamos. Es importante recalcar, empero, que como se lo señala en el cuerpo principal de esta tesis, hacia 1942, la Corte Suprema varió sus criterios más conservadores, sosteniendo las políticas legislativas que implementaron en esencia, el “New Deal” (Cfr. Fair labour Standards Act, Agricultural Adjustment Act), en variaciones que al fin terminaron avalando sustancialmente el desarrollo y ampliación de los poderes regulatorios del Gobierno Federal en materias económicas, en general con invocación de “emergencia”.-

⁶³ Ciertamente es que bajo la vigencia de ésta doctrina, la Corte confirmó en distintos pronunciamientos, como se lo vio, la constitucionalidad de la regulación por parte del Congreso Federal, de muchas actividades locales que solo indirectamente tenían que ver con el comercio desarrollado más allá de las fronteras estatales, llegándose a afirmar que, incluso cuando la actividad comercial tenía lugar completamente dentro del territorio de un Estado, correspondía al Congreso la facultad de regularla si el efecto de la misma podía ser considerada nacional. Así, expresa Ana Vallero Heredia (“Federalismo y State Law en los Estados Unidos” citada, pag.7), que “(...) en una serie de decisiones adoptadas a partir de 1937, la Corte interpretó que la cláusula de comercio interestatal otorgaba al Congreso autoridad para regular normativamente la actividad económica” (Cfr. SCUS “Wickard c/Filburn, 317 US. 111 (1942)//).-

⁶⁴ Loewenstein, Karl “Teoría de la Constitución” citada, pág.362.- Aun así, en una visión comparativa con lo acaecido en la institucionalidad Argentina, sustentada mayormente en el incumplimiento de la Constitución por los actores políticos gobernantes y además por la actuación continuada de 50 años de golpes de Estado, gobiernos condicionados por militares desde “dentro” y “fuera” del Poder y reformas constitucionales democráticas en las que se intentó reposicionar al federalismo de concertación, ha sido en lo que a nosotros respecta, un distinto (e inadecuado) camino, para llegar a igual resultado: el poder del Estado Central ha crecido y el de los Estados Miembros de la Federación ha decrecido a su mínimo nivel posible.-

sostenida desde la actuación de la jurisprudencia, interpretando el sentido de la Ley Fundamental y solo secundariamente, por medio de enmiendas constitucionales directas⁶⁵.

Ello, ha generado un importante cambio en el sentido de la democracia norteamericana, en la que hoy se encuentra sublimado el poder del Presidente de la Nación, con desaparición del carácter federal del Colegio Electoral que procede a su elección, y la pérdida del rol representativo y protector de las necesidades de los Estados de la Unión que otrora tuvo el Senado Federal.-

La conclusión que permiten formular los datos expuestos, es que la tendencia centralizadora de las fuerzas centrífugas del federalismo norteamericano, representadas por el poder desplegado y detentado por el Estado Federal, tienden a haber soliviantado las fuerzas centrípetas que implican y generan la existencia de Estados que detentan mayores pretensiones de autonomía en el sistema, quienes ya no pueden oponerse con eficacia controlante, al poder político realmente detentado por la federación⁶⁶.-

Aun así, esta tendencia se intenta revertir a partir de modalidades de alianzas regionales, como contrapeso a la progresiva e implacable concentración de poder en el Gobierno Federal. También, y como sucedió en otros aspectos de la vida estadounidense, desde fines del Siglo XIX y a lo largo de todo el Siglo XX, fueron creadas y articuladas

⁶⁵ Bien ha señalado aquí Romeo Flores Caballero (“El Sistema Federal en Estados Unidos: Niveles de Gobierno”, en: Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, pág. 25), que “(...) la gran contribución estadounidense al arte de la política no ha sido en materia de doctrina, sino de práctica y administración, de adaptación de viejas formas a nuevas condiciones operativas. Ha sido en términos de mantenimiento de un equilibrio fundamental ante los desafíos del cambio, del crecimiento económico, del poder político, de contrapesos entre los impulsos contrarios de la propiedad y la democracia, del poder de la mayoría y la libertad individual”.-

⁶⁶Reconoce Loewenstein (“Teoría Constitucional” citada, pág. 362), lo que denomina “institucionalización de la supremacía federal, a partir de las siguientes consideraciones: 1) el Presidente se ha constituido en la base de sustentación de todo el poder político de la Federación, lo que debilitó necesariamente la importancia relativa de los Estados miembros en el concierto del proceso político norteamericano; 2) el Senado perdió su carácter original de fuente protectora de los derechos de los Estados Miembros, en particular desde que la enmienda XVII de su Constitución, de 1913, habilitó su elección popular; 3) por otra parte, la inserción en el sistema social norteamericano del “American Way of Life” generó un producto urbano estandarizado que da a toda la Nación un sello inconfundible de uniformidad, superando los límites que disponen los Estados que la componen, y anulando su individualidad; 4) además, se acentúa la erosión de la autonomía estatal, pues ellos dependen crecientemente de múltiples formas de subvenciones federales, aun cuando de uso, el Gobierno Federal ha prestado estas ayudas sin imponer mayormente condiciones centralizadoras; 5) es de destacar también que los partidos políticos desarrollan su actividad primordialmente en el nivel nacional, lo que contradice el ansia de mantener incólume su estructura federal originaria; 6) igual situación acaece con las importantes organizaciones sociales que imperan en el país, las que también se organizan y operan desde el orden nacional.-

organizaciones de defensa de los intereses de los gobiernos locales, tanto ante los Estados cuanto ante el Gobierno Federal⁶⁷.-

En tal contexto, ha expresado acertadamente Estanislao de Kostka Fernández Fernández⁶⁸, que los gobiernos locales “(...) no son totalmente autónomos e independientes, sino que se integran en la Constitución Federal y Estatal”, aclarando además, que “(...) en realidad, las entidades locales se relacionan con los estados federados, de la misma manera en que éstos se interrelacionan con el Gobierno Federal.-

En trance de ofrecer una síntesis conclusiva del derrotero evolutivo presentado por el federalismo en los Estados Unidos, y siguiendo aquí el muy buen trabajo de Estanislao de Kostka Fernández Fernández⁶⁹, puedo comenzar señalando que ciertamente, los “padres fundadores” del sistema no elaboraron una teoría general y precisa del federalismo en ése país, con lo que en su devenir histórico se presentaron distintas concepciones que lo abordaron en los diversos momentos históricos, sociales y políticos en que el sistema fue desarrollado.-

En el así denominado “**Federalismo competitivo**”, lo que se intenta determinar es sobre cuál de los niveles de gobierno recae el mayor poder político.-

Aquí, encontramos tres posiciones claras. Los cultores del Federalismo *Estatal-Centralizado*⁷⁰ enfatizaron la supremacía de la Federación, fundados en que la Norma Fundamental expresa mejor que ningún otro instrumento jurídico-político, el deseo del

⁶⁷Pueden destacarse de entre ellas, a la Liga Nacional de Ciudades, y la Conferencia de Alcaldes de los Estados Unidos. El objetivo dela primera es influir en los gobiernos estatales, en nombre de los gobiernos locales y a través de las ligas municipales de cada Estado. Habiendo sido creada a fines del Siglo XIX, actualmente esta organización presta también servicios a los ciudadanos, sirviendo asimismo de foro para promover la cooperación entre ellas, junto a su rol más importante que es el de defender los intereses municipales en el contexto del ámbito estatal. Por su parte la Conferencia de Alcaldes de los Estados Unidos se ocupa – entre otros fines – de brindar asistencia técnica los gobiernos municipales, y de realizar informes sobre problemáticas comunes, aunque en la práctica se ha convertido esencialmente, en un verdadero grupo de presión en nombre de las ciudades ante el Gobierno Federal.-

⁶⁸Fernández Fernández Estanislao Kostka “El Sistema Federal estadounidense” (publicado en el sitio web “kostkafernandez.blogspot.com/2011/04/el-sistema-federal”). No obstante ello, acota que existen algunos estados, como Connecticut, New Hampshire y otros de la zona de Nueva Inglaterra y del Atlántico Central, que funcionan como auténticas federaciones de comunidades locales de rango inferior”, agregando que “(...) por el contrario, otros Estados como Idaho, Nuevo México y buena parte de los Estados del Oeste y del Sur, son centralistas y controlan meticulosamente los poderes de las comunidades locales”.-

⁶⁹Fernández Fernández Estanislao Kostka “El Sistema Federal estadounidense” en el sitio web “kostkafernandez.blogspot.com/2011/04/el-sistema-federal”

⁷⁰Postura defendida por Alejandro Hamilton y el Chief Justice John Marshall.-

pueblo estadounidense y en tal contexto interpretativo, el Gobierno Federal, creado por el pueblo, debe tener el mayor volumen de poder político.-

Frente a esta postura, se yergue aquella que propiciaba un modo de federalismo *Nacional Centralizado*⁷¹, avalando la tesis de que la Constitución era el resultado escrito de la acción estatal, por haber sido los Estados de la Unión quienes enviaron delegados a la Convención Constituyente, y además, que fueron las Convenciones Estatales de ratificación las que dieron vigencia a la Constitución Federal. Desde esta perspectiva interpretativa, el Gobierno Federal solo puede ejercer taxativamente aquellos poderes que le fueron conferidos por la Constitución, y en caso de exceder estos poderes explícitos, estaría usurpando el correspondiente a los Estados de la Unión.-

Terciando este posicionamiento, hace su aparición la tesis del *Federalismo Dual*⁷², con vigencia en el período previo a la guerra civil, y que exhibió su influencia hasta las primeras décadas del Siglo XX. Para esta tesitura, las funciones de gobierno se dividían entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Estadales, quienes conforman centros “separados” de poder, detentando cada uno de ellos jurisdicción en áreas específicas, por lo que no deben permitirse interferencias en las actividades de cada uno de los centros de poder de la Federación.-

Promediando el año 1930, y en el marco de la gran crisis económica mundial (la gran depresión), que – como es sabido – impactó fuertemente en ésa Nación, la concepción política de actuación del federalismo fue necesariamente variada, y en particular para hacer frente a la nueva problemática, derivada de la crisis de la sociedad industrial estadounidense del Siglo XX, originándose entonces la tendencia del **Federalismo Cooperativo**⁷³,

⁷¹Sus cultores principales eran Thomas Jefferson y John J. Calhoun.-

⁷²Sostenida principalmente por James Madison. Expresaba este autor que los Estados “(...) formarían porciones distintas e independientes de supremacía, sin estar más sujetos dentro de sus respectivas esferas, a la autoridad general, con aquella que la que la autoridad federal se sujeta a ellos dentro de su propia esfera” (Cfr. “El Federalista” citado, N °39).-

⁷³Fue esta la teoría imperante, durante la administración del “New Deal”, en tiempos del Presidente Roosevelt. Allí se emprendieron - para luego quedarse - determinados programas que implicaron la interacción del Gobierno Federal, los estadales y locales, financiándose con concesiones-ayuda con asignación de propósitos definidos y en las que los gobiernos estadales y locales beneficiarios, debían afrontar parte de los costos de cada proyecto emprendido.-

coincidente con la puesta en marcha del así denominado Estado de Bienestar (“Welfare Estate”), bajo el mandato constitucional de Franklin D. Roosevelt⁷⁴.-

Esta situación implicó generar una nueva definición para las relaciones habidas entre el Gobierno Federal y el de los Estados de la Unión, expandiendo las funciones del primero, y admitiendo en éste contexto, que los segundos administrasen regularmente fondos federales. Esta nueva manera de actuar el “viejo federalismo” se dirigía esencialmente a afrontar los problemas financieros que acechaban a los Estados y a los Gobiernos locales, dada su incapacidad técnica y operativa para hacerse cargo de los costos de aquellos servicios públicos que el Estado de Bienestar había puesto en marcha⁷⁵.-

Con lo señalado, puede advertirse que el principal conflicto con que se enfrentó el federalismo norteamericano en la última mitad del Siglo XX, fue la necesidad de adaptarse a la demanda y costos de la articulación de los servicios públicos que deben soportar los gobiernos estatales y locales de la Unión, a sabiendas de que en la mayor parte de los casos, ellos carecieron de capacidad impositiva y contributiva para afrontarlos. Debe añadirse a lo expuesto, que si bien el Gobierno Federal detenta gran capacidad contributiva, también adolece de responsabilidad para proporcionar en forma efectiva y conducente, los servicios públicos básicos que cada comunidad requiere.-

Ello fue lo que hizo germinar la tesis del “*federalismo cooperativo*”, que se caracteriza por la necesidad de articular mayormente, acciones “conjuntas” entre el Gobierno Federal y el de los Estados de la Federación, lo que implicó la expansión del uso de las “concesiones federales y estatales” en forma de ayuda, a las que antes nos hemos referido⁷⁶.-

⁷⁴ Estadísticamente, ha sido éste el único caso de un presidente estadounidense electo para gobernar esa Nación por cuatro períodos consecutivos, considerados de los más aciagos de la historia del país, rol que cumplió con alto suceso.-

⁷⁵ Señala sobre ésta cuestión Estanislao de Kostka Fernández Fernández (“El Sistema Federal Estadounidense, citado”), que “(...) para entender el origen del federalismo cooperativo y las dificultades financieras a que se enfrentaron los Estados y sus divisiones administrativas, es necesario entender la naturaleza del sistema impositivo estadounidense. El Gobierno Federal recauda el impuesto más productivo y flexible: el impuesto del ingreso personal (Personal Income Tax), de forma que cuando se incrementa la riqueza nacional, la recaudación federal se incrementa también. Por su parte, la actividad impositiva de los Estados, proviene de una variedad de impuestos que no son tan sensibles a los incrementos de la riqueza: pequeños impuestos sobre las ventas e impuestos sobre el comercio en productos como el licor y el tabaco. Por último, los gobiernos locales gravan los impuestos sobre la propiedad”.-

⁷⁶ Señala aquí Kostka Fernández Fernández (“El Sistema Federal Estadounidense” citado), que “(...) el federalismo cooperativo enfatizó la colaboración entre el gobierno nacional y los gobiernos estatales o locales, para alcanzar objetivos determinados por el primero”.

Expresa asimismo Thomas Dye (“American Federalism: Competition among Governments” Edit. Lexington Books, Lexington, Massachusetts, 1990, pág. 7), que “(...) aunque el Congreso no tiene poder directo para

Esta matriz del federalismo, dominó durante la puesta en marcha del “New Deal” en la administración del Presidente Franklin D. Roosevelt, caracterizada por programas que requirieron la cooperación financiera y administrativa entre la Federación, los estados Miembros de la Unión y los Gobiernos locales.-

Una nueva concepción del federalismo, denominada **Federalismo Centralizado**, se desplegó durante la presidencia de Lyndon Johnson⁷⁷, quien tornó más poderoso y centralizado el sistema de concesiones que controlaba el Gobierno Federal, y que tuvo por objetivo persuadir a los gobiernos locales a emprender programas y servicios públicos, ya desarrollados y liderados por la federación⁷⁸. La Suprema Corte avaló esta política al fallar el caso “García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority”⁷⁹, en tanto sostuvo que aquí no se violaba la Enmienda X, ni se interfería la soberanía de los estados de la Unión.-

Es claro que el sistema de concesión o subvención (federal grants-in-aid) permitió que el poder gubernamental se centralice gradualmente en Washington, aunque sus efectos se potenciaron por todo ése país⁸⁰.-

Luego, a fines de los 60’s, los gobiernos locales y estatales profundizan sus críticas al sistema de concesión federal, por considerar su implementación excesivamente compleja y fragmentada, siempre diseñada por el Gobierno Federal, y no siempre coincidentes con los deseos de los ciudadanos de los Estados.-

regular materias como la salud pública o el bienestar, sí tiene autoridad impositiva y capacidad para determinar partidas presupuestarias, así como medios legislativos para establecer un sistema que recompense a los Estados, por la asunción de determinados servicios de carácter público” (el resaltado me pertenece

⁷⁷ Gobernó el país, entre 1963 y 1969. Vivenció en tal lapso temporal, un rotundo rechazo hacia la Guerra de Viet-Nam, de la mano de contundentes cambios en el posicionamiento social de la juventud norteamericana.-

⁷⁸Esta concepción se aplicó especialmente en el área de los derechos civiles, formación laboral y bienestar social.-

⁷⁹SCUS Caso “García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority; 469 US. 528 (1985). Allí se sostuvo el poder del Congreso para establecer un salario mínimo y regular las horas extraordinarias trabajadas por los empleados de los gobiernos estatales, sin que ello interfiriese en la soberanía de los Estados de la unión. Esta decisión causó tanto malestar, que alguna legislatura estatal ha adoptado resoluciones solicitando al Congreso una enmienda constitucional para modificar el sentido de ése precedente.-

⁸⁰David Nice expresa acerca de ésta cuestión (“Federalism: The Politics of Intergovernmental Relations” Edit. St. Martin’s Press, Nueva York, 1987, pág. 55), que “(...) las personas que querían que los problemas se resolvieran y aquellas que estaban insatisfechas con las respuestas de los Estados y de los Gobiernos Locales, se dirigían a Washington. Dar respuesta a los problemas a través de concesiones, permitió a los cargos políticos de los diferentes niveles de gobierno, compartir protagonismo en la lucha contra el crimen, la pobreza o implementar la mejora de las oportunidades educativas”.-

Con la asunción presidencial de Richard Nixon⁸¹, se anuncia un así denominado **nuevo federalismo**, que intentó restaurar el equilibrio de poder entre los diferentes niveles de gobierno, expresando que toda vez que ello fuese posible, el pago de las ayudas debía hacerse directamente a los ciudadanos, sin el burocrático “pase” por las Agencias Técnicas. Este sistema, denominado de *los ingresos compartidos*, asumía que en una sociedad libre, todos los ciudadanos se encuentran capacitados para determinar sus propias necesidades.-

Esta nueva modalidad introducía la denominada “concesión en bloque” (Block Grant), consistente en una suma de dinero aportada por el Gobierno Federal a un Estado, en propuestas escasamente definidas y generales, lo que hizo que el programa no llegase a un buen fin, cosechando amplias críticas de los sectores progresistas, por entender que con estas políticas se desmantelaban los programas de “New Deal” y “Great Society”

Con su asunción en 1981, Ronald Reagan anunció la realización de una *versión revisada del nuevo federalismo*, con la que flexibilizó el sistema de concesiones federales, reduciendo la presencia del Gobierno Federal en los asuntos internos de los Estados de la Unión. Si bien el programa fue inicialmente bien recibido por los Estados, ellos rápidamente entendieron que en la práctica se les reclamaba la asunción de mayores responsabilidades, al tiempo que recibían menos ayuda federal⁸². Aun cuando el Congreso Federal rechazó algunas de las propuestas del Presidente, este sistema fue recién abandonado en 1986, tras 14 años de existencia, a consecuencia del incremento del sostenido déficit presupuestario del Gobierno Federal.-

A diferencia de Reagan y Nixon, George H. Bush llega a la presidencia sin expresar públicamente una teoría sobre la actuación del federalismo en su gestión. Los grandes déficits presupuestarios con que se encontró impidieron la continuidad en éstos programas. A comienzos de 1990, muchos Estados atravesaban severos problemas financieros, a lo que

⁸¹ Su gobierno se extendió entre 1969 y 1974, signado por el escándalo, que a la postre motiva su renuncia. Se lo recuerda como uno de los más controversiales y enigmáticos presidentes de ésta Nación

⁸² Acota aquí Kostka Fernández Fernández (“El Sistema Federal estadounidense” citado), que “(...) la Administración del Presidente Ronald Reagan redujo el número total de programas federales, de 539 en 1981, a aproximadamente 340 en 1986. Pero al final de su mandato el importe total de las concesiones federales creció. La cantidad se redujo durante su primer año en el cargo, pero se incrementó durante los años siguientes. El Gobierno Federal gastó 88.2 mil millones de dólares en concesiones a los Estados y a los entes locales en el año fiscal 1982, pero en 1989, el último año presupuestario del Presidente Reagan, la cantidad había alcanzado los 123,6 mil millones de dólares” (Fuente: US. Bureau of The Census. Statistical Abstract of the United States, Government Printing Office, 1990, Tabla 459. Claramente los programas propiciados por Reagan habían sido creados como un ataque global sobre las dimensiones intergubernamentales de un sector público activo.-

se adunó la exigencia del Gobierno Federal para que todos los Estados de la Unión, con excepción de Vermont, elaboren presupuestos sin déficit.-

En éste contexto, los Estados optaron por reducir los servicios que prestaban⁸³.-

En 1992, el Gobernador de Arkansas, Bill Clinton⁸⁴, es elegido Presidente. Habiendo basado su campaña en una “nueva alianza” con las olvidadas familias trabajadoras norteamericanas, tenía la esperanza de terminar el “cuello de botella” (gridlock) en que había caído la Nación, ya que las cuestiones derivadas de la transferencia del Poder por parte de los Republicanos salientes y las presiones domésticas lo habían puesto en jaque.-

El impacto en la caída federal fue severa, y creó un “efecto dominó” que afectó seriamente esta idea del “nuevo federalismo”. Aún así, logró conducir al país fuera de la recesión, con una relevante reducción de los niveles de pobreza, a partir de 1996.-

Con lo someramente expuesto y analizado, pretendo significar, a modo de una primera conclusión del presente estudio, que la evolución del federalismo estadounidense hacia una gran concentración de poder en el Gobierno Federal, con claro detrimento en el detentado por los Estados Miembros de la Federación, se motivó en razones de Estado, y jamás se produjo fuera de los espacios institucionales de ése país, aún cuando en determinados períodos históricos, atravesó momentos de “crisis” y debió asimismo, confrontar situaciones de “emergencia”.-

III

BREVES REFERENCIAS A LA EVOLUCIÓN DE LAS EXPERIENCIAS FEDERALES FUERA DE LOS ESTADOS UNIDOS

⁸³Fue en éste contexto que al iniciarse la década del '90 tuvo lugar la denominada “crisis fiscal” del federalismo estadounidense.-

⁸⁴ Presidente de los Estados Unidos entre 1993 y 2001. Su presidencia – no exenta de episodios escandalosos - encontró a la Nación en un período de relativa estabilidad, en el que el gobierno federal pudo articular una progresiva y progresista política social.-

Respecto de las experiencias federales fuera de los Estados Unidos, es dable destacar que al promediar El pasado Siglo XX, el retroceso de la organización estatal federal pudo ser exhibido como un fenómeno prácticamente universal, con intensas modalidades de crisis en aquellos sistemas estatales que aún la conservan (debemos hacer notar aquí particularmente el caso argentino).-

Aún así, advertía en forma temprana Diana Gagliano⁸⁵, presagiando y admitiendo la necesidad de creación de bloques regionales, y proponiendo su estructuración sobre bases federalistas, aunque con serias prevenciones. Es en éste contexto que se preguntaba “(...) ¿Cuánto tiempo será necesario para cultivar los hábitos de confianza y tolerancia que parece requerir, como se ha visto, el sistema federal?” acotando luego, que “(...) las rivalidades nacionales, barreras idiomáticas, antipatías culturales y religiosas, etc., presentan inconvenientes que no se dan en las estructuras federales nacionales conocidas hasta ahora”

Empero, interpreto, sin descartar las prevenciones antes anotadas, que el devenir del Tercer Milenio presenta, según así lo expone Antonio María Hernández, un futuro claramente promisorio, habiendo señalado el destacado jurista en éste sentido, que “(...) a comienzos del Siglo XXI, se observa con nitidez la extraordinaria fuerza y proyección de los principios federales, vigentes no solo en la forma de Estado para el 40% de la población mundial, sino también en las técnicas confederativas utilizadas para las organizaciones supranacionales como la Unión Europea, el Nafta o el Mercosur”⁸⁶

Por ello, creo importante resaltar aquí que existen todavía “puntos altos” del sistema federal, que hacen posible bregar por su mejoramiento y consolidación.-

Así, podemos indicar que el federalismo, como principio de distribución del poder, se presenta como un sistema poco compatible con esquemas que abriguen tendencias autoritarias o autocráticas. Ello porque quien es detentador exclusivo del poder, difícilmente

⁸⁵ De la autora citada “Enfoque Federalista para la Sociedad en Crisis” (Depalma, 1978, pág. 114/15). Sostiene allí, que “(...) el regionalismo continental, como expresión de una positiva solidaridad sociológica y del interés común, puede ser considerado el primer paso hacia esa federación”

⁸⁶ Hernández, Antonio María “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” citado, pág. 25. Advierte también allí nuestro autor, que ese 40% de la población mundial que corresponde al listado de países federales, seguramente se ampliará en el momento en que se produzca la modernización de China, que deberá tener ese tipo de organización estatal, y que es el país más poblado del universo.-

soporte una coexistencia armónica con ámbitos de autonomía fuera del alcance de su dominación.-

Además, las dosis de democracia y el pluralismo que requiere detentar el sistema constitucional de hoy (si pretende sobrevivir a sus propias falencias y contradicciones, ya evidentes y notorias), implican la necesidad de no seguir desconociendo que junto al pluralismo político y sindical, existen también modos de pluralismo lingüístico, social, cultural, territorial, etc.

Seguido, me permito presentar un cuadro que presenta someramente, el estado actual de las federaciones vigentes en el mundo.-

CUADRO II

ESTADO DE LAS FEDERACIONES ACTUALES				
<u>Año de su fundación</u>	<u>Nombre</u>	<u>Componentes</u>	<u>Principales Unidades Federativas</u>	<u>Menor Unidad Federativa</u>
1853	Argentina	Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires	23 provincias	1 Ciudad Autónoma 1 Distrito Federal
1901	Australia	Estados y Territorios de Australia	6 Estados	3 Territorios Federales (2 con autogobierno) y 7 Territorios Externos
1920	Austria	Estados Federales de Austria	9 Landers o Bundeslanders	
1970	Bélgica	Regiones de Bélgica	3 Comunidades y 3 Regiones	
1995	Bosnia & Herzegovina	Subdivisiones en Bosnia y Herzegovina	2 Entidades	
1889	Brasil	Estados Federados del Brasil	26 Estados	1 Distrito Federal

1867	Canadá	Provincias y Territorios de Canadá	10 Provincias	3 Territorios
1975	Comora	Islas Autónomas de Comora	3 Islas	
1971	Emiratos Árabes Unidos	Emiratos	7 Emiratos	
1995	Etiopía	Regiones de Etiopía	9 Regiones	2 Ciudades
1949	Alemania	Estados Federados de Alemania	16 Länders o Bundeslanders	
1950	India	Estados Federados y Territorios de la India	29 Estados	7 Territorios de la Unión y el Territorio de la Capital Nacional
2005	Iraq	Gobernaciones de Irak	18 Provincias	
1963	Malasia	Estados y Territorios Federales de Malasia	13 Estados	3 Territorios Federales
1821	México	Subdivisiones de México	31 Estados	1 Distrito Federal
1979	Micronesia	Estados del Estado Federal de Micronesia	4 Estados	
2015	Nepal	Regiones de Desarrollo de Nepal	7 Provincias	
1963	Nigeria	Estados de Nigeria	38 Estados	1 Territorio de la Capital Federal
1956	Pakistán	Provincias y Territorios de Pakistán	4 Provincias	4 Territorios Federales y 1 Territorio de Capital Federal
1918	Rusia	Territorios Federales de Rusia	46 Oblast, 22 Repúblicas, 9 Krai, 4 Circunscripciones Autónomas, 3 Ciudades Federales, 1 Región Autónoma	
1963	Saint Kitts & Nevis	Islas	3 Islas	
2012	Somalía	Regiones de Somalía	18 Estados	
1956	Sudán	Estados de Sudán	17 Estados	

2011	Sudán del Sud	Estados de Sudán del Sud	10 Estados	
1848	Suiza	Cantones de Suiza	26 Cantones	
1776	Estados Unidos	Estados Unidos de América	50 Estados Federados	1 Distrito Federal, 16 Territorios
1863	Venezuela	Estados Federados	23 Estados	1 Distrito Federal, 1 Dependencia Federal

Sentado lo anterior, considero necesario adunar en éste punto de mi análisis, una mínima referencia a la situación particular que exhibe hoy la República de Italia, que en el año 2005 introdujo una reforma constitucional a su texto fundamental de 1948, ya a su tiempo concebido para institucionalizar un Estado Regional, reconociéndole autonomía política a las regiones, pero que no fue inmediatamente operativizado⁸⁷⁸⁸. —

Es real que durante los últimos 10 años, Italia ha seguido un proceso de federalización, cuyas demoras en la implementación han conducido – en los hechos – a producir un marco constitucional federal, edificado en torno a una cultura que es políticamente centralista⁸⁹

Su estatus constitucional actual, supone empero, un importante cambio en tanto estructura a la República en base a estándares de carácter federal, aun cuando su alcance no

⁸⁷ Ello pues como acertadamente lo ha expuesto Marc Carrillo “La Reforma Federal en Italia” (<https://el.pais.com/diario2005/12/30/opinion>.), ése proyecto “(...) no se institucionalizó inmediatamente, pues con la excepción de cuatro de las cinco regiones a las que la Constitución reconocía un régimen especial (Sicilia, Cerdeña, el Valle de Aosta y el Trentino Alto Adigio), que se constituyeron entre 1946 y 1948, el resto lo hicieron mucho más tarde”. Este fue el caso de Friuli/Venecia Julia, que no lo hizo hasta 1963, una vez solventadas las controversias territoriales con Yugoslavia, por la cuestión de la ciudad de Trieste y de las 15 restantes de régimen común, que tuvieron que esperar a la ley Constitucional de 1968, regulatoria de la elección de los Consejos (Parlamentos) Regionales y a la Ley de 1970, referida a la Hacienda y a la cuestión financiera.-

⁸⁸ Bien señala aquí Victor Uckman (“Il passaggio in Italia al Federalismo Fiscale”, Trad. Oriana Peruggini, revisión de Cristian Billardi”), que la Constitución italiana vigente hasta 1947 y emanada en 1848 bajo el reinado de Carlos Alberto, Rey del Reino de Piemonte y Sardeña, anterior a la fundación del Reino Italiano, preveía un Estado centralizado, no obstante el hecho de que el Reino derivaba de la unificación de ocho9 Estados, cada cual con su propia diversidad y con grandes diferencias regionales derivadas de razones étnicas y culturales que se manifestaban incluso en el plano de las finanzas públicas. Por ello sostiene este autor, que “(...) con la Constitución Republicana, introducida el 1º de enero de 1948, se previó (Título V), que “La República se divide en Regiones, Provincias, Comunas” (Art. 114) y que “Las regiones están constituidas por Entes Autónomos con poderes propios y funciones según los principios fijados en la Constitución” (Art. 115). Por su parte, el Art. 119 disponía que las Regiones tendrían “Autonomía financiera en la forma y en los límites establecidos por las leyes de la República que coordinan las finanzas del Estado, las Provincias y las Comunas”.-

⁸⁹ En los hechos, y al mismo tiempo las regiones prósperas del norte italiano reclaman mayor grado de autonomía, mientras que las del sur, más pobres, se preocupan por el hecho de que una mayor federalización amplíe más la brecha económica que existe entre las dos partes del país.-

signifique que Italia se hubiese transformado con ello en un modelo clásico de Estado Federal, ya que si bien se han producido modificaciones institucionales en relación a la posición del Senado, acrecentándose las competencias de las regiones, lo cierto es que ésta reforma no abarca otras instituciones, como por ejemplo el Poder Judicial, que sigue siendo uno y único para toda la República.-

Puede señalarse entonces, que por el momento, Italia bien puede ser descripta como un sistema federal asimétrico⁹⁰ de traspaso de competencias que se encuentra en proceso de realización

En consecuencia, muchos juristas italianos, como es el caso del Profesor Giovanni María Flick, prefieren hablar aquí más que de “federalismo”, de “descentralización”, aunque ciertamente, el debate en el punto se encuentra hoy abierto y en curso.-

Conforme lo antes narrado y expuesto, estimo entonces que el federalismo ofrece hoy, y aun teniendo en cuenta sus “diversidades” y “caracteres comunes”, bases sólidas para que la democracia pluralista mejore su desarrollo en éste mundo de contornos claramente globalizados, paralelamente con el respeto debido a los grupos territoriales, siendo necesario considerar cada vez más, la viabilidad de la descentralización en diversos grados, como uno de los elementos más útiles para consolidar y revitalizar el sistema democrático.-

Aunque lo dicho no nos inhibe de resaltar en éste estudio, las graves falencias y distorsiones que presenta hoy el desarrollo del sistema federal en el contexto institucional Argentino, y a las que me referiré en el siguiente acápite⁹¹

IV

ACERCA DEL DISEÑO ORIGINAL DEL FEDERALISMO ARGENTINO **Y LA EVOLUCIÓN ULTERIOR DE SU MODO** **DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL**

⁹⁰ Ello por existir allí dos tipos de regiones, con distintas capacidades económicas, y por ende, con desigual peso político en el sistema, difiriendo la implementación del federalismo de una a otra. Entiendo que el federalismo se implementará en Italia en forma gradual, debiendo comenzarse con la aprobación de nuevas leyes fundamentales para cada región, ya que claramente el marco constitucional italiano permite sedimentar una federación.-

⁹¹ En éste contexto, ha planteado en reiteradas oportunidades la ONU en su capítulo Argentino (Ver, para cotejo, PNUD Argentina, 2004:1) que “(...) la Argentina es un país debilitado (...) la transformación debe consolidar el federalismo, la forma de organización constitucional adoptada para amortiguar las enormes disparidades entre provincias y regiones. Desde nuestra óptica de Naciones Unidas, el desarrollo humano Argentino solo será posible si se pone en marcha una estrategia federal de desarrollo regional”

(Una historia de relegamiento y dependencia)

Sin pretender enunciar un tratamiento conglobante y complejo del concepto de “federalismo”, creo que es aquí necesario aportar una breve sistemática del diseño que nuestra Nación ha preferido institucionalizar cuando objetivó su *forma de Estado en relación al territorio*⁹². En ella, se denominan “Provincias”, a las unidades políticas, o estados miembros que componen a la federación Argentina, lo que responde a nuestra tradición histórica, plasmada en el preámbulo del texto fundamental, que expresamente las invoca.-

Cabe aclarar también que según lo señalé antes, las provincias argentinas no son soberanas, pero sí gozan de autonomía, según lo dispone el juego armónico de los artículos 5, 31, 122 y 123 de la Constitución Federal. La preexistencia de algunas de ellas respecto del mismísimo texto fundamental, es un hecho histórico, pero aún así, es la carta fundamental quien las crea jurídicamente, situándolas en el contexto del sistema constitucional.-

Así, las provincias que históricamente precedieron al Estado Federal, y convocaron a la Convención Constituyente que le dio nacimiento jurídico, fueron: Córdoba, La Rioja, Catamarca, Corrientes, Mendoza, Jujuy, Salta, Tucumán, Santa Fe, San Luis, San Juan, Santiago del Estero, Entre Ríos, enviando cada una de ella dos representantes a la Convención. Respecto de la Provincia de Buenos Aires, si bien ella fue históricamente preexistente, las actas no registran sus representantes a la Convención Constituyentes

⁹² Recuerda aquí acertadamente Germán Bidart Campos (“Constitución y Derechos Humanos: Su reciprocidad Simétrica” EDIAR, 1991, pág. 200/201), que “(...) cualquiera sea el origen histórico de una federación, y más allá de su génesis, toda federación es tal porque en un momento dado se ha adoptado la decisión política de organizar al Estado bajo la forma federal” para agregar luego que “(...) es el punto de arranque. En esa instancia hemos de ubicar al conjunto de predisposiciones que hacen a la naturaleza del federalismo y que suministran razón suficiente de porqué la decisión política prefiere acoger el federalismo en vez del unitarismo”. Su reflexión deviene seguido en cuestionamiento, cuando señala que “(...) es claro que una decisión similar es capaz de escoger artificialmente al federalismo, sin la existencia de propensiones naturales, pero ése es otro tema”. Para concluir luego que “(...) por más “bien nacido” que sea o que haya sido un federalismo, siempre hay riesgo de que degenera en un federalismo invertebrado, si la médula de su espina dorsal disloca la vertebración conjunta de las partes y el todo. A conjurar el peligro de un federalismo invertebrado quedan convocados como mínimo, todos los federalismos que han surgido – como el argentino- de una decisión política inducida por predisposiciones naturales, y que durante el proceso federal posterior las han conservado – a todas, o a las principales – en la estructura social subyacente, aun cuando el mismo proceso acuse disfuncionalidades, porque a éstas hay que remediarlas y superarlas. Eso sí, siempre teniendo en miras la integración vertebrada de las partes y el todo o, si se prefiere, de la unidad en la pluralidad, y de la pluralidad en la unidad”. Toda una petición de principios...

(Lahitte y Carril), toda vez que si bien fueron enviados, la secesión del hoy denominado Primer Estado Argentino de la entonces “Confederación Argentina”, acaecida el 11 de setiembre de 1852, implicó la inmediata cesantía de tales diputados por disposición de la legislatura estadual entonces restablecida.-

Queda entonces claro que tal Estado recién se incorpora al elenco de las Provincias Argentinas, regidas por la Constitución nacional, en 1860, como ya antes especificué. Las restantes provincias (Chaco, Formosa, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Neuquén, Río Negro, La Pampa, Misiones), han de considerarse por lo dicho, jurídica y también históricamente posteriores a la creación de la confederación.

Por ello en la actualidad, nuestro Estado Federal se encuentra casi totalmente integrado por Provincias, con excepción de la ciudad autónoma de Buenos Aires. De ella cabe señalar que registra un status especial: Es sede de la Capital Federal de la República, y luego de la reforma constitucional de 1994 se constituye en un nuevo sujeto de la relación federal argentina, diverso del Estado Federal y las provincias.-

De lo antes expuesto, se sigue que el Estado Federal Argentino ha crecido hasta la fecha por adición, y nunca ha disminuido por sustracción.

Indica Bidart Campos, que al ser el federalismo una unión indestructible de Estados indestructibles⁹³, jamás podría admitirse en nuestro sistema constitucional la secesión de una Provincia. Es empero aquí mi convicción, siguiendo a Jorge Vanossi, que ello no es así, ya que las provincias, son en realidad indestructibles para el gobierno ordinario (poderes constituidos ordinarios, como pauta de limitación), pero la voluntad del constituyente podría eventualmente generar esa destrucción, y aún desarticular el propio sistema federal, ya que ella está deferida al pueblo de la Nación Argentina y su voluntad soberana, que no posee otras limitaciones jurídicas en el sistema constitucional argentino, que las que expresa el art.30 de la Constitución Federal.-

Aclarado lo que antecede, cabe sostener también que la propia constitución prevé la formación de nuevas provincias, ya que - mediando el consentimiento del Congreso federal y de la Legislatura de las provincias interesadas –puede erigirse una

⁹³ Con cita a la Sentencia del chief justice Chase en Autos “Texas c/White” (7 Wallace 700-25)

provincia en el territorio de otra, u otras, o en su caso, formarse de varias provincias, una sola.-

Se preguntaba el maestro Bidart Campos si sería posible eliminar por fusión alguna de las provincias que hemos sindicado como “preexistentes” Responde, coincidente con su postura, que no, dada la indestructibilidad de la federación originaria. En consecuencia, admite este modo de fusión, solamente respecto de las provincias creadas con posterioridad a 1860.-

Me permito también aquí, disentir amistosamente con la sesuda interpretación del Maestro. Traspolando una de las tantas argumentaciones de Siéyes, diré que “(...) basta con que el pueblo quiera”, con lo que una legítima fusión, en el ámbito de nuestra federación, solo requiere el acuerdo de las respectivas legislaturas y el consentimiento del Congreso Nacional. Cumplidos esos pasos, nos encontramos frente a un adecuado procedimiento que acerca al federalismo con el regionalismo, sin necesidad de arribar por ello al concepto de “Estado Unitario.-

También recepta nuestra constitución la posibilidad de admitir nuevas provincias en el concierto de la federación. Acierta aquí Bidart Campos cuando expresa que el juego armónico de los artículos 13 y 121 del texto fundamental, deja abierta la puerta que posibilita la incorporación de nuevas provincias mediante el procedimiento del “pacto” que se da en el caso de Estados soberanos que deseen formar parte del nuestro, adicionándose como nuevas provincias.-

Estima la doctrina, en general, que las nuevas provincias surgentes por creación del Congreso (arts. 13 y 75 inc. 15 C.N.), no pueden pactar con el gobierno federal al momento de su incorporación, como sí lo hizo la de Buenos Aires, al incorporarse a la misma en 1860 (ver el contexto de tal pacto en la última parte del art. 31 de la C.N.). Ello, a fin de garantizar la regla de igualdad jurídica de todas las entidades territoriales provinciales integrantes de la federación.-

Finalmente cabe acotar aquí que en los casos de incorporación de otros Estados a la federación, como provincias nuevas, nos encontraríamos con un doble modo de crecimiento de la federación: institucional y territorial.-

Es también rol del Congreso, establecer los límites interprovinciales⁹⁴, aunque la práctica constitucional ha viabilizado la realización de arbitrajes a esos fines, en algunas ocasiones.

Creo importante destacar aquí, empero, que hablar de potestad de fijar límites entre provincias, no es lo mismo que fijarlos a las provincias, con lo que no puede el Congreso de la Nación, por ejemplo y so pretexto de utilizar esta atribución, limitar el territorio de las provincias con litoral marítimo en su línea costera.

Máxime cuando la Constitución consagra hoy - reafirmando este concepto - que las provincias ejercen el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio⁹⁵.-

Cierto sector doctrinario, complementa la idea antes expresada, enfatizando que en realidad, es ésta una facultad que comparten las provincias con el Estado Federal, y en ése contexto, no podría El Congreso de la Nación determinar arbitrariamente los límites, prescindiendo de los contextos históricos y sociales que ameritaron el diferendo de que se trate⁹⁶. Añado también a lo expuesto, que los conflictos de límites - cuando sólo se trata de fijarlos -, son en sí mismos causas no justiciables, al tener en la Constitución establecida expresamente su vía de solución, a cargo del Congreso, al que inviste de facultad privativa para fijarlos. Creo no obstante, que si mediara arbitrariedad en la decisión del Poder Legislativo, el pronunciamiento del cuerpo podría tornarse en inconstitucional y ese vicio sí podría ser eventualmente evaluado por el Poder Judicial, en los términos de los arts. 116 y 117 de la C.N.-

Dentro de esta estructura especificada por la Constitución, se expresa también – y en forma particularmente clara - que las provincias no pueden declararse ni hacerse la guerra entre sí. La norma no admite aquí interpretaciones, ya que según se impone, sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema, que es el tribunal indicado por la Ley Fundamental como dirimente – en instancia originaria - de los conflictos interprovinciales⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. Art. 75 Inciso 15 CN.-

⁹⁵ Cfr. Art. 124, última parte CN.-

⁹⁶ En realidad, interpreto que la norma jusfundamental que descarta en nuestro sistema constitucional el antojo y discrecionalidad del Congreso para establecer límites interprovinciales, es el Artículo 28 de la Constitución Federal, que indica la regla de la razonabilidad. Esta potestad del Congreso - y como todas las demás que le incumben - debe ejercerse racionalmente, y en términos no arbitrarios.-

⁹⁷ Este señalamiento no es incoherente con que sea al Congreso de la Nación a quien incumba la fijación de límites entre provincias. Ello así, porque si en la causa entre provincias – pese a versar sobre cuestiones

Una violación a esta manda, que pase por efectuar hostilidades de hecho, hace incurrir a las autoridades de provincia o provincias violadoras del precepto, en delito constitucional, consistente en producir actos de guerra civil (asonada o sedición), lo que debe ser sofocado o reprimido por el Gobierno Federal, conforme a la ley.-

La constitución establece también que los actos públicos y procedimientos realizados en una provincia gozan de entera fe en las demás, aunque sea el Congreso el que puede determinar cuál ha de ser la fuerza probatoria que tales actos y procedimientos merecen, y los efectos legales que producirán (art. 7 C.N.).

Asimismo, y por expresa indicación constitucional, los derechos que una provincia otorgue a sus ciudadanos, lo han de ser en la medida de los que en su jurisdicción reconozca a ciudadanos de otras provincias⁹⁸ (art.8 C.N.), siendo por otra parte la extradición de criminales, de obligación recíproca entre ellas.-

Estas últimas regulaciones del sistema constitucional argentino, ponen de manifiesto una vez más que las entidades provinciales no gozan de soberanía, siendo la federación la que les impone las condiciones de igualdad y reciprocidad entre ellas⁹⁹. Por otra parte, con la garantía federal instituida por el artículo 5 de la Constitución, se resguarda la defensa e indemnidad de los territorios provinciales.

Por otra parte, el principio de la integridad territorial de las provincias acrecienta sus resguardos constitucionales desde que se reformó la constitución en 1994, debiendo rescatarse hoy en su favor el dominio y la jurisdicción de (entre otros) de sus recursos naturales, su subsuelo, su mar territorial, su plataforma submarina, su espacio aéreo, sus ríos, sus lagos y aguas, sus caminos, las islas (cuando el álveo es provincial), las playas marinas y las riberas interiores de los ríos¹⁰⁰.-

límites – la resolución no requiere fijarlos o modificarlos, sino solamente juzgar ciertas relaciones que deriven de los límites ya establecidos, la competencia de la Corte es plena e ineludible.-

⁹⁸ Cfr, Art. 8, CN.-

⁹⁹ La Constitución Federal, remarca, por otra parte, la unidad del territorio de la federación, aún pese a la existencia de pluralidad de provincias (ello se observa particularmente, al disponer la eliminación de las aduanas interiores), exhibiendo cada una de ellas su fisonomía autónoma, cuya territorialidad también se resguarda.-

¹⁰⁰ Aun así, cierta interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema que no comparto, ha sostenido que - en realidad - la nuda propiedad de los recursos es de las provincias, pero su aprovechamiento puede ser válidamente realizado por el Gobierno Federal, con exclusión de aquellas. Bidart Campos indica este proceso como el acaecimiento de una grave mutación constitucional. Esta argumentación aumenta nuestros recelos respecto de las figuras de “mutaciones constitucionales”.

En trance de abordar ahora las relaciones típicas del sistema federal Argentino, cabe especificar que en realidad, todas las estructuras federales deben, en algún momento, evaluar de qué manera se distribuirán las competencias entre la federación y los estados miembros.

Así, las modalidades posibles de distribución competencial, son tres, a saber: a) se determina a priori, y en forma taxativa en la constitución, qué potestades son de la federación, y cuáles de los estados federados, b) se indica que los estados federados conservan todo el poder no delegado explícitamente a la federación por intermedio de la constitución, c) se refiere que la federación conserva todo el poder no delegado explícitamente a los estados miembros por intermedio de la Constitución.-

El primer supuesto (de las enumeraciones taxativas), es generalmente de implementación deficiente, ya que como es sabido, nunca se puede abarcar en una enumeración única y taxativa, el cúmulo de competencias de cada uno de los órdenes. Invita necesariamente a elaborar la categoría de las competencias implícitas de uno y otro orden territorial.-

Los otros dos, combinan la modalidad taxativa con la residual. Alguno de los órdenes de la federación, confiere al otro por medio de la constitución, todas las potestades que expresamente no se reserve.-

Nuestro sistema constitucional ha optado por la fórmula estatuida en el art. 121 de la constitución, según la cual las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación.-

O sea que, en el modelo argentino, han sido las provincias – al igual que sucede en el modelo norteamericano - las que se han reservado todas las potestades que en modo expreso no han delegado al gobierno federal por intermedio de la Constitución.-

La interpretación jurisprudencial de esta regla ha sostenido que existen otros dos principios que completan a la disposición enunciada en el art. 121: a) Las provincias

La interpretación ha sido inconstitucional y existen las vías políticas idóneas (juicio político, por caso), para sancionar a los funcionarios que con su obrar violentan groseramente la letra y el contexto del sistema constitucional

conservan, a partir de la sanción de la Constitución Nacional, todos los poderes que antes tenían y con la misma extensión, a menos que exista en el texto fundamental alguna disposición que restrinja o prohíba su ejercicio; b) Los actos provinciales sólo pueden ser invalidados cuando la constitución concede al Gobierno federal un poder exclusivo en términos expresos, cuando el ejercicio de idénticos poderes ha sido prohibido a las provincias, o cuando hay incompatibilidad absoluta y directa en el ejercicio de los mismos por parte de las provincias.-

Señala Bidart Campos, que los rasgos fundamentales de todo estado federal, o lo que denomina sus “relaciones vertebrales”, son las siguientes: de subordinación, de participación y de coordinación.-

La primera de ellas, denominada relación de subordinación, actúa basada en la regla constitucional de la supremacía federal. La unidad del Estado debe amalgamarse con la pluralidad de provincias, en este caso mediante la subordinación de los órdenes locales al orden federal. De tal principio podemos derivar que los órdenes jurídicos provinciales deben subordinarse al orden jurídico federal.-

La relación de participación tiende a afianzar la cohesión del sistema, reconociendo la actuación de las provincias en la toma de decisiones del gobierno federal. Así el Congreso de la Nación se compone de una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores, estando esta última compuesta por representantes de las provincias, en forma igualitaria. También todos los modos de concertación federal permitidos por el texto fundamental, tienden a la consolidación de esta relación.-

Finalmente, la relación de coordinación delimita las competencias propias de ambos órdenes territoriales, distribuyéndolas en alguna de las formas antes explicitadas.-

Claro es que existen razones concretas que permiten explicar la deformación que nuestro sistema federal ha padecido en los hechos, desde que fuera sancionada la Constitución Federal en 1853 y hasta la fecha.-

Nuestra constitución fundacional se sanciona cuando la incipiente República estaba poblada por no más de un millón y medio de almas, con una situación de analfabetismo que rondaba el 90% de ellas. En éste contexto, puede señalarse sin temor a error que nuestra

institucionalidad fue elaborada por un limitado número de personajes, considerados por muchos, esclarecidos y visionarios¹⁰¹.-

Por otra parte, ha sido el propio Texto Supremo quien estableció en tal marco contextual, un criterio de deslinde para determinar qué materia es de competencia federal y cual es provincial, el que – según lo interpreto - alojaba en su propio seno el germen de su futura complicación. Claro es que el Viejo artículo 67 inciso 11 de la Constitución atribuía facultades de legislación al Congreso de la Nación en todo lo referente al “tráfico interjurisdiccional”, concepto éste que ha sido interpretado de modo muy amplio, más intenso aún que el modo definido por el sistema norteamericano, y que he detallado con anterioridad¹⁰².-

Es que el federalismo, entendido como proyecto político de distribución territorial del poder, implica claramente un modo de reparto de atribuciones de gobierno, que en 1853 se tradujo en la propuesta de una serie de mecanismos de equilibrios locales y de la federación, deslindados por el propio texto fundamental.-

La Carta Fundamental instituyó entonces, un régimen de equilibrio ¿desequilibrio?, entre los Poderes que teóricamente, detentan hoy la Federación y las provincias, cuyo principio general es la reserva para las provincias, aquellos poderes no delegados al Gobierno Federal por la propia Constitución.-

Pero sucede que la sumatoria de las facultades expresamente delegadas al Gobierno Federal, las concurrentes de éste último con las provincias, y las implícitas de la Federación resultan de tal magnitud, que bien puedo sostener aquí que nuestro federalismo, concebido

¹⁰¹ Señala en éste punto Julio Cueto Rúa en su “El ámbito de las decisiones y el federalismo” (AAVV “Federalismo y Centralismo” Juan Carlos Agulla Coordinador, Edit. Libera, pág. 94), que la institucionalización originaria de Argentina fue hecha cuando la República “(...) era algo así como una serie de islas cívicas, separadas por el desierto”, agregando a ello que “(...) resulta claro que en un país despoblado y con una tasa tan elevada de analfabetismo, los poderes políticos concentrados en las viejas ciudades que heredamos de la época colonial encontraban un contexto social cultural y económico que daba sustancia al ejercicio de poderes autonómicos por “jefes” (caudillos) políticos locales.-

¹⁰² Expresa aquí Cueto Rúa (“El ámbito...” citado “supra”, pág. 94) que “(...) la consecuencia de ésta disposición fue: por virtud de lo que la propia Constitución establece, existe un elevadísimo grado de jurisdicción nacional sobre las actividades que, por cierto, trascienden los límites de una provincia y, hoy en día, son muy pocas las actividades que no trascienden los límites de una provincia”

por Juan Bautista Alberdi como un¹⁰³ sistema de transición hacia el centralismo, ha terminado por cumplir en los hechos, la premonición del ilustre tucumano¹⁰⁴.-

La fórmula expresada en el Artículo 121 del Texto Fundamental Argentino ha merecido, al igual que en el sistema jurídico norteamericano, interpretación por parte de la jurisprudencia de nuestra Alta Corte, de la que el propio Bidart Campos¹⁰⁵ deriva el modo en que (desde la teoría) se habría completado ésta regla general, y así: a) las provincias conservan, después de la adopción de la Constitución, todos los poderes que antes detentaban y con la misma extensión, a menos de contenerse en la Constitución alguna disposición que en modo expreso, restrinja o prohíba su ejercicio; b) los actos provinciales no pueden ser invalidados sino cuando el Texto Fundamental concede al Gobierno Federal un poder exclusivo en términos expresos, en caso de que el ejercicio de idénticos poderes ha sido prohibido a las provincias o existe incompatibilidad directa y absoluta en el ejercicio de los mismos por parte de las provincias.-

Pero aún luego de lo antes narrado, ha señalado sin hesitación María Celia Castorina de Tarquini¹⁰⁶, que en los hechos “(...) el sistema competencial Argentino es flexible, por momentos incierto y en algunas ocasiones puede resultar impredecible”, ya que si bien es sabido cuales son las competencias que la Nación puede ejercer válidamente, y con aval

¹⁰³ Bidart Campos, Germán “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T ° 1-A, pág. 653, con cita a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos 263:437, 257:159; 270:11). Allí, ha concluido la Alta Corte, que “(...) es cierto que tanto los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (Art. 104, CN), los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero no lo es menos que estos últimos no constituyen meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente han de considerarse munidos de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se instituyeron tales poderes, en tanto éstos se usen conforme a los principios de su institución. De no ser así, aquellos poderes resultan ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron. De aquí que las supra mencionadas facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional (Fallos 263:437), ni justifiquen la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda” (Cfr. CSJN Fallos 257:159; 270:11). Esta garantizadora postura fue luego ciertamente relajada, como lo señalaré luego.-

¹⁰⁴ Refiere aquí Diana Gagliano (“Enfoque Federalista para la Sociedad en Crisis”, Edit. Depalma, pág.53/54, que “(...) el verdadero problema del federalismo argentino no está dado por la falta de iniciativas provinciales, sino que esta ausencia de iniciativas fecundas, no es más que la consecuencia de una situación de general impotencia ante los constantes avasallamientos del poder central, situación ésta que crea una subordinación tácitamente reconocida por todos, pero sin ninguna disposición constitucional que legalice su existencia” agregando a ello que “(...) al contrario, la parodia del federalismo declamado encuentra permanentes adhesiones en el seno mismo de los organismos encargados de avasallarlo, sea abierta o solapadamente”..-

¹⁰⁵ Bidart Campos, Germán “Tratado...” citado, pág.653.-.

¹⁰⁶ Castorina de Tarquini, María Celia “Federalismo e Integración” Edit. EDIAR, pág.78. Aún así, destaca nuestra autora que estas mismas circunstancias son las que ofrecen gran ductilidad a nuestro federalismo para enfrentar las cambiantes situaciones sociales del país.-

constitucional, esa certidumbre no resulta empero suficiente para dimensionar realmente sus atribuciones ni resulta tampoco fácil determinar la zona de reserva competencial provincial.-

Partiendo de lo dispuesto en el Artículo 121 de la Constitución Nacional, allí se expresa que las potestades no delegadas expresamente al Gobierno Federal son reservadas de las provincias¹⁰⁷, de lo que se desprenden las siguientes derivaciones: la Carta Fundamental distingue cuales son las facultades privativas de cada uno de los órdenes que comprenden la federación¹⁰⁸, las que en consecuencia, son potestades prohibidas para el otro. Existen también facultades que son excepcionamente ejercidas por el Gobierno Federal¹⁰⁹ o las provincias¹¹⁰, y otras que son compartidas por ambos órdenes territoriales de la Federación.-

Pero claramente los poderes delegados al Gobierno Federal no son limitados, como originariamente se pretendió predicar de ellos, ya que la presencia textual de los así denominados “poderes implícitos” (Art. 75 Inc. 32, 1 ° parte de la CN.) le confieren al Congreso de la Nación, la potestad de hacer todas las leyes y reglamentos que ameriten poner en ejercicio aquellos poderes antecedentes, y todos los demás concedidos expresamente al gobierno de la Nación Argentina por la propia Constitución.-

Como ya lo señalé, esta disposición se encuentra presente en el sistema constitucional norteamericano, y claramente no expresa una nueva fuente de atribuciones para el Gobierno Federal, como bien lo sella el Art. 121 del texto fundamental¹¹¹, con lo que para poder hablar

¹⁰⁷ No puede olvidarse aquí lo dicho por Carlos María Bidegain, advirtiendo la cuota de irracionalidad que en los hechos detenta el sistema. Señala nuestro autor (“Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional” Buenos Aires, 1978, pág.646), que “(...) es engañoso seguir describiendo al gobierno federal como un gobierno de facultades “delegadas expresamente” o “limitadas” o “excepcionales”, si con ello se quiere indicar que el platillo de la balanza se inclina a favor de la competencia provincial”

¹⁰⁸ Las expresamente delegadas al Gobierno Federal están previstas en los Art. 75 y 99 del texto fundamental, donde se enuncian las atribuciones del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, complementándose ésta normativa con lo dispuesto en los Art. 116 y 117 (competencia del Poder Judicial). Cabe recordar aquí que por designio constitucional, estos poderes son “supremos” respecto de todo el derecho público provincial (Art. 31 CN.).-

¹⁰⁹ En lo referente a estas potestades excepcionales, técnicamente se trata solamente de la de imponer contribuciones directas, que puede hacerla solo bajo las condiciones de excepción que prevé el Art. 75 Inc. 2 CN. Bien señala en éste punto Castorina de Tarquini (“Federalismo e Integración” citada, pág.79 en nota a pié), que “(...) esta norma ha sido ignorada constantemente por el sistema tributario Argentino, por lo que esta facultad excepcional se ha tornado en ordinaria” Volveré luego sobre ésta cuestión.-

¹¹⁰ Estas son las de armar buques de guerra y levantar ejércitos, en caso de invasión exterior o de peligro inminente que no admita dilación. Ciertamente esta potestad excepcional ha caído en desuetudo, y a la fecha no existen ejércitos provinciales en el país.-

¹¹¹ Bien expresa aquí Castorina de Tarquini (“Federalismo e Integración” antes referida, pág. 82), con cita a Aja Espil, que “(...) toda potestad o facultad implícita, es aquella que está inserta, implicada en la voluntad que el legislador ha manifestado en la norma”, con lo que este tipo de reconocimientos requiere siempre de una norma expresa que así lo indique

con seriedad de la existencia de “poderes implícitos”, debe existir una válida relación de conexidad entre el poder instrumental, y la norma que se instrumenta, con lo que claramente aquellos poderes no pueden ser concebidos en forma autónoma, respecto de los expresos que los anteceden.-

No ayuda a sostener una rígida interpretación de la regla dispuesta en el Art. 121, la segunda parte del Art. 75 Inciso 32 de la Constitución Nacional, que también enuncia a los poderes “inherentes” del Gobierno Federal, desdibujando el delicado límite existente entre lo “delegado” y lo “reservado” a éste estamento de la federación, y lo “conservado” por las provincias, habiendo enfatizado en éste punto con acierto Castorina de Tarquini¹¹², que éste diseño hace “(...) que se vea aumentada la base sobre la que se asientan los poderes nacionales, tanto los del Congreso como los de los demás órganos del gobierno central, correspondiéndoles ejercer los poderes enumerados, los implícitos y los inherentes”¹¹³

Como consecuencia de éste alambicado sistema de “deslinde de competencias”, según el cual los poderes de las provincias son los “reservados”, es real que éstas potestades provinciales no se encuentran totalmente detalladas en el texto fundamental, ya que allí solo se nombran las inherentes a las autonomías provinciales en su doble dimension económica y política.-

Respecto de las competencias exclusivas de cada una de ellas, la Constitución les impone dictar su Carta Fundamental, elegir sus autoridades, darse sus instituciones y regirse por ellas (Art. 5, 122, 123 y 124 CN). Tienen también las provincias, derecho a un trato igualitario (Art. 7 y 8 CN.) debiendo ser sus diferencias sometidas a evaluación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Art. 127 CN.). Debe ser también respetada, su integridad territorial, y en particular el dominio eminente que detentan sobre sus recursos naturales.-

Crean regiones para su desarrollo económico y social y pueden celebrar convenios internacionales¹¹⁴, con conocimiento del Congreso Federal en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación.-

¹¹² Autora y obra citada en nota anterior, pág.83.-

¹¹³ Que son propios de los tres poderes del Estado Federal, como lo ha sostenido Felipe Seisdedos (Cfr AAVV “Atribuciones del Congreso de la Nación Argentina”, Edit. Depalma, pág. 501) y lo ha reivindicado para sí también la propia Corte Suprema de Justicia (Caso “Perez de Smith”, “ED” t. 81, pág. 721, con nota de Germán Bidart Campos).-

¹¹⁴ También pueden: celebrar tratados parciales para la administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, también con conocimiento del Congreso de la Nación. Pueden promover su industria, la inmigración, construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de las tierras de

Existen además, las denominadas “competencias concurrentes”, que son de ejercicio común entre el Estado Federal y las provincias¹¹⁵

En suma, en el sistema de la Constitución las distintas competencias distribuidas entre el Gobierno Federal y las provincias y la ciudad de Buenos Aires (aún con sus particularidades, dado su estado particular, regulado en el Texto Fundamental, y cuyo análisis particularizado excede los confines de éste trabajo), pueden ser clasificadas como: a) las conservadas por las provincias (Art. 121 CN.); b) las delegadas al Gobierno Federal (en esencia, aquellas expresamente indicadas por la Constitución a los tres poderes del gobierno en Art. 75, 85, 86, 99, 100, 114, 115, 116 y las potestades implícitas del Congreso Federal, enunciadas en el Art. 75 Inc. 32 CN.), c) aquellas concurrentes entre los dos órdenes gubernamentales de la Federación (Art. 41, 75 Inc. 2, 17, 18, 19, párr. 1 y Art. 125), d) las compartidas (Art. 75 Inc. 2), e) excepcionales (para el gobierno federal en materia de impuestos directos, Art. 75 Inc. 2, y para los gobiernos provinciales, en el dictado de códigos de fondo hasta tanto los dicta el Congreso, armar buques de guerra o levantar ejércitos en supuestos de invasión exterior o peligro tan inminente que no admita dilación, del Art. 126).-

Finalmente existen competencias de ejercicio prohibido para las provincias (las delegadas al Gobierno Federal), para el Gobierno Federal (las que conservan las provincias) y prohibidas para todo el orden gubernamental (por ejemplo, las indicaciones de los Art. 29 y 36 CN.).-

En teoría, la regla básica, indicada por el Artículo 104 (hoy 121) de la Constitución Federal, no ha sido modificada por los constituyentes reformadores en 1994, y fue sostenida por nuestra jurisprudencia en modo conteste. Así, las provincias argentinas y la ciudad de Buenos Aires detentan por imperativo constitucional, poderes conservados e ilimitados, y el gobierno federal ejercita aquellos que le fueron delegados en forma expresa o implícita, y que claramente se expresan como “poderes limitados”¹¹⁶

propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus rías, mediante leyes protectoras de estos fines, y utilizando sus propios recursos, y además, conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y los profesionales, y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (Cfr. Art. 125 CN.).-

¹¹⁵ Entre ellas, las establecidas en los Art. 41, 75 Inc. 12, 17 y 18 del Texto Fundamental.-

¹¹⁶ Así, enseñaba a su tiempo Juan B. Alberdi (Citado por Antonio M. Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” antes referido, pág. 60/61), que “(...) el poder reservado al gobierno local es el más extenso, porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo. El poder general es

Aún así, el propio Hernández¹¹⁷ reconoce que esta regla sufrió modificaciones, conforme se fue produciendo el proceso de centralización del país, resaltando en tal contexto, que “(...) incluso la propia jurisprudencia de la Corte Suprema fue admitiendo los avances del gobierno central, como lo han destacado autores como Vanossi, Frías, Bidart Campos, Romero, etc.”.-

Al permitirme bucear en los roles de la jurisprudencia, en momentos en que debieron dirimirse los conflictos entre las normas locales, y los códigos de fondo, he constatado que se ha privilegiado la preeminencia de los códigos de fondo¹¹⁸

También ha delimitado el contexto de las competencias provinciales, deduciendo del texto fundamental que a las provincias corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad¹¹⁹

Asimismo, definió el modo de concurrencia de competencias ambientales¹²⁰, estimando que son las jurisdicciones locales las que deciden sobre sus propios recursos en forma autónoma, especificando sin ambages que son las autoridades administrativas y

limitado y se compone de cierto modo de excepciones. Solo es de su incumbencia lo que está escrito en la Constitución. Todo lo demás es de las provincias”

¹¹⁷ Hernández, Antonio María “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” antes referido, pág. 61.-

¹¹⁸ Cfr. CSJN en Autos “Modesto González c/Provincia de Santiago del Estero s/Cobro de Alquileres/Inconstitucionalidad del Art. 6 de la Constitución Local” (1930); íd. “Banco del Suquía c/Juan Carlos Tomassini s/PVE/Apelación (2002). En el primer caso, interpretó con base en el antiguo Art. 108 (actual 126) que las provincias no ejercen el Poder delegado a la nación, y no les está permitido dictar esos códigos una vez que el Congreso de la nación los haya sancionado. En el segundo, se impugnaba el Art. 58 del texto fundamental cordobés, y la Ley reglamentaria 8067 por contradecir las disposiciones del Código Civil y la ley Nacional 14.394. Allí la Corte determinó la invalidez de la normativa local, concluyendo que al atribuir la Constitución al Congreso la atribución de dictar el Código Civil, ha querido poner en sus manos lo referido a la organización de la familia, los derechos reales, las sucesiones, las obligaciones y los contratos (derecho común de los particulares, en sus relaciones privadas).-

También en materia aduanera, la Alta Corte Nacional (Cfr. Autos “Mendoza, Domingo y Hno. c/Provincia de San Luis s/Derechos de exportación” (1865)/) determinó que el poder de establecer aduanas o de imponer derechos de importación y exportación de las mercaderías, ha sido delegado en exclusividad al Gobierno Federal (Art. 9 CN.), adunando a ello que el interior de la República es libre de derechos a la circulación de los efectos de la producción nacional conforme lo dispone el Art. 10 de la misma.-

¹¹⁹ Cfr. CSJN en Autos “Resoalgui c/Provincia de Corrientes s/Cobro de Pesos” (1869). De allí que haya considerado incompetente a la jurisdicción nacional, para juzgar la validez de las leyes provinciales y de los actos y procedimientos de los funcionarios encargados de su cumplimiento, salvo que una disposición constitucional expresamente autorice el reconocimiento, o se consolide una violación a la Constitución o de las leyes y tratados públicos sancionados por el Congreso de la Nación.-

¹²⁰ Cfr. CSJN en Autos “Roca, Magdalena c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad” (mayo de 1995). Allí estableció que corresponde reconocer en las autoridades locales, la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como también valorar y juzgar si tales actos, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.-

judiciales de la Provincia de Buenos Aires quienes se encargan de valorar si una obra proyectada afecta contornos ambientales locales.-

Respecto de las competencias concurrentes en general, nuestra Corte Suprema - al igual que su similar estadounidense - fue ampliando el marco competencial federal, en claro desmedro de las autonomías locales, fundada en una pretensión teórica de acercamiento con el compromiso de “igualdad real” indicado en la Constitución¹²¹, acentuando empero, y por ejemplo, en materia de salud, más allá del rol de coordinación del Gobierno Federal, que le obliga a acudir en defensa de los ciudadanos de manera subsidiaria, el deber de las autoridades locales en el sentido de articular mecanismos eficaces para encausar la entrega de medicamentos y provisión de coberturas médicas debidas a los afiliados del sistema de salud¹²²

Al establecer los contornos habidos entre las competencias provinciales y Federal en materia previsional, señaló el Alto Tribunal, que se trata aquí de “(...) facultades concurrentes de la Nación y las Provincias, sin que pueda admitirse que la Constitución las haya centralizado exclusivamente en el gobierno nacional. No cabe desconocer la atribución de las provincias de crear, conforme al principio que emana del Art. 105 (actual 122) de la Constitución Nacional, sistemas de ésta índole para los agentes de su administración pública, sin que el Inc. 11 del art. 67 (actual inc. 12 del Art. 75) de la Ley Suprema – relativo al dictado de un código de la seguridad social por el legislador nacional, signifique una delegación exclusiva y excluyente a favor del gobierno central, dado que la armonización de las diversas cláusulas constitucionales exige, con base en el mandato de igual imperatividad de sus preceptos, tener presente lo estatuido en el Art. 14 nuevo que, en cuanto al vocablo “Estado” se refiere a ambas órbitas de gobierno”, enfatizando luego, que en el marco de actuación antes mencionado “(...) deben preservarse seriamente las facultades inherentes de la

¹²¹ Por ejemplo, al fallar los obrados “Verbitsky”, señaló que si bien “(...) los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley (...) si bien no puede llevarse la simetría legislativa al extremo de exigir una completa igualdad para todo lo procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía”

¹²² Cfr. CSJN, en Autos “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/Acción de Amparo”, Fallos 331:2135 (2005), y también “I. C. F. c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo”, Fallos 328:4640 (2005)

administración provincial, en mérito al compromiso constitucional que exige conservar y vigorizar el federalismo, reconociendo y haciendo efectivo el poder de las provincias para gobernarse por sí mismas, y para reglar, en todo lo no delegado a la nación, cuanto concierne a su régimen, progreso y bienestar”¹²³

También efectuó el Címero Tribunal aclaraciones en referencia al alcance de las facultades concurrentes del Estado Federal y las Provincias respecto de los derechos de las poblaciones aborígenes argentinas (Art. 75 Inc.17 CN.)¹²⁴, asumiendo que la división de competencias en éste punto presenta desde sus orígenes la problemática de la definición de sus fronteras, cada una en el marco de su respectiva competencia territorial, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal, cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado Argentino.-

Reseñado lo anterior, intento ahora preguntarme si el régimen federal puntillosamente explicitado párrafos más arriba, y teóricamente ordenado por la actuación de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, tiene vigencia efectiva, en la “práctica”.-

O – dicho de otro modo – cabe aquí constatar si en esencia, el mandato federal ha sido cumplido por los operadores del sistema constitucional: no me cabe duda ninguna en tal contexto, de que la suma de facultades expresamente delegadas al Gobierno Federal, como así las concurrentes y las implícitas que éste detenta, son de tal magnitud, que bien puede aquí abonarse la admonición de Juan B. Alberdi, en tanto sostuvo que nuestro federalismo no ha constituido otra cosa que una transición al centralismo, que creo sinceramente, se ha operado en los hechos.-

Bien nos enseña aquí Diana Gagliano¹²⁵ que aún dentro de las facultades exclusivas de las provincias “(...) estas han sido tímidas en ejercitar sus derechos”. Debo hacer notar

¹²³ Cfr. CSJN en Autos “Obra Social Bancaria Argentina c/Provincia de Santa Fe s/Acción Declarativa de inconstitucionalidad”

¹²⁴ Cfr. CSJN en Autos “Confederación Indígena de Neuquén c/Provincia de Neuquén s/Acción de Inconstitucionalidad”

¹²⁵ De la autora citada “Enfoque Federalista para una Sociedad en Crisis” Edit. Depalma, 1978, pág.52. Allí enfatiza que – por ejemplo - pese a la originalidad de la redacción de muchas constituciones provinciales “nuevas” en el contexto de gran amplitud que admite el Art. 5 CN.; ello contrasta con la preocupante y triste realidad que en los hechos exhiben las mismas, dejando a sus textos fundamentales provinciales prácticamente

aquí además que en general, las instituciones de gobierno en las provincias son esencialmente similares, detentando burocracias asimilables e iguales problemas organizativos respecto de las mismas funciones que deben ser cumplidas por ellas.-

Aún cuando no puede negarse que existe en las provincias cierta diversidad legislativa, ella no siempre muestra su vigencia en la práctica, y en realidad, exhibe la mayor importancia para evaluar la falta de compromiso institucional de parte de los estados provinciales argentinos, que se advierte generalmente en su falta de iniciativas fecundas, ello es así esencialmente, producto de la realidad político social que detenta cada una de ellas, o, en términos de Diana Gagliano¹²⁶, “(...) de los “vientos políticos” que soplen en la provincia de que se trate, así como el grado de educación cívica y hábitos políticos de la comunidad”.-

Pero en esencia, el real problema que acosó desde sus inicios, y se acentuó con los tiempos al federalismo argentino, no radicó en la falta de iniciativas provinciales, sino en el hecho real de que tal ausencia de iniciativas fecundas por parte de los Estados de la federación no resulta otra cosa, que la consecuencia de una situación general de anomia, inercia o impotencia, ante los constantes avasallamientos con que el Poder Central ha sometido a las provincias, lo que genera, en términos de Gagliano¹²⁷ “(...) una situación de subordinación tácitamente reconocida por todos, pero sin ninguna disposición constitucional que legalice su existencia”.-

Es claro entonces que a diferencia entre lo acaecido en el sistema constitucional norteamericano, el Argentino padeció de ciertas “causas” o “accidentes”, que avalan la distorsión en los conceptos y la imposibilidad de la aplicación efectiva de la teoría federalista entre nosotros¹²⁸.-

en el estado de “letra muerta”, y agrega además, el caso de que pese a haber receptado muchas de ellas tempranamente al proceso de amparo, su ejercicio solo se hizo habitual en ellas recién cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo consagró pretorianamente.-

¹²⁶ De la autora citada “Enfoque Federalista para una Sociedad en Crisis” citada, pág. 53.-

¹²⁷ Gagliano, Diana, “Enfoque Federalista para una Sociedad en Crisis” Edit. Depalma, 1978, pág.54. A lo referido, agregó con énfasis, que “(...) por el contrario, la parodia del federalismo declamado, encuentra permanentes adhesiones en el seno mismo de los organismos encargados de avasallarlo, sea abierta o solapadamente”.-

¹²⁸ Así, el distinguido Maestro Pedro Frías (del autor citado, “Federalismo como Sistema” publicado en: Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1989), reconocía principalmente, tres de esos elementos distorsivos: “(...) a) se han desarrollado las virtualidades centralizadoras de los poderes delegados, manifestando que el cambio social y tecnológico ha desarrollado, a veces inesperadamente, ciertos poderes delegados a la Nación: b) Han mediado distorsiones del federalismo, derivadas del liderazgo nacional que se expresa a través del Presidente, a veces, a través de los bloques legislativos, que mediatiza la personalidad provincial no tanto a favor de la única soberanía de la nación, cuanto

Bueno es recordar que en el primero, la actuación de la jurisprudencia ha consolidado una modalidad de federalismo con una poderosa concentración de atribuciones en cabeza del Gobierno federal, aunque para claro beneficio de los habitantes de los Estados, producido dentro de la institucionalidad que el sistema provee, y ha sido acordado con los estados de la Unión.-

Entre nosotros, en cambio, los derechos reservados o concurrentes de las provincias que integran nuestro Estado Federal, fueron – en los hechos - cercenados por el desarrollo político de una modalidad de centralismo “informal”, pero efectivo y notorio, profundizado en las provincias menos desarrolladas, y más dependientes del poder central.-

Es que como sabemos, y lo he venido desarrollando hasta ahora, los principios que sustentan al federalismo deben permitir conjugar seriamente la “unidad” con la “diversidad”, aunque la práctica demuestre en los hechos que ése equilibrio se muestra habitualmente frágil e inestable, y la clave que ha definido esta cuestión ha sido el modo en que se han resuelto los problemas suscitados en el reparto competencial dentro de la federación, en aquellas materias cuyo contenido no fue expresamente previsto por el constituyente Argentino¹²⁹

En todo caso, nuestro federalismo, a diferencia del norteamericano, ha asignado - particularmente en materia de atribuciones – y en los hechos, no desde la imposición normativa -, un rol competencial preponderante a la federación por sobre las provincias

Con ello pretendo expresar que según se lo ha interpretado, las provincias poseen potestades ilimitadas, pero residuales¹³⁰ y el Gobierno Federal, detenta potestades competenciales enumeradas pero un poder residual implícito¹³¹, que según así lo ha expresado Martínez Peroni “(...) le permite afrontar los asuntos no previstos en el texto constitucional, pero que por su índole y tendencia, son esencialmente nacionales en su

la preocupación uniformante de la política; c) Y ha cambiado, deformándose la infraestructura socio-económica, en tanto la distribución de las riquezas concentradas en determinadas regiones, denunciaba un comportamiento tendencialmente unitario”.-

¹²⁹ Bien ha señalado aquí – y lo he referido en detalle en el desarrollo precedente – José Luis Martínez Peroni (“El Federalismo Argentino: Génesis y Naturaleza. La Nación y las Provincias” en AAVV Homenaje y Despedida a Pedro J. Frías, Edit. AADC, Pág.770), que “(...) a estructura genética del federalismo argentino explica la mayor o menor estrechez del lazo federal y los rasgos que caracterizan su existencia presente”, agregando a ello, con cita a Alberdi, que “(...) a diferencia de los Estados Unidos, la unidad política del gobierno forma parte de nuestra ley tradicional. El federalismo de argentina es una unidad descentralizada; al contrario del federalismo de Norteamérica, que es la unión de soberanías aisladas e independientes desde su fundación”.-

¹³⁰ Locales y domésticas, en general.-

¹³¹ Martínez Peroni “El Federalismo...” citado, pág.771.-

ejercicio”, lo que en los hechos, implicó una nociva inversión en los términos de la interpretación usual del Art.121 C.N.-

Los ejes sobre que operó este inusual y desmedido avance competencial, fueron como lo señalé, la cláusula instrumental básica del Art. 75 Inc. 32; articulada en función de la consecución del mandato preambular del “bienestar general” y la cláusula de la prosperidad (Art. 75 Inc. 18) lo que claramente, fue respaldado por la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia¹³².-

Es esta crítica realidad la que ha llevado a la doctrina más calificada a señalar que nuestro federalismo se halla hoy completamente modificado en su vigencia y en su esencia, enfatizando que “(...) de aquella distribución de jurisdicciones y competencias que la Constitución norteamericana enseñó, distribuyendo a lo largo del territorio, fracciones del poder político, poco o nada queda ya”¹³³

Claro es que esta particular modalidad de crisis que aún hoy exhibe el federalismo Argentino, se vincula a la más generalizada, que asoló a nuestro constitucionalismo. Notoria a partir del año 1930, tristemente fecunda entre los años 1966 y 1973, pero decididamente violenta entre 1976 y 1983, se revierte muy lentamente en el trabajoso tránsito de consolidación democrática, que va desde su recuperación con el Presidente Alfonsín, en 1983, y hasta el día de hoy.-

Dicho lo anterior, cabe volver nuevamente sobre el concepto de federalismo, recordando que el mismo ha sido definido por Alberto Dalla Vía¹³⁴, tal lo impone el Art. 1° de nuestro Texto Fundamental, como “(...) una relación de poder-territorio referida a la manera en que la capacidad de gobierno y de coacción del Estado se distribuye en la geografía

¹³² Cfr. CSJN en Autos “Fernández, Víctor”, del 12/11/1990 (“LL” 1991-B-190; “DJ” 1991-2-637: “ED” 141-4). Allí se señaló que “(...) es regla doctrinaria que la interpretación de los poderes y derechos del gobierno instituido por la Constitución, no debe ser estricta ni restringida, pues los medios de satisfacer las necesidades del país, de evitar los peligros y de aumentar la prosperidad nacional son tan variados y complejos que debe dejarse una gran latitud para la elección y empleo de esos medios, de lo que deriva la necesidad y la conveniencia de interpretar los poderes”.-

¹³³ Benvenuti, José y Uberti, Mariela “Ensayo sobre la desnaturalización del Federalismo Argentino” en AAVV “Constitución de la Nación Argentina, con motivo del sesquicentenario de su sanción” Edit. AADC, T°1, pág. 212. Agregan estos autores, seguido, que “(...) hoy resulta a todas luces evidente que la política, la demografía y la economía han vaciado, contraviniendo abiertamente el texto constitucional, la distribución del poder político que el federalismo significaba”.-

¹³⁴ Dalla Vía, Alberto “El sistema Federal Fiscal” en AAVV/Dirección Antonio María Hernández, “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo Argentino”, Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, pág. 47.-

nacional, por intermedio de una asignación definida de competencias”, con lo que es claro que esta forma de Estado en relación al territorio, no es condición necesaria de la democracia, y sí es una tendencia doctrinal de fundamento filosófico, referida al modo de distribución del poder político, según la cual es menester que su masa total se reparta de modo tal que no afluya en un solo centro o gobierno, sino entre todos los centros que histórica o jurídicamente lo forman, en una medida adecuada y proporcional a la capacidad gubernativa de cada uno.-

Esto significa que nuestra Nación podría ser – tal lo veo - Federal o Unitaria, e instituirlo en su texto constitucional sin que ello movilice una desestabilización del sistema democrático que el sistema constitucional determina.

Con lo dicho, presento aquí una discrepancia con la posición sostenida por el maestro Bidart Campos, quien sostiene que el Federalismo es en nuestro sistema constitucional, un contenido pétreo. Pero he de señalar también, que en la construcción de un federalismo real, la decisión no basta, ya que este sistema puede variar, o aún frustrarse luego si su proceso de edificación no se presenta funcional. Y aquí se suman a aquellos elementos de propensión natural tenidos en cuenta para tomar la decisión, otros que se le añaden, y ameritan una modalidad de readaptación y renovación constantes. Ya lo he señalado al recorrer el modelo norteamericano, donde se acredita que la construcción de su federalismo se impuso como una “empresa cotidiana”.-

Sí admito, por lo narrado, que nuestra Constitución *instituye tal forma de Estado*, por razones históricas que no he de desconocer, y quizá, siguiendo la tradición de aquellos países de gran extensión territorial, que en general la han adoptado.-

Advierto entonces, que tales razones históricas que “impusieron” en los hechos esta forma de Estado al constituyente argentino de 1853, se encuentran hoy horadadas en la realidad por presupuestos de actuación de nuestra constitución económica, y el propio proceso político nacional, que han acentuado una creciente matriz de *centralización* que no parece haber retrocedido en los tiempos actuales, sin perjuicio de la marcada vocación política del reformador de 1994 para revitalizarlo.-

Ello no evitó que persistieran en nuestro federalismo real, grandes e importantes heridas luego del desarrollo de tal proceso concentrador, y seguramente acentuadas a partir de él, ya que se verifican hoy en nuestra sociedad, acentuados niveles de desigualdad, muy difíciles de revertir, y que se acentúan si se visualiza la problemática desde las diversas y

empobrecidas realidades provinciales que nos presenta hoy el alicaído mapa federal argentino. Ello quizá debido a que, por ejemplo: el 35% de la población argentina, habita en aproximadamente el 0,1% del territorio nacional, y también a que en los 300 km., que circundan a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se concentra más del 70% de la oferta educativa, cultural, operaciones financieras, transacciones económicas, prestaciones médicas y otros servicios de la Nación.-

No puedo dejar de apuntar también aquí, la importante fuerza centralizadora que emanó de la propia Constitución, en tanto reforzó desmedidamente la figura del presidente, con el modo en que legisló en el Art. 6º, la figura de la intervención federal. A ello cabe adicionar ciertas causas geográficas y económicas por todos conocidas, tales como lo son entre otras: la necesidad de efectuar una planificación de la economía que exceda los límites locales, el régimen de unificación de los medios de transporte y comunicaciones, y – particularmente – la estructuración del sistema impositivo.-

Ello presenta ante nosotros una visión cuanto menos desalentadora de la cuestión, habiendo influido estos aspectos decidida y poderosamente en la generación del hoy notorio debilitamiento del federalismo Argentino, ya que una vez sancionada la Constitución de 1853, su régimen federal fue, con excepción de lo acaecido en la reforma de 1860, debilitado primero, y desvirtuado después debido principalmente al avance desmedido del Poder Central en las siguientes formas: a) avance del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, desvirtuando así el poder de maniobra del Senado, b) avance sobre las provincias, desarticuladas por su propio ahogo económico y político, generado a su vez por el accionar del mismísimo Gobierno Federal.-

Claro es que nuestro federalismo fundacional se presentó originariamente como un régimen de delimitación territorial del poder, en el que coexistía un orden federal fuerte y soberano con regímenes estatales integrados por provincias relativamente autónomas que convivían con la federación sin detentar derecho de secesión o nulificación, aunadas como lo señala Domingo Rondina¹³⁵, “(...) en un grupo de instituciones nacionales, con división

¹³⁵ Rondina, Domingo: “Sigamos demoliendo el federalismo”, en AAVV “Estudios de Derecho Constitucional” en homenaje y despedida de Pedro Frías Edit. Lux, Santa Fe, pág.207. Agrega allí nuestro autor, que “(...) ello tenía razón de ser en un país de tanta extensión geográfica que, al combinarse con las limitaciones de las comunicaciones propias del Siglo XIX, hacía imposible un control único, capitalino”

tripartita del poder distrital en ejecutivo, legislativo y judicial propios, con áreas propias de decisión y recursos propios”.-

Debo destacar también, que los recursos propios de las provincias hoy casi han desaparecido, pues los impuestos directos que más aportaban al tesoro de cada provincia argentina fueron poco a poco cooptados por el Gobierno Federal en un accionar sin base constitucional ninguna, lo que convirtió a los Sres. Gobernadores, en “mendigos” del Tesoro Nacional, con total dependencia de que los aportes generados en la actuación de una confusa e inconstitucional legislación de coparticipación, lleguen a tiempo para subvenir sus ingentes necesidades, o de la realización de importantes obras que eventualmente son aprobadas y realizadas por la autoridad federal.¹³⁶.-

Sin que me convenza demasiado la admonición de Rondina, en el sentido de volver a pensar un régimen unitario para nuestra Nación, prefiero - aún reconociendo la vigencia de los moldes distorsivos que presenta nuestro federalismo actual -, seguir las indicaciones de Antonio María Hernández¹³⁷, quien propone enfáticamente la necesidad imperiosa de cumplir el proyecto federal de la Constitución, quien vincula nuestro penoso proceso de incumplimiento de la Ley Suprema con la anomia que padecemos, denotando como sociedad, un verdadero “desprecio” por cumplir los mandatos constitucionales y legislativos.-

Desde la recuperación de la democracia en Argentina, hacia 1983, comenzó un tibio fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, constatándose una notoria modernización de nuestro derecho público provincial, advertido en el contexto de sus reformas constitucionales.-

¹³⁶ Bien señala en este punto Domingo Rondina (“Sigamos...” citada, pág.208) respecto de la actitud de los gobernadores frente a tales atropellos, que “(...) peores que si fuesen delegados nombrados por un poder central, y más abyectos, quienes intentan alguna independencia, algún reclamo, son convertidos rápidamente por la fuerza del pragmatismo unitario del Tesoro Nacional” a lo que aduna que “(...) quienes discuten la retracción de sus facultades, solo encuentran el camino judicial a través de la Corte (casos San Luis y Santa Fe), donde van surgiendo trabas de todo tipo, algunas provenientes de admisiones y renunciaciones propias en convenios de concertación” concluyendo que “(...) la infantilidad política y la concentración presidencial de funciones, hace que los distritos menos afines al poder nacional se vean más postergados por tener por tener un gobernador, que si dependiesen de un presidente unitario”.-

¹³⁷ Hernández, Antonio María: “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” citado, pág.117. con cita a Carlos Nino., quien sostiene además que “(...) se incumplió el proyecto federal de la Constitución y se consolidó el proyecto unitarizante que, como hemos observado ha fracasado a juzgar por sus resultados”.-

Si bien es claro que tal mejoramiento solo vio una mayor luz con la reforma constitucional de 1994¹³⁸, resulta también real que en todo momento de este proceso actualizador afloraron nuestras así denominadas “debilidades institucionales”, que Hernández aloja en nuestra falta de calidad institucional, al incumplir el proyecto federal impuesto por la Constitución, profundizando en contrario, la ostensible dependencia económica, financiera, política y social de nuestra provincias respecto del gobierno federal.-

Y el talón de Aquiles de tan tremendo déficit se halla mayormente en la ausencia del debate de un nuevo sistema de coparticipación impositiva, que por otra parte, ha sido impuesto por la propia reforma constitucional, en 1994¹³⁹, en un mandato expreso y categórico que a la fecha ha sido incumplido por parte del H. Congreso de la Nación

El esquema que sigue, presenta una breve indicación de causas motivantes, según la doctrina de los autores más calificados, de este proceso sistemático que ha “licuado” el poder de los órdenes provinciales en nuestro sistema federal de Estado.-

CUADRO III

ENUMERACION DE CAUSALES MOTIVANTES DE LA CRISIS EN EL

FEDERALISMO ARGENTINO¹⁴⁰

1. Disciplina de los partidos políticos

2. Períodos de anormalidad constitucional

¹³⁸ Señala aquí Antonio Hernández (“Federalismo...” citado, pág.117), que “(...) en particular, la reforma constitucional de 1994 acentuó la descentralización del poder, al profundizar los principios federales, reconocer la autonomía municipal y otorgar un estatus especial a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” acotando también que el texto reformado sentó las bases para “(...) impulsar el desarrollo de nuevos roles de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración tanto nacional como supranacional, en el contexto del mundo globalizado en que estamos insertos”

¹³⁹ Expone con dolor Hernández (“Federalismo...” citado, pág. 117), que “(...) no se advierte interés por parte de las autoridades responsables en comenzar a debatir proyectos como el de coparticipación impositiva, ya que la arbitrariedad actual, que importa un gigantesco desapoderamiento de recursos provinciales y municipales por parte de del gobierno “federal”, es la base de su poderío político para sujetar y alinear a los gobernadores e intendentes, sean o no del partido del gobierno”

¹⁴⁰ Según opinión de Jorge Vanossi (“Situación Actual del Federalismo”, Depalma, 1966) y Spisso

3. Deterioro económico de las provincias y su dependencia financiera del Tesoro Nacional
4. Creación y consolidación de los regímenes de unificación y coparticipación impositiva
5. Afianzamiento del instituto presidencial
6. Crecimiento del Poder de Policía nacional y su incursión en el ámbito económico y social
7. Planificación económica y la necesidad de una acción nacional, en tal sentido
8. Problemática Energética

El esquema trazado por el constituyente Argentino de 1853 en materia de federalismo ha seguido, en líneas generales, las reglas clásicas que animan a la conformación de toda federación, generando así la coexistencia de dos ámbitos de poder político-territorial (el de la federación y el de las Provincias), que convivieron a modo de dos fuerzas opuestas, cuyo equilibrio constituyó desde siempre el paradigma del federalismo ideal: por una parte, la fuerza centrípeta, ejercida por la federación, y consustanciada con la necesidad de efectivizar las altas políticas nacionales. Ella sitúa a las provincias en el contexto de un *todo indisoluble* (salvo nueva voluntad del poder constituyente), que ellas integran pero no pueden desarticular per se. Desde otra arista, los propios estados provinciales movilizan la fuerza centrífuga, que también debe ser respetada. Esta última llama a considerar la posición de las provincias en la generación de las políticas nacionales, como efectivas y reales partes integrantes de la federación.

Apunta aquí Spisso que muchas veces ambos polos persiguen intereses contrapuestos, lo que configura una situación extremadamente compleja, en la que la materialización de las finalidades comunes se visualiza como de “difícil consecución”.-

De todas formas, el contexto histórico que dio origen a nuestro federalismo, fue diverso al que exhibió el modelo norteamericano antes presentado, ya que nace aquí como una fórmula superadora de las luchas habidas entre unitarios y federales, sin que nuestros adalides “federales” fuesen en esencia “federalistas” a la usanza del modelo

norteamericano¹⁴¹. Claramente el federalismo argentino y el norteamericano se diferencian por sus diversos modos de concentración, pero también por el modo en que en ambos modelos se consolidó la hegemonía del orden federal por sobre los provinciales o estatales.-

Capítulo aparte amerita explicitar lo concerniente a nuestro federalismo fiscal. En ese particular contexto, la Constitución histórica estableció un sistema rico en matices, al punto que no sigue aquí al modelo fundante (Estados Unidos) recalcando, ya que como bien indica Spisso, el federalismo que nos rige, lo es según lo establece la presente constitución (art. 1° C.N.). Por supuesto, el diseño original fue desdibujado en la práctica, como lo veremos más adelante.-

Es que ese complejo cuadro de relaciones, con punto de partida en la atribución por parte de la Constitución Nacional de diversas fuentes tributarias entre la Nación y las provincias, constituye quizá uno de los más agudos problemas que el federalismo presentó a la consideración de la ciencia y la técnica constitucionales.-

Lo cierto es que en el decurso de nuestro tiempo histórico, las pautas tributarias de la federación fueron definitivamente desbordadas por las volubles situaciones financieras de la República. Este desfasaje apareció reflejado día a día con más nitidez, frente al avance de las estructuras capitalistas, necesitadas de altas dosis de concentración económica, casi – animaríamos a decir – incompatibles con una dualidad de fuentes tributarias impuestas por el modelo constitucional¹⁴².-

A ello debe adunarse el devenir de nuestro modelo “hiperpresidencialista”, flanqueado por el carácter nacional de los principales partidos políticos que actúan en el sistema y la constante recurrencia a medidas de así llamada “emergencia”, como el Estado de Sitio y la Intervención Federal para intentar conjurar los graves estado de “crisis” que de uso asolan a nuestra sociedad¹⁴³.-

¹⁴¹ Señala aquí Alberto Dalla Vía “(El Sistema Federal Fiscal” citado, pág.48), que quienes propiciaron el federalismo al momento de elaborarse el modelo constitucional vernáculo eran “(...) independentistas que propugnaban una confederación de estados soberanos cuyo fundamento principal era la oposición a Buenos Aires” agregando a ello que “(...) el conflicto civil del siglo pasado puede también ser descrito como el enfrentamiento entre un modelo de valores tradicionales, enfrentado a una propuesta de progreso ilustrado de connotaciones asambleístas”.-

¹⁴² Bien señala sobre ésta cuestión Alberto Dalla Vía (“El Sistema Federal Fiscal” citado, pág.49), las consecuencias nocivas que ha representado entre nosotros la recurrencia a los “golpes de Estado”, que echaron mano “(...) a estilos de gobiernos centralizados con una directa dependencia de las provincias al poder central en estructuras de carácter jerárquico”

¹⁴³ Bien referencia aquí Gustavo Arballo (“Puesta en valor del constitucionalismo provincial” en AAVV /Roberto Gargarella Coordinador: La Constitución en 2020, Edit. Siglo XXI, Buenos Aires, pág. 287), desde

Si bien en materia de federalismo, la reforma constitucional de 1994 no ha efectuado variaciones sustanciales respecto del sistema vigente, no puedo dejar de hacer notar que las modificaciones introducidas han sido – en mi criterio – positivas para instar la salud del sistema, en el sentido de haber aportado herramientas valiosas para su rehabilitación. En particular, se han jerarquizado a nivel constitucional, instituciones que antes existían desde el orden legal, clarificando algunos aspectos que antes generaban discusiones respecto de su constitucionalidad.

En concreto, la reforma constitucional de 1994, habilitó los siguientes cambios puntuales: a) se constitucionalizó el régimen de coparticipación federal, instituido con fundamento en las reglas de solidaridad social entre las provincias, y estableciendo un régimen de contralor federal para el funcionamiento del mismo (aunque hoy, a más de cinco años de producida la reforma, la tan ansiada legislación aún no ha sido dictada), b) se intentó fortalecer al Senado Nacional, habilitándolo como ámbito primario de discusión en las cuestiones que involucran la problemática federal (aunque el cuerpo ha variado ya su ámbito real de pertenencia, representando más a los partidos políticos que a las provincias), c) se establece el principio de la propiedad provincial de los recursos naturales (aunque nada se diga respecto de su aprovechamiento), d) se generó la ahora obligación constitucional de las provincias de asegurar la autonomía de sus municipios, y reglar su alcance y contenido en los órdenes: institucional, político, administrativo, económico y financiero. (por ello, no se explica la inadmisibles mora de la Provincia de Buenos Aires en tal sentido, que habiendo reformado su constitución en modo concomitante con la federal, no ha cumplido hasta la fecha con tan importante manda, ni siquiera en el orden legislativo), d) se delinearon y precisaron los contornos de la intervención federal a las provincias, redefiniéndolo como un instituto de aplicación extraordinaria y poniendo su actuación primordialmente en manos del Congreso y excepcionalmente en manos del Poder Ejecutivo (de todas formas, la formulación actual aún aparece algo ambigua, como se verá más adelante), e) se delimitan con claridad

una visión esperanzada, aunque realista de la cuestión, lo siguiente: “(...) es posible que la sobrecarga de preocupación a propósito del sesgo presidencialista de nuestra República pueda inducir a error, en la medida en que nos recorta una visión unidimensional de la división de poderes, según la cual el problema primordial es la división horizontal en la esfera federal” a lo que agrega que su particular enfoque “(...) busca girar el eje y subrayar que no es posible pensar en que podamos tener un constitucionalismo “pleno” si no se presta atención al constitucionalismo de segundo y tercer grado”. Aun aceptando ésta valiosa admonición, mantengo mi tesis, en el sentido de que no es posible reedificar nuestro federalismo real si no se combaten los excesos y desviaciones institucionales generadas en el accionar de nuestro híper presidencialismo-

las competencias federal y provincial en aquellos lugares y establecimientos de “utilidad nacional”, f) se le dio un carácter especial, dentro de la federación, a la ahora ciudad autónoma de Buenos Aires (aunque de todas maneras, las autoridades de la federación no han dejado, a la fecha, de ser huéspedes del nuevo ámbito territorial del país), g) resulta de gran importancia además la consagración de la potestad de las Provincias de celebrar convenios internacionales, y crear regiones para su desarrollo económico y social.

Creo entonces que sobre los dos puntos antes expuestos (potestad provincial de celebrar acuerdos internacionales, y crear regiones para el desarrollo económico y social), puede reedificarse nuestro federalismo, bajo el contorno del concepto intermedio de “región”.-

Obsérvese que la nueva modalidad propuesta por la Constitución - sin desarticular el sistema, ya que las regiones en modo alguno pueden sustituir la naturaleza política de las Provincias - propugna la formalización de nuevas redes políticas y sociales que intensifiquen los ámbitos de descentralización y control vertical del Poder.-

No dudo por lo dicho, de que las nuevas regulaciones constitucionales en materia de federalismo, proponen eficientes herramientas a fin de adecuar el corroído sistema federal argentino a los requerimientos del tercer milenio, manteniéndose la unidad en el ámbito de la gestión gubernativa estatal, aunque con el acompañamiento de la – ahora constitucionalmente permitida - regla de la concertación entre provincias (regionalismo), y la autonomía de gestión internacional por parte de ellas. Ello con la perspectiva de un adecuado reparto de los fondos de que dispone la federación, atendiendo a las necesidades (proporcionales y solidarias) de todos sus componentes estaduales.-

Efectivamente, la constituyente argentina de 1994 ha puesto en manos del sector político y la ciudadanía, aún luego de advertir graves desaciertos en el ámbito del así denominado “derecho constitucional del Poder”, formidables herramientas para reedificar nuestra institucionalidad. Pese a lo expuesto, está por verse si somos capaces, como sociedad, de actuarlas correctamente, en bien de la República.-

Y uno de los elementos que en forma trascendente ha permitido desdibujar la esencia del federalismo establecido por la Constitución, y que he elegido para desarrollar en ésta tesis doctoral, ha sido la reiterada invocación de emergencia frente al acaecimiento de claras situaciones de crisis institucionales de la República, decididas en primer lugar por el Estado

Federal, y luego por las propias provincias Argentinas en sus ámbitos territoriales de actuación, cuando en general no se encontraban habilitadas para hacerlo, o se excedieron en sus competencias propias, como lo indicaré en el capítulo que sigue:

CAPÍTULO 2

LAS EMERGENCIAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y SU IMPACTO EN EL FUNCIONAMIENTO DEL FEDERALISMO REAL **(Entre la República horadada y el federalismo diezmo)**

“La defensa de la República y de las instituciones del Estado de Derecho exige un compromiso constante de los miembros del Congreso. Ese compromiso no puede depender del cálculo electoral partidario, sino estar inspirado en los principios básicos de un sistema que no fue inventado para garantizar a nadie la suma del poder público, sino precisamente para impedir el absolutismo y defender la libertad y la dignidad del hombre”

“Eso es lo que está en juego, aunque algunos no quieran darse cuenta”

Antonio María Hernández (h)

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Bueno es recordar aquí que desde los albores del constitucionalismo decimonónico, uno de sus objetivos primordiales, y que aún sigue vigente a la fecha, fue el de restringir el uso arbitrario del poder político. En otros términos: intentar poner en caja al “leviatán”.-

En tal contexto, puedo señalar sin temor a error, que el orden constitucional fue originalmente concebido como una creación racional del pueblo, destinada a intentar regular todas las posibles manifestaciones del poder, evitando la recurrencia a sus desviaciones. Es así, que desde una generalidad institucional, las denominadas en doctrina “emergencias del sistema”, y a las que seguido me referiré, se describen de uso, como circunstancias críticas en las que el requerimiento de autopreservación que el Estado detenta, genera la necesidad de recurrir a ciertos moldes de anormalidad, que de uso limitan derechos ciudadanos y por ello deben ser concreta y específicamente regulados por la Constitución.-

Señalaba con acierto en éste punto Germán Bidart Campos¹⁴⁴ que una vez acaecidos estos momentos de zozobra para el Estado de Derecho, “(...) se cruzan como en un nudo, la necesidad de superar las crisis, y la de no avanzar demasiado en la restricción a los derechos personales con medidas severas que se adoptan para remediar la situación”

Aclarado ya lo anterior, aunque previo a abordar el análisis central aquí en estudio, creí necesario dejar sentado mi personal criterio respecto de aquello que – según lo interpreto – no debe ser considerado en ningún caso como una emergencia del sistema constitucional.-

Es sabido que reconocidos constitucionalistas, han interpretado a determinadas situaciones de “excepción”, generadas luego de producido un golpe de Estado, como realidades fácticas que por sus consecuencias, ponen en “emergencia” al sistema constitucional, calificándolas de “emergencia revolucionaria”, y desarrollando a partir de esa argumentación, la concepción de que la así denominada “doctrina de facto”, posee aptitud

¹⁴⁴ Bidart Campos, Germán, en su prólogo a la obra de Gabriel Negretto “El Problema de la emergencia en el sistema constitucional” (Edit. Ábaco, 1994). Agrega luego el querido Maestro con acierto, que “(...) en el debate académico se tiene presente esa doble necesidad. Es así porque la convivencia sociopolítica exige, al igual que la salud de cada hombre, salir cuanto antes, y de la mejor manera posible, de la enfermedad” concluyendo que “(...) a la postre, siempre los derechos se perturban y padecen cuando una emergencia daña la normalidad institucional de aquella misma convivencia”.-

para explicar las situaciones jurídicas nacidas al amparo de tales usurpaciones y sus efectos¹⁴⁵.-

Si bien entiendo que éste desarrollo puede explicitarse desde el ámbito del “derecho político” o la “historia constitucional Argentina, no considero que pueda ser parte de la enseñanza del derecho constitucional.-

Mi profesión democrática y de una profunda fe republicana, ya expresada antes de ahora¹⁴⁶, como asimismo el hecho de creer que luego de la recuperación definitiva del orden constitucional en Argentina, hacia el año 1983, este tipo de circunstancias solo pueden ser objeto de estudio en los ámbitos antes enunciados, me anima a descartar el análisis ésos episodios, en tanto pudieron haber sido concebidos como “emergencias del sistema constitucional”, y aún estudiados dentro del mismo.-

Es que según lo interpreto, y más allá de la vocación práctica o pedagógica que exhiben de uso quienes enseñan a la doctrina de facto, situándola como una emergencia revolucionaria del sistema constitucional, estoy convencido de que este tipo de explicaciones no tienen cabida en la Argentina que legaremos a nuestros hijos, ya que – y particularmente luego de operada la reforma constitucional de 1994 –, nuestro sistema constitucional no admite hoy emergencias que dejen a la vigencia de la constitución de lado. Mucho menos si ellas tienen base en la generación de un “golpe de Estado”¹⁴⁷.-

Acertadamente ha destacado en éste punto Humberto Quiroga Lavié¹⁴⁸, que cuando la República ha enfrentado en el pasado a una situación de golpe de Estado, ha convivido con

¹⁴⁵ Esta tendencia, que entiendo debe ser rechazada en forma enfática, fue expresamente avalada por la tesis de Miguel Padilla, quien contempló a los golpes de Estado, como una más de las situaciones excepcionales que pueden dar lugar a la emergencia, expresando para justificar su postura, que “(...) la emergencia “golpe de Estado” tiene en común con cualquiera de las otras, los siguientes rasgos: 1) su índole excepcional; 2) la necesidad de disponer de un instituto de emergencia que permita solucionar los problemas generados por ella; con la salvedad básica de su espurio origen, comparte el propósito de no apartarse de las prescripciones constitucionales de la acción de gobierno; de no ser así, si se abrigase la intención de transgredirla, se trataría de un gobierno tiránico; y si se propusiese reemplazarlas, nos encontraríamos ante una revolución”. (Cfr. Boletín de la asociación Argentina de Derecho Constitucional N ° 51, julio de 1990). Destacamos que es esta una argumentación claramente justificativa de los golpes de Estado que recurrentemente asolaron en el pasado nuestra Nación, doblemente impropia, por haber sido presentada por un constitucionalista.-

¹⁴⁶ Ver, de mi autoría “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, 2001, T° II, pág. 79 y ss.), a cuya lectura remito.-

¹⁴⁷ Así, enfatiza en lo pertinente el Art. 36 del Texto Fundamental, que “(...) esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”

¹⁴⁸ Quiroga Lavié, Humberto “Curso de Derecho Constitucional” Edit. Depalma, 1987, Cap. XV, pág. 257 y ss. Señaló en éste sentido el reconocido constitucionalista, que gobierno de facto, “(...) es aquel que no acomoda su accionar a la Constitución del Estado, sino a la voluntad discrecional de quien ejerce el gobierno por la

realidades normativas al margen de la vigencia de la Constitución, y – claramente - no con emergencias del sistema.-

Seré entonces aquí claro y directo: es mi convicción que la Constitución Argentina no prevé al golpe de Estado como una emergencia de su estructura, sino que lo repudia, sindicándolo como un contenido jusfundamentalmente incompatible con el sistema que ha diseñado.-

Dicho lo anterior, cabe expresar empero, que el sistema de la Constitución requiere y prevé la existencia de un dispositivo protector lo más completo posible, a fin de proveer a su defensa. Es entonces que a partir de un doble propósito [represivo y preventivo], se contemplan y tipifican penalmente, una serie de circunstancias fácticas que implican – según el criterio del constituyente – modos de ataque a las instituciones de la República, cuya sistematización encauza al accionar del derecho penal, a fin de configurar conductas punibles, funcionando al mismo tiempo como “modalidad de alerta” frente al accionar de sus eventuales enemigos.-

El siguiente cuadro me permite “graficar” la relación que en éste punto nos ofrece el sistema constitucional Argentino.-

CUADRO III

<u>DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TUTELAR DEL SISTEMA</u> (Principios de Derecho Penal Constitucional que previenen y castiga quebrantos del sistema)			
FIGURA CONTEMPLADA	NORMA		
	CONSTITUCIONAL	CARACTERIZACIÓN	VALORACIÓN

fuerza”, agregando luego que “(...) dicha situación ha solido morigerarse cuando el usurpador se ha auto restringido, dictando estatutos revolucionarios, que no pueden modificar el vicio de origen del sistema”.-

QUE LA CONTEMPLA		
Sedición	Art. 22	Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste.- De raigambre histórica en la Argentina, esta figura regula la asonada o pueblada, muy común en tiempos de la organización nacional.-
Traición a la Patria	Art. 119	Tomar las armas contra ella o unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro.- En realidad, la doctrina es conteste en que solo existe un tipo penal
Traición a la Patria (Conceder Suma del Poder Público o Facultades Extraordinarias)	Art. 29	Concesión por parte del Congreso al Presidente, de Facultades Extraordinarias, la Suma del Poder Público, o sumisiones o demás, en realidad supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los Argentinos quedan a merced de gobiernos o persona alguna.- constitucional (de traición a la Patria), regulado por el Art. 119, que dice (solo...). Los
Traición a la Patria	Art. 36	Alzamiento contra el orden constitucional y la vida democrática tienen la pena del primero, pero sobre la base de conductas antijurídicas diversas. Es importante destacar que el Art. 36 de la CN., incorpora además el derecho de resistencia pacífica la opresión, ante el acaecimiento de este tipo de hechos.-

**Corrupción
(Enriquecimiento
Ilícito)**

Art. 36

Quien incurra en grave delito doloso contra el Estado, que conlleve enriquecimiento patrimonial Por su gravedad, se lo equipara al alzamiento contra el orden constitucional.-

II

**ACERCA DE LAS NOCIONES CONCEPTUALES DE
“CRISIS” Y “EMERGENCIA”**

Dicho lo anterior, puedo ahora comenzar el tratamiento conceptual de la problemática que ocupa el presente capítulo, en los siguientes términos:

Es sabido que en ciertos momentos enmarcados en el contexto de su existencia vital, las personas transitan situaciones de peligro que complican su supervivencia, al punto de obligarlas a emplear todos los recursos disponibles para poder mantenerla y no fenecer.-

Por supuesto que los sistemas políticos en general, y el sistema constitucional en particular, no escapan a tales ocasionales períodos de grave peligro, pudiendo ellos experimentar en su tránsito institucional, determinadas vicisitudes o anomalías que intentarán prever y contener: -

Continuando con el ejercicio comparativo antes propuesto, si dejáramos en tales circunstancias excepcionales inermes a los organismos vivientes frente a las potenciales agresiones externas (patológicas o físicas) de que pueden ser objeto, ellos seguramente enfermarían o – eventualmente – morirían.-

En igual sentido, las instituciones que integran al sistema constitucional, en tanto pueden ser objeto de embates – internos o externos – y si no hubiesen articulado eficientes

modalidades de protección, habrían de ser jaqueadas, poniendo con ello en peligro al propio marco jurídico convivencial, en su continuidad.-

Las comunidades políticas ofrecen a estas situaciones extremas, aptas para poner en peligro su existencia institucional, el nombre genérico de “emergencias”. Entiendo entonces, a éste concepto, como integrador y comprensivo de determinadas situaciones anormales de máxima gravedad y que razonablemente pueden alterar, o aún destruir al sistema en que se manifiesten, y han sido previstas por él con el único objeto de aventar rápidamente el peligro que asola y pone en riesgo el adecuado funcionamiento de la estructura constitucional en vigor.-

Se ha señalado también en doctrina, que al ocurrir una emergencia que afecte o tenga aptitud para condicionar la supervivencia del Estado y la comunidad, el poder político reclama de uso, ante la necesidad de mantener el orden existente, la potestad de obrar sin sujeción o limitación ninguna de tipo legal¹⁴⁹

Aún luego de lo dicho, es relevante, distinguir y destacar las pertinentes diferencias entre las situaciones de “emergencia” y aquellas que denotan un estado o situación de “crisis”. En éste sentido, concibo a la emergencia¹⁵⁰ como aquella eventualidad que surge espontáneamente y en modo súbito, de forma y con consecuencias anormales e imprevisibles. Se trata de supuestos excepcionales descritos en doctrina como tipo o especie del género “estado de necesidad”¹⁵¹.-

¹⁴⁹ Bien ha señalado Gabriel Negretto en éste punto (del autor citado “El problema de la emergencia en el sistema constitucional”, Abaco, pág. 23), que “(...) antiguos y conocidos aforismos refieren a esta situación como *“salus populi suprema lex est”* o *“necitas non habet legem”* señalando luego éste autor, que el último principio citado, fue “(...) particularmente desarrollado en la Alemania de los años previos a la Primera Guerra Mundial, y es también conocido como la teoría del *“not Kennt Kein Gebot”* (literalmente: “La necesidad no conoce derecho”). Permítaseme volver luego sobre tan grave afirmación.-

¹⁵⁰ Conforme así se lo indica en el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1984, XX Edición, pág. 535), emergencia es en su primera acepción, la acción y efecto de emerger, y en la segunda, ocurrencia, accidente que sobreviene. Luego, el término “emerger”, es definido como brotar, salir del agua u otro líquido. Por su parte, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Gabriel Cabanellas (Edit Heliasta, 14° Edición, 1979, T ° III, pág.66), Alcalá Zamora señala que “(...) en concreto castellano, la voz significa ocurrencia o accidente, y el hecho de brotar o salir del agua; sin embargo, por evidente anglicismo se le atribuyen los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción. Así, además de ser locuciones oficiales estado de emergencia y ley de emergencia, se habla de medidas de emergencia para referirse a las disposiciones provisionales en casos apremiantes para el bien público o la seguridad en general”-

¹⁵¹ Ha señalado en éste sentido Néstor Sagüés (“Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia”, “LL” 1990-D, 1036), con cita a Linares Quintana y Rafael Bielsa, que “(...) hay consenso en considerar al Estado de Emergencia, como un tipo o especie del género estado de necesidad”. Para éste autor, entonces, “(...) la “emergencia” caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole, pues, accidental”.-

Es que en el terreno jurídico, el “estado de necesidad” justifica que individuos, o comunidades políticas, al enfrentar determinadas circunstancias extraordinarias cuyo acaecimiento fue previsto previamente en su norma fundamental, tiendan a legitimar conductas para conjurar esos peligros inminentes, que normalmente serían inaceptables¹⁵².-

Para Jorge Rojas¹⁵³ la emergencia¹⁵⁴ resulta ser “(...) una situación, conforme lo explica cualquier diccionario, que acontece cuando por la combinación de factores conocidos surge un fenómeno que no se esperaba”.-

Néstor Sagüés¹⁵⁵, señala que “(...) la “emergencia” caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole pues, accidental”, con lo que para éste autor existen casos de necesidad permanente y casos de necesidad transitoria (éstos, de “emergencia”), agregando que en ambos, la situación que se genera puede ser imprevista, inesperada, o, en cambio, previsible.-

Es sabido que existen numerosas conceptualizaciones del concepto jurídico de emergencia, todas ellas en línea con la particular importancia y complejidad de la cuestión. Pioneramente, Segundo V. Linares Quintana¹⁵⁶ vinculó esta figura con la propia subsistencia del Estado, señalando en el punto, que “(...) ante circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen el orden constitucional y hasta la vida del Estado, como las que caracterizan a una conmoción interior o a una guerra, las autoridades deben hallarse investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un decaecimiento de las garantías de la libertad individual”, agregando seguido, que esta figura “(...) es una nueva aplicación del secular aforismo *salus populi suprema lex est*”.-

¹⁵² En referencia a ésta cuestión, enseña Eduardo Gregorini Clusellas (“Estado de Sitio” Edit. Depalma, pág.27), luego de concordar con la existencia de ésta relación de género a especie, habida entre estado de necesidad y emergencia, que “(...) en la vida de las comunidades políticas, éste tipo de circunstancias extremas recibe el nombre genérico de emergencias, como concepto comprensivo de eventos anómalos y de máxima gravedad, que razonablemente pueden alterar el ser nacional”.-

¹⁵³ Del autor citado “La Emergencia y el Proceso” Edit. Rubinzall-Culzoni, pág. 17.-

¹⁵⁴ Este término deriva del inglés *emergency*, utilizado por el derecho anglosajón para referir a situaciones extraordinarias

¹⁵⁵ Sagüés, Néstor “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia” citada.-

¹⁵⁶ Linares Quintana, Segundo “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” Edit, Alfa, Buenos Aires, T ° V, pág. 395, con cita al Presidente norteamericano Abraham Lincoln.-

A su tiempo, el querido maestro Germán Bidart Campos ¹⁵⁷sostuvo que las emergencias pueden ser definidas como “(...) situaciones anormales o casos críticos que, previsibles o no, resultan extraordinarias y excepcionales detallando que la mentada excepcionalidad “(...) proviene no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica y se hace valer la doctrina del estado de necesidad”

Por su parte, el concepto de “crisis”, puede ser definido como el momento de tensión que precede a un cambio¹⁵⁸, Así, tenemos por ejemplo, la “crisis de la adolescencia”, “crisis de la modernidad”, etc.¹⁵⁹, que claramente implican un cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso, o una situación¹⁶⁰

Profundizando ésta idea, cabe aquí destacar que la voz crisis, con origen en el vocablo “krisis” (griego), significa decisión y “krimo” (griego) que alude a lo que el individuo decide, separa y juzga¹⁶¹, En estos supuestos, no resulta mayormente posible adoptar decisiones

¹⁵⁷ Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución Reformada”, EDIAR, Buenos Aires, 1998, T ° II, pág. 349. Distinguiendo luego con claridad, la “emergencia” que concibe como un acontecimiento real o fáctico que perturba al orden constitucional, de los “Institutos de Emergencia”, que en su sentir son creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias.-

¹⁵⁸ Manuel Ossorio (“Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales” Edit. Heliasta, pág. 184), ofrece varias acepciones del significado de “crisis”. En primer lugar, la entiende como “mutación considerable en el curso de una enfermedad, por mejoría o por agravación” y en segundo término, como “(...) momento decisivo de un negocio o actividad”. Señala finalmente, al desarrollar éste concepto, que “(...) se habla así de *crisis económica*, por la perturbación que en esa esfera se produce por malas cosechas, guerras, estrago, altos o bajos salarios, la inflación, entre otros factores. De *crisis laborales*, por falta de trabajo y alto índice de paro forzoso. Y de *crisis ministeriales*, cuando renuncia un gabinete o alguno de sus ministros, entonces *crisis parcial*”.-

¹⁵⁹ Conforme así se lo indica en el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1984, XX Edición, pág. 397), existen siete acepciones del término, a saber: 1) mutación considerable que acaece en una enfermedad, ya para mejorarse, ya para agravarse el enfermo; 2) Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales; 3) Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese; 4) Por ext., momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes; 5) Juicio que se hace de una cosa después de haberla examinado cuidadosamente; 6) Escasez, carestía; 7) Por ext., situación dificultosa o complicada.-

¹⁶⁰ Señala Vanossi (“Las situaciones de las “excepciones” en los regímenes constitucionales”, en Revista de la AADC, www.aadconst.org.ar, pág.7), que en términos de economía, la crisis implica “(...) la reducción de la tasa de crecimiento o de la producción, o una fase más baja de la actividad de un ciclo económico”, o aún, que puede concebirse como una “(...) situación mala o difícil, con cambios bruscos, con intensificación abrupta de los síntomas (y puede ser violenta)”.-

¹⁶¹ Rojas, Jorge (“La Emergencia y el Proceso” citada, pág.18), concluye de lo anterior, que en un sentido genérico, nuestro vocablo “(...) importa una situación especial o delicada, por tratarse de un momento decisivo, en un asunto de importancia, en el cual yo tengo que optar o adoptar una decisión”.-

racionales, o definir un armónico desarrollo de la vida¹⁶². Sin que los griegos hubiesen conocido institutos equivalentes a nuestras “emergencias”, que recién acaecen institucionalmente por vez primera en el devenir institucional de la antigua Roma, ellos afrontaban las “crisis” echando mano a los resortes propios y regulares de la “Polis”¹⁶³

Creo aquí necesario ofrecer un marco institucional más preciso, para poder abordar con una mayor contundencia conceptual, la idea de “crisis” que en forma recurrente nos ha vinculado de modo por demás incruento:

Hoy nuestra sociedad se ve asolada por - al menos - cuatro problemas de la mayor magnitud: el desempleo, la inseguridad, la corrupción estructural, y un recurrente estado de recesión económica, con históricos y constatables fracasos de gobiernos civiles y militares en el intento de abordarlos y finalmente conjurarlos. Es claro que hoy en día, en los albores del tercer milenio, las elites gobernantes se hallan desconcertadas, y no aciertan a encontrar para ello respuestas idóneas, desde la aplicación de recetas archiconocidas jalonadas por recurrentes derrotas¹⁶⁴.-

Claro es que el Estado-Nación no se presenta hoy, ni lo hará en el futuro, con su perfil de antaño, construido por nuestras dirigencias en el último medio siglo en el marco institucional de una legalidad erosionada. El mismo fue usualmente dotado de fuertes condimentos de ilegitimidad en las respectivas conducciones: cuanto menos hasta 1983,

¹⁶² Desde una posición un tanto “alambicada”, señala Alberto Dalla Vía (“Derecho Constitucional Económico”. Edit. Abeledo-Perrot, pág. 349), que “(...) etimológicamente, la palabra emergencia presupone “emerger” o “salir” de una situación de crisis, la cual, y siguiendo la conceptualización “clásica” de emergencia constitucional, no puede ser cualquier crisis, sino aquellas que por su carácter verdaderamente “excepcional”, pongan en peligro la continuidad del sistema (v. gr. Carl Friedrich) y que, por lo tanto, requieran de medidas igualmente excepcionales para restablecer el orden alterado”. Entendemos que esta conceptualización, más allá del intento de valorar el contexto en que debe ser presentada la idea de “emergencia”, vuelve a entremezclar los conceptos de “emergencia” y “crisis”, sin ofrecer claridad al lector que desee situar el ámbito y característica de cada uno de los conceptos estudiados.-

¹⁶³ Creo adecuado resaltar aquí lo sostenido por Vanossi (“Las situaciones...” citada, pág. 11), que en éste contexto de análisis “(...) los griegos atribuyeron gran importancia al “arbitraje” (por medio de ciudadanos árbitros), a fin de solucionar diversos tipos de conflictos, con mucho consentimiento de las partes, a cargo del que como Magistrado representara a la ciudad o las ciudades en juego. Agrega a ello, que “(...) el sistema se complementaba en las causas civiles con la intervención de un “jurado” colegiado, como también los “heliastas” (elegidos en sorteo por los testometas)”.-

¹⁶⁴ Señalaba en el punto Francisco Delich, situado en los comienzos de éste milenio (“La Crisis en la Crisis” EUDEBA, 2002, pág. 15), que “(...) el Estado, la sociedad civil y la propia Nación son inútilmente interpeladas, cada uno o en conjunto. Así está la Argentina a comienzos de siglo”. Refiere luego con claridad que estos problemas estructurales “(...) son consecuencia de la última década, aunque ése no sea exclusivamente su origen: el desempleo se multiplicó por tres desde 1995, la inseguridad por dos, la corrupción no lo sabemos aún porque recién comenzamos a conocer su amplitud – involucra a jueces, legisladores, ministros, empresarios, periodistas, militares, sindicalistas y a las respectivas instituciones”.-

siendo que en algunos casos se mostró populista o falsamente “benefactor”, y en otros, sin aditamento ninguno, haciendo regresar a nuestra sociedad en forma recurrente al “mercado” como actor institucional indiscutible¹⁶⁵.-

Es este el marco de nuestro estado de “crisis” recurrente, y animaría a señalar, también hoy “terminal”, que necesariamente debe ser abordado y conjurado desde una perspectiva sociológica que profundice, cuanto menos, los principios de auto comprensión e identidad.-

Enseña en el punto Francisco Delich¹⁶⁶, que el primero es una condición para la ocurrencia “(...) de una sociedad como tal; permite aceptar la transición de una fase a otra de la evolución social y de un momento a otro de la historia. Tanto mayor la auto comprensión, tanto mayor la posibilidad de crecimiento y autonomía. Para auto comprender, necesitamos conocer, si es posible, rigurosamente” Expresa luego éste autor, que “(...) el principio de identidad es condición y complemento de la auto comprensión. Fundamos la identidad en el pasado (en una cierta lectura del pasado) en la Nación (los valores que la nación sostiene y por lo que es sostenida a la vez como la libertad y la igualdad, el honor o la generosidad). Ni uno ni otro son perpetuos. Se construyen permanentemente alimentados por la propia historia social”.-

Sabido es también, que tanto en las discusiones actuales, como en las pasadas (y seguramente también en las futuras), el debate sobre los derechos humanos, su tutela y

¹⁶⁵ Señala aquí Delich (“La Crisis en la Crisis” citado, pág.16) que en el decurso de la década de 1990 reaparece el mercado “(...) como fantasía, ideología y realidad. Protagonista olvidado, regresó como actor imprescindible. Virtualmente excluido o minimizado en tiempos del predominio del modelo de industrialización por sustitución de importaciones, planes de desarrollo, cambios de estructura, reformas agrarias, retornó como un espacio nuevo y (para las elites) como una esperanza. No solamente desplazó al Estado donde debía, sino también lo desplazó. Más aún: se confundió (o lo confundieron) con la propia sociedad civil, como si sus lógicas y valores fueran idénticos o intercambiables”. Agregamos nosotros, que luego de operada la crisis del 2001, retornó de la mano del así denominado “Kirchnerismo”(Néstor Kirchner, 2003/2007; Cristina Fernández de Kirchner, año 2007/2015), un modelo de Estado gigante, obeso y corrupto, que agravó la mayoría de los recurrentes problemas que históricamente asolaron nuestra alicaída institucionalidad. La gestión de los tiempos actuales de nuestra República, resulta demasiado reciente como para ser evaluada con objetividad, por lo cierto es que el Presidente Mauricio Macri, a dos años de gobierno, iniciado en el año 2015, no parece exhibir las soluciones prometidas al momento de su asunción.-

¹⁶⁶ Autor y Op. Citada en nota anterior, pág.17. Agrega luego aquí nuestro autor con acierto y profundidad, que “(...) así como a veces sentimos, a cierta edad, en cierto momento de la vida, que cambiamos de piel que somos los mismos pero que dejamos de ser iguales, las sociedades también cambian de forma, de apariencias, de lenguaje, de hábitos; se sienten distintas y simultáneamente idénticas, prolongación de antiguas raíces” resaltando además, que “(...) este es un recorrido imperfecto entre la estructura social y las ideas que tenemos acerca de ella, entre los actores y el sistema de acciones,, entre la voluntad colectiva y los recursos disponibles, entre la comprensión racional y la fantasía, entre la herencia cultural y la rebelión, entre el orden y el desorden”.-

resguardo, puede ser afrontado esencialmente, desde cuatro arquetipos o posiciones básicas, que Alexy denomina: aristotélica, hobesiana, kantiana y nietzscheana.-

En el intento de un tratamiento de la cuestión desde la concepción kantiana, puedo señalar válidamente que son comunes a ella, los principios de universalidad y autonomía: el primero, se enuncia en el sentido de que todos los seres humanos poseen determinados derechos.-

En cuanto al de autonomía, su formulación se desgrana en dos direcciones, que son la "privada" y la "pública": en la autonomía privada, se trata de la elección individual y acertada, y la realización de una concepción personalizada del bien. Respecto del objeto de la autonomía pública, lo es la elección en común con otros, y la realización de una concepción política de lo justo y lo bueno, lo que la vincula necesariamente con las ideas de derechos humanos y la democracia.

Cabe aquí reflexionar que la primera tarea de los derechos humanos, desde ésta concepción es la de la motivar protección y factibilidad de ambas formas de autonomía, ya que un desarrollo pleno tanto de la autonomía privada como de la pública, solo es posible en un estado constitucional democrático en el cual los derechos humanos han adoptado la forma de "derechos fundamentales".-

En consecuencia, enlazando las ideas de universalidad y autonomía, puedo adoptar el rumbo de una teoría política liberal, dando entonces ahora por clarificado que la concepción kantiana sobre los derechos humanos que ahora expongo, es una concepción liberal de los derechos humanos, que es - en el decir de Alexy_- aquella que conforma la idea central de la ilustración y de las revoluciones burguesas, constituyendo hasta la fecha, el basamento de todas las constituciones de "tipo" occidental.

Sin pretender abstraerme del hecho cierto de que esta concepción liberal de los derechos humanos fue (y aún lo es) fuertemente criticada, no entraré ahora en el plano de ése debate – que excede largamente los confines de ésta tesis -, sino que profundizaré el concepto de que la inclusión de las nuevas generaciones de derechos humanos en el plexo constitucional argentino, responde a una idea de coherencia con el sistema de valores antes expuesto, pero que a la vez se ha visto recorrido transversalmente por las recurrentes situaciones de crisis, que claramente condicionaron esta noción.-

Como derivación de lo enunciado, puedo entonces sostener, que para la consecución del principio valorativo de universalidad (la prerrogativa de " todos" a tener derechos), es importante que ellos se constitucionalicen, insertándose en el doble prisma de la autonomía privada (posibilidad de elección individual y acertada y la realización de una concepción personal de la prerrogativa cultural) y la autonomía pública (elección en común, y con los otros, y realización de una concepción política de aquella pauta cultural justa y buena).-

Y tanto en el texto fundamental argentino de 1853, como en la posterior reforma constitucional de 1994 podemos válidamente encontrar las pautas valorativas que reclamaban la amalgama positiva de los derechos humanos al concierto constitucional argentino, en un contexto de adecuado crecimiento económico, político y social.-

Lo que sucede – dicho lo anterior -, es que al no optar, o adoptar decisiones conducentes, una vez operados los recurrentes estados de crisis, que asolaron nuestra evolución social, tendimos – y aún hoy lo hacemos - a sumirnos en una situación que suele ser calificada errónea y muchas veces vagamente como “emergencia”, la que por tal razón puede devenir con ello en crónica y se propone – en tal contexto - como insuperable.-

El riesgo de ésta manera de comprensión de ambas situaciones, es que emprendiendo ése camino, los episodios de emergencia aludidos habitualmente, comienzan a presentarse ya dentro del plano de una presunta “normalidad” que edifica la recurrente “crisis” irresuelta, y que claramente posee aptitud, no solo para desintegrar la convicción que supone la vigencia de los derechos humanos, cuanto – además - la estructura federal de Estado, que sobre la base de una hoy erosionada distribución de competencias entre Nación, provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue diseñada en el sistema de nuestra Constitución para desarrollar y realizar la pretensión democrática que ella impone.-

Bien explica aquí Rojas¹⁶⁷ que este irregular estado de cosas, acaece porque “(...) ha sido el propio Estado quien ha roto inexplicablemente ésas reglas de juego, que podemos denominar básicas, en cualquier sociedad organizada, y junto con ello, ha agravado la situación al romper también con el Derecho, que aparece así fracturado, oscuro, confuso, sin permitirnos saber a qué atenernos”.-

¹⁶⁷ Rojas, Jorge (“La Emergencia y el Proceso”, citada, pág. 19). De ello deriva entonces que los gobernantes dicten en tales casos medidas desesperadas para intentar paliar la “crisis” aunque invocando metodología e institutos de “emergencia”, rompiendo la premisa de que no se puede apartar el gobernante del sistema legal para conjurar situaciones críticas que nos asolen.-

Diré entonces, una vez trasladada ésta distinción – emergencia/ crisis - a la esfera del derecho, que si bien un estado de emergencia puede habilitar la utilización de institutos de emergencia, al ser concebida ésta como un modo de “anormalidad normada por la Constitución”, los estados de “crisis” claramente deben ser resueltos por vía de remedios ordinarios o alternativos que ofrece el sistema en que ella acaece, ya que la misma se conjura motivando el consenso, o agudizando las reglas de colaboración, por parte de los diversos actores sociales y políticos que lo integran.-

Es mi sincera convicción entonces, patentizada en la formulación de la presente tesis, que una importante falencia de la sociedad Argentina y en particular, de su “clase política”, que impactó decididamente en la distribución de competencias propiciada por el Texto Fundamental, ha sido la de utilizar recurrentemente institutos de emergencia para solucionar las situaciones de crisis que ha enfrentado y no ha sabido – o no ha podido – resolver adecuadamente¹⁶⁸, por las vías que la propia situación emergencial impone.-

Es claro entonces que la incertidumbre conceptual a que ha llevado esta modalidad antojadiza de interpretaciones nacidas a la luz de las crisis coetáneas y pasadas, inadecuadamente devenidas en “emergencia”, ha conducido a resultados impropios y gravosos para la vigencia del sistema constitucional¹⁶⁹

Máxime cuando – desde ésta tesitura – ha llegado a avalarse una pretendida teoría que en determinadas ocasiones sindicaba a la necesidad, o “estado de necesidad”, como ámbito de “superación” de la Constitución¹⁷⁰

¹⁶⁸ Claro ejemplo de esta modalidad de imprecisión conceptual, es el desarrollo efectuado en el punto por nuestro colega Alberto Dalla Vía, quien en su obra “Derecho Constitucional Económico” (Abeledo Perrot, 1999, pág. 349), expresa que “(...) etimológicamente, la palabra emergencia presupone “emerger” o “salir” de una situación de crisis, la cual y siguiendo la conceptualización “clásica” de emergencia constitucional, no puede ser cualquier crisis sino aquella que por su carácter verdaderamente “excepcional”, ponga en peligro la continuidad del sistema (v. gr. Carl Friedrich) y que, por lo tanto, requieran de medidas igualmente excepcionales para restablecer el orden alterado” (caramente, aquí se equiparan ambas situaciones, en una presentación que estimo cuanto menos inadecuada de la cuestión).-

¹⁶⁹ Así, se ha asombrado Vanossi (“Las situaciones...” citada, pág. 3) con “(...) el maremágnum de vocablos y expresiones referidas a las instituciones de excepción que introducen los textos constitucionales de la diversidad de países que regulan o contemplan éstos casos” a lo que agrega que “(...) la cantidad de términos es cuantiosa, y difieren en lo que hace a la extensión e intensidad de la “excepcionalidad” en las vicisitudes que padecen los Estados de Derecho en el marco y ámbito de las democracias constitucionales”.-

¹⁷⁰ Desde éste lugar de pensamiento, y en postura con la que claramente no concordamos, ha sostenido Néstor Sagüés (“Derecho Constitucional y derecho de emergencia” referida, cita online AR/DOC/5334/2001, Sinopsis) que esta especie “(...) aparece en situaciones de imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución, o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución”

Aunque sin adentrarse en la distinción conceptual recién enunciada, Antonio Hernández¹⁷¹ caracteriza a los institutos de emergencia, y resalta que su utilización recurrente produce “(...) un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales, particularmente en el Ejecutivo, y correlativamente, decaimiento y restricciones en los derechos y garantías individuales.-

No puede olvidarse aquí, que – como lo señalaré seguido – so pretexto de alegación de “emergencia”, históricamente se echó a mano la utilización de figuras de excepción, para intentar conjurar dificultades que ya hacían a nuestra crítica cotidianeidad. Tal obrar, que estimo cuanto menos inadecuado e inconducente, desnaturalizó los institutos de emergencia, fortaleciendo la estructura del Poder, en desmedro de la libertad de los ciudadanos y – en particular – consolidó un claro agravio a la distribución de competencias propiciada por el texto fundamental para la federación y las provincias que la integran.-

Es claro que el planteo aquí propuesto, es en realidad muy complejo, y se presentó como derivación de una persistente, aguda e irresuelta crisis socioeconómica, que claramente instalada en nuestra sociedad, todavía hoy la golpea a partir de sus inacabados efectos.-

¹⁷¹ Hernández, Antonio María “Las Emergencias y el Orden Constitucional” Edit. Rubinzall - Culzoni, pág. 16.-

III

SOBRE “LAS EMERGENCIAS” Y SU IMPACTO EN LA VIGENCIA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Abordando ahora las relaciones existentes entre las “emergencias y la vigencia del sistema constitucional en que ellas son reguladas, cabe adelantar que como bien lo sugirió Antonio Hernández¹⁷², el origen de ésta problemática se encuentra “(...) en la difícil y traumática relación entre Poder y Derecho”, que remonta al diálogo habido entre Sócrates y Trasímaco, que Platón narra en el Libro I de “La República”.-

La pregunta clave, es entonces, aquella cuya respuesta remite a verificar si puede el derecho, al regular ciertas “emergencias” del sistema, imponer un límite al ejercicio del Poder. Lo cierto es aquí que el Estado de Derecho pretende definir y articular una coordinación - correlativa, equilibrada y también equidistante, sin supremacías –, entre la denominada “constitución real” y la “Constitución jurídica”¹⁷³.-

En éste punto, he de expresar mi coincidencia con quienes sostienen que cuanto más estados de emergencia se pongan de manifiesto en el sistema de la constitución, mayormente

¹⁷² Hernández, Antonio María “Las Emergencias...” referida, pág. 16/17. Explicita, con cita a Gabriel Negretto, que allí se encontraría “(...) el primer antecedente sobre el conflicto habido entre las teorías que entienden al Derecho como voluntas (voluntad), y las que lo consideran como ratio (razón), lo que después originaría las escuelas “realista” e “idealista” del derecho”.-

¹⁷³ Según así lo expone Andrés Gil Domínguez (“Constitución, Emergencia y Amparo” Edit. Ad-Hoc, pág.19), con cita a Konrad Hesse, “(...) a la constitución jurídica le corresponde una significación autónoma, aunque solo sea relativa. Su pretensión de vigencia es un factor en el campo de las fuerzas de cuya operatividad surge la realidad estatal” agregando que “(...) en la medida en que se consigue realizar esta pretensión de vigencia, la constitución jurídica alcanza fuerza normativa. Pero dicha fuerza no se basa solamente en la adaptación inteligente a éstas circunstancias, sino en que la constitución jurídica misma es capaz de convertirse en fuerza actuante cuando se sitúa en la disposición individual del presente” Aún así, expresa luego, que “(...) los límites de la fuerza normativa de la Constitución se sitúan allí donde lo que la constitución norma no se encuentra en la disposición individual del presente”.-

se debe respetar y aplicar el bloque de constitucionalidad federal¹⁷⁴, porque no debe olvidarse aquí que la emergencia, no explicita otra cosa que una modalidad de *anormalidad normada* del sistema jurídico en que es regulada y que por tal razón, debe ser contenida por el propio derecho que la ha concebido.-

Con gran claridad conceptual, expresa Juan V. Sola¹⁷⁵ que frente a las situaciones de emergencia, la Constitución Argentina y las instituciones por ella creadas, plantean para su defensa “(...) dos institutos: la declaración de guerra, el estado de sitio, éste último con modalidades, ya sea que su origen sea el ataque exterior o la conmoción interior”, y la “intervención federal”, agregando luego a éste elenco, las por él llamadas “emergencias económicas”.-

Yo me permito sumar a ésta nómina, el dictado de decretos de necesidad y urgencia (Art. 99 CN.) y la delegación legislativa (Art. 76 CN.), que requieren para su procedencia, la previa existencia de emergencia constatada por el Poder Ejecutivo o el Congreso de la Nación respectivamente¹⁷⁶.-

En igual sentido se ha pronunciado Daniel Sabsay¹⁷⁷, en tanto denomina “situación de emergencia” (en el contexto de la actuación del sistema jurídico) a “(...) aquella circunstancia absolutamente excepcional y súbita que se interpone al normal desarrollo de las instituciones, y que obliga a mitigar de manera transitoria el carácter imperativo de las normas de derecho público contenidas en la Ley Fundamental”

Existen también, como antes lo adelanté, quienes se refieren al estado de necesidad motivante de la emergencia, como una situación de hecho que puede en la práctica considerarse superior a la estructura del sistema constitucional, en tanto ella compromete la

¹⁷⁴ Bien indica aquí Andrés Gil Domínguez (“Constitución...” citada, pág. 20), que “(...) cuanto más emergencia amanezca, más fuerza normativa hay que proyectar sobre los actos u omisiones de los poderes constituidos y los particulares. Cuanto más emergencia padezcamos, mayor presencia de la justicia constitucional necesitamos”.-

¹⁷⁵ Sola, Juan V. “Tratado de Derecho Constitucional” Edit. La Ley, Tº II, Cap. LXXX, pág.773.-

¹⁷⁶ Señala el Art. 99 del texto fundamental, en lo pertinente, que “(...) solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por ésta Constitución para la sanción de las leyes”, y el Art. 76 CN; expresa en lo que nos ocupa, que “(...) se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública” (en los dos casos, textual de la norma, aunque el subrayado me pertenece)

¹⁷⁷ Sabsay, Daniel “Manual de Derecho Constitucional” Edit. La Ley, Capítulo XII, pág. 403. Con ello enseña que “(...) los elementos fundamentales de la emergencia son: la excepcionalidad, la transitoriedad, la necesidad de impedir mayores males, en resguardo del interés general de la comunidad, el acaecimiento de una situación imprevisible que se impone a la voluntad de los protagonistas, quienes no la han provocado en modo alguno”

matriz misma del Estado y su régimen político, lindando con un insoslayable riesgo de caos social. Desde ya que disiento con ésta particular postura. Permítaseme volver sobre el punto más adelante,-

Ha sostenido aquí Néstor Sagüés¹⁷⁸, que “(...) la Constitución Nacional no contiene una regla explícita que discipline la declaración del estado de emergencia y sus efectos precisos” agregando a ello, que “(...) la cuestión es más bien producto del derecho consuetudinario constitucional, que ha registrado varios ejemplos de tal proclamación”.

Dicho lo anterior, se ha señalado también que pueden ser distinguidos dos tipos de emergencia; que son la sustantiva y la procesal. La primera refiere a materias de “fondo”, y la procesal vincula a cuestiones adjetivas, pero creo que resulta esencial, evaluar ésta temática en función de su compatibilidad o incompatibilidad con los preceptos que rigen al sistema constitucional.-

En éste contexto, debe ser señalado que este estado de cosas – y me refiero aquí a la declaración de “emergencia” - generó, en los últimos 50 años un notorio incremento en la denominada legislación de emergencia, la que comenzó con una tendencia protectora hacia los afectados por la crisis habitacional o de préstamo hipotecario, girando rápidamente hacia perfiles emergenciales con base en el control de las remuneraciones como instrumento para solucionar los conflictos económico/sociales entonces – y aún ahora - imperantes.-

Este diagrama concluyó con el diseño de intrincadas políticas fiscales denominadas de “ajuste”, que intensificaron la distribución claramente regresiva del ingreso nacional, agravando la situación de las pequeñas y medianas empresas del país¹⁷⁹.-

Sin perjuicio de lo dicho, y de haber puesto claramente de resalto, que ha sido un dato constatado de nuestra realidad, - y así ha acaecido, indebidamente –, el de echar mano a la

¹⁷⁸ Sagüés, Néstor “Derecho Constitucional y derecho de emergencia” referida, cita online AR/DOC/5334/2001” Señala también nuestro autor, que en concreto, ése “derecho consuetudinario” “(...) ha admitido que la emergencia pueda ser declarada por el Congreso, e incluso por el Poder Ejecutivo, a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia (Doctrina del caso “Guida”, Liliana c/PEN”, CSJN Fallos 322:1566, Consid. 7º y sus citas/”LL” 2000-C, 828), que al fin de cuentas, es una ley camuflada de Decreto”

¹⁷⁹ Avalando éste estado de indefinición conceptual, señala en este punto con claridad Graciela Gloria Pinese, sin olvidar al elenco jurisprudencia y legal que se ha desplegado en éste sentido desde el año 1930, y al que seguido me referiré (“El Derecho de emergencia o el derecho en emergencia”, www.saijus.gov.ar (2005), id. SAIJ.DAC:C050009), que “(...) no surge del plexo jurídico nacional un concepto de emergencia económica que se constituya en el norte o en la situación típica a configurarse para que con certeza y coherencia se pueda establecer que estamos ante una situación de emergencia”, agregando luego que “(...) no se pretende ni una casuística que encorsete, ni una anomia que todo lo puede, sino juridizar el concepto para que ni la subjetividad ni la oportunidad, ni las necesidades políticas suplan su falta”

tesis de la “emergencia para intentar la solución de diversas situaciones de crisis”¹⁸⁰ que asolaron a nuestra sociedad, bueno es explicitar que de todas maneras, es posible que se presente una real situación de emergencia, que es la que habilita la utilización de medidas excepcionales. Pero esta metodología debe estar, como lo señala Juan V.Sola, habilitada por la propia Constitución, y de ninguna puede condicionar a la Carta Fundamental o pretender situarse por encima de ella.-

Son éstos, hechos que Sagüés denomina de oposición entre el derecho de necesidad y la Constitución.

Éste destacado jurista comienza su desarrollo argumental, el que entiendo cuanto menos sugestivo, y claramente apto para convalidar procesos autoritarios, alejados del Estado de Derecho, sindicando al derecho de emergencia y de necesidad, como “prerrogativa implícita” del sistema constitucional¹⁸¹, señalando seguido que “(...) el derecho de emergencia tiene que ser un derecho inevitable para hallar legitimidad en cuanto inobservancia de la Constitución”, agregando también que “(...) si la solución de la necesidad puede hallarse a través de vías constitucionales, la necesidad o emergencia debe encararse como opción constitucional, y no como dispensa de la Constitución”.

Resume luego su argumentación, al especificar en un intento de “suavizar” esta postura, que “(...) la metamorfosis del derecho de necesidad de opción constitucional a dispensa de la Constitución, no puede importar un “Bill de indemnidad” para quien lo

¹⁸⁰ Por ello entendemos que Sabsay (“Manual...” citado, pág. 403) incurre en un error conceptual, muy común en nuestros constitucionalistas, al confundir la situaciones de crisis, con las de emergencia. Así, queriendo referirse a nuestro recurrente estado de crisis institucional, ha señalado que “(...) en nuestro país, la emergencia es y ha sido uno de los elementos fundamentales de su accidentada vida institucional” cuando debió haberse referido a nuestro recurrente estado de crisis. Claramente señala luego que “(...) de manera transversal y desde muy larga data, prácticamente todos los institutos de fuente constitucional han sido afectados por ésta noción” que – acoto – es la noción de crisis ahora terminal de nuestras instituciones, desarrollada y enfatizada por el recurrente uso de los institutos de emergencia para intentar solucionarla. Bien concluye finalmente el destacado constitucionalista que “(...) lo preocupante para el Estado de Derecho es que se produce su debilitamiento cada vez que se invoca la emergencia, en tanto ello importa fuertes restricciones a los derechos consagrados en la Constitución, en aras de hacer frente a esa situación de carácter extraordinario”

¹⁸¹ Cfr. Sagüés, Néstor “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia, citado, con referencia a cierta doctrina suiza. Es en éste contexto que nuestro autor ha concluido que “(...) entendido el derecho de emergencia como dispensa de la Constitución, según los límites reseñados, puede encontrar apoyatura jurídica como principio tácito o subyacente en toda Constitución, en cuanto ella presupone, para alcanzar sus objetivos y erigir los órganos del Poder, la existencia de un Estado cuya continuidad resulta necesaria para la funcionalidad de la misma Constitución” agregando a ello, que “(...) finalmente, y aún de entenderse que el derecho de necesidad y emergencia no se encuentra implícitamente contenido en la Constitución, el mismo se desprende, de todos modos, del derecho natural de autoconservación del Estado, como fórmula política indispensable para el hombre y la comunidad”-

sancione o haga funcionar. Se trata de un fenómeno jurídico, casi siempre basado en el derecho natural, y de allí que no deba ser incompatible con éste. Tampoco es destructor en todo el derecho positivo, ya que subsiste plenamente el mismo, en los aspectos cuya dispensa no legitima la necesidad.”-

Llega entonces a proponer Néstor Sagüés, que debe ser descartado un derecho de emergencia, que en principio valida como supraconstitucional, solo en tanto violase el que señala como principio de restrictividad¹⁸², citando como ejemplos, al que no cubriese los requisitos de legitimidad de fines y medios, o que no aparezca como inevitable. Así, concluye por lo expresado, que éste, que él denomina “estado de emergencia”, solo debe ser descartado como derecho impropio, cuando violenta determinadas premisas del así llamado “derecho natural”, lo que considera injustificable aún desde la óptica de la necesidad, a la que únicamente entonces califica como “(...) ilegítima desde la perspectiva jusnaturalista, e inconstitucional desde el visor del derecho constitucional positivo”¹⁸³.-

Entiendo que se intenta con ésta tesitura, justificar la recurrencia del fenómeno de la utilización indiscriminada de “estados de emergencia” para solucionar nuestros estados de crisis, avalando recurrir en tales casos, a una evidente salida del sistema de la Constitución, lo que claramente ofrece sustento a toda clase de apartamiento de las reglas constitucionales en vigor¹⁸⁴.-

¹⁸² Al que consecuentemente, no incluye luego entre los que denomina “principios específicos del derecho constitucional”, que sindica como: principio de fundamentalidad (sub-principios de organización, distribución, responsabilidad y finalidad), totalidad, perdurabilidad, supremacía, funcionalidad (sub-principios de eficacia, cooperación, persistencia, adaptación y reforma) y principio ideológico (el Estado Social de Derecho)” (ver para cotejo, de Néstor Sagüés “Los Principios específicos del Derecho Constitucional” Edit. Universidad del Externado de Colombia, N ° 30, Colombia).-

¹⁸³ Sagüés, Néstor “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia” citado, sus conclusiones, agregando allí con contundencia, que no hay otra alternativa en éstos casos, “(...) que reconocer al Poder Judicial aptitud para meritar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia, y evaluar después su juridicidad y validez en función de los topes de restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y legitimidad de medios que debe satisfacer”. Ello me recuerda a quienes equivocadamente, han calificado a los recurrentes golpes de Estado que hemos padecido en nuestro pasado histórico, entre 1930 y 1976, como “emergencias revolucionarias” llegando a calificar a las fuerzas armadas Argentinas como “Poder Militar”

¹⁸⁴ No puedo dejar de transcribir aquí, la contundente crítica del constitucionalista tucumano Benito Garzón efectuada en su “La Constitución, la emergencia y los derechos sociales” (Boletín de la AADC N ° 72, pág.5) frente a la postura detentada en doctrina por Néstor Sagüés, cuando señala que “(...) creemos erróneas éstas posiciones sistematizadas por el distinguido constitucionalista. La admisión de la “necesidad y la emergencia” como hechos fácticos, sean de tipo político, económico o natural, no puede ingresarlos al plexo constitucional con ése rango para legitimar su destrucción. Menos aún, llenar la laguna del constituyente, con una creación en la que se antepone la “necesidad del Estado” – razón de Estado – a la Constitución, e igualando sociedad con Estado como categorías similares. Hablar de la emergencia como “derecho constitucional consuetudinario” importa en sus consecuencias tanto como incorporar a la Constitución material el germen de su autodestrucción”

Acota aquí Sabsay, advirtiendo la intensidad y cariz de este recurrente apartamiento a la institucionalidad, que “(...) frente a éste estado de cosas, poco a poco se han ido erosionando muchos de los elementos del Estado de Derecho y han fracasados los controles previstos para evitar éste tipo de desviaciones”¹⁸⁵

Y el intento de justificación ofrecido por Néstor Sagüés, llega a colocar en determinadas circunstancias, al así denominado “estado de emergencia” por encima del sistema constitucional, advirtiendo en éste sentido, que “(...) el derecho de emergencia tiene que ser un derecho inevitable para hallar legitimidad en cuanto inobservancia de la Constitución”, aun cuando acota luego que “(...) en resumen, la metamorfosis del derecho de necesidad de opción constitucional a dispensa de la Constitución, no puede importar un “bill de indemnidad” para quien lo sancione o haga funcionar” por considerar que es éste un fenómeno jurídico, basado en el derecho natural, y de allí que en su sentir, no pueda ser incompatible con aquel¹⁸⁶.-

Aduciendo - consecuentemente con su posición - la denominada “tesis de autoconservación del Estado”, culmina Sagüés expresando que “(...) no hay otra alternativa que reconocer al Poder Judicial, aptitud para ameritar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia y evaluar después su juridicidad y validez en función de los toques: restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y de legitimidad de medios que debe satisfacer”¹⁸⁷.-

Claramente, aunque en forma aislada, esta tesitura cobró cuerpo jurisprudencial en uno de los fallos más oscuros de la historia de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema: me refiero a los obrados “Peralta”¹⁸⁸, donde el Alto Tribunal convalidó el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia (que a esa fecha no habían sido aún avalados constitucionalmente por el reformador Argentino de 1994, al incorporar el Art. 99 Inc. 3 ° C.N.), sobreponiendo

¹⁸⁵ Sabsay, Daniel “Manual...” citado, pág. 404. Ello le permite concluir, con razón, que “(...) de este modo, se contribuye al debilitamiento del sistema democrático en su conjunto y al aumento del descreimiento de los ciudadanos en las bondades de un sistema que proclama la vigencia de las nociones de poder limitado y del reconocimiento de los derechos humanos”

¹⁸⁶ Sagüés, Néstor “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia” citado, cita online AR/DOC5334/2001, a lo que agrega que este presunto “derecho de emergencia” que al actuarse puede imponer dispensa a la Constitución “(...) tampoco es destructor en todo el derecho positivo, ya que subsiste plenamente el mismo, en los aspectos cuya dispensa no legitima la necesidad.”. Demás está decir que no concordamos con éste tesitura.-

¹⁸⁷ Sagüés, Néstor “Derecho constitucional y Derecho de Emergencia” ya citado (“LL” 1990-D-1036).-

¹⁸⁸ Cfr. CSJN En Autos “Peralta, Luis y otros c/Estado Nacional Argentino/Ministerio de Economía/BCRA s/Amparo” del 27/12/1990, “LL” Suplemento Universitario, 1° Ed., febrero del 2001.-

al Poder Ejecutivo por encima de las potestades del Congreso de la Nación, aduciendo que “(...) la Constitución de la Unidad Nacional implica también la de asegurarla continuidad y supervivencia” por entender que “(...) es este un principio que proporciona una guía segura y perdurable”, con lo que se avaló claramente el así denominado “derecho de la emergencia”, entendido como modalidad supraconstitucional nacida del Estado de Necesidad, ante un posible desmembramiento del Estado.-

Fue esta una increíble realidad, que se desarrollo no en un período de “dictadura”, sino en el contexto de la vigencia del Estado de Derecho en nuestro país, y respecto de un instituto emergencial (el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, sin norma que así lo habilite), que fue sindicado por nuestro querido amigo el profesor Miguel A. Ekmekdjian, como “el caballo de Troya de nuestra República”¹⁸⁹

No quiero dejar de destacar aquí que también el colega Benito Garzón¹⁹⁰, desechó críticamente la tesis desarrollada por Néstor Sagüés, señalando frente a su formulación, que “(...) la admisión de la “necesidad y urgencia” como hechos fácticos, sean de tipo político, económico o natural, no puede ingresaros al plexo constitucional con ése rango para legitimar su destrucción. Menos aún, llenar la laguna del constituyente, con una creación en la que se antepone la “necesidad de Estado – razón de Estado – a la Constitución, e igualando sociedad con Estado como categorías similares”

¹⁸⁹ Señalaba el respetado jurista (“El Poder Ejecutivo y el Gabinete Ministerial” en AAVV. “Reforma Constitucional” Edit. Ciudad Argentina, pág. 29/20), antes de concretarse el proceso reformador de la Constitución, en 1994, que “(...) los decretos leyes se pueden fundar, normalmente, en la emergencia He aquí la primera falacia: la emergencia no puede generar derecho. Como ustedes recordarán, las únicas situaciones de emergencia previstas en la Constitución son la conmoción interior y el ataque exterior (Art. 23) como fundamentos del Estado de Sitio, y las causales de la intervención federal (art. 6). Únicamente estas emergencias – que están previstas en la propia Constitución – pueden generar derecho. De otra manera, si le damos a cualquier emergencia la función de fuente generadora de derecho, caemos en una contradicción gravísima que es, justamente, la negación del derecho escrito como técnica de regulación social; en otras palabras, en el vale todo. Tanto es así, que todos los gobiernos militares que ha sufrido nuestro país – si ustedes recuerdan sus proclamas y sus documentos – se basaban en la emergencia, en el estado de necesidad, creado por un supuesto vacío de poder. Con esto quiero decir que con la emergencia yo puedo justificar cualquier cosa, porque además yo soy el que juzga su existencia. Además, si es una cuestión política – como afirma la Corte Suprema de Justicia – nadie más que el que la invoca, que también es el que la utiliza, decide sobre su aplicación, ya que ni siquiera el Congreso asume el control de su empleo, aun en el caso de que la haya admitido”. Y finaliza resaltando, que “(...) entonces, y para redondear, y reitero que los decretos-leyes o los decretos de necesidad y urgencia o reglamentos de necesidad y urgencia, como también se los llama, en un gobierno presidencialista son el caballo de Troya de la República” Toda una petición de principios...

¹⁹⁰ Cfr. Garzón, Benito Carlos “La Constitución, la emergencia y los derechos sociales” (Boletín de la AADC, N ° 72, pág.5.). Agrega allí nuestro autor, que “(...) hablar de la emergencia como “derecho constitucional consuetudinario”, importa en sus consecuencias tanto como incorporar a la Constitución material, el germen de su autodestrucción”.-

Rechazo entonces, por claramente reñida con la estructura esencial del sistema constitucional argentino, la tesis propuesta por éste prestigioso jurista Argentino, y además, reivindico con ello, los límites tradicionales que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto a la doctrina de la emergencia, y a los que luego me he de referir, en tanto, y cuanto menos, sitúan claramente a los episodios emergenciales, en los confines dispuestos por la propia Carta Fundamental.-

Ello así, pues, creo que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella, sin que su generación implique la creación de un poder, aunque sí el ejercicio de uno concedido a quien la declara, y ejerce las atribuciones que de ella derivan.-

Una vez descartada, como lo hago en éste trabajo, la tesis de que existe un “derecho de emergencia” que puede aún sobreponerse al sistema constitucional, me adentraré en la idea rectora, que informa, que la emergencia solo resulta ser una anomalía normada por el sistema constitucional, condicionada por éste, y que regula acontecimientos súbitos que se presentan con determinadas características que según Gregorini Clusellas¹⁹¹, determinan el tratamiento defensivo adecuado.-

Puedo entonces con ello, y ya aclarado el punto anterior, ensayar la siguiente clasificación de emergencias del organismo político en: a) emergencias económicas; b) emergencias derivadas de de catástrofes naturales; c) emergencias institucionales internas, o conmoción interna; d) emergencias bélicas o de guerra internacional.-

Cierto es que las situaciones reseñadas tienen en común, su potencial aptitud de desbordar las defensas regulares que a tal fin dispone el aparato estatal, por lo que acaecidas, debe dotarse al Poder, de recursos adicionales para poder enfrentarlas con eficacia.-

En nuestro país, históricamente fueron receptadas aquellas emergencias de origen político, derivadas de conflictos internacionales, o graves disturbios internos, con aptitud para afectar el desenvolvimiento regular de las instituciones de la República.-

En tal sentido, la generalidad de la doctrina¹⁹², estipula que hasta que fue operada la reforma constitucional de 1994, los únicos institutos de emergencia regulados en la

¹⁹¹ Gregorini Clusellas, Eduardo “Estado de Sitio” citada, pág.28. Adrede, hemos omitido indicar al seguir la clasificación de este autor, las que él denomina emergencias revolucionarias, por lo antes señalado, y por así proscribirlo el Art. 36 del texto fundamental Argentino hoy vigente.-

¹⁹² Dalla Vía, Alberto “Derecho Constitucional Económico” Edit. Abeledo-Perrot, pág. 350 y ss.-

Constitución fueron el Estado de Sitio (Art. 23 CN.) y la Intervención Federal (Art. 5. 6 y CC. CN.)¹⁹³.-

Es evidente entonces, que ambos institutos poseen precisos confines siendo su alcance claramente limitado, cuanto menos, desde su formulación constitucional. -

Con relación al Estado de Sitio, puede ser establecido por el Congreso de la Nación, o por el Presidente cuando el cuerpo colegiado no se encuentra en período de sesiones para el caso de conmoción interior, o por sí y con Acuerdo del Senado para el supuesto de ataque exterior. Respecto de la Intervención Federal, hace prevalecer al Gobierno Federal por sobre los Estados Provinciales en caso de insurrección, o conflictos respecto de los cuales el

¹⁹³ Aún así, existen diversos institutos de emergencia que han sido aplicados en otros sistemas constitucionales, y aún por nosotros, en breves períodos como lo son: el *Estado de Sitio Presidencial* (regulado en el derogado Art. 83 Inc. 20 de la Constitución de 1853, y suprimido por la reforma constitucional de 1866). Su texto disponía: “Aún estando en sesiones el Congreso, y en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el Presidente podrá por sí solo usar sobre las personas de la facultad limitada en el Art. 23, dando cuenta a éste cuerpo en el término de diez días desde que comenzó a ejercerla. Pero si el Congreso no hace declaración de sitio, las personas arrestadas o trasladadas de uno a otro punto, serán restituidas al pleno goce de su libertad, a no ser que habiendo sido sujetas a juicio, debiesen continuar en arresto por disposición del juez o tribunal que conociere en la causa”. También el *Estado de Prevención y Alarma* fue incorporado transitoriamente a nuestro sistema constitucional por la fallida reforma de 1949 (Art. 34 y 83 Inc. 19), enunciado así: “Podrá declararse asimismo el Estado de Prevención y Alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal funcionamiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con relación a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días”. Otro instituto de excepción que apareció también transitoriamente en el Art. 842 del Código de Justicia Militar, en tiempos de dictadura en Argentina, alude a la *convocatoria militar de la población civil*, o de “puesta bajo bandera”, cuando lo exige la ejecución de las leyes de la Nación y sea necesario contener insurrecciones o repeler las invasiones. Respecto del *Estado de Guerra Interno* (expresión que no posee asidero constitucional en nuestro sistema jurídico), rigió en el país durante la vigencia de la reforma constitucional de 1949, y fue creada por Dec. 19.376/51, ratificado posteriormente, casi en forma inmediata por Ley 14.062. Señalaba que “todo militar que se insubordine o se subleve en contra de las autoridades constituidas o participe en movimientos tendientes a derrocarlas o desconocer su investidura, será fusilado inmediatamente”. Respecto del “*Estado de Guerra*” entren nosotros no constituye un instituto de emergencia autónomo, sino que habilita la declaración del Estado de Sitio, al igual que la conmoción interior siempre que ese Estado de Guerra haga peligrar a la Constitución o sus instituciones. Finalmente, la declaración de “*Ley Marcial*” significa someter a la ley y tribunales militares a todos aquellos que están comprendidos por la declaración, sean ellos civiles o militares. Si bien el texto constitucional omite absolutamente su mención, el instituto tuvo aparición reiterada en nuestra vida política a partir de los gobiernos golpistas aparecidos luego de 1930. Claro es que en nuestra dinámica constitucional han aparecido numerosas situaciones de excepción que no se condicen con el normal funcionamiento de las instituciones de la democracia, reguladas habitualmente en el texto supremo. Aún así, la derogación ulterior del Código de Justicia Militar, y más de 30 años de vigencia ininterrumpida de nuestro sistema constitucional – pese a los vaivenes que implicó el mantenimiento del mismo por parte de nuestra sociedad –, hablan de la desaparición de estos institutos anómalos, reñidos muchas veces con la vigencia del sistema y el fortalecimiento de sus instituciones.-

Gobierno Federal adeuda la “garantía Federal”, conforme así lo impone el Art. 5 del Texto Fundamental¹⁹⁴

Aún así, no resulta ocioso resaltar en éste punto, que la reforma de 1994 reivindica el rol del Congreso de la Nación para la declaración de la Intervención Federal, pudiendo hacerlo el Poder Ejecutivo solo en caso de receso de las cámaras legislativas aunque debiendo, de darse ése supuesto de excepción, convocárselas de inmediato a fin de que la medida sea controlada por el cuerpo colegiado.-

Cierto es también que luego de operada la reforma constitucional de 1994, se ajusta en el texto fundamental, como antes lo señalé, la modalidad de actuación para declarar la intervención federal, pero asimismo, se regulan en la Constitución federal, dos nuevas modalidades emergenciales.

En primer lugar, el Art. 76 CN. Autoriza a que el Congreso de la nación produzca “delegación legislativa” por causas de emergencia pública. También, el Art. 99 del Texto Supremo habilita al Presidente, en Acuerdo General de Ministros¹⁹⁵, al dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia cuando circunstancias excepcionales, hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes¹⁹⁶, los que deben ser sometidos a un posterior control parlamentario, tardíamente instrumentado por el Congreso de la Nación, con la sanción de la Ley 26.122, actualmente en vigor.-

Debo recordar aquí que aún cuando la ley mencionada no había sido dictada, la Corte Suprema había convalidado de todos modos la eficacia de DNU aún frente a tamaña omisión, señalando que “(...) la falta de ley reglamentaria de estos decretos, no impide al presidente el dictado de los mismos”¹⁹⁷

¹⁹⁴ Ya que la Federación Argentina no solo no admite el derecho de “secesión” por parte de los estados provinciales, sino que además, ha explicitado la prevalencia del derecho federal por sobre el Derecho Público Provincial (Art. 31 CN.).-

¹⁹⁵ Es que en el sistema de la Constitución, la emisión de DNU constituye la generación de un acto complejo en el que necesariamente intervienen todos los Ministros del PEN, con responsabilidad política del Jefe de Gabinete de Ministros en su creación. Ya no puede el Presidente dictarlos por sí, sin más. Para avanzar en el tratamiento de esta interesante cuestión, que excede los confines del presente aporte, sugiero recurrir a la lectura de mi “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, 2000, T° III).-

¹⁹⁶ Claro es que a la fecha de operarse la reforma constitucional, estos institutos ya habían sido invocados y aplicados entre nosotros, sin base de sustento en el propio texto fundamental y con grave perjuicio institucional, aunque avalados por el Derecho Judicial. Luego volveré sobre la cuestión.-

¹⁹⁷ Cfr. CSJN en Autos “Rodríguez” (1997). Aunque señaló al mismo tiempo, que ello no implicaba convalidar el decreto de necesidad y urgencia, en tanto esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales – antes, durante o después de su tratamiento

Continuando ahora con el desarrollo histórico del acaecimiento inflacionario de los institutos de emergencia en el país, se encuentren ellos o no enunciados en el Texto Fundamental, diré que tal desajuste no acaeció sino hasta operadas las crisis económicas de la postguerra. Fue entonces que la jurisprudencia comenzó a echar mano al concepto de “emergencia económica”, sin el apoyo de una precisa regulación en el texto fundamental, lo que confundió y problematizó ambos conceptos, tendiendo la dirigencia política nacional, a partir de allí, un puente de plata para extender medidas de emergencia que difícilmente pudieron subvenir a la recurrente crisis que a la fecha se presenta en la institucionalidad Argentina como “terminal”, y proyectando sus graves efectos sobre el regular funcionamiento de los sistemas provinciales de la federación.-

Dicho lo anterior, y antes de acercarme al aporte jurisprudencial, que edificó los elementos que nutren al Estado de Necesidad habilitante de una declaración de emergencia, diré que ella puede ser sustantiva (o de fondo) o procesal: la primera refiere a materias fondales¹⁹⁸, la segunda actúa frente a problemáticas de derecho adjetivo¹⁹⁹.-

Pero la técnica que propició el avance desmedido de la “emergencia” en desmedro de las prerrogativas ciudadanas, y también del adecuado funcionamiento de nuestra ingeniería constitucional, acrecentando el gigantismo del Poder Ejecutivo, debilitando los roles institucionales del Congreso de la Nación, y desmadrando la eficiencia del federalismo real, actuó en principio sobre la base de una desmedida importación y aplicación, por parte de nuestro Poder Judicial, de la doctrina norteamericana de las “cuestiones políticas”²⁰⁰, para luego proceder a avalar los avances del rol presidencial en materia de Estado de Sitio e Intervención Federal, aceptando y exacerbando finalmente el acaecimiento de diversos modos de emergencia económica que a la postre fueron convalidados normativamente con la

legislativo, y cualquiera fuese la suerte que corriese en ése trámite, siempre ante un caso concreto en el que la norma cuestionada se considerase en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Constitución.-

¹⁹⁸ Cita como ejemplos de ella, Néstor Sagüés (“Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia” citado), entre otras, a leyes como la 9481, que suspendió el régimen de conversión de papel moneda por papel sellado, en términos de la ley 3871 (ADLA 1889-1919, 473), que fue dictada días después de iniciada la Segunda Guerra Mundial, o la 12.591 (ADLA 1920-1940, 841) de precios máximos, fundado el proyecto expresamente en razones de necesidad, derivadas de los efectos de la Segunda Guerra Mundial.-

¹⁹⁹ Refiere en éste caso Sagüés como ejemplos (“Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia” citado), entre otras a la Ley 16.739, de suspensión de sentencias de desalojo, o la Ley 23.696, Art.50, que suspendió la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenen al Estado Nacional, entidades autárquicas y empresas del Estado al pago de sumas de dinero.-

²⁰⁰ Esta más que importante problemática, fue abordada en un excelente desarrollo por Jorge Vanossi en su “Teoría Constitucional (Depalma, Tº II, Apéndice I, pág. 363 y ss.). Recomiendo su lectura íntegra.-

reforma constitucional de 1994, al regularse la posibilidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia²⁰¹, permitiéndose además al Congreso de la Nación, efectuar delegación legislativa²⁰², siempre por razones de “emergencia”.-

Debo expresar también que al intentar poner “coto” a tales excesos, nuestro Poder Judicial solo atinó a convalidarlos, desarrollando determinadas modalidades limitantes de esos temibles “poderes de emergencia”, los que según Dalla Vía²⁰³, y fruto de un desarrollo jurisprudencial al que seguido me referiré, son; “(...) que la misma esté prevista en la norma de base; que su duración sea limitada, que no pueda afectar los derechos y garantías constitucionales básicos y que su aplicación esté sujeta al control de constitucionalidad por los órganos constituidos”.-

Así es que, retomando el tránsito histórico emprendido, este camino jurisprudencial validante de las emergencias acaecidas en el país, se inicia en realidad al decidir la Alta Corte autolimitar su ámbito de control en cuestiones a las que llamó “políticas”, y por ello, “no justiciables”, señalando que determinados actos emanados de los órganos políticos de gobierno (Presidente y Congreso de la Nación), no ameritaban su control judicial, atendiendo a la particular naturaleza que ellos detentan.-

En realidad, entiendo que la jurisprudencia nacional realizó aquí una interpretación claramente extensiva - y poco prudente, me permito agregar - de esta doctrina, nacida en el derecho norteamericano, a partir de su temprana jurisprudencia²⁰⁴ para admitir que el Poder Judicial se exima de su deber de fallar en casos judiciales, ante la aparición de “cuestiones políticas”²⁰⁵, con el fin de definir claras pautas para asegurar el respeto y la estricta vigencia

²⁰¹ Art. 99 Inc. 3 de la Constitución Nacional.-

²⁰² Art. 76 de la Constitución Nacional.-

²⁰³ Dalla Vía, Alberto “Derecho Constitucional Económico” citado, pág. 349. Sobre ésta base conceptual distingue nuestro autor, la diferencia entre “situaciones de emergencia” y los “institutos de emergencia”, que caracteriza como “(...) remedios constitucionales a la emergencia” (pág. 350).-

²⁰⁴ Cfr. SCUS “Ware vs. Hilton”, 3 US.286.-

²⁰⁵ Refiere Vanossi (“Teoría...” citada, pág. 364/65), que son varias las cuestiones ante las cuales los tribunales ejercitan cierta “discreción”, mencionando en particular “(...) a) las doctrinas del *“equitable self restraint”* (Cfr. SCUS “Giles vs. Harris”; 189 US.475; *Colegrove vs. Green*, en voto del Justice Frankfurter, 328 US.564) y del *“equitable abstention”* (Cfr. SCUS “Martin vs. Creasy; 360 US. 219; “Thompson vs. Magnolia Petroleum Corp.; 309 US.478.), en que reconociendo tener jurisdicción, el tribunal se rehúsa a ejercerla por razones de grave inoportunidad, o por resultar evidente que el amparo judicial solicitado, en la práctica será imposible de aplicarse; b) la doctrina del *“forum non conveniens”*, según la cual, aún cuando el tribunal requerido es competente, se niega a ejercer su jurisdicción por haber otro tribunal también competente al que las partes deberían concurrir por razones de mayor cercanía de domicilio o similares (Cfr. SCUS “Norwood vs. Kirkpatrick”, 349 US.29); c) la tendencia de evitar una decisión sobre cuestiones constitucionales cuando el fallo puede fundarse sobre otras bases (Cfr. SCUS “Ashwander v. TWA”, 297 US. 286); y d) la doctrina de las

de la teoría de la “División de Poderes” que se anida implícita en el texto constitucional norteamericano.-

Conforme esta tesitura, cuando el Poder Moderador advierte que su decisión final en una controversia judicial puede corresponder al Poder Ejecutivo, o al Poder Legislativo, o aún al electorado, no ejerce su jurisdicción en el punto. Si bien la doctrina mencionada no refiere en particular puntualmente cuales serían estas cuestiones, la Corte Suprema norteamericana se ha reservado para sí, la discrecionalidad para determinarlas, aunque según lo señala Vanossi, solo “(...) con referencia a casos aislados y a través de un largo e irregular proceso de autolimitación”²⁰⁶

Pero aún luego de construida ésta alambicada teoría, la propia Corte norteamericana puso coto a ciertos excesos, cuando resuelve los obrados “Baker vs. Carr”²⁰⁷, desbaratando una práctica común en ciertos Estados de la Unión, consistente en manipular el diseño de sus distritos electorales para favorecer indebidamente a determinados intereses o grupos políticos, debilitando a los restantes²⁰⁸.-

Si bien la constitución norteamericana y su legislación federal intentaron limitar estas prácticas, ordenando a los Estados actualizar periódicamente sus circunscripciones electorales, siguiendo cada censo decenal, en muchos estados se había omitido dar cumplimiento a esas prescripciones.-

Fue por ello que los ciudadanos víctimas de tales así denominadas “gerrymenderings” optaron por ocurrir a la justicia, y en principio las demandas recayeron en tribunales

“cuestiones políticas”, según la cual cuando éstas aparecen involucradas en un caso, esto no es “justiciable”. Señala seguido, Vanossi, que la idea central de ésta última doctrina citada, es la de “(...) efectuar una adecuada distribución de las funciones gubernamentales, evitando que un poder invada la esfera de los otros.-

²⁰⁶ Vanossi, Jorge “Teoría Constitucional” referida, pág. 366, con cita a los precedentes SCUS “Luther vs. Borden”, 48 US.1, y “Pacific States Telephone &Telegraphe CO. Vs. Oregon, 223 US. 118. Describe luego nuestro autor entre tales limitados supuestos, a aquellos vinculados a la “garantía de la forma republicana de Gobierno para los Estados”, “validez de sanción de proyectos de reforma constitucional o legislativa”, “reconocimiento de gobiernos extranjeros”, “determinación de si el país se halla o no en estado de guerra”, “estatus de las tribus indígenas”, “validez y vigencia de tratados con naciones extranjeras”, “conflictos territoriales y de límites” y con cierta oscuridad e imprecisión, en supuestos en que se alegó la inconstitucionalidad de leyes estatales demarcatorias de las circunscripciones electorales”-

²⁰⁷ SCUS, Autos “Baker vs. Carr”, 369 US. 186,82 S. Ct. 691; 7 L. Ed. 2° 663(1962).-

²⁰⁸ Esta práctica, denominada “gerrymandering” que inequívocamente refería al Gobernador del Estado de Massachussetts, Elbridge Gerry, quien en 1812 promulgó una ley de ésta índole, que a la postre fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte, luego de que la Corte estatal había considerado la cuestión como “política”, y por ende, no justiciable. Bien señala en el punto Vanossi, con cita a Bruce Burns, que esta práctica se remontaba a la época colonial de ésa Nación

estaduales. Algunos de ellos optaron, según así lo refiere Vanossi²⁰⁹, por remediar el problema, ordenando adecuadas redistribuciones distritales²¹⁰, o anularon la ley demarcatoria en cuestión, restableciendo una anterior²¹¹, en otros casos efectuaron por sí mismos un nuevo prorrato²¹², o también ordenaron considerar al Estado como un distrito único hasta que la legislatura local trazara nuevas circunscripciones²¹³.-

Aún así, ciertos tribunales estatales optaban en general por no intervenir, forzando a la legislatura en cuestión a resolver el problema, y por ello, los interesados se vieron obligados a recurrir a los tribunales federales. Si bien en un principio la alta Corte norteamericana rehusó admitir el recurso²¹⁴, luego efectuó una importante apertura institucional en el punto²¹⁵.-

La cuestión fue empero, debidamente clarificada al fallarse por parte de la Suprema Corte los Autos “Baker vs. Carr”, antes citados, en donde con base en un voto del Justice Brennan, se estableció: 1) que el Tribunal estadual actuante (Corte Suprema del Estado de Tennessee), tenía jurisdicción en la materia objeto del juicio; 2) que la cuestión planteada en recurso era justiciable, con lo que correspondía amparar judicialmente la petición en curso; y 3) que los recurrentes detentaban legitimación para discutir la validez de las leyes de prorrato distrital de Tennessee.-

Basicamente, Brennan aplica aquí la regla de “igual protección ante las leyes” que tienen todos los votantes, acordándoles en el caso a aquellos que alegaron perjuicio, el ansiado “standing to sue”, al resaltar que el hecho de solicitar protección judicial frente a la agresión presunta de derechos políticos, no implica que la cuestión se torne necesariamente en “política” y no justiciable”, máxime cuando se ventilaban aquí cuestiones de relación entre la justicia federal y los Estados de la Unión²¹⁶.-

²⁰⁹ Vanossi, Jorge “Teoría Constitucional” citada, T ° 2, pág.369.-

²¹⁰ Cabe citar aquí los tres juicios contra “Suffolk-County Apportionment Comission” de Massachussetts, en 224 Mass. 598, 225 Mass 25 y 225 Mass. 124.-

²¹¹ Cfr. SCUS “Ragland vs. Anderson”, 125 Ky. 141.-

²¹² Cfr. SCUS “Pickens vs. Board of Apportionment”, 246 SW. 2nd.556

²¹³ Cfr. SCUS “Brown vs. Saunders” 159 Va. 28

²¹⁴ Cuando se recurrió de un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones del 7° Circuito, aduciendo para ello, que la alegada violación del Art. IV. Sección 4 de la Constitución, que garantiza la vigencia de la forma republicana de gobierno, no podía ser planteada ante los tribunales.-

²¹⁵ Ver para cotejo SCUS “Smiley vs. Holm” 285, US. 355; “Koening vs. Flynn” 285, US. 375, y “Carroll vs. Becker”, 285 US. 380, entre otros.-

²¹⁶ Textual del voto. Cfr. Bartholomew, Paul “Leading Cases on The Constitution”, Edit. Littlefields, Adams &Co, 1977, pág.33.-

Aclarado lo anterior, es del caso indicar que entre nosotros, el primer aval al crecimiento desmesurado de los denominados “poderes de emergencia”, derivada de los institutos de emergencia “estado de sitio” e “intervención federal”, se debió a una aplicación vernácula que entiendo descontextuada, de la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”, antes presentada.-

Si bien era claro que la utilización de esta teoría solo podía referirse a aquellos temas políticos, que por su especificidad o naturaleza, habían de ser consideradas ajenas a la materia judicial²¹⁷, su aplicación desmesuradamente extensiva, aduciéndose para ello razones de una mal llamada “prudencia política”, terminó por avalar como “cuestiones políticas” a una serie de situaciones, que por estar previstas explícita o implícitamente en la Constitución, debían encontrarse necesariamente sujetas al control de constitucionalidad²¹⁸

También el instituto de la intervención federal, por iguales razones, fue claramente desnaturalizado, desde la habilitación que nuestra Alta Corte ofreció a la actuación discrecional del Poder Político, en desmedro de la vigencia de las autonomías provinciales.-

Bien expresa aquí Antonio Hernández²¹⁹, que la intervención federal es el lamento clásico del federalismo argentino, agregando a ello, que “(...) la institución no pudo ser reglamentada por el Congreso, lo que revela debilidad en el comportamiento federal”²²⁰.-

Si bien la los constituyentes de 1853 concibieron a éste instituto como un remedio emergencial extremo²²¹, con el que se operativiza la “garantía Federal” de las provincias,

²¹⁷ Refiere como supuestos de válida aplicación de esta doctrina Alberto Dalla Vía (“Derecho Constitucional Económico”, citado, pág.351), “(...) los casos de declaración de guerra, o conveniencia o no de la aprobación de un tratado”

²¹⁸ Así, y si bien la declaración de Estado de Sitio fue y aún hoy es considerada por nuestra Alta Corte de Justicia como “cuestión política”, ello permitió como derivación, y salvo loables excepciones (Cfr. Autos “Sofía”), una reserva de discrecionalidad a favor del Poder Político, contraria a las garantías individuales y al mantenimiento de una adecuada ingeniería constitucional

²¹⁹ Hernández, Antonio María “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” citado, pág. 68, agregando a ello en los fundamentos de su proyecto legislativo sobre la institución, que “(...) la historia de la intervención federal en nuestro país es la historia de desencuentros entre la Nación y las provincias pues durante los 123 años transcurridos entre 1853 y 1976, se ordenaron 174 intervenciones provinciales. Estos números son el mejor registro del uso y abuso que hizo el gobierno federal del instituto de la intervención, en especial si se tiene en cuenta que los datos que se presentan no incluyen las numerosas situaciones de allanamiento a la autonomía provincial decididas por los gobiernos militares que se sucedieron – solo interrumpidos por breves interregnos democráticos y semidemocráticos – desde 1930”.-

²²⁰ Y ello no por falta de intentos en éste sentido. Puedo recordar aquí la interesante publicación del Ministerio del Interior de la Nación hacia el año 1933, que desarrolla un proyecto de Ley Orgánica de Intervención Federal en las Provincias, pródigo en antecedentes nacionales y extranjeros en el tema, cuya lectura vale la pena recorrer. (Edit. Talleres Gráficos de Correos y Telégrafos, Buenos Aires, 1933).-

²²¹ Si bien esta figura no se encuentra prevista en el sistema constitucional norteamericano, existe allí la posibilidad de requerir el auxilio de la fuerza pública, a pedido de una legislatura o gobernador estatal (Secc.4,

establecida en el Art.5 del Texto Fundamental, no hay duda de que los sucesivos gobernantes se valieron de él en forma reiterada, para subordinar a aquellas provincias “discolas” a los dictados del gobierno central²²².-

Aún así, no puedo dejar de resaltar que aún en el contexto de una intervención federal legítimamente declarada, la Corte Suprema reconoció – cuanto menos - la necesidad del respeto a los derechos de los habitantes de la provincia de que se trate, lo que de hecho, integra el fin de la intervención. Con ello tuvo por claro que el objetivo de la intervención debe ser, la viabilidad al respeto de los derechos fundamentales, y no la imposición de un régimen jurídico que se exhiba extraño a los derechos e intereses de los habitantes que moran la provincia intervenida²²³

Claramente, los constituyentes reformadores de 1994, intentaron poner orden a tales excesos cuando al reformar el Art. 75 Inciso 31, dispusieron con claridad que ésta facultad compete al Congreso de la Nación, y solo excepcionalmente, en tiempo de su receso, al Poder Ejecutivo. Adviértase que una vez decidida ahora la Intervención Federal por el Presidente, en receso del Poder Legislativo, el Congreso puede al retomar sesiones, aprobarla o revocarla, y además, como bien lo indica el Art. 99 Inc. 20 del texto fundamental ahora

Art. IV de la Constitución norteamericana), que ha servido de modelo para regular la figura en el constitucionalismo vernáculo, con una extensión realmente abierta y que llevó a una desmesura con que el Gobierno Federal avasalló a los provinciales que le fueron díscolos, favorecido ello por una jurisprudencia permisiva de nuestra Alta Corte de Justicia, que en los obrados “Cullen c/Llerena” y “Orfila” determinó que todo lo concerniente a las intervenciones federales son cuestiones políticas que escapan al control de constitucionalidad, Señala en éste punto Alberto Dalla Vía (“Derecho Constitucional Económico” Edit. Abeledo-Perrot, pág.379), que aprovechando un vacío del Art. 6 C.N., luego felizmente cubierto por la reforma constitucional de 1994, el Poder Ejecutivo asumió que era esta una facultad concurrente del Congreso y el Presidente, “(...) de este modo, el presidente vino a adquirir una facultad casi absoluta de nombrar delegados prácticamente personales en cualquier jurisdicción del país, desplazando a las autoridades electas de las provincias, y aún a las judiciales

²²² Prueba de ello es que de las 174 intervenciones federales habidas entre 1853 y 1976, solo el 32% (56), fue decidida por el órgano legislativo y el 68% restante (118) por el Poder Ejecutivo.-

²²³ Cfr. CSJN (Fallos 156:127). Señaló allí la Corte Suprema que “(...) el hecho de que una provincia se halle intervenida por el gobierno federal no puede constituir bajo concepto alguno, un caso de fuerza mayor, por tratarse de una situación legal y política prevista por la Constitución Nacional y que, por lo tanto no es equiparable al hecho del soberano o fuerza del príncipe, considerando como actos emanados de esa autoridad tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos. Las intervenciones no serán instituidas para cercenar derechos a los habitantes de las provincias, sino para garantizarlos plenamente ejercicio, ni causa de cesantía de la personería jurídica de los estados que son, de existencia necesaria, ni producen moratorias no sancionadas expresamente por la ley, ni interrumpen la vida administrativa”. Quizá ha reiterado aquí la Corte Suprema el concepto desarrollado por su par norteamericana, en tanto ella sostuvo que el sistema federal “(...) implica la existencia de una unión indestructible de Estados indestructibles” (SCUS en Autos “Texas vs. White”, 1869).-

vigente, el Poder Ejecutivo, en caso de decretar intervención federal en receso del Congreso, lo debe convocar simultáneamente para dicho tratamiento.-

Claro es que la postura omisiva, que se tornó a la postre en permisiva a partir de la habilitación efectuada por el Poder Moderador, permitió en el pasado, la generación de innumerables abusos del Gobierno Central y la manipulación política por su parte, de resortes legales que claramente son de excepción²²⁴, violando con cada uno de tales excesos, el principio de respeto a la autonomía de las provincias en el ejercicio de sus competencias concedidas por la Constitución, y antes analizadas en detalle²²⁵.-

Pero al margen de las actitudes omisivas señaladas, nuestro Poder Judicial habilitó también, el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo federal, de modalidades emergenciales no previstas en forma expresa en aquel tiempo por el texto fundamental, elaborando de éste modo, la así denominada “doctrina de la emergencia judicial”

El texto constitucional originario de 1853, recoge el ideario del constitucionalismo clásico, emparentado con el liberalismo económico y – como vimos – siguiendo claramente, y en particular a partir de 1860, el modelo estructural propuesto por el constitucionalismo norteamericano, ello sin perjuicio de adoptarse desde sus inicios el modelo federal²²⁶, era claro que nuestro sistema constitucional portaba ya desde su génesis, el ADN habido en los frustrados intentos constitucionales unitarios de 1816 y 1819, que influyó decididamente en los actores políticos de la denominada “generación del ‘80.-

En éste contexto, y frente a la aparición de innumerables situaciones que ameritaron “declaración de emergencia”, ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que delineó – no sin transitar el tal senda por significativos vaivenes - los requisitos para habilitar

²²⁴ Bien señaló Antonio Hernández al proponer en el H. Congreso de la Nación, una legislación reguladora del Régimen para la Intervención Federal a las Provincias (del autor “Labor Parlamentaria” Diciembre 1991/abril 1994, Edit. H. Cámara de Diputados de la Nación, 1995, T°1, pág. 28), lo indicado por el Acuerdo de Reafirmación Federal, suscripto en Luján, en 1990, en tanto expresó que “(...) reafirmar el federalismo no supone solo 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 la garantía de igualdad de oportunidades de todas las partes que componen el Estado Nacional, cualquiera sea su enclave territorial, su densidad poblacional, su potencialidad económica o su grado de desarrollo tecnológico”

²²⁵ Nuevamente acierta aquí Dalla Vía (Derecho Constitucional Económico” Edit. Abeledo-Perrot, pág.379), cuando propone que si se combina esta facultad de declarar la intervención Federal y designar a la vez el delegado interventor, que representa al Poder Ejecutivo “(...) que fue ejercida en innumerables ocasiones por casi todos los presidentes constitucionales Argentinos, con las del Estado de Sitio, se comprende la cercanía del rol presidencial con el de un monarca absoluto”

²²⁶ Notable desde los precedentes del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos (1852) y en particular, del Pacto Federal de 1831.-

la aplicación del así denominado “derecho de emergencia” sin violar la matriz constitucional que necesariamente le da origen y viabilidad en los excepcionales supuestos en que se decide declararla.-

Ellos son:

1. Que medie un auténtico estado de necesidad, o sea, una realidad fáctica excepcional, definida por el Congreso²²⁷.-
2. Transitoriedad y razonabilidad en la aplicación de la regulación de emergencia²²⁸
3. Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia, o sea, que su propósito tienda al bien común²²⁹ y que sea razonable y justa²³⁰
4. Que no se frustren con su implementación, los derechos y garantías establecidos en la Constitución²³¹

Cabe destacar aquí el meduloso análisis realizado por Alberto Bianchi²³², enfatizando en forma minuciosa aquellos principios que nutren al control de constitucionalidad del marco de las facultades de emergencia del Poder Legislativo y ejecutivo, destacando entre ellos, que: a) la situación de emergencia económica, es un supuesto idóneo para poner en funcionamiento del poder de policía de la emergencia; b) la situación de emergencia debe ser declarada por Ley del Congreso; c) la declaración de emergencia debe perseguir un fin público, que consulte los generales y superiores intereses del país; d) las restricciones excepcionales de derechos, deben ser transitorias, nunca permanentes; e) los medios elegidos por el legislador para superar la emergencia deben ser adecuadamente proporcionados al fin perseguido; f) las garantías constitucionales no quedan suspendidas en su totalidad, sino solo en cuanto a su ejercicio resulte incompatible con el poder de policía; g) las restricciones no pueden afectar a personas individuales o a grupos determinados de ellas, deben ser generales e indeterminadas.-

²²⁷ Cfr. CSJN, Fallos 202:456.-

²²⁸ Cfr. CSJN Fallos 136:171 y 200:450.-

²²⁹ Cfr. CSJN Fallos 202:456; y 136:171.-

²³⁰ Cfr. CSJN Fallos 200:450; 202:456.-

²³¹ Cfr. CSJN Fallos 243:467; 209:405.-

²³² Cfr. Bianchi, Alberto “Dinámica del Estado de Derecho” Edit. Ábaco, Buenos Aires, 1996, pág. 22 y 72.-

A partir de allí se comenzó a desarrollar una tendencia que invita a discernir entre “emergencia real” y “emergencia espuria”²³³, que pese a su buena intención, termina por convalidar el hecho de la realidad a partir del que se aceptó que los diversos estados de crisis pueden subvenirse con la aplicación de institutos de emergencia, lo que nosotros desechamos, en particular por quebrar tal tesitura, la regla republicana de división de poderes, y por sus efectos, al diluir desde su reiterada implementación, la real atribución competencial entre el Gobierno Federal y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, impuesta por el texto fundamental.-

En consecuencia, luego de lo antes expuesto, y cuanto menos desde su percepción “formal”, para que una situación de emergencia pueda considerarse viable, y habilite la vigencia de restricciones constitucionales a los derechos ciudadanos, o limitaciones al normal funcionamiento de las instituciones de la democracia, debe existir necesariamente legitimidad entre fines y medios, cuanto razonabilidad en el medio empleado para conjurar la situación fáctica que tornó necesaria la declaración emergencial.-

Para terminar este aspecto de mi análisis, diré que, más allá de lo antes expuesto, la institución jurídica, reguladora por excelencia de las situaciones de “emergencia no económica” en las estructuras constitucionales, incluida la Argentina, se denomina “Estado de Sitio”²³⁴.-

²³³ Así, Andrés Gil Domínguez (“Constitución, Emergencia y Amparo, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 29) resalta desde su óptica, referenciando aquí lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar los obrados “Smith” (publicado en la revista jurídica “LL” del 04/02/2002) que “(...) un estado de emergencia, para no ser espurio, debe respetar como mínimo los siguientes parámetros: a) responder a circunstancias objetivas que puedan ser detectadas y verificadas por cualquier observador; b) respetar el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad; c) tener un preciso límite temporal; d) aplicar como pautas de interpretación el principio *pro homine* y el principio *favor debilis*; e) generar el menor gravamen posible a quienes no han sido los causantes directos o indirectos de la plataforma fáctica que da lugar a la situación de emergencia”

²³⁴ Señala en éste sentido el Art. 23 de la Constitución Nacional, que “En caso de conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de ésta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará el estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí, ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”. Con ello, puede expresarse que entre nosotros el Estado de Sitio *está estrictamente tipificado en la Constitución textual, es forma,l* porque su entrada en vigor requiere de una declaración expresa por parte del órgano que la Constitución sindicó como competente para empezar a regir (El Congreso de la Nación para el caso de conmoción interior, y en su receso el PEN, hasta comenzar el nuevo período de sesiones legislativas, y para el caso de ataque exterior, el Presidente con acuerdo del Senado), *es claramente un instituto de emergencia*, creado y regulado por la Constitución, significa con ello, *un acrecimiento de las facultades del Estado en desmedro de las del individuo*; es de aplicación limitada. La figura es también *pasible de ser controlada y genera eventuales responsabilidades a*

De raíz francesa, esta institución tuvo un rápido y significativo arraigo en la institucionalidad de América Latina, incorporándose rápidamente al elenco estable de sus regulaciones constitucionales.-

Un gran crítico de esta institución emergencial, el constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte ha dicho de ella que “(...) en los Estados modernos que se llaman Estados de Derecho, la dictadura suele recibir el nombre de “Estado de Sitio”, o que “(...) la aceptación de esta institución está en contradicción con la supremacía de la Constitución y su rigidez, ya que confunde al Poder Legislativo (que lo autoriza), con el Poder Constituyente, y al autorizar a aquel a suspender la Constitución, significa destruir en su base el constitucionalismo y por lo consiguiente, el Estado de Derecho” para terminar señalando, que “(...) implementar ésta figura es (empleando términos que corresponden a la teoría del contrato social), volver al Estado de Naturaleza”

En trance de efectuar una valoración crítica del instituto, puedo señalar que si bien la institución pretendió situarse en el lugar de la defensa máxima de la Constitución²³⁵, resultó ser en la práctica – cuanto menos en Latinoamérica – uno de sus mayores enemigos.-

En general, la situación que propone esta figura es la siguiente: es el Poder Legislativo a quien se concede la decisión de adoptarlo, o si lo hace el Poder Ejecutivo, tiene que solicitar a posteriori la debida autorización al Congreso. La suspensión de garantías se produce aquí por un breve lapso, luego del cual se debieran restablecer automáticamente²³⁶.-

los funcionarios que la adoptan. Finalmente, y como toda figura de emergencia, es de interpretación restrictiva.-

²³⁵ Así lo expuso nuestro máximo tribunal de justicia, señalando que “(...) el objeto primordial del Estado de Sitio es la defensa de la Constitución y de las autoridades que ella crea” agregando que “(...) el Estado de Sitio, lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla” (Cfr. CSJN Fallos 54:432, Caso “Alem” del 15/12/1893).-

²³⁶ Esta cuestión ameritó también una evolución doctrinaria y jurisprudencial, al momento de definirse cuáles eran las “garantías” que suspende la declaración del Estado de Sitio. *La tesitura “minimalista”* sostenida por Linares Quintana y César Romero, progresista pero no seguida por la doctrina y jurisprudencia nacionales, solo admitía que el Estado de Sitio suspenda la garantía de la libertad física, en casos determinados (habeas corpus), y nunca con carácter general. En contraposición a ésta tesitura, González Calderón, Alberdi y Montes de Oca sostuvieron en origen una *postura amplia*, que admitía que la declaración de Estado de Sitio suspendía en forma general todas las garantías de la libertad, incluyéndose en el vocablo a los derechos individuales. Esta tesitura, altamente conflictiva, fue sostenida por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema hasta el año 1956 (CSJN, Fallos 236:45, Autos Grosso, Juan A.”), y en éste contexto, el ejercicio de todos los derechos constitucionales podía quedar sin efecto si – declarado el Estado de Sitio – el Presidente así lo disponía. La jurisprudencia desarrolla seguido, aunque manteniendo la tesis de la suspensión amplia de derechos y garantías que supone la declaración del Estado de Sitio, la gradual admisión del control de razonabilidad de las medidas restrictivas allí adoptadas, hasta que se instala la denominada “*teoría Finalista*” propiciada por Germán Bidart Campos, y a partir de la cual la declaración de Estado de Sitio solo habilita al Poder Legislativo, o al Poder Ejecutivo en su caso, a restringir más intensamente el ejercicio de aquellos derechos relacionados con la causa de la emergencia

Aún así, sabemos quienes vivimos la realidad latinoamericana, que la historia de nuestros pueblos transitó por un andarivel diverso al propuesto por las estructuras normativas que definen y regulan la figura, al punto de haber sostenido Alberto Dalla Vía²³⁷, que el Estado de Sitio resulta ser un verdadero “cementerio de nuestras libertades”. Apoyando ésta tesis, ha expresado Antonio Hernández²³⁸, que “(...) nuestra dolorosa historia muestra el desconocimiento de los límites constitucionales del Estado de Sitio, especialmente por los gobiernos de facto, y en particular, el último, que lo aplicó en toda su duración, con gravísimas violaciones de los derechos humanos”

Así, las medidas excepcionales derivadas de su dictado se extendieron por lo general, una vez adoptadas, a verdaderas suspensiones de derechos y garantías. Por su parte, los “Poderes Ejecutivos” han sabido sortear muy fácilmente el recaudo de la autorización del Congreso, ya que la notoria debilidad de los parlamentos latinoamericanos y el predominio del Poder Ejecutivo, como también las características de los sistemas de partidos políticos de la región, de alta ingerencia sobre la capacidad de decisión de las asambleas legislativas, ha nulificado prácticamente la potestad de contralor que el cuerpo posee sobre el obrar del Poder Ejecutivo en tan importantes cuestiones.-

Por su parte, el recaudo del control a la limitación que implica la imposición de un plazo determinado, se elude fácilmente con las constantes prórrogas que en estos supuestos, de uso requiere e impone el Poder Político.-

Con relación al Poder de Estado controlador por excelencia del sistema constitucional, que es el Poder Judicial, ha indicado por lo general que la declaración del

declarada. Se trata entonces de una modalidad de suspensión limitada de las garantías de la libertad, admitiéndose solamente la suspensión de aquellos derechos o garantías cuyo ejercicio pudiese resultar incompatible con la preservación del orden constitucional que la declaración de Estado de Sitio pretende asegurar, admitiéndose el control judicial de razonabilidad en causas judiciales a fin de verificarse si esta regla fue cumplimentada (Cfr. CSJN Fallos 243:512 “Soffa, Antonio”, 1959; profundizada luego en Autos “Mallo” de 1972, “Pérez de Smith”, de 1978, “Zamorano” de 1977, “Timmerman” de 1978, y “Granada, Jorge” de 1985). No me queda duda ninguna de que – con la salvedad ya expuesta referida a la inconveniencia del instituto – que en caso de su aplicación, la tesis más adecuada respecto de cuáles son los derechos cuya restricción admite la declaración de Estado de Sitio, es la última nombrada, que reivindica en los jueces la facultad de efectuar control de razonabilidad sobre la aplicación concreta de las medidas restrictivas adoptadas durante la vigencia del Estado de Sitio.-

²³⁷ Dalla Vía, Alberto “Derecho Constitucional Económico” Edit. Abeledo-Perrot, pág. 378.-

²³⁸ Del autor citado “Las Emergencias y el Orden Constitucional” (Edit. Rubinzal-Culzoni, 2002, pág.37) agregando allí, que “(...) en consecuencia, para nosotros también resulta evidente que las emergencias políticas sirvieron para una utilización arbitraria e ilegítima de este instituto de emergencia, más allá de la letra y el espíritu constitucionales”.-

Estado de Sitio por parte del Congreso, resulta ser una cuestión no justiciable, o lo es solamente en su faz formal²³⁹.-

Finalmente, y desde el ingreso de Argentina al sistema de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica) en 1984, y más aún, con su jerarquización constitucional a partir de 1994 (Art. 75 Inc. 22), existe una específica regulación convencional de los institutos de emergencia, que los Estados Parte en el sistema deben acatar.-

Así, el Art. 27 de la CADH²⁴⁰ regula detalladamente la posibilidad de suspensión de garantías a partir de la declaración de emergencia, admitiendo solamente la generación de las siguientes causales de emergencia: 1) la guerra; 2) el peligro público; 3) otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte²⁴¹.-

²³⁹ Esta tesis se puso claramente de manifiesto al fallar la Corte Suprema los obrados “Granada, Jorge Horacio” (CSJN Fallos 307:2284), de 1985, en un contexto en que la legislación de habeas corpus (Ley 23.098), en su Art. 4, abría una interesante ventana al aceptar la justiciabilidad de las causas que motivan, en el contexto de un habeas corpus, la declaración del Estado de Sitio. Pero finalmente la Corte indicó con claridad en éste fallo, que ello no significaba habilitar a los jueces a revisar las circunstancias de hecho que toman en cuenta los órganos políticos para declarar el Estado de Sitio, reiterando y consolidando entonces su histórica posición reacia a revisar o controlar este tipo de causas fácticas, aunque admitiendo, empero, tal control respecto del cumplimiento de las formas que hacen a la declaración del Estado de Sitio.-

²⁴⁰ Existen además otros Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos jerarquizados por el Art. 75 Inc. 22 de la CN., que se refieren a ésta cuestión, y claramente nos vinculan. Así, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* expresa que las suspensiones de derechos a causa de declaración de emergencia, deben cubrir los siguientes recaudos: se debe tratar de situaciones excepcionales; que pongan en peligro la vida de la Nación de que se trate; y cuya existencia hubiese sido proclamada oficialmente. Respecto de las restricciones impuestas por la normativa interna, ellas se conjugan con las dispuestas en el Art. 27 de la CADH, y los derechos que aquí se declaran insusceptibles de restricción, ellos son: a la vida (art. 6); prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 7); prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 8); prohibición de ser encarcelados por deudas (Art. 11); principio de legalidad penal (Art. 15); derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 16) y la libertad religiosa (Art. 18) También existe aquí obligación de los Estados signatarios de comunicar a los restantes Estados Parte del sistema, de la suspensión producida, siendo análogo el procedimiento, a lo dispuesto en el Punto 3 del Art. 27 de la CADH. A su vez, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* establece en su Art. 22 que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Finalmente, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, que hoy también detenta entre nosotros jerarquía constitucional, en una norma producto de la penosa historia vivida en América Latina (Art.10), establece que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas”, garantizando seguido, el derecho a procedimientos y recursos rápidos y eficaces – por ejemplo el habeas corpus -, para determinar el paradero de las personas privadas de la libertad, o su estado de salud, o para individualizar a la autoridad que ordenó la detención. En estos casos, se autoriza a las autoridades judiciales al “libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivo para creer que se pueda encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a jurisdicción militar”.-

²⁴¹ Si bien es cierto que la Corte Interamericana ha reconocido al dictar su OC 8/87 (Considerando 22) que los distintos tipos y contextos de emergencia revisten grados de carácter, intensidad y profundidad, lo real es que no ha habido allí una delimitación muy estricta de cuál sería el grado máximo de discrecionalidad que el gobierno de turno debe actuar para evaluar la situación, limitándose a señalar que “(...) las normas de excepción

Aún en caso de darse estos supuestos excepcionales, la suspensión de garantías se encuentra sujeta a una serie de restricciones impuestas por la propia Convención, siendo deber de los Estados Parte en la misma respetarlas: ellas son:

- a) Referentes a la extensión temporal, e intensidad de la medida: aquí la CADH expresa que las suspensiones se dispondrán “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a la exigencia de la situación”
- b) Asimismo, tales restricciones no podrán ser “incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional”²⁴²
- c) Encontramos otra restricción en la prohibición de que la suspensión entrañe “discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión ú origen social”.-
- d) Quizá la restricción más importante sea la que surge del Punto 2 del Art. 27, en tanto establece cuales son los derechos que no pueden suspenderse ni aún en éstos supuestos de excepción: ellos son los que conforman el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales, y por tal razón son insusceptibles de restricción alguna, inclusive bajo un estado de emergencia, y son los siguientes:
 - Al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3)
 - A la vida (Art. 4)
 - A la integridad personal (Art. 5)
 - La prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 6)
 - Los principios de legalidad e irretroactividad (Art. 9)
 - Las libertades de conciencia y religión (Art. 12)

deben interpretarse restrictivamente”. Aún así, la Comisión Interamericana en diversos informes ha trazado algunos criterios mínimos que sirven de guía en el punto. Debo citar en el punto, el fallo “Bramajo”, donde la Corte Suprema Argentina resaltó que los informes de la Comisión deben servir de guía a los tribunales Argentinos para interpretar los preceptos de la Convención Americana” (Cfr. CSJN, Fallos 319:1840, Causa N° 44.891 de 1996). Debo adunar aquí, que en el Informe Anual 1980-81, la CIDH señala que “(...) para que pueda considerarse que hay una emergencia real, debe existir en el país una situación de extrema gravedad, como guerra peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”. A su vez, en el Informe 48/00 (Caso 11.166 “Walter Humberto Velázquez Vejarano, Perú” del 13/04/2000) afirma que deben tratarse de “(...) amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado”.--

²⁴² Este punto, es particularmente importante con referencia al derecho internacional humanitario, que establece que en casos de conflictos armados se deben respetar determinados derechos de los integrantes de las Fuerzas Armadas, de los prisioneros de guerra y de las poblaciones civiles.-

- La protección de la familia (Art. 17)
- El derecho al nombre (Art. 18)
- Los derechos del niño (Art. 19)
- Los derechos de la nacionalidad (Art. 20)
- Los derechos políticos (Art.23)

Es importante también señalar lo también expresado por la norma en tanto impone que tampoco son susceptibles de restricción “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.-

Pero también la CADH en el Punto 3 de su Art. 27 establece un protocolo a seguir por los Estados Parte cuando recurran a la declaración de emergencia. Así, el Estado de que se trate deberá informar a los restantes, a través de la Secretaría General de la OEA, de:

- a) Las disposiciones cuya aplicación hubiese suspendido
- b) Los motivos que hubiesen suscitado al suspensión
- c) La fecha en que hubiese dado por terminada tal suspensión

Al adentrarme en los motivos del requerimiento de información que impone el Art. 27 de la CADH, es bueno recordarla interpretación que de ésta cuestión ha efectuado el Comité Internacional de Derechos Humanos, al producir la Observación General N° 29. Allí ha sentado que el requerimiento posee dos finalidades: por un lado, la de permitir que el organismo internacional pueda evaluar el respeto del tratado por el Estado parte; y por el otro, posibilitar la vigilancia a los otros Estados parte. Aún así, en la misma observación general el Comité señaló que el deber de vigilancia “(...) no depende de la notificación”²⁴³

Debo señalar, empero, que si bien el Comité Internacional de Derechos Humanos, en su Informe Anual del 2001 reportó el Estado de Sitio dispuesto en Argentina hacia finales de ése año, no mencionó que la declaración del Estado de Sitio ni su posterior levantamiento, hubiesen sido notificados debidamente a los pertinentes organismos internacionales²⁴⁴.-

²⁴³ Con lo que en principio, la supervisión por parte de los órganos del sistema interamericano no depende de que produzca el informe. Además, la generación de estados de excepción es, según lo expuesto en el Informe Anual de 1997, uno de los cinco criterios principales que habilitan a la CIDH a prestar atención sobre la conducta desplegada por un Estado Parte (Cfr. Levi, Daniel “La CADH y su proyección...” citada, pág. 506).-

²⁴⁴ Es también real que en ciertas ocasiones en que los Estados no efectuaron la notificación correspondiente, la Comisión Interamericana ha cursado nota a los gobiernos en cuestión, requiriendo las explicaciones del caso (Cfr. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Bolivia, OEA, Doc. 6, del 01/07/81).-

Con lo señalado, pretendo establecer que si bien el sistema interamericano admite en los Estados Miembros un importante marco de discrecionalidad para describir la situación de emergencia de que se trate, por otra parte, se ha enfatizado allí que la situación de peligro aducida debe ser actual, real e inminente, en un esfuerzo de corte jurídico pero también político, a fin de inhibirlos de basarse para ello en predicciones vagas o meras especulaciones.-

En tal contexto, debo volver aquí sobre el hecho de que a los institutos de “Estado de Sitio” (Art. 23 CN.), e “Intervención Federal” (Art. 6 CN.), la reforma constitucional Argentina de 1994, agrega a la “delegación legislativa” (Art. 76 CN.) que amerita para su acaecimiento una situación de emergencia pública, y al dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia (Art. 99 Inc. 3 CN.), que remite a la previa invocación, por parte del Poder Ejecutivo, de razones de emergencia y además, la constatación de “circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes”.-

Es claro que la inclusión de estas últimas situaciones, que por otra parte habían sido con anterioridad habilitadas por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, ofrece mayores cauces para la admisión de situaciones de emergencia²⁴⁵

IV

EL TRÁNSITO DESDE EL “USO” Y HACIA EL “ABUSO” EN EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICÍA DE EMERGENCIA

²⁴⁵ Aunque ya esta puerta se había abierto por la jurisprudencia al interpretar el concepto de “conmoción interior”, habilitante del dictado de una de las modalidades del Estado de Sitio, como antes lo apunté. Enseña en éste punto Daniel Levi “Art. 27 CADH. Suspensión de Garantías”, pág. 485 (www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyección-en-el-sa.pdf) que solo en dos ocasiones el Estado Argentino recurrió a la justificación del ataque exterior: en 1859 ante la declaración de guerra de Buenos Aires, y en 1865 por la guerra contra el Paraguay. Luego, todas fueron suspensiones por conmoción interior, alegando desde el “desorden público”, a razones meramente ideológicas y preventivas. Después de 1984, cuando la Argentina incorpora a su sistema legal la CADH. Hubo cinco estados de sitio y dos estados de emergencia pública declaradas. En octubre de 1985, se justificó en la “perturbación por el accionar de sectores minoritarios tendientes a crear un clima de temor e inseguridad en la población y de pérdida de confianza en los organismos del Estado (Dec. 2049/85 y 2069/85). En mayo de 1989 se alegó la “situación de grave conflicto social existente en la Provincia de Santa Fe que determina la existencia de un estado de conmoción interior e imposibilita el normal desenvolvimiento de las instituciones locales” (Dec. 714/89, 749/89, 745/89, y Ley 23.662). En diciembre de 1990 se determinó la conmoción interior por la “actitud asumida por un grupo de personas que ha atentado contra la autoridad legal de Unidades del Ejército (Dec. 2536/90 y Ley 23.902), y en diciembre de 2001 se decretaron dos estados de sitio justificados en “actos de violencia colectiva que ha provocado daños y puesto en peligro personas y bienes, con una magnitud que implica un estado de conmoción interior” (Dec. 1678/01, 16/01; 18/01 y 20/01)”.-

Aún luego de lo antes señalado, debo destacar ahora que en reglas generales, los sucesivos gobiernos de Argentina, han utilizado – y según así lo interpreto, también abusado - de las declaraciones de Estado de Emergencia, particularmente aquellas de corte económico y social, pero sin arbitrar en estos supuestos, una previa declaración de Estado de Sitio. Esa metodología, no solo distorsionó la estructura del gobierno federal Argentino, sino que impactó también gravemente en la estructura del propio federalismo vernáculo²⁴⁶.-

Claramente, desde un notorio abuso de los roles que ameritan el desarrollo del denominado “poder de Policía”²⁴⁷, que nace por imperio del Art. 14 CN., y encuentra en nuestro sistema constitucional fundacional (1853) límites precisos en lo dispuesto por el Art. 28 de la Carta Fundamental, el Poder Judicial Federal admitió en ése camino, una sustancial elasticidad para declarar el Estado de Emergencia sin recurrir aquí a la declaración del Estado de Sitio, admitiendo y justificando así un claro desborde en los confines del regular

²⁴⁶ Como así bien lo expresa Alberto Dalla Vía en su “Derecho Constitucional Económico” Edit. Abeledo-Perrot, pág. 379 y ss. Con cita a Serantes Peña, que al analizar el período comprendido entre 1865 y 1930, el mismo vinculó la necesidad de paliar emergencias de tipo político (conflictos bélicos de orden interno o internacional, que implicaron definir jurisprudencialmente los confines de la figura del Estado de Sitio generando tempranos antecedentes de lo que luego sería la convalidación de los cruentos golpes de Estado que asolaron a nuestra Nación desde la errónea argumentación de la así denominada “doctrina de facto” (Cfr. CSJN en Autos Martínez c/Otero” y “Chacóin, José Segundo s/Rebelión”, aunque “(...) el transcurso de los años irá provocando que la balanza se corra hacia el lado de las emergencias económicas”

²⁴⁷ Es sabido que el “poder de policía”, definido en doctrina como la potestad de restringir la libertad de los individuos, con el fin de conservar la armonía de todos, y establecer reglas de buena conducta, calculadas para evitar conflictos entre ellos, ha sido concebido como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes de los habitantes, ejercido por el Estado en beneficio del interés común, por así disponerlo la Constitución Nacional. Es bueno recordar también en éste punto que respecto de éste concepto, existen dos modalidades o criterios que propician su actuación: una amplia, y otra restringida, que se corresponden respectivamente con la modalidad norteamericana o europea de concebir el modo en que despliega sus roles el Estado para alcanzar y resguardar el bienestar de todos. En este sentido, la modalidad de ejercicio restringido del Poder de Policía resulta ser la porción del poder estatal que se endereza a proteger la tríada compuesta por la seguridad, moralidad y salubridad públicas, y para ello se admite una restricción cotidiana y razonable del goce y disfrute de los derechos fundamentales. Respecto del ejercicio del Poder de Policía en sentido amplio, este desarrollo fue el producto de una elaboración jurisprudencial norteamericana, que entendió que toda limitación y regulación de los derechos, cuando es efectuada por el Estado en aras del bien común, resulta ser en estos casos una modalidad de ejercicio del Poder de Policía, aunque en sentido amplio. Bueno res recordar que Bidart Campos ha sostenido que concebido de éste modo, el Poder de Policía se confunde con el mismísimo poder del Estado. Por ello es que se pronunció en contra de la actuación de esta concepción amplia del término en cuestión, aunque no rechaza empero, que el Estado pueda, si se dan las motivaciones del caso, restringir válidamente (sin alterar) los derechos de los habitantes. Pero ello no sería ya en su criterio, Poder de Policía, sino más bien lisa y llanamente ejercicio del poder del Estado.

funcionamiento de las instituciones de la República²⁴⁸. Ello al punto de haber hecho clara diferencia entre los efectos de la “declaración de Estado de Sitio” y la “emergencia”, considerándolas como dos situaciones de excepción distintas, llegando con tal distinción a resaltar que la primera importa un ejercicio amplio del Poder de Policía, con habilitación para limitar temporariamente el ejercicio de los derechos involucrados en la declaración, admitiendo en cambio para el Estado de Sitio, la suspensión o mutación temporal de la sustancia o esencia de los derechos en cuestión²⁴⁹.-

Entre nosotros, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación validó en sus orígenes, el criterio “restringido” o “limitado” de ejercicio del Poder de Policía²⁵⁰, pues en los inicios de nuestra institucionalidad aquellos hechos, considerados distintos a los que ameritan una declaración de Estado de Sitio, y vinculados a contingencias que perturben gravemente el orden económico y social, debían afrontarse según así lo ha sostenido la mejor doctrina, “(...) con medios ordinarios, entre los cuales se cuentan los del Poder de Policía del Estado, y si la crisis económico-social desencadena conmociones del tipo previsto en el Art. 23 CN., declarar Estado de Sitio por sus causas propias, y no por la crisis que la precedió”²⁵¹

²⁴⁸ En éste sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha diferenciado reiteradamente, el hecho de que “(...) la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos – a través de la declaración de emergencia – (...) debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido (...) y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende la vigencia de las garantías constitucionales” (Cfr. CSJN Fallos 243:467 “Russo, Ángel y otra c/Delle Donne”, 1959; íd. Fallos 323:1566 “Guida, Liliana c/PEN s/Empleo Público”, 2000). En este último precedente, la Corte indicó que si bien en la emergencia no quedan suspendidas las garantías constitucionales (a diferencia del Estado de Sitio), sí pueden suspenderse aquí los efectos de los contratos, como los de las sentencias firmes, en tanto no se alteren en su esencia.-

²⁴⁹ Aunque según así lo expone Levi (“Suspensión de Garantías...” citada, pág.482) “(...) esta conclusión, no obstante, parece no haber estado siempre clara para el Poder Ejecutivo Argentino, que ha llegado a ampararse explícitamente en el Art. 27 de la CADH para dictar normas de emergencia, como el Decreto 246/2002”.-

²⁵⁰ Así, en los obrados “Spósito c/Provincia de Mendoza”, el Alto Tribunal sostuvo que la Ley provincial 703 era inconstitucional, pues “(...) fijaba el límite de la producción de vinos a fin de mantener un perfecto equilibrio en el consumo” expresando que de esa manera se restringía “(...) el libre desarrollo de la industria y del comercio vitivinícola en desmedro de las garantías acordadas por el artículo 14 de la Constitución Nacional”. Esta tesis se afianza al sentenciar los Autos “Cía. Azucarera Tucumán c/Provincia de Tucumán”, señalando allí que “(...) las leyes de emergencia no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y provincial, ni suprimir y alterar a favor del Estado las reglas creadas por la doctrina y jurisprudencia para la interpretación de las leyes cuando de la aplicación de éstas surgen conflictos con los derechos de los particulares”

²⁵¹ Cfr. Gregorini Clusellas, Eduardo “Estado de Sitio”, Edit. Depalma, pág. 138/39. Aquí se resalta claramente la diferencia conceptual existente entre los conceptos de “crisis” y “emergencia”, a los que antes me he referido en detalle.-

Como lo he expuesto en el primer capítulo de esta tesis doctoral, al definir nuestra jurisprudencia como se zanjaba la cuestión vinculada a la pertenencia de aquellas potestades no expresamente asignadas en la Constitución, se perfiló la tendencia – luego consolidada – de que, respecto de las materias vinculadas al bienestar y defensa general del país, la autoridad política le fue conferida al gobierno federal, y respecto de las materias locales correspondientes a los intereses domésticos, a las provincias²⁵².-

Entiende Martínez Peroni, que en realidad el gobierno federal detenta un poder abierto y siempre renovado, que opera como una verdadera “reserva” tendiente a dar satisfacción a un propósito general de gobierno, resaltando aquello de que en el Estado Federal Argentino, éste poder de provisión se hace efectivo con base en la utilización de la denominada “cláusula instrumental genérica”, habida hoy en el Art. 75 Inc. 22 CN., en función del “bienestar general”, indicado en el preámbulo del texto fundamental y de la “cláusula de la prosperidad”, del Art. 75 Inc. 28 de la Constitución.-

Y según así lo expresa éste calificado autor, “(...) tal prerrogativa le permite al poder federal hacer frente a las complejas y cambiantes exigencias que plantea a la sociedad actual sin alterar el “texto constitucional”²⁵³

Con base en éste marco interpretativo, e iniciando la era del “poder de policía de emergencia” los gobernantes de la Federación comienzan hacia el año 1922, un derrotero que exacerbó éste molde interpretativo, en detrimento de la ciudadanía en primer lugar, para luego expandirse hasta generar un grave deterioro en la estructura de nuestro régimen federal.-

En el contexto antes narrado, entiendo propicio indicar aquí, el proceso de desarrollo de los así denominados “régimenes de emergencia” en el ámbito federal, durante el período que va entre el año 1920 y el año 1991:

CUADRO IV

²⁵² Explica Martínez Peroni (“El Federalismo Argentino: Génesis y Naturaleza: la Nación y las Provincias” en AAVV “Estudios de Derecho Constitucional” en homenaje y Despedida de Pedro Frías”, Edit. AADC., pág.771), el sentido de ésta tesis cuando señala, que “(...) la distinción importa, y mucho: las provincias tienen facultades (ilimitadas) y no enumeradas, pero su “residuo” de autoridad refiérese únicamente a las materias locales y domésticas” agregando que “(...) al contrario, el gobierno federal dispone un poder “residual implícito” que le permite afrontar los asuntos no previstos en el texto constitucional”

²⁵³ Cfr. Martínez Peroni (“El Federalismo Argentino...” antes referido, pág. 773), con cita a Zorraquín Becú.-

**SOMERA Y EJEMPLIFICATIVA EVOLUCIÓN DE LOS REGÍMENES
FEDERALES DE EMERGENCIA EN LA ARGENTINA**

(1920-1991)

<u>TIPO DE EMERGENCIA INSTITUIDA</u>	<u>LEGISLACION DICTADA</u>	<u>MATERIA REGULADA</u>
Emergencia económica	• Ley 16.654 • Ley 20.680	• Abastecimiento • Abastecimiento
Emergencia locativa	• Leyes 17.739/22.923	• Se trazó un arco gradual hasta instaurar un marco de regulación de las locaciones en todo el territorio de la República.-
Emergencia agropecuaria	• Ley 22.913	• Invierte la regla (no correspondía declararla cuando se concluía que la situación era de carácter permanente).-
Emergencia laboral	• Ley 21.307	• Estableció un régimen salarial regulado.-
Emergencia jubilatoria	• Dec.2186/86	• Se declaró en emergencia el

		sistema jubilatorio nacional.-
Emergencia social, sanitaria y alimentaria	• Ley 23.662	• Se la declaró en todo el territorio de la República.-
Emergencia Administrativa	• Ley 23.696/23.687	• Las leyes se denominaron de “Reforma del Estado”. Constituyen un conjunto orgánico que convalida la intervención y gestión económica del Estado.-

Este cuadro permite poner de resalto – entre otras circunstancias relevantes – que el análisis de las emergencias constitucionales de corte económico y social en Argentina, cobra un particular significado a poco que se advierte que en el Siglo XX, han sido prevalentes entre nosotros los períodos de “anormalidad”, frente a aquellos de “normalidad” constitucional²⁵⁴.-

No desconozco – es claro ello - que la emergencia en el terreno económico y social estuvo ligada desde sus inicios al concepto de “poder de policía amplio” nacido en los Estados Unidos de Norteamérica, en la postguerra, el cual fue entendido como la potestad

²⁵⁴ Me refiero expresamente al período de discontinuidad por ruptura del orden constitucional, que comienza con el derrocamiento del presidente constitucional Hipólito Yrigoyen, en 1930, y se enfatiza y agrava con los golpes de Estado de 1943, 1955, 1962, 1966 y la terrible dictadura de 1976-83, etapa ésta que culmina con la recuperación democrática de 1983, de la mano de la presidencia constitucional de Raúl Alfonsín. No olvido que tales aciagos períodos, fueron institucionalmente convalidados con la Acordada de Corte Suprema del 13 de septiembre de 1930, que se repitió el año 1943, avalándose así una situación que con el correr de los años se tornó de “alternativa fáctica” en “opción jurídica”, acentuando el desmadre jurídico e institucional que vivió nuestro país en esos años.-

conferida a los poderes constitucionales – en particular, el Poder Legislativo - para reglamentar en forma cotidiana y razonable los derechos, a partir del dictado de legislación que atienda al interés general²⁵⁵.-

Es real además, que la interpretación judicial del modelo “amplio” en el ejercicio del poder de policía, hacia un rol cada vez más intervencionista por parte del Estado Federal, tuvo su “cenit” en la plasmación de la política denominada del “New Deal”. Allí claramente la Nación norteamericana pasó - en el marco de la plasmación del modelo clásico keynesiano, y principalmente a partir de la acción de gobierno ejercida por el presidente Roosevelt – del tránsito de una tesis “restringida” a una “amplia” del ejercicio del Poder de Policía del Estado en materia económica, que claramente varía el sentido original que imprimió la doctrina de los obrados “Munn v. Illinois”. y se consolida con el precedente “Home Building and Loan Association vs. Blaisdell”²⁵⁶, en donde se confirmó la constitucionalidad de una ley local en materia hipotecaria por la que, entre otras medidas, avalaba la postergación de las ventas ejecutivas, extendiendo los períodos para la cancelación hipotecaria.-

En éste fallo se expide asimismo el Alto Tribunal norteamericano sobre los alcances de la cláusula contractual, y en particular, acerca de los límites la intervención legislativa en ésta materia. Determinó que no debe ser evaluado si la ley afecta a un contrato en particular,

²⁵⁵ Así lo sostuvo la Suprema Corte de Justicia norteamericana al fallar los obrados “Munn v. Illinois (SCUS 94 US. 113; 24 L. Ed. 77, de 1877), resaltando que en realidad la legislatura de Illinois poseía atribuciones para regular el acopio de granos en silos ubicados en Chicago y otros lugares del Estado, con lo que resultaba procedente en tal caso el recorte de los derechos individuales, y que - partiendo de la presunción de legitimidad de las normas -, solo cabía declarar su inconstitucionalidad cuando la misma se presentase clara y manifiesta. Esta jurisprudencia tuvo su continuidad y desarrollo en los precedentes “Brown v. Maryland” (12 Wheaton, 448), “Gibbons v. Ogden” (9, Wheaton, 232), “Osborne v. Mobile” (16, Wallace, 481), “Nebbia v. People of State of New York” (291 U. S., 502), “Peik v. Chicago & N.W. R. Co.” (94, U. S., 164); “Olsen v. State of Nebraska” (313 U. S. 236), “Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia” (12, Howard, 299); “Brass v. North Dakota” (153 U.S. 391).-

²⁵⁶ SCUS, 1934 (290 U. S. 398); 54-S t. 231; 78 L. Ed. 413. Claramente la Suprema Corte norteamericana reconoce aquí la existencia de un “Estado de Emergencia”, y aunque no le confirió la potestad de crear derecho a partir de su existencia, ni aumentar el poder ya otorgado a los poderes públicos, ofrece ocasión para su ejercicio, pero “dentro de las limitaciones constitucionales que amparan las libertades individuales”. Esta tesis jurisprudencial, audaz pero contenida en el marco de la Constitución, fue posteriormente refrendada y enfatizada, entre otros, con los siguientes precedentes: “Wilson v. New” (243, U.S. 332); “East New York Saving Bank v. Hahn” (326 U. S. 230); “Sturges v. Crowninshield” (4 Wheaton, 122); Von Hoffman v. City of Quincy (4 Wallace, 535); “Bronson v. Kinzie” (11 Howard, 311), “Boston Beer Co v. Massachusetts” (97 U. S., 25), “Manigault v. Springs” (199 U. S., 473), “Honeyman v. Jacobs” (306 U. S., 539) “Gelfert v. National City Bank” (313, U. S., 221), “Providence Bank v. Billings” (4 Peters, 514) “Stone v. Mississippi” (101 U.S., 814), “Charles River Bridge v. Warren Bridge (11, Peters 420); “Ogden v. Saunders” (12 Wheaton, 213), “Fletcher v. Peck” (6 Cranch, 87), “New Jersey v. Wilson” (7 Cranch, 164), “Pennsylvania Hospital v. Philadelphia (245 U. S., 20); “Long Island Water Supply Co. V. Brooklyn (166 U.S., 685); “Trustees of Dartmouth College v. Woodward (4 Wheaton, 518).-

sino cual es la finalidad de ésta norma, evaluando si es legítima y si las medidas que se adoptan a partir de su dictado son razonables y adecuadas a tales fines, descartando que competa al Poder Judicial expedirse acerca de la “oportunidad de la medida”. Con respecto a la viabilidad de la intervención legislativa en materia contractual, amplió el alcance contextual del poder de policía, indicando que el Estado no solo posee potestad para limitar la aplicación contractual cuando ella contaría a la salud, moralidad pública, seguridad o bienestar de la población, sino también cuando la prohibición refiera meramente a prácticas perjudiciales²⁵⁷.-

Refiriéndome ahora a la traspolación de esta modalidad de poder de policía al derecho vernáculo, ella se ha conglobado bajo el concepto de emergencias “que afectan el orden económico y social”²⁵⁸.-

Bien resaltaba en el punto Gregorini Cluselas²⁵⁹ antes de operarse la reforma constitucional de 1994, “(...) la conveniencia de que las contingencias económico-sociales se resuelvan con medidas específicas, pues no será suspendiendo garantías o afectando libertades, como estas coyunturas se superarán”

Esta zaga, comienza en Argentina con la escasez de oferta en casas habitaciones, como consecuencia de las grandes migraciones urbanas habidas en nuestro país durante la década de 1920, lo que generó una inmediata suba desproporcionada en el precio de las locaciones de viviendas. En tal contexto, se dicta la Ley 11.157 que reduce (retroactivamente) los precios de los alquileres, a los montos máximos que eran pagados al 1 de enero de 1920²⁶⁰.-

²⁵⁷ Aclarando el fallo en forma expresa, que “(...) la interferencia en la aplicación de contratos válidos de acuerdo al procedimiento legal apropiado, aunque esa interferencia sea apropiada y con un propósito público, no es previsible” instando con ello a conciliar entre la vigencia de los derechos individuales y el bienestar general. Textual del fallo: “(...) an emergency existed in Minnesota which furnished a proper occasion for the exercise of the reserved power of the state to protect the vital interests of the community”.-

²⁵⁸ Así las define Humberto Quiroga Lavié (“Derecho Constitucional” Edit. Depalma, 1984, pág. 415 y ss.), clasificándolas en: a) insuficiencia de viviendas; b) escasez de dinero en plaza; c) emergencia económica o social; d) escasez de trabajo; e) crisis por superproducción de cosechas

²⁵⁹ Del autor citado “Estado de Sitio” Edit. Depalma, pág. 139. Agrega luego, en postura coincidente con nuestra diferenciación entre “crisis” y “emergencias” y su modo de superación, que “(...) el facilismo no es bueno a nivel individual, como tampoco lo es para pueblos ni gobiernos, y el fortalecimiento de éstos últimos no provendrá de ostentaciones de poder ante las dificultades, sino del consenso que generan los aciertos y la prudencia”. Coincidimos plenamente con éstas admoniciones y lamentamos que ellas no hubiesen sido tenidas en cuenta por las “clases dirigenciales” que gobernaron nuestro país durante los últimos cincuenta años.-

²⁶⁰ La norma en cuestión, presentaba cuanto menos dos objeciones constitucionales: en primer lugar, al fijar el Estado el monto de los alquileres, se agredía a la libertad de contratación, y por otra parte, la aplicación retroactiva de la ley en cuestión, ameritaba cuestionamientos por agresión al derecho de propiedad.-

La jurisprudencia, al evaluar ésta cuestión con el dictado de los obrados “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”²⁶¹, – abriendo por vez primera la brecha que presentaba allí la actuación del denominado “poder de policía de emergencia” –, sentó la validez de la restricción al derecho de propiedad, en tanto se constata la afectación de un “intenso interés público”, aunque ello tenga carácter transitorio, avalando también en éstos casos el carácter retroactivo en la vigencia de la norma.-

Con ello se consolidó entre nosotros el recorrido desde la “tesis restringida” del poder de policía, hacia la tesis amplia del mismo, proveniente de la jurisprudencia norteamericana y que ya he analizado en párrafos anteriores²⁶².-

Es interesante el señalamiento que en éste punto efectúa Alberto Dalla Vía²⁶³, enfatizando el claro devenir que se produjo entre 1865 y 1930²⁶⁴, respecto de la actuación del poder de policía ya que de la lectura de los primeros fallos en éste período surge la necesidad

²⁶¹ Cfr. CSJN Fallos 136:161, 1921. Allí, la posición mayoritaria de la Corte Suprema expresó que “(...) existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objeto de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican la intervención del Estado en los precios, en protección de los intereses vitales de la comunidad”. Esta línea jurisprudencial, fue continuada y explicitada por la Corte Suprema al fallar los casos “Etchebon” y “González” (Cfr. CSJN Fallos 136:193).-

²⁶² Señala aquí Alberto Dalla Vía (“Derecho Constitucional Económico, referido, pág. 381), que “(...) la doctrina del poder de policía en la Argentina tuvo un desarrollo similar al derecho norteamericano, en el sentido de incrementar la intervención estatal sobre los años ’30, a partir de la caída de Wall Street y el comienzo de la era intervencionista”

²⁶³ Del autor citado “Derecho Constitucional Económico” referido, pág.379, con cita a Serantes-Peña

²⁶⁴ La evolución del ejercicio del Poder de Policía, puede dividirse en varias etapas; **1) desde 1860 y hasta 1922 (del federalismo y los derechos individuales)**, sostenida en los precedentes de la Alta Corte de Justicia: “Empresa Plaza de Toros” (1869) “Resoagli” (1869), “Los Saladeristas de Podestá c/Provincia de Buenos Aires” (1887), “Hileret c/Provincia de Tucumán” (1903), y “Nougués Hnos c/Provincia de Tucumán” (1903), **2) entre 1922 y hasta 1957 (de la ampliación del poder de policía)**, sostenida por los precedentes de la Corte Suprema: “Ercolano c/Lanteri de Renshaw” (1922), “Horta c/Harguindeguy” (1922), “Mango c/Traba” (1925), “Avico c/De la Pesa” (1934), “Inchauspe c/Junta Nacional de Carnes” (1944); **3) desde 1957 y hasta 1973 (policía de la propiedad y del centralismo)**, habilitada por la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Cine Callao” (1960) “SRL Editorial Sur c/MCBA (Lolita) (1963); **4) entre 1984 y hasta 1990 (primavera de retroceso transicional)** donde la Corte Suprema de Justicia presenta una clara apertura garantizando con gran fortaleza los derechos fundamentales, las libertades públicas y la autonomía individual, sostenida con los siguientes precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia “Bazterrica” (1986), “Ponzetti de Balbín” (1985), “Campillay” (1985), llegando a descartar la declaración de emergencia económica para negar el reajuste jubilatorio en “Rolón Zappa” (1986); **5) (consolidación de la doctrina de emergencia económica, y preparación para su institucionalización en la reforma constitucional de 1994)**, sostenida con los siguientes precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Peralta” (1990) donde claramente se transita desde el “poder de policía de emergencia” a la doctrina del Estado de Necesidad, dándole a éste último, aptitud para subordinar lo dispuesto en el marco del derecho positivo, y aún del derecho constitucional; “Rodríguez” (1997); **6) (actuación zigzagueante de la doctrina de la emergencia, con aval constitucional)**, sostenida con los siguientes precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Luego del saludable freno impuesto por los obrados “Verrochi”(1999), la tendencia cercenante se expande a los casos “Guida” (2000), con nuevo freno en “Risolia de Ocampo” (2000) donde se acentuó un riguroso control de constitucionalidad de tales modalidades legislativas de emergencia, ejercidas por parte del Poder Ejecutivo.-

preponderante de paliar emergencias ocasionadas a partir de conflictos bélicos – internos o externos -, pero con el transcurso de los años, se comenzó a echar mano al concepto de la “emergencia económica, para afrontar ingentes etapas de crisis, aún hoy inacabadas.

Cabe añadir aquí que esta modalidad emergencial, no encontraba hasta 1994, regulación constitucional que la instituya y avale, lo que habilitó claros excesos del gobierno federal, que proyectaron en primer lugar fuertes desmedros en los regímenes competenciales provinciales, restando atribuciones a los gobiernos locales en materia de Poder de Policía, justificando seguido también, restricciones antes impensadas, tornando luego la “emergencia” en “conveniencia” y finalmente, habilitando un nocivo – e inconstitucional - efecto imitación en el ámbito las propias provincias Argentinas²⁶⁵.-

Aún con lo antes expuesto, no puedo dejar de señalar que en un marco contextual de “crisis económico-social terminal” de nuestra República, hacia el año 2001, donde el Poder Ejecutivo Nacional resuelve en Acuerdo General de Ministros el dictado, en fecha 1 de diciembre de 2001, del D.N.U. 1570²⁶⁶, estableciendo una nueva operatoria a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del BCRA, prohibiendo – entre otras restricciones - los retiros en “efectivo”, que superasen los doscientos cincuenta pesos o dólares por semana, por parte de quien fuera titular de las cuentas que posea en cada entidad financiera, y las transferencias de dinero al exterior, con muy limitadas excepciones expresadas en tal norma.-

Esta decisión perjudicó e indignó a la inmensa cantidad de ahorristas Argentinos que – confiando en el país y su marco legal vigente -, habían ingresado en el sistema financiero, depósitos por más de 65.000 millones de dólares y pesos que les habían sido inmovilizados y luego “pesificados” generando una masiva reacción popular conocida como “cacerolazo” que motivó a la postre la caída de los presidentes constitucionales Fernando De la Rúa y Adolfo Rodríguez Saa.-

En esencia, la ciudadanía reclamó en primer lugar, la devolución de los fondos depositados en instituciones bancarias y crediticias, en la misma moneda en que ellos habían

²⁶⁵ Bien advertía en éste punto antes de operarse la reforma constitucional de 1994, Gregorini Clusellas (“Estado de Sitio” citada, pág. 139), que “(...) dado que la Constitución argentina no contempla en particular éstas circunstancias, tampoco creemos que debieran ser incorporadas previsiones específicas en futuras reformas”.-

²⁶⁶ Este Decreto, luego ampliado por un grueso complejo normativo denominado “de emergencia”, instala entre nosotros el denominado “corralito financiero”

sido efectuados, como asimismo el juzgamiento y atribución de las responsabilidades pertinentes de quienes habían ejecutado tales actos, al haberse producido la que Antonio María Hernández²⁶⁷ calificó como “(...) la más grave y dañosa confiscación colectiva de nuestra historia, sin precedentes comparables”.-

Acaecidos éstos episodios, la jurisprudencia se pronunció – en principio – a favor de los reclamos de los ahorristas, declarando la inconstitucionalidad del sistema normativo puesto en crisis²⁶⁸, lo que fue convalidado originariamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar los obrados “Smith” del 01/02/2002²⁶⁹.---

Pero tal camino comienza a desandarse con el dictado del caso “Bustos”²⁷⁰.

No olvido en aquí tampoco, que oportunamente la Alzada federal marplatense resuelve el caso “D’Annunzio”, apartándose del mencionado precedente, al no haber advertido que allí la Corte hubiese delineado una doctrina judicial, o sin entrar en esa discusión, si es doctrina que sea claramente especificada, a fin de generar seguimiento obligatorio por parte de los Tribunales Inferiores de la Nación, sumado ello a que la Corte Suprema argentina se encontraba entonces, en pleno proceso de integración, faltando entonces el nombramiento de dos jueces para completar el superior tribunal de nuestra república.---

En consecuencia, no se alcanzó a observar en el caso “Bustos” una decisión clara del tribunal, que la coloque como un precedente a ser obligatoriamente seguido en casos futuros de características fácticas similares., ya que del mismo devenía una mayoría convalidatoria de la “pesificación de los depósitos bancarios”, ofrecida por sólo cuatro miembros de la Alta Corte, y para montos que claramente exceden los reclamados por ésta demanda, sin que a ésta

²⁶⁷ Hernández, Antonio M. “Las Emergencias y el Orden Constitucional” Edit. Rubinzall - Culzoni, pág. 89., agrega allí el reconocido constitucionalista, que con el dictado del mentado complejo normativo “(...) se ha lesionado a una cifra calculada en cerca de cinco millones de ahorristas (lo que repercute en toda la sociedad argentina), 90% de los cuales tenían depósitos que no superaban los 50.000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas, o sea, las más afectadas por las políticas vigentes y, en definitiva, por la decadencia argentina”-

²⁶⁸ Ver, por todos los pronunciamientos habidos en Juzgados Inferiores, lo resuelto en los obrados “Rossito Roberto Daniel y otra c/ PEN y otros s/ Amparo”, Exp. N ° 12.956, del 25/6/2002 (Cfr. “La ley” Antecedentes Parlamentarios t.2002-A, pág. 959) precedente éste que puede ser consultado por Secretaría “Ad hoc” actuante del Juzgado Federal N °4 de la ciudad de Mar del Plata

²⁶⁹ En éste precedente, la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad del DNU 1570/2001, que había impuesto el denominado “corralito” financiero y bancario, aduciendo para ello la existencia de situación de emergencia económico-social

²⁷⁰ Autos “Bustos Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros” (CSJN 26/10/2004. “LL” Suplemento especial del 28/10/2004).-

la fecha se hubiese cerrado el círculo de la mayoría absoluta - en votos, y en argumentos concordantes – que hagan a ése precedente de seguimiento obligatorio²⁷¹, siguiendo en ése caso, la tesitura que en el punto había fijado en precedentes anteriores, y que reflejaba la doctrina detentada por la Alta Corte en los “Casos Smith” y “Provincia de San Luis”.-

Pero luego, al resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación los Autos “Massa” y “Cabrera”, se genera un criterio uniforme, definido por ella – ya definitivamente integrada -, que convalidó el proceso pesificatorio oportunamente llevado a cabo por el Estado Argentino, en claro desmedro de los ahorristas del sistema.-

El “abuso emergencial” se había producido nuevamente, aun cuando la situación de crisis no había sido develada.-

Respecto de la “delegación legislativa”²⁷² decidida por razones de emergencia, ella ya había sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar los obrados “Delfino” en 1927²⁷³, con amplia proyección en nuestra historia institucional, cuyo uso generó un claro marco de “abuso”, con desmedro en los derechos ciudadanos y los contornos competenciales de las provincias Argentinas, solo atemperado en contadas ocasiones, como por ejemplo al fallarse en particular el caso “Mouviel” en 1957, en donde se declaró la inconstitucionalidad de la facultad policial para crear figuras contravencionales mediante edictos policiales.-

Ello no impidió exacerbar el criterio permisivo hasta el cenit de la exageración, con el dictado del caso “Cocchia”, en 1994, en tanto la Alta Corte intentó aquí borrar las diferencias entre decretos reglamentarios y decretos delegados, con lo que la facultad legisferante del Poder Ejecutivo, ya incrementada hasta el abuso, se expandió a la delegación de estas atribuciones a órganos inferiores de la Administración, sin posibilidad de control eficaz por parte del Congreso de la Nación.-

²⁷¹ Cfr. Bianchi, Alberto “El caso Bustos y sus efectos, por ahora” “LL” Suplemento especial del 28/10/2004, pág. 11 y ss.),

²⁷² Entiende Antonio Hernández (“Las Emergencias y el Orden Constitucional” citada, pág.49), que la delegación legislativa “(...) consiste en la transferencia de competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijados”

²⁷³ Convalidados luego, según lo enseña Antonio Hernández (Las Emergencias...” citada, pág.51), al fallar los obrados “Bonevo”, “Novick” y “Verdaguer”

Con la reforma constitucional de 1994, el Artículo 76 del texto fundamental²⁷⁴ estipula ahora la prohibición de la delegación legislativa, como regla general, admitiéndola solo para casos excepcionales de administración o emergencia pública, ello con la confesa finalidad de restringir y controlar el ejercicio de éste instituto de emergencia.-

Palacio de Caeiro²⁷⁵, al desglosar la modalidad de actuación de éste instituto en el sistema de la Constitución, expresa que la reforma constitucional de 1994 ha admitido el caso de *legislación delegante*, cuyos presupuestos formales de actuación son: a) la existencia de una ley marco; b) el plazo estipulado para su vigencia; c) la caducidad de las facultades delegadas, y sus presupuestos materiales, son: a) las materias determinadas de administración y b) la emergencia pública.-

También acepta la reforma de 1994, y tal lo expone nuestra autora, casos de *legislación delegada* cuyos presupuestos formales son: a) la vigencia de la ley marco; b) la vigencia del plazo de delegación; c) la intervención del Jefe de Gabinete (Art. 100 Inc. 12 CN); d) el sometimiento a la Comisión Bicameral (Art. 100 Inc. 12 CN); y los presupuestos materiales son: a) las materias determinadas de administración, como límites legales y constitucionales; y b) la emergencia pública, conceda también como límite legal y constitucional para actuar el instituto.-

Debo recordar aquí que para la Corte Suprema “(...) solo está prohibida la delegación que implique el traspaso total del poder en sí, pero quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial en los que un Poder – el Legislativo – comisiona a otro – el Ejecutivo -, para la implementación o complementación de determinado régimen legal”²⁷⁶

Claramente estos dos institutos permitieron al ser desarrollados, - particularmente a partir de la década del '90 -, avalar el notorio e incontrolable avance que el Poder Ejecutivo ejerció sobre el Congreso de la Nación, el que rindió pacíficamente su rol de contralor

²⁷⁴ La norma expresa: Art. 76 “(...) Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”. Claramente debe interpretarse que esta modalidad de delegación legislativa admitida por el Texto Fundamental, constituye una solución excepcional, limitada y de interpretación restrictiva

²⁷⁵ Palacio de Caeiro, Silvia “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (Art. 76 de la Constitución Nacional)” (“LL” del 02/11/2001), pág. 3/6.-

²⁷⁶ Pinese, Graciela Gloria “El Derecho de Emergencia o el Derecho en Emergencia”, www.saij.jus.gov.ar, SAIJ DACC050009 (2005), pág. 3, con cita a Jorge Vanossi.-

institucional²⁷⁷, haciendo primar la idea de “decisionismo gubernativo, y tornando con ello en meramente nominales a los pilares que sostienen el andamiaje de nuestra democracia liberal, subordinándola, con matices, a la idea de “razón de Estado”, generando así un grave deterioro a la gobernabilidad del sistema y a la actuación de las competencias que debieron regir a nuestro federalismo “real”²⁷⁸.-

Es que las reformas constitucionales habidas en 1994, interesantes y saludables en diversos aspectos, han sido aquí conflictivas y cercenantes del equilibrio con que el sistema fue concebido, ya que jamás debió dejar de lado el constituyente reformador, que en esencia, el Congreso debe ser en un sistema presidencialista como el nuestro, el único órgano que detente en forma plena y completa la potestad legislativa, debiendo actuar tal potestad aún – y particularmente – en momentos de crisis. Aun cuando ellos sean erróneamente sean concebidos como “emergencias”, fueren ellas económicas, o públicas, legislando en el sentido que fuese necesario.-

Claramente, la Argentina no puede transitar el ya iniciado Siglo XXI, con una estructura y organización territorial y competencial que habiéndose generado en el Siglo XIX, ya aparece desbordada y obsoleta. Es que como acertadamente se lo ha señalado en doctrina “(...) el fortalecimiento y la vigencia del federalismo consagrado en nuestra Constitución, están estrechamente relacionados con la disminución de las asimetrías socio territoriales y de una cultura en lo gubernamental abierta, descentralizada y concertada”²⁷⁹

Ha sido con fundamento en razones de emergencia, que se ha desdibujado el panorama competencial propiciado por la Constitución, y en desmedro de las competencias estatales. Bien expresaba en el punto Pedro Frías²⁸⁰ en el cenit de su existencia, que “(...)

²⁷⁷ El que también cedió a su tiempo el Poder Judicial, particularmente con el dictado del fallo “Peralta” al que hice referencia ya en párrafos anteriores.-

²⁷⁸ Así, señala Antonio María Hernández (h) (“Las Emergencias y el Orden Constitucional” Edit. Rubinzal-Culzoni, pág. 54, y nota al pie, que al año 2002, llegamos a tener “(...) aproximadamente más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias en la década mencionada, a la que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la ley 25.148 de 1999 y las más recientes provenientes de las leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002”, citando luego a Palacio de Caeiro, quien establece el número de 1900 normas hasta la sanción de la ley 25.414, con lo que aumenta Hernández a más de 2000 las dictadas hasta el año 2002, ya que a ellas hay que sumar las correspondientes a la ley 25.561.-

²⁷⁹ Roccatagliata, Juan “Federalismo y Política Territorial en los inicios del Tercer Milenio” en AAVV (Antonio Hernández, Coordinador), “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo Argentino” Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, pág. 319.-

²⁸⁰ Frías, Pedro “Unitarismo Fiscal” en AAVV (Antonio Hernández, Coordinador), “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo Argentino” Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, pág.45, reclamando el cumplimiento de la manda constitucional de sancionar una Ley de

el superávit de la billetera presidencial se integra con los derechos de aduana, que es impuesto federal no coparticipable, pero también con IVA y Ganancias, que son provinciales pero coparticipables. Como al Estado Nacional le conviene la distribución dispuesta por la ley actual, la violación constitucional continúa. Pero ¿Cómo se explica que los gobernadores no hayan reaccionado, apoyándose en la Constitución vigente? Porque se subordinan al presidente, pues necesitan su ayuda para cubrir déficit y no la tendrían si se atreven a exigir una negociación que reconozco difícil”.-

V

LA UTILIZACIÓN DE PODERES DE EMERGENCIA POR EL PRESIDENTE NORTEAMERICANO Y SU EFECTIVA LIMITACIÓN POR PARTE DEL PODER LEGISLATIVO Y LA SUPREMA CORTE DE ÉSE PAÍS

Coparticipación Federal, ya que el texto constitucional había fijado al año 1996, como último para elaborarse la nueva norma en el punto. Enfatizaba luego sesudamente, “(...) esta concentración de poder en el Ejecutivo Nacional está prohibida por la Constitución y el sentido común ¿Por qué ocurre? Se busca la gobernabilidad, que es más difícil que antes. Pero la gobernabilidad ya no depende en occidente del carisma del gobernante sino de la interacción entre órganos públicos y privados” pregonando luego que “(...) solo la concertación permite instalar políticas de Estado, que son las que se siguen en gobiernos sucesivos, aunque sean de distinto signo político”.-

La Constitución de los Estados Unidos, prevé en su texto, que “(...) el privilegio del Mandamiento de Habeas Corpus no debe suspenderse, salvo cuando los casos de rebelión o invasión, la seguridad pública pueda requerirlo”²⁸¹

Claramente, esta figura no es el similar del Estado de Sitio, regulado por el Art. 23 de la Carta Fundamental Argentina. Según así lo expresa Jorge Vanossi²⁸², ésta figura “(...) se traduce en mínimas limitaciones del garantismo, que pueden ser internas o externas”.-

Aun así, es real que – en tal contexto - el intento de utilizar los poderes emergenciales por parte del Presidente norteamericano, generalmente dispuestos ante la contingencia bélica, sea ésta interna o exterior, no ha hecho mella en el funcionamiento del federalismo real de ese país, lo que se explica en esencia por las razones expuestas en el Capítulo I de esta tesis, donde recordé que si bien la Constitución norteamericana resulta ser un tanto “ambigua en lo que hace a las relaciones del Gobierno Federal con los Estados entre sí, ello que es lógico, ya que en una real Federación, su Tribunal Superior (en el caso la Suprema Corte de los Estados Unidos), es el mediador natural entre los conflictos suscitados en la federación. Creo que este último ha resultado en tal contexto, ser un árbitro final adecuado respecto de las controversias que se suscitaron entre ellas”²⁸³

A no dudar, la delicadísima función de la Suprema Corte de los Estados Unidos consistió en acompañar cuidadosamente el desarrollo de esa sociedad, tratando de adaptar en todos los casos la normativa constitucional a las cambiantes pero contundentes realidades del tiempo presente. Claramente, los poderes que hoy en día utiliza no son los mismos que aplicó antaño o hallará aplicables en el futuro. En ese contexto ha sido de gran ayuda su texto fundamental, que al decir del Magistrado Douglas, fue escrito “(...) para todos los tiempos y para todas las edades” agregando éste Magistrado, que “(...) perdería su gran carácter y se debilitaría, si se le permitiera anquilosarse con las estrechas nociones legalistas que dominaron el pensamiento de una generación”²⁸⁴

²⁸¹ Constitución, Art. 1, Sección 9°

²⁸² Vanossi, Jorge “Las situaciones de las “excepciones” en los regímenes constitucionales” (Revista de la AADC, www.aadconst.org.ar, pág.12).-

²⁸³ Señala en este punto Carlos Gaviola (El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos”, Edit. EDISAR, Buenos Aires, 1976, pág. 46), que “(...) es así como ha decidido cuestiones de límites (“Missouri vs. Iowa”, 1849), “Indiana vs. Kentucky”, 1893; “Maryland vs. West Virginia”, 1910); disputas sobre aguas y ríos limítrofe (“Kansas vs. Colorado”, 1907, “Wisconsin vs. Illinois”, 1920, “New Jersey vs. Delaware”, 1934), y prorrateado las deudas de un Estado, dividido entre sus nuevas partes (“Virginia vs. West Virginia”, 1907).-

²⁸⁴ SCUS 32. J. A. J. S. 104, de 1948, en su voto. Acota en el punto Gaviola (“El Poder...” antes citado, pág. 48), acompañando ésta tesis, en un modo realista, que en Estados Unidos “(...) por supuesto, los cambios no

Cabe reiterar aquí que al haber entendido la Suprema Corte en graves conflictos que amenazaron romper el equilibrio entre el Gobierno Federal y los Estados de la Unión, ha expresado en numerosas ocasiones que “(...) la preservación de ése equilibrio es precisamente una de sus más importantes funciones”²⁸⁵

Aun así, no resulta ocioso recordar en éste punto, abordando en forma específica la materia de emergencia²⁸⁶, en este caso originada en conflictos bélicos – internos o externos - que involucraron a los Estados Unidos, que en tal marco de actuación política, el Congreso de los Estados Unidos luego del fracaso de la Guerra de Vietnam, y los sucesos que involucraron al Presidente Richard Nixon²⁸⁷ al desatarse el sonado caso “Watergate”, enderezó en modo firme su accionar para controlar la creciente acumulación de facultades del Poder Ejecutivo; particularmente en materia de relaciones exteriores. Es que estos acontecimientos, operaron en ésa nación, como eficientes “alarmas” a una institución presidencial, que comenzaba a tornarse, al decir se términos de Arthur Schlesinger²⁸⁸, en “imperial”.-

serán siempre para mejor, pero el hecho indubitable es que la Suprema Corte – excepto en contadas épocas como la que provocara el plan de Roosevelt – no se ha anquilosado y, en cada nuevo fallo, trata de adaptarse a las circunstancias y necesidades de un mundo en constante cambio”.-

²⁸⁵ Señala aquí Carlos Gaviola (“El Poder...” antes citado, pág. 46), que “(...) en “Coyote vs. Smith” (1911), se decidió que la Ley del Congreso de junio 16 de 1906 (24 Stat,267) por la cual se admitía a Oklahoma como nuevo Estado de la Unión, era inválida en cuanto fijaba la sede de su capital temporaria en Guthrie y le prohibía cambiarla antes de 1913. Sostuvo que una vez admitido como Estado en la Unión, Oklahoma adquiriría idéntica soberanía jurisdiccional que los Estados hermanos y era su propio pueblo el que debía determinar la sede de su gobierno.-

²⁸⁶ Creo adecuado recordar aquí que en general, el “estado de emergencia” se vinculó originariamente a la potestad presidencial para acordar al comando militar completo control de la zona que se considere en litigio o combate, pudiendo imponer restricciones, estableciendo tribunales militares para el juzgamiento de las previsiones impuestas. Volveré en detalle sobre el punto más adelante.-

²⁸⁷ Nixon fue un Senador por California, luego Vicepresidente de los Estados Unidos por ocho años durante la presidencia de Eisenhower, y finalmente, electo Presidente en 1968. Es recordado como uno de los primeros mandatarios más controversiales de ése país, tamizada en forma trágica su gestión por el escándalo político de espionaje al partido opositor, que precedió a su caída.-

²⁸⁸ Schlesinger, Arthur “The Imperial Presidency”, Edit. Houghton Mifflig Co. , Boston, 1973. Ya a su tiempo, el Presidente Abraham Lincoln (1861-1865), reconocido por su liderazgo, había invocado la cláusula de Comandante en Jefe y su obligación como titular del Poder Ejecutivo, en el sentido de ejecutar fielmente las leyes del Estado, para justificar “(...) el derecho de adoptar cualquier medida conducente a la derrota del enemigo”., tomando decisiones claramente “de excepción”, como por ejemplo, la de “suspensión del writ de habeas corpus” en julio y agosto de 1861 (que aún cuando es esta una clara atribución del Congreso Federal, por lo dispuesto en la Sección 9 del Art. II de la Constitución, no surge claro que resulte un poder concurrente del Presidente), ratificado ello por el Congreso Federal, dos años después, el “bloqueo de los puertos del Sur” y el “establecimiento de “ley marcial” en determinadas áreas (debe recordarse, empero, que ello acaece en el contexto de la Guerra Civil Norteamericana, desatada hacia 1861).-

Respecto del caso del bloqueo de los puertos del sur, en circunstancias que se tachaba al obrar del presidente como inconstitucional, la Suprema Corte al fallar el caso “Prize Cases” en 1862, llega a la conclusión de que en realidad “(...) el Presidente está no solo autorizado a actuar, sino obligado a resistir la fuerza por la fuerza”

Tiempo atrás, y al momento de evaluar las potestades del Presidente para suspender el writ de habeas corpus, dispuesto por el Magistrado de la Suprema Corte en turno para el distrito, el Tribunal señaló que solo el Congreso podía suspender el writ de habeas corpus, y el Presidente no se encontraba constitucionalmente habilitado a tal fin, y mucho menos para delegar tal atribución en un funcionario militar, como lo había hecho Lincoln en el caso²⁸⁹. Aun así, es cierto que el problema se presentó latente, pues más allá de lo que surgió de aquella enérgica decisión, el presidente Lincoln la ignoró en esa oportunidad²⁹⁰.

Otro claro exceso del Presidente Lincoln, fue en su oportunidad censurado por la Suprema Corte, al dictar los obrados “Ex Parte Milligan”²⁹¹, en donde rechazó su potestad para sustituir Cortes Civiles por Tribunales Militares, a fin de que dicten condenas a un prisionero civil. Según lo expresado en ese precedente por la Suprema Corte de los Estados Unidos, el Presidente Abraham Lincoln no tuvo ni justificativo ni derecho ninguno en que fundarse para declarar en ésta ocasión, la Ley Marcial por su propia autoridad.-

(Cfr. Black, 63 y 671/1863), pero no obstante ello, el superior tribunal no consideró allí que tal derecho-deber provenga de alguna prerrogativa extralegal del Presidente, sino como consecuencia del dictado de dos leyes, de 1795 y 1807, que obligaban al Poder Ejecutivo a suprimir cualquier resurrección acaecida dentro de un determinado estado o territorio. También valoró la Corte en ese caso la autorización que ex post facto el Congreso Federal había brindado al Presidente. En definitiva, había tanto una autorización precedente como una ratificación posterior a ése obrar del Presidente de los Estados Unidos.-

²⁸⁹ Voto del Juez Taney en los obrados “Ex Parte Merryman” (17 Federal Cases, 9487, 1861). Se trataba de un ciudadano de Baltimore arrestado por un oficial militar, cumpliendo órdenes de su superior, quien luego es acusado por traición contra los Estados Unidos. En el caso, el Juez Taney emitió una orden de habeas Corpus ordenando al comando, liberar al prisionero, lo que fue rechazado por entender el Poder Ejecutivo que el oficial había actuado legítimamente, cumpliendo órdenes. Allí, expresó el Magistrado, que habiéndose asignado claramente esa función al Congreso, ni la emergencia ni la necesidad del gobierno podía justificar ir más allá de sus prescripciones, enfatizando allí que “(...) el gobierno de los Estados Unidos es de poderes delegados y limitados; su existencia y autoridad derivan de la Constitución, y ninguna de sus ramas, ejecutiva, legislativa o judicial, puede ejercer alguno de los poderes más allá de lo que se ha especificado y garantizado”.-

²⁹⁰ Bien señala Gaviola sobre estas delicadas cuestiones (“El Poder...” citado, pág. 58), que en estas situaciones, y salvo casos excepcionales “(...) nunca se llegó a imponer penas severas, excepto en los incidentes ocurridos en Paint Creek, W. Va., en 1912-13, y las sentencias allí dictadas si bien fueron confirmadas por los tribunales estatales, posteriormente el gobernador del Estado les concedió el perdón, lo que impidió que alguno de estos casos arribaran a la Suprema Corte de los Estados Unidos.-

²⁹¹ Cfr. 4 Wallace, 2 (1866), pág. 126. La mayoría de la Corte, sobre la base del voto del Justice Davies, revoca aquí la condena del civil Milligan, dictada por una comisión militar que había sido constituida bajo la declaración presidencial de la Ley Marcial en el Estado de Indiana. Este voto se fundó básicamente en que: 1) al ser el prisionero un civil y hallarse los tribunales civiles en funcionamiento, el establecimiento de Ley Marcial no resultaba fundamento bastante para violar el derecho ciudadano a un juicio regular y por jurados, y 2) el Estado de Indiana no era, ni había sido declarada zona de guerra, no existiendo tampoco en el caso evidencia de invasión inminente, sin haber además intervenido el Congreso Federal en la declaración de la Ley Marcial. Queda entonces claro la relevancia de este precedente, que impuso claros límites al obrar del Poder Ejecutivo en tiempos de emergencia declarada, asumiendo que en el caso, tampoco el Congreso hubiese estado legitimado para establecer cortes marciales con competencia para juzgar civiles.-

Para la Suprema Corte entonces, solo en ocasión de darse el caso - de estricta necesidad -, en que los tribunales civiles estuviesen imposibilitados para funcionar por causa de guerra, se podría justificar la suspensión de derechos constitucionales considerados básicos, como lo es la garantía del “juez natural”. Además, se dejó en claro en aquella ocasión que en estos excepcionalísimos casos, las competencias para declarar tales medidas de excepción resultan concurrentes para el Congreso Federal y el Presidente. Por ende, estrictamente vedadas para las autoridades políticas estatales.-

En relación a la delegación de potestades legislativas en casos de emergencia bélica, esta cuestión cobra particular relevancia a partir de la intervención de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial.

En concordancia con la postura asumida a partir de ese período, se advierte en el Congreso Federal, un profuso proceso de delegación de poderes legislativos a su Presidente, con la finalidad de controlar y superar las consecuencias de la crisis originada por los acontecimientos bélicos, que iban desde la habilitación para regular la producción de guerra, hasta concretos permisos para establecer la regulación de los sistemas de transporte, o diversos y profundos controles en la economía. Ello con el claro objeto de que el legislativo mantenga control de las medidas de emergencia (cuyo liderazgo ya comenzaba a encabezar decididamente el Poder Ejecutivo), pero además, para respaldar al Presidente, tornando de ese modo constitucionalmente posible, el dictado de medidas de emergencia por parte del Primer Mandatario en éste grave contexto.-

La cuestión se tornó álgida cuando el Presidente de los Estados Unidos ordena a su Secretario de Comercio hacia 1952, en plena Guerra de Corea, que tomase posesión de todas las fundiciones de acero. Al judicializarse la cuestión, la Suprema Corte dicta el sonado caso “Youngstown Sheet Tube vs. Sawyer”²⁹² en el que sostiene que si el Presidente tenía poder para dar ésa orden, el mismo debía surgir de alguna parte de la Constitución, agregando que “(...) no se pretende que haya lenguaje expreso en tal sentido”.-

²⁹² Cfr. SCUS. 343 US. 579,72 8 Ct. 863 L. Ed. 817, de 1952. La Corte sostuvo aquí en voto dividido (con la disidencia de su Presidente Vinson, y los Ministros Reed y Minton), que el poder presidencial surge expreso o implícito del conjunto de sus atribuciones, bajo el Artículo II de la Constitución, en alusión expresa a los poderes del Presidente para hacer cumplir las leyes, y al carácter de Comandante en jefe de las fuerzas armadas que detenta. Aun así, la sentencia concluye en que era éste un poder reservado del Congreso Federal y que la Constitución no autorizaba allí una medida ejecutiva.--

Anteriormente, en 1935, la Suprema Corte había indicado²⁹³ que la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, no es siempre incondicionalmente admitida por la Constitución.-

Esta tesitura ha sido en realidad mantenida mayormente solo en las cuestiones de orden interno, como al debatirse la Ley Nacional de Recuperación Industrial, y no en supuestos de poderes de emergencia en caso de guerra externa o relaciones internacionales²⁹⁴, donde se habilitó el accionar autónomo del Poder Ejecutivo cuando existe declaración de emergencia en tiempos de guerra, aún con la oposición del Congreso Federal.-

Esta tesitura obtuvo una cierta morigeración, limitando la Suprema Corte los poderes emergenciales del Presidente de los Estados Unidos, al fallar los obrados “Kent vs. Dulles”²⁹⁵. Allí sostuvo que previo a decidir la homologación de una decisión administrativa que impide a un ciudadano norteamericano salir del país, es necesario contar con una “clara expresión legislativa” que autorice al Presidente a proceder de esa manera²⁹⁶

²⁹³ SCUS en Autos “Schechter Poultry Corp. Vs. United States” (29 US.495/1935). Allí la mayoría de la Corte señaló que “(...) no es posible que el Congreso pueda subdelegar lisa y llanamente una potestad que le delega el pueblo norteamericano por medio de la Constitución” Es que para la Corte norteamericana, la delegación debe ser limitada en sus objetivos y no es admisible constitucionalmente, si el Congreso no ha provisto un estándar legislativo en base al cual guiar la acción del Poder Ejecutivo. Id. “Panamá Refining Co. Vs. Ryan”, 1935 (293 US. 388). En ese caso, la Ley de Recuperación de la Industria nacional, en su Art. 9 (“c”) le autorizaba al Presidente a prohibir el transporte para comercio interestatal de petróleo, producido o salido de puesto de venta, lo que violaba la ley estatal. La refinería “Panamá”, como dueña de la refinería petrolera en Texas, demandó para que esa normatía federal no entrase en vigencia. La Corte declaró la inconstitucionalidad pues en la regulación no existía una definición de política comercial clara y consistente que avalase la delegación en el ejecutivo, en perjuicio del Estado y la empresa demandante.-

²⁹⁴ Me refiero en particular al debatirse el ejercicio de poderes de emergencia por parte del Presidente de los Estados Unidos, en ocasión de la guerra con Corea, al fallarse el caso “Youngstown Sheet and Tube Co. Vs. Sawyer (“Steel Seizure Case”) 343 US.579, de 1952. En este caso merece ser resaltado el voto del Magistrado Jackson. Para él existen en tiempos de guerra al declararse la emergencia, tres niveles de actuación posible en el Poder Ejecutivo: en el primero de ellos, el Presidente actúa en colaboración con el Congreso y por ello goza del máximo de poder posible, al detentar no solo sus propios poderes, sino además los que el Congreso le hubiese delegado en forma expresa o implícita; el segundo nivel acaece cuando el Presidente actúa en ausencia o rechazo por parte del Congreso a su solicitud de autorización legislativa. Aquí el Presidente solamente podrá valerse de sus propios poderes constitucionales, aunque pueden darse zonas de competencias concurrentes, o de distribución competencial incierta con el Congreso. El tercer y último nivel, se da cuando el Presidente adopta medidas violando la voluntad expresa o implícita del Congreso. Es esta la mínima expresión del poder presidencial, ya que aquí no puede echar mano ni siquiera a poderes que potencial o actualmente posea en concurrencia con el Congreso en ésta grave materia. En el caso “Younstown” lamentablemente la Corte norteamericana no fue clara, y abrió una importante puerta para que el Poder Ejecutivo extendiese sus poderes para supuestos de emergencia declarada en ocasión de conflictos bélicos.-

²⁹⁵ SCUS US. 116, de 1958. Se debatió en ese caso, el reclamo de un ciudadano norteamericano que interpretó se violentaba su derecho al libre tránsito, cuestionando la constitucionalidad de una decisión administrativa que le denegó la autorización para salir del país, con base en argumentos de seguridad nacional.-

²⁹⁶ Bien señala en éste punto Gabriel Negretto (“El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional”, Edit. Ábaco, Buenos Aires, pág. 91) con cita a Harold Kohn, que “(...) la doctrina del “clear statutory statement”

La etapa de la “guerra fría” de los años 1960/1970, implicó otro serio embate a la postura liberal, propicia a limitar los excesos del Poder Ejecutivo, acrecentados exponencialmente con motivo de la “Guerra de Viet-Nam”, especialmente en las áreas vinculadas a la seguridad nacional de ese país.-

En 1972, al fallarse el sonado caso de los “Pentagon Papers”²⁹⁷, la Corte Suprema rechazó el pedido de autorización del Presidente Nixon para impedir el conocimiento público de una serie de informes del Pentágono que contenían supuestos Secretos de Estado vinculados al desarrollo de la Guerra de Viet-Nam, aduciendo que un peligro grave e irreparable podía derivarse de tal publicación. En consecuencia, la justicia norteamericana desestimó la autorización, manteniendo en el caso la vigencia irrestricta de la libertad de prensa.-

Aún en estos delicados contextos, la Corte norteamericana ha sido en general conteste al declarar la inconstitucionalidad de los intentos estatales de generar monopolios, sea a través de publicaciones²⁹⁸, seguros²⁹⁹, o casos similares.-

Finalmente, y en relación a la cláusula del bienestar general, la Suprema Corte³⁰⁰ Señaló la constitucionalidad de la ley Federal de Seguridad Social³⁰¹, que establecía un fondo

indica la importancia del consentimiento legislativo para juzgar los actos del Ejecutivo, particularmente cuando están en juego derechos individuales”. Aunque aclara también, que de todas formas “(...) la existencia de una clara autorización, en la opinión judicial, sólo era requerida como elemento de análisis previo, sin implicar que en caso de existir los actos del Ejecutivo que afectaran derechos individuales fueran por eso perfectamente legales”.-

²⁹⁷ SCUS., US. 713, de 1972. Allí la Corte expresó que no se habían indicado por parte del Poder Ejecutivo, pruebas concluyentes que acrediten la existencia de una relación directa entre la publicación de los informes y el perjuicio que ella produciría a los intereses norteamericanos en Viet-Nam. La corte volvió a expedirse en igual sentido tres años después (SCUS., 407 US. 297, de 1975) cuando le denegó a la misma administración, la posibilidad de implementar sistemas de vigilancia electrónica sobre ciudadanos sospechados de atentar contra la seguridad del Estado.-

²⁹⁸ SCUS, “Lorraine Journal Co vs. US.”, de 1851.-

²⁹⁹ SCUS, (322 US. 533, 64 S. Ct. 1162, 88 L. Ed. 1440) “US. vs. South Eastern Underwriters Association”, de 1944. Aquí señaló el Juez Black en su voto, cuando estaba en cuestión la aplicación de la Ley Sherman, contra los monopolios, que “(...) ninguna empresa comercial que conduce sus actividades atravesando líneas estatales, puede escapar al poder regulador del Congreso bajo la cláusula del comercio. Se trató de una asociación representativa de compañías privadas que vendían seguros de incendio en seis estados de la Unión, que fueron imputados de violar la mencionada ley anti trust, en forma monopólica. Adujeron allí infructuosamente, que la venta de seguros no implicaba “comercio” y en función de ello, no podían regirse por esas regulaciones interestatales, cuya aplicación a su caso habían tildado de inconstitucional.-

³⁰⁰ Al fallar los obrados “Steward Machine Co. Vs. Davies, de 1937; SCUS 301 US. 548; 57-S Ct. 883; 81 L. Ed. 1279. La parte aquí demandante, una corporación de Alabama, pretendía el recupero pagado en virtud de la Ley de Seguridad Social, planteando un conflicto entre la norma federal y la Constitución. Los fondos así recaudados eran utilizados para prestar ayudas a los estados de la Unión con problemas relativos a sus leyes locales de desempleo.-

³⁰¹ 49. Stat.620, de 1935.-

de ayuda los desocupados de los Estados de la Unión. Era este el momento en que se producía la “revolución” de 1937. La opinión de la mayoría fue redactada por el Magistrado Cardozo (hubo cuatro disidencias), sosteniendo que la cláusula del “bienestar general”, daba suficiente derecho al Congreso, y en tal Contexto la Suprema Corte, solo podía interferir, si ese poder discrecional era utilizado arbitrariamente.-

En suma quiero significar con ésta reseña, que en el derecho norteamericano, y aún en contextos de emergencia declarada, es típico que la legalidad de cualquier acto de un funcionario público, puede ser sometida a contralor judicial. Y tal recurso a un proceso civil, puede emplearse igualmente contra un funcionario público, como contra un particular.-

En tales contextos, resulta claro con lo expuesto, que en la mayoría de los casos, su Suprema Corte ha mediado delicadamente los conflictos, adaptando las épocas, reformulando y adecuando su federalismo sin extinguirlo u obturarlo en su desarrollo, y limitando además aquellos abusos provenientes de otros Poderes de Estado, incompatibles con su texto fundamental, pero también acotando los esgrimidos por los Estados de la Unión, cuando – en su criterio - ellos eran inconducentes.-

En tal sendero es claro entonces que se ha admitido que el Gobierno Federal persiga legalmente sus fines autorizados, aún cuando hacerlo implique entrar en conflicto con las políticas estatales Sotirios Barber³⁰² acepta y propicia esta tesitura, cuando su diseño es moderado y no ahoga las autonomías de los estados de la federación, señalando que si se está de acuerdo en autorizar al Congreso Federal a llevar adelante determinada política, y si se cree que ello es lo realmente conveniente para la Nación, las cláusulas del Artículo 1, Sección 8 y la de la Supremacía del Art. VI de su constitución, favorecen la determinación del Poder Legislativo, y “(...) aún si eso implica sobrepasar o derrocar las políticas estatales”.-

³⁰² Barber, Sotirios “Sobre el Significado de la Constitución de los Estados Unidos” Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 100. Se basa nuestro autor en lo votado por el Juez Marshall al decidir los obrados “Mc Cullock vs. Maryland” (SCUS 4 Weathon 316, 4 L. Ed. 579 (1819). Allí, el Estado de Maryland sostenía que los poderes del Gobierno Nacional habían sido delegados por los Estados, pero que estos habían retenido su soberanía, y por lo tanto, los poderes nacionales debían ejercitarse en subordinación con los de los Estados. Maryland estaba en desacuerdo con tal tesitura, y afirmó en su voto que los poderes del Gobierno nacional fueron otorgados por el pueblo de la nación entera, que había seguido el Artículo VII, y usado las convenciones en los estados, para ratificar la Constitución, sobrepasando así las legislaturas estatales como depositarias de la soberanía estatal, apoyándose también en su decisión en la regla de supremacía de la Constitución, y avalando su voto con la enunciación de su conocida recurrencia a “la cláusula necesaria y correcta”, basada por igual afirmación de Hamilton en “El Federalista”.-

La gravedad de esta posición, se ciñe a avizorar que de ser continuada y profundizada en el tiempo, haría fracasar – en un desarrollo inconstitucional – la tesis de la enumeración de poderes como una restricción, aún en tiempos de emergencia, a los avances del Gobierno Federal sobre las competencias de los Estados de la federación norteamericana³⁰³.-

VI

IMPACTO DE LAS “EMERGENCIAS EN EL ÁMBITO DEL FEDERALISMO REAL ARGENTINO

Al explayarse sobre la situación real del federalismo Argentino y su estado actual de crisis, señala el reconocido jurista Antonio María Hernández ciertos factores que han marcado su evidente deterioro³⁰⁴: ellos son 1) la ley convenio de coparticipación impositiva; 2) el aumento de las retenciones a las exportaciones; 3) el destino del gasto público federal; 4) la insuficiencia del avance del proceso de integración regional; 5) el no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo; 6) las leyes de

³⁰³ Señala por ello Sotirios Barber (“El Significado...” citado, pág. 130) que de persistir en éstas postura sustituyendo la Constitución por estas extrañas autoridades, los liberales han decidido “(...) reemplazar la ley por el pretexto, y abdicado la responsabilidad por los esfuerzos hacia un mejor entendimiento de aquello que quienes aceptan la supremacía de la Constitución, se comprometen a llegar a ser”.-

³⁰⁴ Hernández, Antonio María “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” citado, pág. 109 y ss. En similar sentido, ya adelantaba Vanossi promediando la década del ‘60 (Situación Actual del Federalismo”, Depalma, 1964, pág. 5) variados factores han propiciado esa crisis, algunos coincidentes con los hoy resaltados hoy por Hernández, otros ya adelantados en páginas precedentes de esta tesis. Ellos eran: “(...) a) la existencia de partidos políticos nacionales; el afianzamiento del instituto presidencial; c) el crecimiento del poder de policía nacional y su incursión en el ámbito económico y social; d) la distribución de los poderes impositivos; e) la planificación económica y la necesidad de una acción nacional; f) el problema energético; g) la unificación legislativa y h) las cuestiones de competencia en el orden judicial”.-

Financiamiento Educativo y Nacional de Educación; y 7) la falta de autonomía plena para la ciudad de Buenos Aires.-

Claro es que como lo he expuesto, el gobierno federal ha abusado de la flexibilidad del texto constitucional en aquellos aspectos vinculados con la distribución competencial entre Nación, provincias y la ciudad de Buenos Aires, como además, de la amplitud de su interpretación jurisprudencial³⁰⁵, lo que llevó a un inconstitucional - aunque consentido - proceso de centralización, que ha producido en los hechos, una evidente distorsión entre lo expuesto en la constitución normativa y la realidad vigente, generando con ello gravísimos problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración³⁰⁶.-

Y tal deterioro, surgido de la mano de la indiscriminada e inconstitucional invocación de emergencias, frente al acaecimiento de recurrentes estado de “crisis”, fue imponiendo el incumplimiento al diseño de reparto competencial establecido por la Constitución, desarrollando en los hechos un proyecto unitarizante, de centralización del poder en manos del Gobierno Federal asentado en el puerto de Buenos Aires, que según así lo ha expresado con acierto Antonio Hernández³⁰⁷ “(...) fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales”, así como tampoco se respetaron en tal derrotero “(...) las autonomías municipales”, agregando a ello, que “(...) ese proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma Constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder”.-

Vuelvo aquí a recordar el análisis comparativo que en el capítulo anterior de esta tesis efectué respecto del federalismo norteamericano y su paulatina adecuación a los tiempos actuales, aunque sin recurrir para ello sus autoridades políticas a la agresión o clara violación de su texto constitucional, como se lo vio.-

³⁰⁵ Ha sostenido en éste sentido nuestra Corte Suprema de Justicia, que “(...) es regla doctrinaria que la interpretación de los poderes y derechos instituidos por la Constitución, no debe ser estricta ni restringida, pues los medios de satisfacer las necesidades del país, de evitar los peligros y de aumentar la prosperidad nacional son tan variables y complejos, que debe dejarse una gran latitud para la elección y empleo de esos medios, de lo que deriva la necesidad y la conveniencia de interpretar ampliamente los poderes” (Cfr. CSJN, 12/11/1990 “Fernández, Víctor H.” “LL, 1991-B, 190; “DJ” 1991-2-637, “ED” 141-4).-

³⁰⁶ Ver para cotejo, Hernández, Antonio María “El Fracaso del Proyecto Centralista”, Periódico capitalino “La Nación” de fecha 08/01/2003. Señala allí Hernández con preocupación, que “(...) el proceso de centralización del país en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35% de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80% de la producción Argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 Km., a partir de dicha área”.-

³⁰⁷ Hernández, Antonio María “Federalismo...” citado, pág. 110).-

Resulta claro en éste contexto, que el federalismo norteamericano se construyó sobre la necesidad de unir “soberanías aisladas e independientes desde su institucionalización fundacional, al punto que bien se ha señalado “(...) en norteamérica, federarse fue unirse” agregando que entre nosotros “(...) la idea presente, dominante y tradicional, ha sido la soberanía nacional; la idea adquisitiva, posterior y excepcional, ha sido la soberanía local, por cuanto ella ha surgido del principio federativo”³⁰⁸

Ese rol preponderante que el sistema adjudicó en materia de atribuciones al Gobierno Federal sobre las provincias, otorgando al primero aquellas materias pertenecientes al bienestar y defensa general del país, fue exacerbado aduciéndose sucesivos e interminables “estados de emergencia”, con lo que se ahogaron en los hechos, las autonomías provinciales y sus ámbitos competenciales. Bien explica Martínez Peroni³⁰⁹ este suceso que quien suscribe califica como “despojo”, al expresar que en el sistema de la Constitución Nacional “(...) las provincias tienen facultades residuales (ilimitadas) y no enumeradas, pero su “residuo” de autoridad refiérese únicamente a las materias locales y domésticas. Al contrario, el Gobierno Federal dispone un poder “residual implícito” que le permite afrontar los asuntos no previstos en el texto constitucional, pero que por su índole y tendencia son “esencialmente nacionales en su ejercicio”.-

Debe quedar claro que no interpreto que el molde constitucional que otorga amplios poderes residuales a la federación con necesaria vinculación al bienestar general, sea errado si lo concebimos como “diseño estructural” de un adecuado molde federal. Coincido con Martínez Peroni³¹⁰ en cuanto ha expresado que el auténtico federalismo existe solo si el poder de provisión o reserva es ejercido por el poder federal central. Pero ello no obsta a advertir que tal atribución, ha sido ejercida abusiva e inconstitucionalmente por el Gobierno Federal,

³⁰⁸ Barraquero, Julián “Espíritu y práctica de la Constitución Argentina” 2º Edic. s/c Buenos Aires, pág. 147, citado por José Luis Martínez Peroni en su “El Federalismo Argentino: génesis y naturaleza. La Nación y las Provincias” en AAVV “Estudios de Derecho Constitucional, Edit AADC, 2012, pág. 770 y nota al pie.-

³⁰⁹ Del autor citado “El Federalismo Argentino: génesis y naturaleza. La Nación y las Provincias” en AAVV “Estudios de Derecho Constitucional, Edit. AADC, 2012, pág. 772, con cita a Alexander Hamilton. He señalado ya en el primer capítulo de esta tesis, que en el Estado Federal Argentino, este poder atribucional, se expresa y posibilita en esencia desde la cláusula instrumental genérica del Art. 75 Inc. 22 CN., y además, de la “cláusula de la prosperidad” indicada en el Art. 75 Inc. 18 del texto fundamental

³¹⁰ Autor y obra citada en nota anterior, pág. 78. , quien agrega en el punto, que “(...) si este poder quedase en manos de las provincias, el gobierno sería solo una liga de naciones o un conglomerado de Estados”

destruyendo en esencia con su obrar, y contando a tal fin con la anuencia del Poder Moderador, la necesaria cohabitación competencial que debe reinar en un Estado Federal³¹¹.-

Bien ha advertido esta circunstancia el Tribuno argentino Gabriel Del Mazo, cuando expresaba que “(...) los pueblos argentinos (las provincias) no han hecho su Constitución para que sea su cadena y opresión; la han hecho para garantizar sus más primordiales derechos, para conservar su autonomía; para regirse, tanto en el orden nacional como en el provincial, según el deslinde de derechos que atribuye a una y otra parte, funciones de la comunidad argentina”³¹²

A todo lo antes expuesto, se suma entre nosotros, la hoy ostensible dependencia económica, financiera, política y social de los gobiernos provinciales respecto del Gobierno Federal, generada en continuas y recurrentes invocaciones emergenciales ya que no advierto ni constato al menos hasta la fecha de concluir la presente tesis, interés de parte de las autoridades nacionales, en debatir seriamente – tal lo impone nuestro texto fundamental – los variados proyectos de coparticipación impositiva existentes en el seno del Congreso de la Nación.-

Es que como bien lo señala Hernández³¹³ “(...) la arbitrariedad actual, que importa un gigantesco desapoderamiento de recursos provinciales y municipales por parte del Gobierno “Federal”, es la base de su poderío político para sujetar y alinear a los gobernadores e intendentes, sean o no del partido del gobierno”.-

Pero como antes lo expuse, han sido las “emergencias” a que el Estado Federal ha recurrido habitualmente, generando políticas institucionales las que mayormente han posibilitado las hoy visibles claudicaciones de tal delicado equilibrio competencial.-

No hay duda ninguna en este punto, de que el acto de declaración de emergencia, resulta ser en esencia, un ámbito competencial que deviene entre nosotros, en patrimonio exclusivo y excluyente del Gobierno Federal. Ocioso es aquí reiterar que en el sistema de la Constitución, las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución a la

³¹¹ Así lo ha advertido la ONU en su capítulo Argentino, planteando en numerosas ocasiones, que “(...) la Argentina es hoy un país debilitado (...) la transformación debe consolidar el federalismo, la forma de organización constitucional adoptada para amortiguar las enormes disparidades entre provincias y regiones. Desde nuestra óptica de Naciones Unidas, el desafío humano argentino solo será posible si se pone en marcha una estrategia federal de desarrollo regional” (Textual PNUD Argentina; 2004:1).-

³¹² Del Mazo, Gabriel, citado por Carlos Luque (“Alem y el federalismo Argentino”), en AAVV “Estudios de Derecho Constitucional” (Homenaje y Despedida a Pedro Frías, Edit. AADC), pág.224/25.-

³¹³ Autor y Op. Citadas, pág. 117.-

federación, y el expresamente reservado, debiendo darse sus instituciones locales y regirse por ellas.-

Consecuencia de lo expuesto, una de las facultades que las provincias han delegado en forma expresa al Gobierno Federal, han sido los poderes de emergencia.³¹⁴ Y esta grave delegación fundacional se justificaba a su tiempo, desde la inteligencia de que las razones que imponen al Estado a recurrir a un instituto de emergencia, se vinculan necesariamente a cuestiones de la así denominada “alta política”, y las relaciones internacionales, que pueden por sus efectos devenir en situaciones bélicas o de conmoción interior, ligadas a los intereses de todo el concierto social.-

Claro es que éste no puede ser librado a las variadas interpretaciones que en tal sentido pudiese detentar cada provincia Argentina³¹⁵. En éste contexto legal y argumental, interpreto que no existe posibilidad ninguna para concebir que la determinación de emergencia pueda quedar librada al arbitrio competencial de los gobiernos locales, ya que fundacionalmente se despojaron jurídicamente de tal prerrogativa, obteniendo a cambio, la garantía federal dispuesta por el Art. 5 del texto fundamental³¹⁶

Pero el abuso del instituto por parte del Gobierno Federal – como ya lo he expuesto en párrafos anteriores – de la invocación a la “emergencia”, y el enfático acrecimiento de su

³¹⁴ Así, señala enfáticamente nuestro apreciado colega Mario Midón (“Decretos de Necesidad y Urgencia” Edit. La Ley, pág. 196), que “(...) los institutos de emergencia previstos en la Constitución, desde la génesis misma de la organización nacional, han reposado en el Gobierno Federal por tratarse de poderes delegados a dicho orden de gobierno” agregando a ello, que “(...) esa suerte corren el Estado de Sitio, la Intervención Federal, la Legislación Delegada por razón de emergencia y los Decretos de Necesidad y Urgencia”.-

³¹⁵ Esta cuestión fue oportunamente sometida a debate. En este sentido, Amancio Alcorta (“Garantías Constitucionales” Edit. Lajouanne, pág.242), había defendido la facultad de las provincias para declarar el Estado de Sitio, proponiendo que cada provincia debía tener en sí misma, los medios de hacer efectivas sus atribuciones, porque en la esfera de su acción, son completas e independientes respectivamente. Enmarcado en 1862 el debate entre Domingo Sarmiento (Gobernador de la Provincia de San Juan) y el entonces Ministro del Interior de la Nación, Guillermo Rawson (Polémicas con Sarmiento, Buenos Aires, 1928, citado por Linares Quintana, Segundo “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” T°6, pág. 391/92, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires), este último expresó razones contundentes para defender la competencia federal en la materia, en tanto señaló que “(...) los vecinos de una provincia estarían privados de sus fueros constitucionales ante las autoridades de ella, gozándolos sin embargo ante las de la Nación, o el Congreso y el Ejecutivo Nacional tendrán que aceptar el hecho producido por el gobierno provincial y desconocer para los fines administrativos y judiciales las garantías de la ley en la provincia supuesta por el tiempo, en la forma y con la variada inteligencia que dicha provincia atribuya al estado de sitio”

³¹⁶ Bien expresa aquí Juan V. Sola (“Intervención Federal en las Provincias” Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 44), que “(...) al unirse varias provincias para formar un Estado Federal, delegan ciertas atribuciones que traspasan al poder central así constituido” agregando a ello, que “(...) como consecuencia de esta delegación, se forma una nueva autoridad vigorosa, a la cual las provincias reclaman las seguridades necesarias para mantener la integridad de sus territorios y el goce y ejercicio de sus instituciones”

recurrencia a partir de la reforma constitucional de 1994³¹⁷, ha permitido despojar a las Provincias Argentinas de sus competencias regulares, también acordadas por el texto fundamental³¹⁸

Y este claro abuso se advierte nítido en una multiplicidad de situaciones; y en particular al abordarse en el orden federal, el contexto del orden socioeconómico constitucional argentino, que es el que ha generado mayormente las vulneraciones antes referidas, con la recurrente invocación a “estados de emergencia” frente al acaecimiento de las recurrentes “crisis” de la República.-

Es claro que este orden excepcional surge del sistema constitucional y de los instrumentos internacionales que hoy detentan su jerarquía³¹⁹, y no constituye un mero esquema orientativo, despojado de fuerza obligatoria. Bien ha resaltado en éste punto Germán Bidart Campos, el modo en que emerge aquí el derecho de la Constitución y su fuerza normativa³²⁰, estableciendo en estos casos la propia Carta Fundamental, precisos límites y parámetros que vinculan obligatoriamente a los poderes públicos, cuando adoptan medidas que inciden sobre el sistema económico-social³²¹.-

No puede ser admitido en éste contexto, que deficientes administraciones nacionales intenten ser remediadas, con base en legales declaraciones de emergencia económicas – o de

³¹⁷ Me refiero a la ya analizado potestad del Poder Ejecutivo de dictar en Acuerdo de ministros y por razones de emergencia, Decretos de Necesidad y Urgencia (Art. 99 de la CN) y la habilitación al Congreso de la Nación para delegar en el Poder Ejecutivo, también basado en razones de emergencia, potestades legislativas (Art. 76 CN).-

³¹⁸ Es del caso recordar aquí, que nuestra Corte Suprema de Justicia, siguiendo a la estadounidense, sentó el principio básico en la materia, cuando expresó que “(...) aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados” (Cfr. CSJN en Autos “Perón, Juan”, del 21/06/57), agregando a ello, luego, que “(...) el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella, y se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés del individuo o grupo de individuos, o en el interés de la sociedad toda” (Cfr. CSJN en Autos “Peralta”, del 27/12/1990, antes citado, que – como lo señalé - legitimó el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia por parte del Ejecutivo, sin norma constitucional que lo avale).-

³¹⁹ Enmarcados en el Art. 75 Inc. 22 del texto fundamental, agregado por la reforma constitucional Argentina de 1994.-

³²⁰ Ver en particular, del autor citado “El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa” (EDIAR, 1995) y “El Orden Socioeconómico de la Constitución” (EDIAR, 1999).-

³²¹ Expresa en éste punto Graciela Pinese, con cita a Andrés Gil Domínguez (Op. Cit., pág. 2), que “(...) los principios dogmáticos que constituyen el núcleo esencial del orden socio-económico Argentino son los siguientes: el principio de economía de mercado; el principio de regulación estatal; el principio de desarrollo humano; el principio de un adecuado nivel de vida”, resaltando luego que este sistema económico-social constitucional “(...) no previó la emergencia económica, y manos aún, no diseñó la actividad de los poderes constituidos ante tal situación”.-

otro tipo -, que en realidad son violatorias de la institucionalidad vigente, y justificante de claras agresiones al cumplimiento de los fines del Estado.-

Es entonces evidente que la reforma constitucional de 1994 ha permitido engrosar las potestades reglamentarias y legislativas del Poder Ejecutivo Nacional, convalidando también potestades recaudatorias que por razones de emergencia se arrogó inconstitucionalmente el Gobierno Federal en desmedro de las provinciales, y debilitando con ello el ya precario equilibrio de poderes³²² que exhibía el sistema constitucional con anterioridad a esa enmienda³²³.-

Adviértase que a la fecha, en pleno gobierno del Presidente Macri, el H. Congreso de la Nación, a fines del año 2017, dictó la Ley 27.345, por la que se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2019, la vigencia de la Ley 27.200, de emergencia social³²⁴.-

Igualmente, el Dec. 50/2017 del PEN prorrogó por un año el estado de emergencia en seguridad pública, establecida con anterioridad por Dec.228/16³²⁵.-

³²² Enseña Gabriela Pinese (Op. Cit., pág. 5), que en el contexto antes narrado “(...) la emergencia pública es producto de la propia administración, que no gestiona, o gestiona contrariando el bien común y luego pretende remediar su accionar declarando una emergencia que le permite en forma peligrosa, y en connivencia con los otros Poderes, recortar derechos, ya civiles, ya patrimoniales” . A lo que aduno, competencias provinciales asignadas por la Constitución.-

³²³ Señala acertadamente en éste punto Alberto Dalla Vía (“El Sistema Federal Fiscal”, en AAVV (Coordinación Antonio Hernández) Edit. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, pág. 53), que si bien “(...) la Nación y las provincias tienen facultades concurrentes en materia de impuestos indirectos, en la práctica el Estado Federal legisla y recolecta los tributos de mayor potencial recaudatorio, acentuándose un desequilibrio en la asignación de ingresos” adunando a lo dicho, que “(...) en tal sentido, fue una cuenta pendiente de la reforma constitucional no revisar el sistema básico de atribuciones antes de avocarse a incorporar la coparticipación que, por el contrario, puede convertirse en un factor de centralización fiscal, como lo ha demostrado nuestra práctica y como amenaza el inc. 3 del Art. 75 CN.”. Concluye nuestro autor, señalando, con cita a Sergio Boisier, que “(...) esta situación, sumada a la frecuente renuencia o condicionamiento del Estado Central a “transferir” fondos que en rigor de verdad son propios de las provincias, ha llevado a decir a algunos autores que después de la etapa del federalismo, y “confrontación” y del “federalismo de cooperación”, ha sobrevenido un “federalismo de extorsión”.-

³²⁴ Si bien ésta normativa da fin (por falta de prórroga) a la emergencia económica y administrativa de la Ley 26.204 (prorrogada a su vez por leyes 26.339, 26.456, 26.563, 26.729 y 26.896), persiste en ahondar la confusión conceptual habida entre las figuras de “emergencia” y “crisis”, intentando – otra vez – paliar la crisis social recurriendo a la aplicación de institutos de emergencia social.-

³²⁵ Esta norma, enfatizó que la seguridad “(...) es un derecho transversal a todos los derechos reconocidos explícita o implícitamente por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos” (considerando 1). Para ello se toman importantes medidas como la de interpretar ciertas acciones delictivas graves, como delitos complejos y organizados (Art. 1), determinar operativos de fronteras y reglas particulares de cooperación aero espacial, ameritando cierta mayor flexibilidad para las compras y contrataciones (Art. 19) y facultando al Jefe de Gabinete de Ministros a modificar partidas presupuestarias a tal fin (Art. 22). Sin dejar de asumir la gravedad de los delitos involucrados en la normativa, nuevamente se aduce emergencia para flexibilizar ejes institucionales que hacen a la debida actuación de la República, con resultados impredecibles.-

Claramente, las normas antes mencionadas, aducen una evidente situación de crisis socio económica³²⁶, o de “seguridad”³²⁷ para definir la ampliación de la “emergencia social”, o “seguridad pública”, en el contexto de una enorme desinteligencia institucional que a todos involucra y al menos hasta la fecha, pareciera no tener fin.-

Entiendo – siguiendo aquí a Gustavo Arballo³²⁸, que debe propiciarse como paliativo de éste desmedido avance federal, en el marco de una futura reforma constitucional, la incorporación de una cláusula de corte “federal”, que imponga – cuanto menos -: a) una provisión de derechos implícitos para los gobiernos provinciales, que actúe como contrapeso de las lecturas centralizantes que se apoyan en el juego de los Art. 31 (Supremacía Federal) y 75 (competencias nacionales exclusivas) de la Constitución Nacional; b) una cláusula de preferencia “pro hominis” que asegure la operatividad propia de las normas locales más protectoras; y c) un reaseguro federal que repita para los derechos locales la garantía del Art. 28 de la Constitución Federal (razonabilidad de las leyes).-

Seguido, y sentado lo anterior, me permitiré abordar tres supuestos concretos en los que las provincias Argentinas, sumidas en las crisis originadas en su propio accionar, pero particularmente empujadas por alteraciones competenciales e institucionales generadas por las recurrentes – y equivocadas - invocaciones de emergencia en el orden federal, replicaron

³²⁶ Adviértase que el Art. 2 de la norma, señala en lo pertinente (Art. 2), que “(...) la presente ley tiene por objeto promover y defender los derechos de los trabajadores y trabajadoras que se desempeñan en la economía popular, en todo el territorio nacional, con miras a garantizarles alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, cobertura médica, transporte y esparcimiento, vacaciones y protección previsional, con fundamento en las garantías otorgadas al “trabajo en sus diversas formas”, por el artículo 14 “bis” y al mandato de procurar “el progreso económico con justicia social” establecido en el Artículo 75, inciso 19, ambos de la Constitución Nacional” Advierto que para garantizar la vigencia de la Constitución, en tiempos de crisis, el Poder Legislativo de la Nación necesita prorrogar un así denominado “estado de emergencia” facultando nuevamente al Jefe de Gabinete de Ministros a alterar partidas presupuestarias ya instituidas por el Poder Legislativo al aprobar la Ley de Presupuesto (Art. 6) y al Poder Ejecutivo Nacional a adoptar “(...) las medidas necesarias tendientes a la progresiva implementación de la transformación de los actuales programas sociales nacionales en Salario Social Complementario (Art. 7 de la Ley). En suma, un poco más de lo mismo, en el marco de instituciones que languidecen...

³²⁷ Recuerdo aquí que el Dec. 50/2017 dispone en su Art. 1 que este “estado” podrá ser prorrogado “fundadamente”, con fundamento en que “(...) los esfuerzos realizados (en el sentido de brindar mayor seguridad a la población según se lo expone) y los éxitos obtenidos, hacen imprescindible prorrogar la vigencia de la declaración de la emergencia de seguridad pública dispuesta por Dec. 228, de fecha 21 de enero de 2016 por el término de TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días corridos a partir de la fecha de su vencimiento” (considerando 7º de la norma referida).-

³²⁸ Arballo, Gustavo “Puesta en valor...” citada, pág. 286). Entiende este calificado autor que desde este tipo de propuestas el Texto Fundamental podría “(...) ayudar y reconocer mejor la operatividad de las instituciones locales”, aunque reconoce también, que debiera evitarse asimismo el localismo voluntarista “(...) que prescinde en sus análisis de las complejidades del problema federal y que, frecuentemente, no hace sino asumir el reparto de competencias como una pulseada de suma cero, entre dos órdenes casi rivales”.-

éstas invocaciones a estados de excepción, o convalidaron las dispuestas por la federación, generando a partir de allí, políticas que por sus efectos profundizaron la ya especificada crisis del federalismo Argentino:

VI – a)

**EL CASO PARTICULAR DEL DICTADO DE DECRETOS DE NECESIDAD Y
URGENCIA, LEGISLACIÓN DELEGADA
Y SU RÉPLICA EN NUESTRO DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL**

¿Pueden las provincias Argentinas, replicando el quehacer cotidiano del Gobierno Federal, declarar el estado de emergencia, suspendiendo en tal sentido los derechos y garantías ciudadanos o desarticulando temporariamente reglas básicas que hacen a la división de poderes en la República?

Claro es que presupuesto un estado de zozobra en alguna provincia, su sistema constitucional *no le debiera poder permitir declarar el estado de emergencia*, escapando al cumplimiento de las previsiones normativas a que se encuentra obligada, ya que claramente

si en estos supuestos se suspenden los derechos fundamentales o la forma republicana de gobierno, su preservación debe ser impuesta – tal su obligación constitucional - por el Gobierno Federal, que es a quien le incumbe la debida reposición, en este caso, por conducto de la figura de la intervención federal³²⁹.-

Ocioso es aquí reiterar que pese a la habilitación que el texto constitucional federal ofrece al Poder Ejecutivo para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, en los términos expresados por el Art. 99 Inc. 3° del texto fundamental, o al Congreso de la Nación para efectuar delegación legislativa, en términos que dispone el Art. 76 de la Constitución, estos institutos padecen – tal lo he señalado e interpreto a la fecha –, de una intrínseca contradicción con la vigencia de los preceptos basales del sistema republicano de gobierno y el principio de división de poderes.-

Aun así, y aceptada su admisión constitucional en 1994, se ha debatido en doctrina si las provincias pueden replicar éstos institutos de excepción en sus ámbitos locales: en éste sentido, existen quienes sostienen que conforme lo dispuesto en los Art. 5 y 122 CN., el texto fundamental no impone a las provincias un modelo institucional predeterminado, más allá de la república representativa, ya que sólo se exige que aquel adoptado, sea compatible con los estándares constitucionales expresados en el texto federal, con lo que las constituciones locales se encontrarían – según ésta interpretación - habilitadas para establecer la posibilidad del dictado de D.N.U. o delegación legislativa en sus jurisdicciones³³⁰.-

Con lo cual, la regulación federal que admite el dictado de esta legislación emergencial por parte del Ejecutivo nacional, no sería vinculante para el constituyente o legislador provincial, los que podrían apartarse del modelo federal, rechazando la figura en sus constituciones, o adoptarlo, en igual sentido si así lo estimaran.-

Reitero que discrepo con ésta postura, atento la básica naturaleza que detentan éstos instrumentos emergenciales, para violentar en ambos ámbitos territoriales, el principio Republicano y de división de poderes, pero esencialmente por interpretar que esta grave y

³²⁹ Ello al punto que el profesor Midón, con cita a Pérez Hualde (“Decretos de Necesidad y Urgencia “Edit. La Ley, 2001, pág. 199) ha señalado que “(...) las mismas razones de peso institucional que obstan a que una provincia pueda legislar por razones de necesidad y urgencia, son las que militan para inhibir la competencia de los ejecutivos municipales”

³³⁰ Esta postura, referida por Paulina Chiacchiera Castro y Maximiliano Calderón (“Los Decretos de Necesidad y Urgencia en las Provincias”, pág.- 434), poseería respaldo en determinados precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cfr. CSJN Fallos 7:373; 317:1195; 326:193).-

excepcional competencia ha sido vedada en principio a las provincias por ser potestad constitucionalmente delegada al gobierno federal³³¹

Aduna a estas razones Alejandro Pérez Hualde³³², para sostener la tesis negativa, en particular respecto al dictado de DNU por los poderes ejecutivos provinciales, que “(...) a) la parálisis de uno de los poderes del Estado provincial no implica una crisis institucional que carezca de salida prevista por el orden jurídico, se trata de las circunstancias que habilitan la intervención federal de ése o más poderes y de ningún modo el avasallamiento de las instituciones de la República; b) porque las provincias están obligadas a *garantizar*, en primer lugar, el sistema republicano de gobierno (Art. 5 Constitución Nacional) bajo apercibimiento de incurrir en la primera de las causales de intervención federal de oficio (Art. 6 Constitución Nacional); y c) porque esta prohibición se inspira en el mismo principio que le impide a la provincia, aún a nivel legislativo, el dictado del estado de sitio o suspender las garantías constitucionales en todo o parte de su territorio”.-

Clarificadas las posturas en doctrina al respecto, lo cierto es que la realidad fáctica Argentina presenta en los hechos dos grandes grupos de textos constitucionales: aquellos que receptan en su articulado la posibilidad de declarar la emergencia, y más específicamente, el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, y otros que no lo prohíben, pero tampoco los regulan. Finalmente, es bueno destacar que ninguna provincia Argentina, o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, prohíben su declaración³³³.-

Entiendo que en el caso de éste último grupo de provincias, la no regulación del instituto en sus constituciones resulta, tal se lo ha interpretado, un límite infranqueable para su dictado³³⁴.-

³³¹ En igual sentido sostiene Mario Midón (“Decretos de Necesidad y Urgencia” citado, pág. 196 y ss.) que las provincias “(...) jamás podrían autorizar el dictado de DNU” ello en base a las siguientes razones: la característica de ser resorte competencial delegado al gobierno federal, que su dictado quiebra la regla republicana y de división de poderes, y que si algunas provincias los receptan y otras no, frustraría el equilibrio que debe imperar entre ellas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al reconocerse en algunas de ellas, privilegios que otras no detentan.-

³³² Pérez Hualde, Alejandro “Decretos de Necesidad y Urgencia. A dos años del Art. 99 Inciso 3 de la Constitución Nacional” “LL” 1997-D, pág. 1088.-

³³³ En este sentido, la CABA y ocho provincias receptan en su articulado la posibilidad del dictado de DNU en sus jurisdicciones (Chubut, 1994, La Rioja, 2008, Río Negro, 1988, Salta, 2003, San Juan, 1996, Santiago del Estero, 2005, Chaco, 1994 y Tucumán, 2006), en forma similar, aunque no idéntica a la regulación federal. Las restantes provincias no regulan estos institutos en sus textos fundamentales.-

³³⁴ Esta tesitura ha sido mantenida por la jurisprudencia. Así, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes rechazó abiertamente su validez (Autos “Cardozo, Amanda c/Provincia de Corrientes, en Fallo del 15/04/1998,”LL” Litoral 1998-2-51). Comparte éste posición Alejandro Pérez Hualde, entre otros juristas

Abonando la postura prohibitiva, para el caso de no autorizar expresamente alguna provincia el dictado de decretos de necesidad y urgencia en su ámbito institucional, sostenía Germán Bidart Campos que cuando una constitución provincial no autoriza expresamente al gobernador al dictado de DNU, surge la vigencia del principio que denomina “prohibitivo”, emanado de la división de poderes, del que deriva que “(...) sin norma expresa, ha de tenerse como regla impeditiva”³³⁵, a lo que agrega que el principio de “autonomía” les permite prohibir el dictado de éstos decretos en su territorio aun cuando la Carta Fundamental federal los consienta a favor del Presidente de la República.-

Pese a lo resaltado en los párrafos anteriores, no puedo dejar de señalar que a contrario de las calificadas opiniones expuestas, la ausencia de norma constitucional permisiva respecto del dictado de DNU., no ha sido interpretada en los hechos como vedando la existencia de estos institutos de emergencia en territorio de las provincias, si concurren las circunstancias emergenciales fácticas que según se lo interpreta, así lo habilitan. Ello siguiendo una interpretación analógica a la antes – en nuestro sentir - erróneamente sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia nacional al dictar el precedente “Peralta”, ya analizado³³⁶, aun cuando esta tesitura ha sido fuertemente cuestionada en doctrina.-

Es la señalada, una clara muestra de cómo los excesos debidos a la invocación de emergencia ante crisis irresueltas en el orden Federal, desarticulaban inconstitucionalmente competencias provinciales, ahogando éstos ámbitos, y empujándolos a seguir igual tesitura en sus espacios institucionales, con o sin norma expresa que los avale a tal fin.-

Argentinos. También la doctrina cordobesa más calificada se ha pronunciado contraria al dictado de Decretos de necesidad y Urgencia por parte de su gobernador, cuando su constitución nada dice a éste respecto. Así lo ha señalado entre otros, Antonio María Hernández (“Dos Decretos Inconstitucionales”, en “La Voz del Interior, Sección Opinión, del 18/12/2001/www.la-voz.com.ar.).-

³³⁵ Bidart Campos, Germán “La Intervención por Decreto de Urgencia a un Concejo Deliberante de La Rioja”, “ED” 162-550). Coincide entonces el destacado jurista en que “(...) transferir analógicamente al derecho provincial la permisión que en el orden federal habilita al Ejecutivo a dictar decretos de necesidad y urgencia, es violar la autonomía provincial, porque en ejercicio de ellas, las constituciones que no conceden similar permisión a los gobernadores, deben interpretarse en el sentido de que la vedan”.-

³³⁶ Esta solución ha sido seguida en precedentes del Superior Tribunal de Entre Ríos (STJ Entre Ríos, Fallo del 20/9/97 “Bertoli, Aurelia y otro c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos” “LL” Litoral, 1998-2-396), Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (TSJ Tierra del Fuego, fallo del 15/09/03 “Raña, Luis A. c/Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/Inconstitucionalidad del Dec. 1947/99”), Jujuy (STJ Jujuy, “Arroyo de Heredia, María c/Estado Provincial” del 5/5/1993, Abeledo Perrot, N ° 26/38), y Provincia de Buenos Aires (SCJBA Causa B-54.487, del 18/05/1999 “Coronel, Oscar Adolfo y otros c/ Municipalidad de Navarro s/Demanda Contencioso-Administrativa”, DJBA 156:343).-

En los hechos, y asumiendo que ciertas provincias argentinas han regulado en sus constituciones la posibilidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia en situaciones de emergencia, cabe acotar que mientras las constituciones de Río Negro y Salta no imponen restricciones de ningún tipo en lo que hace a las materias sobre las que no podrían versar los decretos de necesidad y urgencia, las de Chubut, Buenos Aires y San Juan acotan esta competencia excepcional, al igual que la Constitución Federal, con la expresa prohibición de que tales actos alcancen ciertas materias³³⁷

Existen además, en el ámbito del derecho público provincial argentino, dos supuestos de habilitación de delegación legislativa al Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia, remedando el Art. 76 del Texto Fundamental nacional, Ellos pueden ser verificados – particularmente - en los textos constitucionales de las provincias de Santiago del Estero³³⁸ y Formosa³³⁹

Se ha señalado en éste punto y en particular con referencia a la situación existente en la provincia de Buenos Aires, que se da allí una práctica ya inveterada, consistente en hacer caso omiso a la normativa infra constitucional existente en tal sentido en ésa provincia Argentina, aclarándose luego que “(...) sin ningún prurito, se avanza permanentemente sobre la zona de reserva del legislador, o en su defecto, este último indebida e ilegítimamente se

³³⁷ Enseña en el punto Midón (“Decretos de Necesidad y Urgencia” citada, pág. 201) que la Constitución de Chubut “(...) impide que el gobernador regule cuestiones de índole tributaria, penal, presupuestaria, electoral o régimen de partidos políticos” Entendemos que por veda constitucional del Art 75 Inc. 12, la materia penal de competencia provincial solo podría abarcar aspectos disciplinarios o contravencionales. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires reproduce en el punto al texto federal. Agrega finalmente Midón, que “(...) la Constitución de San Juan excluye de los Decretos de Necesidad y Urgencia a las decisiones legislativas, las leyes de base o programas legislativos y las atribuciones otorgadas al Poder Legislativo en el Art. 150, salvo sus incisos 1. 3. 9. 12, 14 y 16, primera parte”.-

³³⁸ Art. 137: Delegación Legislativa. “(...) Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. En casos excepcionales, podrá ser admitida para atender materias determinadas para atender materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública. La ley de delegación deberá indicar su plazo, alcance y bases, conservando la Cámara de Diputados la potestad legislativa y las facultades de control sobre la materia delegada La revocación de la delegación o el vencimiento del plazo previsto, no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la misma” Desde ya que pese a la pretendida morigeración de la última parte del texto transcripto, no coincide con ésta desarticulante réplica del texto fundamental nacional, que – en todo caso - solo podría ser parangonado para situaciones de emergencia pública de vertiente provincial.-

³³⁹ Art. 121 (...) tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley, enumerados en el artículo anterior. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que la legislatura establezca. La caducidad resultante del plazo previsto en el párrafo anterior, no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”. Esta normativa, me merece igual comentario que aquella transcripta en la nota anterior.-

desprende del ejercicio de la atribución propia y exclusiva de hacer la ley, y la pone en manos de aquel por un doble mecanismo: ya sea a través de la delegación o en tantísimos casos, con la sanción de una ley ratificatoria, que como una especie de manto convalidante, pretende teñir de legalidad tal obrar”³⁴⁰

Así, tomando como ejemplo al Primer Estado Argentino, y en el contexto de una increíble sucesión legislativa, y de Decretos del Poder Ejecutivo provincial, la Provincia de Buenos Aires genera, en tiempos recientes, el dictado de la Ley 14.853, que actualiza la declaración de emergencia efectuada por Ley 14.815, prorrogada por Decreto PEN 53/17. Allí se declaró la emergencia administrativa y tecnológica en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires³⁴¹

También, por Ley 14.806³⁴², la Provincia de Buenos Aires declaró la emergencia en materia de seguridad, autorizando a tal fin su Art. 4° a los Ministros de Justicia y Seguridad para que – en función de la emergencia declarada – efectúen en el ámbito de su jurisdicción, las adecuaciones presupuestarias que resulten pertinentes para atender los gastos que demanden la implementación de las acciones a adoptar³⁴³.-

³⁴⁰ Cfr. Oroz, Miguel “La emergencia bonaerense y su inconstitucionalidad sobreviniente” (“JA”, 2003-III-1362).-

³⁴¹ Art. 1, fundado en la necesidad de “(...) paliar el grave déficit en éstas materias que en el transcurso de los últimos años se ha visto incrementado progresivamente, y posibilitar la realización de las acciones tendientes al fortalecimiento y modernización tecnológica de los organismos públicos provinciales para cumplir así con el mandato constitucional de promover el bienestar”. Realmente, entiendo que es esta una fundamentación tan ambigua como improcedente.-

³⁴² Actualizada por Ley 14.866, y prorrogada por Ley 14.990. Allí se declaró “(...) la emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud penitenciaria en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires, con la finalidad de resguardar la integridad física y los bienes de todas las personas” (Art. 1). No olvido aquí la gravísima situación de inseguridad por la que transita en la actualidad, y desde hace tiempo la Provincia de Buenos Aires, ni tampoco los ingentes esfuerzos que cotidianamente efectúa la Gobernadora Vidal para conjurarla. Solo volvemos a señalar que como es cotidiano, las crisis siempre intentan ser develadas con la declaración de emergencia, situación ésta que ya campea en las provincias argentinas, desde el pernicioso efecto “imitación” a que son arrastradas por las erradas actuaciones políticas que de uso sostiene en tal sentido el Gobierno Federal.-

³⁴³ Y además, “(...) a reasignar por causa de la emergencia, funciones y destinos a todo el personal de las policías de la Provincia y resolver la disponibilidad de los agentes, o desafectar del servicio, de acuerdo a lo normado por la legislación y reglamentación vigentes, pudiendo asimismo jubilar o pasar a retiro según el caso” (Art. 7), entre otras atribuciones excepcionales. Entiendo que tan acentuada concentración de facultades, no se aminora con la creación de la Comisión Bicameral consultiva de seguimiento y control que establece el Art. 12 de la ley, aún cuando ella esté facultada para efectuar observaciones, propuestas y recomendaciones

VI – b)
EL CASO PARTICULAR DE LA CREACIÓN DE “CUASIMONEDAS”
EN EL ORDEN FEDERAL Y EN NUESTRO
DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

Es sabido que en tiempos pasados, pero también recientes, también con base en graves crisis irresueltas, el Gobierno Federal, aduciendo los así denominados “estados de emergencia” invadió la autonomía del Banco Central de la República Argentina para apropiarse inconstitucionalmente de las reservas que el mismo acaudalaba, o tomando increíbles montos de deuda externa, negociadas con mínima y delegante participación del H. Congreso de la Nación, básicamente exenta de un debate crítico de tan graves medidas.-

Todo éste accionar ameritó – a su tiempo - la entrada en “Default” de nuestra Nación, dejando en ese camino a las provincias Argentinas inermes, sin poder disponer plenamente de su capacidad tributaria y sin recibir refuerzos del Gobierno Federal a fin de sostener su vida institucional, amén de tener las provincias, que hacerse cargo de sus propias falencias

en la gestión gubernamental estadual, muchas veces carente también de controles técnicos y políticos reales.-

Es en tal contexto, que en la terrible crisis Argentina del año 2001/2002 aparece en el ámbito provincial, la denominación de “cuasimonedas”, que resulta ser un nombre informal otorgado a determinados “bonos” emitidos en Argentina en primer lugar, por el Gobierno Federal, pero luego por quince provincias en tal situación crítica, circulando a la par y en la misma forma que la moneda de curso legal³⁴⁴.-

Luego, y en la medida en que la crisis se fue superando a partir del año 2003, estas así denominadas “cuasimonedas”³⁴⁵ fueron desapareciendo, hasta que se extinguieron por completo, en tanto fueron absorbidas por los correspondientes emisores.-

Consideré pertinente transcribir a continuación, la tabla elaborada por Marcelo Calniquer Cayani³⁴⁶, presentando la distribución, hacia agosto del 2002 y a valor nominal, de ambas emisiones (las provinciales y la federal por conducto del bono LECOP).-

CUADRO V

ESTADO	DENOMINACION	MONTO <i>(en millones de pesos)</i>
Argentina	Lecop	3.225.-
Buenos Aires	Patacón	3.306,40.-
Córdoba	Lecor	700.-

³⁴⁴ Cfr. Kinkaid & Collins “La Coyuntura Argentina”, pág.3. Ello debido a las políticas de corte liberal implementadas durante la presidencia de Carlos Menem, y a las restricciones luego impuestas por la Ley de Convertibilidad desde 1991, donde la emisión monetaria se había restringido. Así, frente a la falta de liquidez resultante de tales políticas, se emitieron por parte del Gobierno Federal estos bonos, a modo de alternativa de financiamiento, ello en el marco de una gravísima crisis económica. De esta manera, primero el Gobierno Federal, y luego las provincias, aduciendo sendos estados de emergencia, podían continuar pagando sus obligaciones, sosteniendo a la vez parcialmente las necesidades de consumo, lo que si bien generó un muy breve alivio financiero, previo al final de la convertibilidad, ello habilitó en los hechos, la perspectiva de que las provincias emitan moneda inconstitucionalmente, todo ello con base en la siempre aducida emergencia, remedando así las falencias también expuestas en igual sentido por el Gobierno Federal.

³⁴⁵ Consistentes en “bonos al portador”, que podían o no contener el pago de intereses, y que poseían las mismas dimensiones que los billetes de curso legal en el país

³⁴⁶ Del autor citado: “Cuasimonedas Argentinas”. Referencia web en (<http://www.billetesargentinos.com.articulos/cuasimonedas.htm>). También “Emitirán un Título para poner fin a la historia del Bocanfor”. Referencia Web en (<http://www.voxpopuli.com.ar/archivo/2004/abril/misiones2004042319.shtml>).-

Entre Ríos	Federal	348.-
Corrientes	Cecacor	200.-
Tucumán	Bocade	168.-
Mendoza	Petrom	138.-
Misiones	Cemis	130.-
San Juan	Huarpes	100.-
Chaco	Quebracho	50.-
Formosa	Bocanfor	100.-
Catamarca	Bono Ley 4748	45.-
Tierra del Fuego	Letras	30.-
Chubut	Petrobono	20.-
Rio Negro	Petrobono	20.-
La Rioja	Bocade	5
Total		8.535,40.-

Al anunciar en agosto del 2001 el Gobierno Federal la primera emisión de bonos LECOP, se lo hizo estipulando que con ella se cancelaría la mayor parte de la coparticipación federal impositiva adeudada a las provincias³⁴⁷. Ello, sumado a la falta de disciplina fiscal de la Nación y las distintas provincias, la recesión económica imperante en ése momento y el nulo financiamiento voluntario, hizo que diversos gobiernos provinciales imitaran la decisión del Gobierno Federal, emitiendo “bonos” de clara aptitud para constituirse en moneda de curso legal, que claramente las provincias Argentinas no poseen potestad para emitir.-

Ello motivó que al poco tiempo se generase un acumulado de 8.400 millones de pesos, que constituyó aproximadamente el 50% de la circulación monetaria del país, dividido ello entre 15 cuasi monedas provinciales, lo que conflictuó el accionar de la autoridad monetaria

³⁴⁷ Pese a ello, debo resaltar que en realidad la emisión de bonos con éste carácter de “cuasimoneda” se generó anteriormente en la Provincia de Buenos Aires, que en julio del 2001 no contaba con efectivo para hacer frente al pago de salarios de sus empleados públicos, dando así nacimiento al “Patacón”. Aun así, la Provincia de Salta fue la pionera - durante la Presidencia de Raúl Alfonsín - en acuñar este tipo de cuasimoneda, haciéndolo a su tiempo en “Pesos Argentinos”, resellando los bonos en la transición de “Pesos” a “Australes” (1985). Luego, Jujuy emite en 1986, Bonos impresos en la ciudad de Buenos Aires, en papel con filigrana continua.-

federal, que es técnicamente, la única con potestad constitucional de emitir moneda de curso legal en el país³⁴⁸

Se ha señalado aquí con acierto³⁴⁹ en referencia a los bonos emitidos por la Provincia de Buenos Aires, que si bien en un principio la circulación de los “Patacones” “(...) fue polémica, la enorme emisión y la magnitud de la crisis, lograron una masiva aceptación práctica, no solo en la Provincia de Buenos Aires, sino también en la Capital Federal. Estos bonos circulaban a la par del Peso. Se podían pagar algunos impuestos, hacer compras y hasta se realizaban pagos de sueldos en esas “cuasimonedas”.-

Claramente la emisión de estas cuasi-monedas (Patacones y Lecop) en la región del Área Metropolitana de Buenos Aires en el período antes indicado, quebró el lazo social de unión entre individuos y el propio Estado. No cabe duda, de que fue ésta una de las crisis más profundas que padeció la sociedad Argentina en los planos económico, social y político, generando una antes impensada fragmentación monetaria.-

Nuevamente, se recurría a la figura de la “emergencia” para intentar paliar una profunda crisis – ésta modalidad, sin precedentes - que motivó la invasión ya desembozada al terreno competencial provincial, con la que el gobierno federal pretendió cancelar deudas de una ya confusa e inconstitucional modalidad de coparticipación impositiva entonces imperante, mediante la emisión de bonos, lo que ahogó las ya deterioradas economías regionales, obligando a muchas provincias, a imitar la solución del Gobierno Federal en sus territorios, quebrando la veda constitucional de ciertas competencias a las provincias (la emisión de moneda de curso legal) para paliar esos evidentes estados de crisis, invocando nuevamente la figura de emergencia, que también – como antes lo señalé - le es en principio vedada por el ámbito competencial estatuido en el texto federal³⁵⁰.-

³⁴⁸ Cabe recordar, con especial referencia a la Provincia de Buenos Aires que “Patacón” fue la denominación que se dio a los bonos de emergencia emitidos en esa provincia Argentina entre 2001 y 2002 (Cfr. Ley 12.727), durante la gobernación de Carlos Ruckauf. Ellos fueron creados a modo de “moneda paralela”, a fin de intentar paliar la devastadora crisis financiera que campeaba en esa provincia, y en todo el país. Este así denominado “mal necesario” permitió cubrir por un tiempo la ausencia de circulación monetaria. Claramente este ahogo de las provincias, generada por desaciertos del Gobierno Federal, implicó una clara violación a la regla competencial expresa que veda a los gobiernos provinciales acuñar moneda (Art. 126 CN.)

³⁴⁹ Cfr.” Historia de la Moneda Argentina”, en <http://historiaymonedas.blogspot.com.ar>. Allí se indicó, que “(...) se emitieron valores de 1, 2, 5, 10, 20, 50 y 100 patacones (un patacón equivalía a un Peso Convertible). También existió el patacón de 50 centavos, aunque de muy escasa circulación.-

³⁵⁰ Sin ambages, señala aquí María Julieta Maeso (“Emisión de cuasimonedas en la Argentina del 2001: la relación tributaria y el lazo social”, IIHES Conicet, mjmaesomail.com, pág.2), que “(...) dentro de los fenómenos desatados en medio de la crisis, uno muy importante fue la fragmentación monetaria. Frente a la

Claramente, la generación de esta crisis, y el erróneo intento de aplicar institutos de “emergencia” para intentar conjurarla, ameritó una modalidad de fragmentación monetaria que afectó fuertemente la relación existente entre los individuos y el Estado³⁵¹, debilitando en grado sumo el lazo que los une, al expresar esta afectación, una falta de reconocimiento de la deuda social existente. Ello, teniendo particularmente en consideración que la circulación de cuasimonedas, no se desarrollaba de igual modo que la del peso³⁵², poniéndose en consecuencia en duda con ello, la legitimidad de la representación en la autoridad soberana, y la confianza social en la misma.-

Es que estos bonos no poseen de uso respaldo, por parte del Banco Central de la República, con lo que al emitirse en una proporción importante - como se lo hizo -, comenzaron a ser rechazados por la población, dada su pérdida de valor.-

De todos modos, esta irregular modalidad para intentar superar un estado de crisis, fue postulada por analistas Argentinos, para intentar paliar la desatada en Grecia hacia el año 2015, sugiriéndose en ciertos círculos intelectuales, que si bien la creación de “cuasimonedas” es algo no deseable, se lo consideró “inevitable” por parte del economista Argentino Agustín D’attellis para que esa nación obtuviese liquidez en un posible proceso de transición hacia el abandono del Euro³⁵³.-

falta de recursos y ante la necesidad de cumplir con sus obligaciones, catorce de las veintitrés provincias que integran el territorio argentino, emitieron sus propias monedas, las cuales cumplieron total o parcialmente las funciones del dinero. Asimismo, desde el Estado Nacional surgieron las Lecop (Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales), con el objeto de evitar que se emitieran gran cantidad de bonos provinciales. A esa variedad de monedas, las agrupamos bajo el nombre de cuasi monedas”.-

³⁵¹ Así, detalla Julieta Maeso (“Emisión...” citada en nota anterior, pág. 13) con referencia a los habitantes del AMBA que recibieron mayores porcentajes de salario o jubilación en bonos, presentaron “(...) los niveles más altos de evasión impositiva”. En tanto, explica luego que quienes recibieron los menores porcentajes de salario o jubilación en cuasimoneda, “(...) presentaron menores niveles de evasión o directamente no evadieron impuestos”.-

³⁵² Refiere Julieta Maeso en su investigación (“Emisión...” citada “supra”, pág.13), que “(...) si bien el 42% de la población coincidió en que siempre eran aceptadas, un gran porcentaje (50%) expresó que a veces eran aceptadas, en tanto un pequeño porcentaje coincidió en que pocas veces o nunca eran aceptadas, dejando entrever la existencia de dificultades a la hora de realizar pagos” Agrega luego a lo expuesto (pág. 14), que “(...) los encuestados expresaron que no estaban de acuerdo en cobrar en cuasimonedas, ya que tenían incertidumbre sobre su aceptación o su paridad con el peso a la hora de querer realizar las transacciones comerciales” Diferente fue el caso de la Provincia de Córdoba con la emisión de “Lecor”, que era una cuasimoneda que el gobierno aceptaba para el pago de impuestos, y luego volcaba nuevamente al mercado, permitiendo así un “mínimo” flojo de circulante.-

³⁵³ Lo que finalmente no acaeció. Ni Grecia emitió bonos de estas características, ni abandonó el Euro. D’attellis es profesor de la Universidad de Buenos Aires, especializado en macroeconomía y mercados financieros internacionales. Referencia: <http://mundo.sputniknews.com/americalatina>. “Las cuasimonedas, otra receta argentina para la crisis de Grecia”.-

En definitiva, tengo para mí que la gran crisis desatada en Argentina hacia 2001, llevó al Gobierno Federal, y en forma concomitante a varios gobiernos provinciales, a declarar un estado de emergencia, emitiendo “bonos” que circularon por varios años en paridad a la moneda de curso legal, generándose con ello una clara fragmentación monetaria y el quiebre del lazo social habido entre los individuos que habitan el país y el Estado, amén de diluir aún más la determinación competencial que en el punto instituyó el Texto Fundamental Federal.-

VI-c)

EL CASO PARTICULAR DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS PROVINCIALES, Y LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA **(Sus consecuencias en el diseño competencial originario)**

Según lo he narrado a lo largo de esta tesis, es real que las tensiones generadas por el centralismo y el anti-centralismo, hacen a la propia esencia de nuestra forma federal de Estado.-

Estas tensiones se hallan en el juego que dimana del propio diseño del Texto Fundamental hoy vigente, el que como reiteradamente lo señalé, establece la regla de la delegación de competencias originarias, desde la periferia (provincias, ciudad de Buenos Aires), y hacia el centro (Gobierno Federal), según así lo preceptúa su Art. 121.-

Aunque tal circunstancia es propiciada desde el Texto Fundamental, que es el que crea jurídicamente el sistema constitucional – lo que incluye a la federación y a las provincias federadas, aunque ellas o algunas de ellas pudiesen ser históricamente precedentes al mismo -, siguiendo a esos fines, el modelo impuesto por la Enmienda X de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.-

Debo señalar también en éste punto, que el pensamiento de Alberdi, numen de nuestra Constitución fundacional, encierra – aún desde su originalidad - ciertas contradicciones. Ello sucede particularmente al momento de imaginar las facultades originarias que en su obra,

finalmente fueron asignadas a las provincias para la recaudación de impuestos internos, limitando las potestades recaudatorias de la federación a derechos al comercio exterior (aduaneros), permitiéndole sólo excepcionalmente recaudar impuestos directos, por tiempo limitado³⁵⁴, y el rol decididamente centralista y promotor del desarrollo, ésta vez atribuido conforme su propuesta al Gobierno Federal³⁵⁵, con indicación de respeto por las reglas liberales que viabilizan en forma prioritaria y expresa, las libertades individuales y la propiedad privada³⁵⁶.-

En suma, la Constitución fundacional Argentina, confirió al Gobierno Federal la potestad exclusiva de establecer los derechos aduaneros³⁵⁷ y de importación y exportación, a lo que debe añadirse la imposibilidad de establecer aduanas interiores³⁵⁸. Respecto de la potestad en materia de impuestos directos, el rol del Gobierno Federal se encontraba constitucionalmente limitado, desde la imposición constitucional de invocar ciertas y determinadas circunstancias de emergencia y excepcionales para asumirlas, por tiempo limitado³⁵⁹.-

Era – en cambio – nítidamente concurrente entre la Nación y las provincias, la potestad de establecer impuestos indirectos, aunque tal concurrencia no surgiese en modo expreso de la Constitución Federal.-

El principal problema que generaba éste sistema, complejo y completo, complementario y a la vez excluyente, era el que llevaba a la necesidad de adoptar reglas que permitieran racionalizar las potestades del federalismo fiscal, para así lograr un mínimo equilibrio institucional, en particular respecto de las potestades tributarias concurrentes³⁶⁰.

³⁵⁴ Art. 75 Inc. 1 y 2 C. N., cc. Art. 4 y 121 C. N.-

³⁵⁵ A quien asigna el rol esencial de promover el progreso y la ilustración, en términos de los Art. 25 y 75 Inc. 18 C. N.-

³⁵⁶ Cfr. Art. 16, 14, 17 y cc., CN.

³⁵⁷ Lo que surgía no solamente de los Arts. 4 y 67 Inc. 1º, sino de la expresa prohibición que también le fue impuesta en el punto a las provincias (Art. 9 a 12, 67 Inc. 1º y 108 CN.).-

³⁵⁸ Cfr. Arts. 9 a 12 CN., en concordancia con el viejo Art. 67 Inc. 21 del Texto Fundamental.-

³⁵⁹ Relativas a la seguridad, defensa o bien general del Estado, según lo imponía el viejo Art. 67 Inc. 2º. Era claro que una vez asumida legítimamente esa potestad por la Federación, ella le era vedada por tal tiempo determinado a las provincias (Arts. 67 Inc. 2º, 104 y 108 CN., con anterioridad a la reforma constitucional de 1994).-

³⁶⁰ Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía en éste punto, denotando la preocupación que la cuestión implicaba (Cfr. CSJN Fallos 149:260, del 28/09/27 “Sociedad Anónima Simón Mataldi Ltda. c/Provincia de Buenos Aires”), que “(...) no obstante el armónico equilibrio que doctrinariamente presupone el funcionamiento regular de las dos soberanías, nacional y provincial, en sus actuaciones respectivas dentro del sistema rentístico de la Constitución, no puede desconocerse que su régimen efectivo determina una doble imposición de gravámenes, con la que se afectan, en determinadas circunstancias, importantes intereses

Tal atribución fue derivada de una interpretación del Art. 4 CN., referido en lo que nos interesa, a “(...) las demás contribuciones que, equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general³⁶¹.-

Lo cierto es que en el decurso de nuestro tempo histórico, las pautas tributarias de la federación fueron definitivamente desbordadas por las volubles situaciones financieras de la República. Ello a consecuencia de los cambios y vicios que impuso la “nueva” constitución económica”, consolidada en los hechos, por sobre los márgenes de la estructura constitucional formal, que acusaba una configuración ya deteriorada desde su vertiente más importante: la fiscal.-

Debo insistir aquí. en que la instalación de la denominada “coparticipación impositiva”, junto con el hecho de acudir el Gobierno Federal en forma recurrente, a las figuras de excepcionalidad y la emergencia, frente a la aparición de las mencionadas situaciones de “crisis” que comenzaban a asolar los confines de la República, para apropiarse de competencias tributarias de las provincias, fue un factor trascendente que permitió quebrar el delicado equilibrio competencial que habían ideado los constituyentes fundacionales, para articular las competencias y funcionamiento de la federación y las provincias federadas.-

Esta serie de circunstancias fueron – a no dudarlo – el principal ariete con el que se logró centralizar la recaudación tributaria. Con ello, claramente se desarticuló el federalismo fiscal en beneficio de un nuevo modelo que imponía la “constitución económica” de una

económicos y se originan conflictos de jurisdicciones fiscales, que no siempre es dado dirimir con a eficacia debida. De ahí la constante requisición colectiva traducida en múltiples estudios y proyectos, tendientes a la modificación o mejor aplicación del sistema rentístico, iniciativas que abarcan desde la reforma a la Constitución, hasta la nacionalización de los impuestos, en cuanto a su percepción, a base de coparticipaciones proporcionales y equitativas entre la Nación y los estados federales”.-

³⁶¹ A este respecto, recalca Spisso (“Derecho Constitucional Tributario”, Edit. Depalma, Buenos Aires, pág. 21), que en realidad, cuando el Congreso en enero de 1881, a iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional encabezado por Pellegrini aprueba la creación de impuestos internos, aplicables a todo el territorio de la Nación, por Ley N ° 2774, diversos miembros del Congreso Nacional expresaron que la frase “demás contribuciones”, se refería a las contribuciones directas, ya que solo éstas pueden ser proporcionales a la Nación”. Concuero con ésta seria y fundada apreciación, pero ya por aquella época, la Constitución económica trazaba rumbos incompatibles con nuestro federalismo real. Así, y pese a las apuntadas oposiciones en el seno del Congreso, el entonces Ministro del ramo, Dr. Vicente Fidel López, apunto que no era posible “(...) atento a la extrema gravedad de las finanzas públicas, detenerse a discutir ampliamente el punto constitucional, ya que el país se hallaba en ésta disyuntiva: el gobierno no tiene fondos, el Tesoro Nacional está exhausto, el peso de la deuda es enorme y, en consecuencia, o el Congreso vota los impuestos internos, o el Poder Ejecutivo suspende todo servicio”. La cuestión culmina con la ley votada y aprobada, iniciándose entonces una nueva historia para el federalismo fiscal argentino.-

Argentina que buscaba adecuarse – sin éxito – a la etapa histórica en que en gran parte del mundo predominó el denominado “Estado de Bienestar”.-

Con lo señalado, la tensión arriba expuesta fue resuelta en favor del fortalecimiento de los poderes del fisco nacional, con claro – e inconstitucional, agrego - desmedro de las potestades de los fiscos provinciales³⁶². Aún con ello, el proceso político y social que sobrevino a la definitiva recuperación democrática, en 1983, luego afirmado por la reforma constitucional de 1994 que propuso el fortalecimiento de nuestro federalismo³⁶³, intentó paliar las anormalidades a que seguido me referiré. Pero también, con escaso éxito.-

Es claro que en el contexto antes referido, las potestades en materia de percepción de impuestos indirectos resultan ser concurrentes entre la Nación y las Provincias. Pero en la práctica, lo que sucede es que el Estado Federal legisla aquí y percibe los tributos de mayor potencial e incidencia recaudatoria (no solamente aquellos cuya concurrencia está avalada por la Constitución Federal), con lo que generó un intenso desequilibrio en la asignación de ingresos a las provincias argentinas y la ciudad de Buenos Aires, basado en una inconstitucional quita, fundada originariamente – y una vez más -, en razones de emergencia.-

Puedo concluir entonces, que le resta hoy a las provincias, en los hechos, la percepción por sí de impuestos a ingresos brutos³⁶⁴, de sellos (recientemente limitados de acuerdo con un pacto fiscal celebrado entre la Nación y los Estados de la Federación³⁶⁵), inmobiliario y sobre patentes.-

Bien señaló la oportunamente Comisión de Coparticipación Federal de Impuestos, al elaborar una interesante propuesta, denominada “Elementos para la discusión de una nueva Ley Convenio de Coparticipación Federal de Impuestos”³⁶⁶ que “(...) es sin duda en materia

³⁶² Bien han señalado en este punto Alberto Dalla Vía y Pablo Garat, con cita a Carlos Nino (“La situación de las Provincias. Descentralización y coparticipación federal” Edit. INAP, Buenos Aires, pág.9), que “(...) algunos rasgos de nuestro sistema institucional, contribuyeron a la centralización, como el carácter hegemónico de nuestro modelo presidencialista, el carácter nacional de los principales partidos políticos, y el frecuente recurrir a medidas como el estado de sitio o la intervención federal, rasgo al que contribuyeron – aún más – las reiteradas emergencias en lo económico y social” (el resaltado me pertenece.).-

³⁶³ En este punto en particular, ha afirmado el principio de legalidad tributaria, al prohibir enfáticamente el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia en materia tributaria (Art. 99 Inc. 3), y también la delegación legislativa en esta materia (Art. 76). Como derivación de esta regla, se estableció también que la ley que establezca el régimen de coparticipación federal, “no podrá ser reglamentada” (Art. 75 Inc. 2).-

³⁶⁴ Que en las provincias de Chubut y Neuquén, corresponde a sus municipios.-

³⁶⁵ El Acuerdo Fiscal suscripto entre la Nación, la Ciudad de Buenos Aires y una importante cantidad de provincias, en 16/11/2017, implica entre otros, el compromiso de los signatarios, de bajar los impuesto de Ingresos Brutos y Sellos en sus jurisdicciones en forma gradual, durante un período de cinco (5) años.-

³⁶⁶ Edit. Imprenta del H. Congreso de la Nación, 2001, pág. 27.-

tributaria, y aún fiscal, donde más claramente nuestra Constitución material, entre 1880 y 1994 se ha ido apartando cada vez más de la Constitución formal” lo que apareció como un verdadero desafío para los constituyentes de 1994.-

Pese a no poder negar hoy el dicho de Juan B. Alberdi, en el sentido de que “sin rentas no hay gobierno”, no es menos real también, que sin respetar la distribución de competencias en materia tributaria definida o implicada en el Texto Fundamental de 1853, con sus sucesivas reformas, se vacía de poder real a las provincias que integran el régimen federal instituido por el Art. 1 de la Constitución Nacional.-

No dudo que hasta fines del Siglo XIX, el Gobierno Federal respetó la indicación del Art. 4 del Texto Fundamental, recurriendo para atender a sus necesidades fiscales, al producto de los derechos aduaneros, la explotación y venta de las tierras públicas, y del empréstito exterior, consolidando un constitucional período de separación de fuentes tributarias.

A partir de los años 1890/91, y aduciendo *una clara situación de crisis económica*, se echa mano (como habitualmente se lo hizo desde ése entonces) a la teoría de la emergencia constitucional – frente al notorio acaecimiento de una crisis que ya se avizoraba “global” - para recaudar, sin solución de continuidad a partir de allí, impuestos internos en todo el territorio de la Nación, manifestándose desde entonces y hasta el día de la fecha, el predominio del sistema de concurrencia de fuentes tributarias.---

Ello sucedió hasta que se patentiza la más pronunciada crisis global de los años 1929/30, ante cuyo acaecimiento, el Gobierno Federal Argentino se apropia – aduciendo nuevamente emergencia económico/social – de fuentes tributarias asignadas por la Constitución a las provincias, invocando para ello lo dispuesto en el entonces Art. 67 Inc. 2º del Texto Fundamental.-

Avanzando en éste unitarizante e inconstitucional camino, y promediando la década de 1930, se sancionan entonces los principales impuestos directos nacionales³⁶⁷. De allí surge la necesidad de unificación en la percepción de tales tributos por una sola “fuente”, mediante la que fue nuestra primera ley de coparticipación³⁶⁸.-

³⁶⁷ Uno de ellos – directo – el de Réditos (Ley 12.142; ADLA 1920-1940, 567).-

³⁶⁸ Me refiero a la Ley 12.139 (ADLA 1920-1940, 558).-

Bien señala en este punto Antonio María Hernández³⁶⁹ - y comparto plenamente el sentido de sus dichos - la necesidad imperiosa de dar cumplimiento del proyecto federal de la Constitución, sugiriendo, sin suerte, comenzar “(...) de inmediato con el debate para la sanción de la nueva ley convenio de coparticipación impositiva, que tuvo que estar vigente al 31 de diciembre de 1996”, a lo que agrega que “(...) esta grosera violación de la Ley Suprema, ha servido para mantener el actual “laberinto” de la coparticipación, que ha servido y sirve para profundizar la dependencia política, económica y social de las provincias y municipios con respecto al gobierno nacional”.-

Dicho lo anterior, entiendo necesario ahora conceptualizar a la figura de la coparticipación tributaria, la que puede ser entendida como un sistema por el que se unifica en forma centralizada³⁷⁰ la recaudación impositiva originada en diversas fuentes³⁷¹, estableciéndose normativamente, la forma y criterios para la distribución del tributo o los tributos en cuestión, entre los Estados participantes en su generación y distribución, debiendo éstos últimos adherir por ley al sistema.-

Es claro que por lo general, esta centralización obedece a razones de eficiencia y mejor administración, pero el legislador común no puede alterar al definirla normativamente, pautas constitucionales (en particular, las que determinan el sistema de fuentes). Igualmente, su generación entre nosotros promovió una duda esencial, en el sentido de si las leyes de coparticipación impositiva arbitraron o habilitaron una suerte de delegación de competencias tributarias provinciales a favor de la federación³⁷².-

³⁶⁹ En la introducción a la obra de su dirección “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo Argentino” (Edit. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008), pág.7/8.-

³⁷⁰ En nuestro caso, por parte del Congreso de la Nación

³⁷¹ Para nuestro caso, las provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

³⁷² Algunos autores, como Giuliani Fonrouge (“Derecho Financiero, 4° Ed., pág.328) indicaron que en realidad, por vía de esta legislación no se delega el poder de imponer, sino la potestad de recaudar y administrar los tributos, y son las propias legislaturas provinciales, quienes conceden tal habilitación al Gobierno Federal. Por su parte, García Belsunce (“Estudios Financieros, pág. 310 y ss.) reputó a su tiempo los regímenes de coparticipación como constitucionales, ya que tales leyes no eran entonces prohibidas por la Constitución Nacional. El tributarista Dino Jarach (“Curso Superior de Derecho Tributario”, pág.31), entendió que esta figura, al instrumentar la participación de las provincias en el sistema, solamente en base a una mera adhesión, generaba una normativa de base inconstitucional, ya que en su sentir, ello implicó una delegación “en blanco” del poder fiscal de las provincias, a favor del Estado Federal. Siguió también esta tesitura Humberto Quiroga Lavié (“Derecho Constitucional”, Depalma, 1985, pág. 658), al sostener que a través de ésta peculiar legislación no era posible delegar al Gobierno Federal facultades propias de las provincias. Entiende éste autor, que las potestades tributarias de las provincias son irrenunciables para ellas sin reforma constitucional que así lo habilite, aunque reconoce posteriormente (“Constitución Argentina Comentada”, Zabalía, 1997, pág.344), que “(...) los hechos y las necesidades fiscales del país superaron los ápices normativos”, adunando en esta ocasión, que la enunciada era una prueba evidente “(...) de la inaplicabilidad de la Constitución y de su imperiosa

Más allá del intenso debate que generó esta cuestión entre calificados doctrinarios argentinos, Bidart Campos³⁷³ expresó en éste punto, que la figura no resultaba en sí inconstitucional, mientras solamente se refiriese a impuestos internos de fuente concurrente, pero enfatizaba su inconstitucionalidad en tanto también se refería a los impuestos directos establecidos en modo permanente por el Congreso de la Nación. Aún en el contexto mencionado, daba por cierto que de todos modos ello significaba en los hechos una transferencia inconstitucional de competencias provinciales al Gobierno Federal³⁷⁴

Según así lo interpretó el más que calificado jurista Pedro Frías³⁷⁵, la cuestión generaba, tal y como se la había legislado, la evidencia de una grave crisis de nuestro federalismo. Por ello, propugnaba su garantizadora inclusión expresa en el texto de la Constitución, para así aventar nuevos problemas y refundar el alicaído federalismo Argentino³⁷⁶

Cabe ahora expresar mi opinión sobre ésta cuestión, y sin pretensión de agotarla, habría de diferenciar el punto de la inconstitucionalidad, con el de la inconveniencia del sistema. Abordando el primer aspecto, soy conteste en que la figura de la coparticipación, en su expresión teórica, no altera el sistema de fuentes que estableció el Texto Fundamental Argentino. Y ni siquiera lo hace en el caso de los impuestos directos.

necesidad de reforma”. Sabsay y Onaindía (“La Constitución de los Argentinos”, Errepar, 1997, 3 ° Edic., pág.28), enfatizaron que el sistema referenciado se desarrolló a partir de 1932, al margen de lo dispuesto por la Constitución formal, considerando que se operó una mutación constitucional al modificar la forma de ejercicio del poder tributario de las provincias. Por su parte, Rafael Bielsa (“Derecho Constitucional” Depalma, 1959, pág 566 y ss.) interpretó lisa y llanamente que se trató de un sistema inconstitucional, ya que para la admisión de este tipo de legislación, ello debe ser expresamente admitido por la Constitución. Justificaba empero, de laguna manera, el estado de esa cuestión, al definirlo como un “modus vivendi” al que se llegó por razones de conveniencia. Linares Quintana (“El poder impositivo y la libertad individual”, pág. 165/69) señaló, con visión realista, que más allá de su alegada inconstitucionalidad, este sistema relajaba sensiblemente la autonomía de las provincias, al implicar una velada renuncia a importantes aspectos de su poder impositivo. Entendió en el punto José Casás (“Un importante hito en el proceso de re-federalización de la República Argentina” “DF” LXV-1) desde una postura favorable a la eficacia de la figura, que en realidad la admisibilidad constitucional de formas de coparticipación debe surgir de una “interpretación dinámica” de la letra del Texto Fundamental, que – obviamente – no concibió la figura al tiempo de su dictado. A su tiempo, expresaba Juan Luqui (“Derecho Constitucional Tributario”, pág. 242/43) que no se daba en esencia, el presupuesto para que la figura fuese actuada, por entender que no existía en el sistema la aducida posibilidad de “doble imposición” porque las provincias no podían crear un impuesto idéntico al federal

³⁷³ Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T° 1, pág. 552/54.-

³⁷⁴ Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T° VI, pág. 364.-

³⁷⁵ Frías, Pedro “El Federalismo Argentino en la Reforma Constitucional”, en “Revista del Profesional” de la Asociación Católica Argentina, correspondiente al mes de mayo de 1994, N° 16, pág. 10.-

³⁷⁶ Que es lo que en definitiva acaeció en el contexto de la reforma de 1994, al sancionarse el Art. 75 Inc. 2°. Permítaseme volver luego sobre ésta cuestión.-

Pienso de éste modo, ya que en el marco de las leyes convenio, las provincias no resignaron su potestad impositiva, sino la administración y gestión, en lo referido a la recaudación y distribución del tributo³⁷⁷. -

Empero, considero que lo que sí resultó inconstitucional en éste proceso de redimensionamiento y actualización tributaria, fue la indiscriminada extensión que se dio a los presupuestos de actuación del Inciso 2° del Art. 67 de la entonces vigente Constitución Nacional, efectuada por el propio Congreso de la Nación.-

Con ello sostengo que lo “inconstitucional” fue haber asumido “sine die” el Congreso de la Nación, una atribución que en materia tributaria la Constitución asignaba - y asigna hoy - a las provincias, salvo supuestos de excepción. Es por tal razón, que coincido con Spisso³⁷⁸ en cuanto ha enfatizado que el vicio de inconstitucionalidad que efectivamente debió haber fulminado la potestad asumida por el Congreso de la Nación, al establecer impuestos directos, por un tiempo - en los hechos - indeterminado, no debe confundirse con la validez constitucional de la ley convenio ulteriormente dictada a su respecto.-

Pero me permito discrepar en cierto sentido, con la referencia final de Spisso, ya que es la sucesión de determinados acontecimientos la que torna inconstitucional la supervivencia de este sistema, atento sus matices y clara complejidad: es que en este caso, una vez asumida una competencia tributaria que le es vedada por la Constitución, el Gobierno Federal advierte que su decisión genera la posibilidad de doble imposición, y entonces articula una ley convenio que le permite percibir la gran mayoría de los tributos, para luego distribuirlos entre las provincias, que desde ahí comienzan a padecer as constantes demoras, limitaciones, o aún lisa y llana negativa a redistribuir los fondos conforme las disposiciones del nuevo derecho, que las ahoga y torna cada vez más dependientes de las posibles veleidades del gobierno federal de turno.-

No olvido que a su tiempo, la reforma constitucional Argentina de 1994, jerarquizó constitucionalmente una modalidad de coparticipación, ideada para afianzar el alicaído

³⁷⁷ Esta postura coincide con el “óbitus dicta” expresado por la Corte Suprema de Justicia al fallar los obrados “Madariaga Anchorena Juan s/Demanda de Inconstitucionalidad” (CSJN, Fallos 280:297, del 21/11/1958).-

³⁷⁸ Spisso, Rodolfo, Op. Citada “supra”, pág. 154. Allí expresa acertadamente, que “(...) lo que resulta impugnante constitucionalmente no es el régimen en sí, sino los tributos directos instituidos por la Nación”. Me permito agregar a lo dicho por el reconocido tributarista, que con este tipo de diseños, ha simulado en realidad el Gobierno Nacional respetar con su obrar las formas constitucionales, aunque – como casi siempre en nuestro devenir histórico – las ha violado en forma elíptica.-

federalismo argentino, bajo muy estrictas condiciones³⁷⁹, incumplidas lamentablemente a la fecha³⁸⁰, y que son en esencia a) que el Senado de la Nación sea Cámara de origen; b) que la sanción requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara; c) ella no puede ser modificada unilateralmente, ni reglamentada; d) debe ser aprobada por las provincias; e) la distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre estas, se efectuará en relación directa con las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto; f) los mentados criterios serán: equidad y solidaridad, debiéndose lograr con ello prioritariamente un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional³⁸¹.-

Coincido aquí nuevamente con Hernández, en cuanto propone que resulta de fundamental importancia establecer un nuevo sistema de coparticipación sobre estas bases, expresivas de los principios de solidaridad y lealtad federales, esenciales para recuperar la marcha regular de la federación Argentina, esta vez sobre las bases de la concertación³⁸².-

Pero la crisis que continúa determinando el desarrollo de la institucionalidad nacional, devenida en estado de emergencia “permanente” por el accionar de nuestros actores políticos en ejercicio del poder, ha obviado el cumplimiento de éste mandato, con lo que se verificó una nueva violación al texto fundamental³⁸³.-

³⁷⁹ A la que Antonio María Hernández (“Los Aspectos Financieros y Económicos del Federalismo Argentino” en AAVV y su dirección “Aspectos Fiscales...” citada, pág. 13), no dudó en calificar como “(...) una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia Argentina: la relación financiera entre Nación y provincias”.-

³⁸⁰ Así, el inciso 2º del Artículo 75 CN., establece en lo pertinente, que “(...) 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”.-

³⁸¹ Ha referenciado Antonio Hernández (“Los Aspectos Financieros y Económicos del Federalismo Argentino” en AAVV y su dirección “Aspectos Fiscales...” citada, pág. 13), que estos recaudos y su cumplimiento “(...) intentan revertir, por un lado, las simples adhesiones que las provincias debían prestar a la legislación que imponía casi siempre el gobierno central frente a la dependencia de las provincias y, por otro lado, fijar un régimen definitivo con reglas claras, que permita un desarrollo equilibrado de la federación, en lugar de la arbitrariedad que ha signado la relación Nación-Provincias

³⁸² Por ello ha expresado Hernández (“Los Aspectos Financieros y Económicos del Federalismo Argentino” citado, pág. 15), que “(...) para nosotros es de fundamental importancia que se establezca un nuevo sistema de coparticipación sobre estas bases, expresivas de los principios de la solidaridad y lealtad federales, que son esenciales para las federaciones”

³⁸³ Nuevamente, alerta aquí Hernández (“Los Aspectos Financieros y Económicos del Federalismo Argentino” citado, pág. 17) que al implementar la norma sobre coparticipación indicada en el Texto Supremo resultará “(...) imprescindible poner el énfasis en la distribución primaria, pues se han producido muchas modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires” agregando que “(...) a ello, hay que sumar el delicado problema de las transferencias intergubernamentales, la crisis en el

Con el agravante de que es éste un tema donde claramente la Constitución impone la generación de diálogo entre provincias y Nación, para desarrollar este nuevo instrumento, de modo que sea apto para intentar superar el estado de crisis permanente que motiva en gran medida, la endeblez de nuestro federalismo real y – en tal contexto - el acrecimiento indiscriminado e inconstitucional del poder que hoy detenta la federación.-

Finalmente, creo conveniente y propicio aportar algunos conceptos sobre las denominadas “retenciones a las exportaciones” en particular, de granos. Solo diré que fundado en razones de emergencia, el gobierno federal las impuso por medio de una resolución, lo que violenta la regla esencial en el devenir de las democracias constitucionales, que pregona la imposibilidad de crear tributos sin una ley que así lo disponga³⁸⁴

No desconozco que a la fecha, estas modalidades tributarias inconstitucionales³⁸⁵ han sido reducidas sustancialmente por parte del Poder Ejecutivo, pero ello no exime de prestar atención a la problemática esencial que determina estas cuestiones: ni siquiera el Art. 99 Inc. 3 ° permite que los tributos o sus alícuotas sean determinados por el Poder Ejecutivo, tal mi interpretación de la cuestión. Y ello es también lo que acaeció en este caso. Menos aún, cuando se adujeron también razones de emergencia para ello.-

Claramente entonces, estas exacciones tributarias atestaron una seria lesión a nuestra forma federal de Estado, que como es sabido, fue consagrada por los Art. 1, 5, 6, 121, 123, 124 y cctes. De la Carta Fundamental.-

Es que al tratarse estos de tributos aduaneros³⁸⁶, cuya percepción corresponde claramente, y en forma exclusiva al Gobierno Federal, ellos no poseen aptitud para integrar

sistema previsional. La futura regionalización, la profundización de los procesos de integración y descentralización y el deterioro de la situación económico – social, con altos índices de desocupación, marginalidad social y pobreza”.-

³⁸⁴ Bien ha señalado en éste punto Antonio Hernández (“Aspectos Fiscales y Económicos...” citado, pág. 36, que “(...) este principio básico viene siendo desconocido en nuestro país por distintos medios: el dictado de decretos de necesidad y urgencia o de decretos delegados, basados a su vez en inconstitucionales delegaciones efectuadas por el Congreso, que no puede delegar de manera alguna este tipo de competencias que son consustanciales a su rol institucional en la división de poderes” agregando a ello, que “(...) por si eso fuera poco, la degradación institucional es tal, que en base a los decretos antes mencionados, se dictan simples resoluciones por parte de los ministros, secretarios de Estado, autoridades del Banco Central, etc., que en forma palmaria que exhiben hasta donde se ha avanzado por el Poder Ejecutivo y sus funcionarios por sobre las competencias legislativas del Congreso”.-

³⁸⁵ También por afectar en las proporciones originariamente impuestas (llegando a más del 44%) al derecho de propiedad de los productores agrícolas.-

³⁸⁶ Que fueron inconstitucionalmente delegados en su percepción por el Art.755 y cctes., del Código Aduanero, dictado durante el Gobierno de Facto imperante en el año 1981, para fijar las alícuotas de los derechos aduaneros, en su Art. 2.-

la masa coparticipable de la que posteriormente puedan servirse las provincias Argentinas y la CABA, lo que acaba en un serio desmedro a sus arcas. Con ello, se agrade nuevamente al adecuado funcionamiento de nuestro federalismo fiscal. Lo que – otra vez - no acaece con intervención del Congreso, pues la determinación de las alícuotas a percibir es hoy efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional, sin atender en ese tránsito, a los intereses de los Estados integrantes de la Federación

CONCLUSIONES GENERALES

Y PROPUESTAS

“Las debilidades residen en nuestra falta de calidad institucional,
ya que no cumplimos el proyecto federal de la Constitución”

Antonio María Hernández

Al plantear la metodología de mi elaboración doctoral, efectué el planteo de ciertas hipótesis y objetivos que sostuvieron – a la postre - la formulación de la presente tesis. -

Plantee, en primer lugar, que en Argentina, el gobierno Federal si bien posee en exclusividad, y por delegación de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el uso de competencias en materia de emergencias y su pertinente declaración, claramente se ha excedido al ejercerlas, con grave perjuicio a la ciudadanía, a la división de poderes, y en particular, a la normal y adecuada actuación del sistema competencial federal, instituido por el Artículo 1 de la Constitución Nacional.-

Sin olvidar que en el modelo norteamericano también se operó la concentración de mayores competencias en la federación, respecto de las que originariamente detentaron las provincias, he podido constatar – y ello se patentiza en el desarrollo del Capítulo 1 de esta tesis -, que jamás tal tránsito se efectuó avasallando potestades legales de otros poderes de Estado, o la autonomía y competencias provinciales, sino que gradualmente, los Estados de la Unión asumieron un nuevo y más práctico modo de coexistencia competencial, siempre dentro del marco de la ley y la constitución, ofreciendo en tal contexto, un mayor protagonismo gradual a la sociedad civil.-

En similar contexto, el Gobierno Federal Argentino no solo sobrepasó competencias asignadas al Poder Legislativo, sino que además, avasalló en forma inconstitucional el sistema competencial estipulado por el Texto Fundamental, pretendiendo solucionar las diversas situaciones de crisis que atravesaron nuestra Nación con base en una mal conceptualizada recurrencia a la declaración de emergencia. Es que con ello, empujó también a las provincias Argentinas a echar mano, esta vez no simplemente en forma arbitraria sino particularmente ilegítima, a tales potestades, a fin de intentar resolver sus desajustes institucionales, agravando con ello, el ya deficitario funcionamiento del federalismo vernáculo.-

Por ello es que en el Capítulo II de mi tesis doctoral, intenté demostrar que es necesario efectuar una urgente clarificación conceptual entre los conceptos de “emergencia” y “crisis”, de cara a generar con ello una racional, objetiva y constitucional utilización de los institutos de emergencia por parte del Gobierno Federal de la República, para que éste último opere luego desde la generación de un consenso democrático, la acción política regular para aventar el estado de crisis terminal por el que transita nuestra República.-

He intentado ejemplificar asimismo en detalle, el desarrollo de tal mecánica erosionante, y su impacto en el sistema constitucional, con particular referencia a la división de poderes, (desdibujada debido al avance, generalmente incontrolado de las atribuciones presidenciales), y asimismo, la dañosa involución del reparto competencial propuesto por el modelo federal por él adoptado, y claramente desnaturalizado en los hechos.-

También, y como entiendo que el simple desarrollo teórico no basta para patentizar las falencias aquí advertidas, decidí abordar para culminar mi trabajo de tesis, tres situaciones paradigmáticas en las que la declaración de emergencia afectó directamente a las instituciones provinciales de la federación, desarticulando gravemente la armonía que debe implicar su existencia, lo que invitó a las provincias a replicar – inconstitucionalmente – el recurso de la emergencia para intentar propiciar la salida a situaciones de crisis que las involucraron directa o indirectamente:

Me refiero particularmente al dictado de decretos de necesidad y urgencia, y la delegación legislativa en ámbitos provinciales, a la creación de “cuasimonedas” en la mayoría de las provincias Argentinas en el contexto de la grave crisis que asoló a la República entre los años 2001 y 2003, y al desarrollo de las competencias tributarias, con fin en la

generación de un sistema de coparticipación cuanto menos objetable, obviándose la realización del modelo de coparticipación impuesto por la reforma constitucional de 1994, en todos los casos aduciendo estados emergenciales para afrontar la crisis terminal que aún hoy asola a la República.-

Por lo tanto, insisto ahora en la viabilidad de la tercer hipótesis que motiva la presente tesis doctoral, y propongo en éste sentido, una urgente clarificación conceptual de los conceptos de “emergencia” y “crisis”, de cara a la generación de una racional, pero también objetiva y constitucional, utilización de los institutos de emergencia provistos por nuestro sistema constitucional y asignados al Gobierno Federal, que es su destinatario esencial en el esquema definido por la Constitución, y en los excepcionales supuestos en que su invocación resulte procedente, también sean utilizados racionalmente por las provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

Para el logro de tal objetivo, creo necesario además, propiciar una adecuación normativa de los sistemas constitucionales provinciales, de la CABA y Federal, en particular de sus textos fundamentales, ello en punto a ofrecer una seria solución a la hoy inadecuada distribución competencial, que – en los hechos – refleja caramente la actuación política en relación a la distribución de las competencias emergenciales dispuestas por la Constitución Nacional que aleja a nuestra constitución “formal” de la “material”.-

Ello no amerita otra cosa, que reiterar las innumerables admoniciones de mi paciente Director de Tesis, Dr. Antonio María Hernández, quien de uso sintetiza su prédica, instando la imperiosa necesidad de cumplir el proyecto federal de la Constitución. Lo que implica en suma, desechar la impropia idea de abandonar el centralismo, generando en cambio los consensos que permitan modificar y adecuar nuestro federalismo, claramente definido en la Constitución, pero también incumplido en los hechos³⁸⁷.-

Es que como lo señalé a lo largo del desarrollo de ésta tesis doctoral, las fuertes crisis institucionales que hasta hoy asolan a la República, han invitado a los sucesivos gobiernos federales a invocar erróneamente estados de “emergencia”, para intentar paliarla, diluyendo

³⁸⁷ Bien ha señalado Hernández en éste punto (Cfr. De su autoría “Federalismo y Constitucionalismo provincial” citado, pág.117), que “(...) tenemos hoy la necesidad imperiosa de cambiar, para elevar nuestra cultura política y jurídica y respetar y asegurar la fuerza normativa de la Constitución y de su proyecto federal”. Claramente, entonces, Hernández expresa la síntesis de su incansable prédica, en el sentido de que se debe abandonar la política centralista, para profundizar y cumplir el proyecto federal de la Constitución.-

en tal contexto el delicado equilibrio competencial imaginado por nuestros constituyentes originarios y enfatizado por nuestros reformadores en 1994.-

Ello terminó por ahogar a los ya desarticulados estados miembros de la federación, quienes optaron también en tal contexto, por violentar las reglas impuestas por la Constitución, recurriendo a la utilización de institutos de emergencia para avocarse a la solución de sus crisis estatales, acrecentando con ello el grave estado de deterioro que hoy asola a nuestra institucionalidad.-

En suma, la presente tesis intenta advertir lo obvio, poniendo de resalto que lo posible ha sido ya ensayado, con funestos resultados.-

Claramente, ellos se generaron cuando se invocaron situaciones de emergencia para solucionar, con una inadecuada utilización de los excepcionales instrumentos que ella habilita, graves estados de crisis, y generando con ésta situación, laberintos de leyes, inconstitucionales y distorsivas asunciones de potestades tributarias por parte del Gobierno Federal. Y a partir de ello, también leyes convenio transitorias, pactos fiscales con plazo determinado y prórrogas inacabables de tales instrumentos, que ahogan cada vez más la vida de la federación.-

Es que si lo hemos ensayado hasta la fecha, casi todo, me pregunto porqué no recurrir ahora, y para variar, al libreto propuesto – e impuesto - por el sistema constitucional, propiciando con ello salidas institucionales a la crisis, que no pasen por desarticular las competencias atribuidas por la federación, ni eliminar el equilibrio que toda república debe detentar en favor de los derechos fundamentales que detentan sus ciudadanos.-

Por éstas razones es que entiendo también – siguiendo aquí a Gustavo Arballo -, que debe propiciarse también, como paliativo de éste desmedido avance federal, en el marco de una futura reforma constitucional, la incorporación de una cláusula de corte “federal”, que imponga – cuanto menos -: a) una provisión de derechos implícitos para los gobiernos provinciales, que actúe como contrapeso de las lecturas centralizantes que se apoyan en el juego de los Art. 31 (Supremacía Federal) y 75 (competencias nacionales exclusivas) de la Constitución Nacional; b) una cláusula de preferencia “pro hominis” que asegure la operatividad propia de las normas locales más protectoras; y c) un reaseguro federal que repita para los derechos locales la garantía del Art. 28 de la Constitución Federal (razonabilidad de las leyes).-

Como dijera en vida el querido colega Miguel Ángel Ekmekdjian: se trata aquí de intentar poner en caja al “leviatán” y controlar la actuación de las “emergencias”, claramente concebidas a partir del exceso en su utilización, como el “caballo de Troya de la República”, lo que definitivamente ha generado un muy grave impacto en la habilitación competencial que la constitución asignó a los Estados de la Federación³⁸⁸.-

Finalmente, no puedo dejar aquí de resaltar lo señalado recientemente Luigi Ferrajoli en éste punto, al expresar que los así denominados “estados de excepción” son básicamente incompatibles con el paradigma constitucional, destacando además, que en los sistemas de gobierno constitucionales el Estado de Excepción, en tanto posee aptitud para suspender o derogar derechos fundamentales, contradice la regla de rigidez de los textos fundamentales. Ello así, pues como también lo refirió el reconocido jurista italiano “(...) un constitucionalismo serio no puede admitir que sujetos sometidos a la ley puedan derogar a la constitución”³⁸⁹

Espero sinceramente que este trabajo de tesis ilustre la gravedad del problema aquí planteado, y aporte, aun sea ello mínimamente, al intento de su solución.-

Eduardo Pablo Jiménez

³⁸⁸ Han expuesto acertadamente Asensio, Grecia y Garat en su introducción al libro “Aportes al Debate sobre la Relación Fiscal Federal”, antes citado (pág. 9), el enfatizar la necesidad de un trabajo interdisciplinario en la recuperación de nuestro federalismo, con particular énfasis en la relación fiscal federal, que “(...) al respecto quizá vale observar también que, así como todo enfoque juricista apartado de la realidad objetiva carece de legitimación en ella, los intentos de eludir el marco constitucional solo conducen a aumentar el costo de retorno a él”.-

³⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, desgravación de su seminario dictado en el Aula magna de la UBA en fecha 19 de abril de 2018 (filmación en poder del doctorando)

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

POR EL DOCTORANDO³⁹⁰:

a):

GENERAL

- AAVV (Asociación Argentina de Derecho Constitucional): “Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje y Despedida de Pedro Frías” Edit. AADC., 2012.-
- AAVV (Boron, Atilio, compilador): “Filosofía Política Moderna” Edit. Louxemburg, Buenos Aires, 2008.-
- AAVV (Daniel Sabsay Director): Constitución de la Nación Argentina Comentada, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2010 (4 Tomos).-
- AAVV (Germán Bidart Campos Coordinador): “Economía, Constitución y Derechos Sociales” Edit. EDIAR, 1997.-
- AAVV (Germán Bidart Campos, Director): “Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” Edit. La ley, Buenos Aires, 2001.-
- AAVV (Instituto de Federalismo): “Cuaderno de Federalismo (X): Memoria Federal 1996” Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1996.-
- AAVV (Instituto de Federalismo): “Cuaderno de Federalismo” (XXI): Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008.-
- AAVV (Instituto de Federalismo, Antonio M. Hernández Director): “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo Argentino” Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008.-
- AAVV (Marcela Basterra Coordinadora): “Tratado sobre el Amparo en el Derecho Federal y Constitucional Provincial” Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014 (II Tomos)
- AAVV (Marcela Basterra Directora): “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada” Edit. JusBaiRes, Buenos Aires, 2016.-
- AAVV (Prólogo Giuseppe de Vergottini): “Derecho Constitucional” Edit. Universidad, Buenos Aires, 2004.-
- AAVV (Roberto Gargarella/Sebastián Guidi Coordinadores): “Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina” Edit. La ley, Buenos Aires, 2016 (II Tomos).-

³⁹⁰ La jurisprudencia consultada por el doctorando ha sido referida en las notas a pie de página, a lo largo de la tesis ahora presentada.-

- AAVV: "History Book of US. Presidents" Edit. Imagine Publishers, New York, 2016.-
- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Instituto de Federalismo: "Cuaderno de Federalismo" XXI, Córdoba, 2009.-
- Alberdi, Juan bautista: "Obras Completas" Edit. La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886 (8 Tomos).-
- Alcántara Saiz, Manuel: "Gobernabilidad, Crisis y Cambio", Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.-
- Alfonsín, Raúl Ricardo: "Democracia y Consenso" Edit. Corregidor, Buenos Aires, 1996.-
- Amaya, Aleandro: "Democracia vs. Constitución" Edit. Fundación Para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2012.-
- Anderson, William: "American City Government" Edit Henry Holt & Co., New York, 1925.-
- Barber, Sotirios: "Sobre el significado de la Constitución de los EEUU" Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.-
- Bas, Arturo: "El Derecho Federal Argentino" Edit. Abeledo, Buenos Aires, 1927.-
- Berardo, Rodolfo: "Instituciones de Derecho Público Provincial" Edit. Depalma, Buenos Aires, 1981.-
- Bidart Campos, Germán y Carnota Walter: "Derecho Constitucional Comparado" Edit. Ediar, Buenos Aires, 2000 (2 Tomos)
- Bidart campos, Germán: "Lecciones Elementales de Política" Edit Grijley, Lima, 2002.-
- Bidart Campos, Germán: Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino, Edit. Ediar, Edic. 1999/2000 (8 Tomos).-
- Castorina de Tarquini, Celia: "Federalismo e Integración" Edit. Ediar, Buenos Aires, 1997.-
- Castorina de Tarquini, María Celia: "Federalismo e Integración". Edit. Ediar, Buenos Aires, 1997.-
- Cohen & Danelski. "Constitutional Law" Edit. Foundation Press, New York, 2002.-
- Cohen William & Varat, Jonathan: "Constitutional Law", Edit. The Foundation Press, Inc., New York, 1993.-
- Corwin, Edward "La Constitución Norteamericana y su actual significado" Edit. Kraft, Buenos Aires, 1942.-
- Dalla Via, Alberto: "Derecho Constitucional Económico" Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.-
- De Vergottini, Giuseppe: "Derecho Constitucional Comparado" Edit. Universidad, Buenos Aires, 2005 (Trad. Claudia Herrera).-
- Delich, Francisco "La Crisis en la Crisis" Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 2002.-
- Dilulio Jr., John: "Courts, Corrections and the Constitution" Edit. Oxford University

Press, New York, 1990.-

- Drinifer Bower, Catherine: “Miracle at Philadelphia” Edit. Little, Brown & Co., Boston, 1986.-
- Ekmekdjian, Miguel Angel: “Tratado de Derecho Constitucional” Edit. Depalma, Buenos Aires, 1999 (5 Tomos).-
- Farber, Daniel; Eskridge, Eilliam & Frickey, Phillip: “Constitutional Law” Edit. St. Paul, Minnesota, 1993
- Ferrajoli, Luigi: “Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional”. Edit. Trotta, Madrid, 2011.-
- Fletwood Bartee, Alice: “Cases won, Cases lost”, Edit. St. Martin’s Press, New York, 1984
- Frías, Pedro y otros (Coordinadora, Gabriela Ábalos): “Derecho Público Provincial y Municipal” Edit. La Ley, Buenos Aires, 2000.-
- Frías, Pedro y otros: “Derecho Público Provincial”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1985
- Frías, Pedro: “Las Nuevas Constituciones Provinciales” Edit. Depalma, Buenos Aires, 1989.-
- Fritz, Jean: “Alexander Hamilton” Edit. Puffin Books, New York, 2011.-
- Gagliano, Diana: “Enfoque Federalista para la Sociedad en Crisis” Edit. Depalma, Buenos Aires, 1978.-
- Garat, Pablo y otros: “Aportes al Debate sobre la Relación Fiscal Federal” Edit. Fundación Civilidad, Buenos Aires, 2016.-
- Gargarella, Roberto: “La Constitución en 2020” Edit. Siglo XXI, 2011.-
- Gargarella, Roberto: “La Sala de Máquinas de la Constitución” Edit. Katz, Buenos Aires, 2014.-
- Gherzi, Carlos y otros: “Emergencia y Responsabilidad del Estado” Edit. Némesis, Buenos Aires, 2003.-
- Gil Domínguez, Andrés: “Constitución, Emergencia y Amparo” Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.-
- González Calderón, Juan: “Curso de Derecho Constitucional” Edit. Kraft, Buenos Aires, 1965.-
- González, Joaquín V. (Actualizado por Humberto Quiroga Lavié): “Manual de la Constitución Argentina (1853-60)”. Edit. La Ley, Buenos Aires, 2001.-
- Government Printing Office (USA): “La Constitución de los Estados Unidos de América” Edit. Kraft, Buenos Aires (Trad. Segundo Linares Quintana y Mario Amadeo), 1949 (2 Tomos).-
- Gregorini Clusellas, Eduardo: “Estado de Sitio” Edit. Depalma, Buenos Aires, 1987.-
- Hall, Kermit: “The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions”, Edit. Oxford University Press,, New York, 1999.-
- Hamilton/Madison/Jay: “El Federalista”, Edit La Pampa, Buenos Aires, 1887.

Traducción: Idelfonso Isla.-

- Hernández, Antonio María (Director): “Aspectos Fiscales y Económicos del Federalismo”. Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Instituto de Federalismo, Córdoba, 2008.-
- Hernández, Antonio María (H): “El caso Fayt y sus implicancias institucionales” Edit. Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.-
- Hernández, Antonio María (H): “Las Emergencias y el Orden Constitucional” Edit. Rubinzall- Culzoni, Buenos Aires, 2002.-
- Hernández, Antonio María: “Derecho Municipal” Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984.-
- Hernández, Antonio María: “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.-
- Hogg, Frederic & Ray, Orman: “Introduction to American Government”, Edit. Appleton-Century-Crofts Inc., New York, 1948.-
- Hogg, Peter: “Constitutional Law of Canada” Edit. Carswell, Toronto, 1997.-
- Jellinek, Georg: “Teoría General del Estado” Edit. Albatros, Buenos Aires, 1981.-
- Jiménez de Parga, Manuel: “Regimenes Políticos Contemporáneos” Edit. Tecnos, Madrid, 1974.-
- Jofré, Tomás: “Derecho Federal/Cuestiones Varias” Edit. Imprenta de José Tragant, Buenos Aires, 1917.-
- Justo López, Mario: “Introducción a los Estudios Políticos”, Edit Depalma, Buenos Aires (2 Tomos), 1983.-
- Kelly-Gangi, Carol: “Thomas Jefferson: His Esencial Wisdom” Edit. Fall River Press, New York, 2010.-
- Linares Quintana, Segundo V: “Tratado de Interpretación Constitucional” Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007 (2 Tomos).-
- Linares Quintana, Segundo V: “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” Edit Plus Ultra, Buenos Aires, 1977 (9 Tomos).-
- Loewenstein, Karl: “Teoría de la Constitución” Edit. Ariel, Barcelona, 1983.-
- Loughlin, Martin: “Public Law and Political Theory”, Edit. Clarendon Press, Oxford, 1992.-
- Marchiaro, Enrique: “Derecho municipal” Edit. Ediar, Buenos Aires, 2000.-
- Matienzo, Nicolás: “Cuestiones de Derecho Público” Edit. Librería Jurídica, Buenos Aires (2 Tomos), 1924.-
- Midón, Mario: “Decretos de Necesidad y Urgencia” Edit. La Ley, Buenos Aires, 2002.-
- Midón, Mario: “Temas de Derecho Constitucional” Edit. Del Centro, Corrientes, 1992.-

- Midón, Mario: "Manual de Derecho Constitucional Argentino" Edit, La ley, Buenos Aires, 2004.-
- Murphy, Walter, Fleming James & Harris II, William: "American Constitutional Interpretation" Edit The Foundation Press, New York, 1986.-
- Nava Arteaga, Elisur: "Derecho Constitucional" Edit. Oxford University Press, Harla México, 1998.-
- Negretto, Gabriel: "El problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional" Edit. Ábaco, Buenos Aires, 1994.-
- Orlandi, Héctor Rodolfo: "El Poder Ejecutivo Argentino y el Federalismo" Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.-
- Perez Hualde, Alejandro: "participación Federal de Impuestos en la Constitución Argentina" Edit. Depalma, Buenos Aires, 1999.-
- Purcell, Edward: "The Crisis of Democratic Theory" Edit. University Press of Kentucky, Kentucky, 1973.-
- Quiroga Lavié, Humberto: "Derecho Constitucional" Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984.-
- Sabourin, Louis: "Le Systeme Politique du Canada" Editions de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1969
- San Martino de Dromi, Ma. Laura: "Documentos Constitucionales Argentinos" Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.-
- Sears, Kathleen "American Government" Edit. Avon, Massachusetts, 2016.-
- Sears, Kathleen: "American Government" Edit. Adams media, Avon, Massachusetts, 2016.-
- Shapiro, Martin & Rocco Tresolini. "American Constitutional Law" Edit Macmillan Publishing Co., New York, 1983.-
- Sola, Juan Vicente: "Tratado de Derecho Constitucional" Edit. La Ley, Buenos Aires, 2009 (5 Tomos).-
- Thomas Mason & William Beaney: "American Constitutional Law, Edit. Prentice Hall, New Jersey, 1968.-
- Toricelli, Maximiliano: "Organización Constitucional del Poder", Edit. ASTREA, Buenos Aires, 2010 (II Tomos).-
- Torres Molina, Ramón: "Absolutismo Presidencial" Edit. EDIAR, Buenos Aires, 2001
- Touraine, Alain: "¿Qué es la Democracia?" Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1995.-
- Vanossi, Jorge Reynaldo: "Situación Actual del Federalismo" Edit. Depalma, Buenos Aires, 1964.-
- Vanossi, Jorge Reynaldo: "Las situaciones de las excepciones en los regimens constitucionales" en Revista de la AADC, www.aadconst.org.ar .-
- York, Neil: "Toward a more perfect union" Edit Brigham Young University, Utah

1988.-

•

b):

BIBLIOGRAFÍA VINCULADA A CUESTIONES METODOLÓGICAS
Y DICCIONARIO JURÍDICO

- Aristóteles: “El Arte de la Retórica” (Trad. Ignacio Granero) Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 2010.-
- Ander Egg, Ezequiel: “Técnicas de Investigación Social” Edit. Magisterio del Río de la Plata, Buenos Aires, 1993.-
- Bunge, Mario: “Ética, Ciencia y Técnica”, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1997.-
- Carnelutti, Francesco: “Metodología del Derecho” Edit. Valetta, Buenos Aires, 1990.-
- Duran Bachler, Samuel: “Como Preparar una Tesis” Edit. Universidad de Concepción, Concepción/Chile, 1990.-
- Eco, Humberto: “Como se hace una Tesis” Edit. Gedisa, México, 1977.-
- Gozaíni, Osvaldo: “La enseñanza del Derecho en Argentina” Edit. Ediar, Buenos Aires, 2001.-
- Hernández, Ana Jesús: “Metodología Sistémica en la Enseñanza Universitaria”, Edit. Narcea, Madrid, 1989.-
- Herrera, Enrique: “Práctica metodológica de la Investigación Jurídica” Edit. Astrea, Buenos Aires, 1998.-
- Kourganoff, Vladimir: “La cara oculta de la Universidad” Edit. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1973.-
- Parra Quijano, Jairo: “Las Facultades de Derecho por dentro” Edit. Rodríguez Quito, Bogotá, 1985.-
- Popper, Karl: “La lógica de la Investigación Científica” Edit. Rei, Buenos Aires, 1989.-
- Sandler, Héctor Raúl: Manual de Técnicas de Investigación para elaborar la Tesis Profesional de Derecho”, Edit. UNAM, México, 1983.-
- Arribáizaga, Martín: “Diccionario Jurídico Jurisprudencial” Edit. Depalma, Buenos Aires, 2000.-
- Bartholomew, Paul: “Summaries of Leading Cases on the Constitution” Edit. Littlefield, Adams & Co., New Jersey, 1977.-
- Carbonell, Miguel (Coord.): “Diccionario de Derecho Constitucional” Edit. Porrúa, México, 2005.-
- García Belaúnde, Domingo: “Diccionario de Jurisprudencia Constitucional” Edit. Grijley, Lima, 2009.-
- Gifis, Steven: “Dictionary of Legal Terms” (3 rd. Edition), Edit. Barron’s, New York,

1998.-

- Gifis, Steven: “Law Dictionary”, Edit. Barron’s, New York, 1996.-
- Gordillo, Agustín: “El método en Derecho” Edit. Civitas, Madrid, 1988.-
- Nicoliello, Nelson: “Diccionario del Latín Jurídico” Edit. Bosch, Barcelona, 1999.-
- Ossorio, Manuel: Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1974.-
- Perez Pino, Virginia y Ortiz Sánchez, Mónica: “Léxico Jurídico” Edit. Tecnos, Madrid, 2002.-
- Real Academia Española: “Diccionario de la Lengua Española” Edit. Real Academia Española (XX Edicion) Madrid, 1984 (2 Tomos).-
- Rowntree, Derek: “Preparación de Cursos” Edit. Herder, Barcelona, 1986.-
- Vanossi, Reynaldo: “Universidad y Facultad de Derecho” Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 1989.-