

DIÁLOGOS PARA LA ARGENTINA  
EDICIÓN 2021

“LA PREVISIBILIDAD COMO FACTOR DE  
DESARROLLO Y PROGRESO”

COLEGIO DE ABOGADOS DE  
LA CIUDAD DE BUENOS AIRES



ISSN: 0024-1636  
RNPI: En trámite  
Suplemento del Diario La Ley

Todos los derechos reservados  
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

**Ventas**  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

Los créditos de esta foto son de Laurent Verdier

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.</b> Rufino Arce; Ezequiel Cassagne; Miguel del Pino; Máximo J. Fonrouge; Fernando R. Frávega; Alberto F. Garay; Nicole Jaureguiberry; Guillermo Lipera; Santiago Mollard; Marcos Patrón Costas; Francisco J. Roggero; Martín Torres Girotti.....	3
<b>LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EXIGE UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE Y ESTABLE.</b> Alberto Garay .....	6
<b>PROPIEDAD PRIVADA Y TIERRAS ANCESTRALES, ENTRE LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.</b> Daniel Sabsay.....	22
<b>LEY 26160 RELEVAMIENTOS TERRITORIALES. Derecho de propiedad y derecho de propiedad comunitaria indígena. La mirada constitucional y convencional.</b> Hugo Burgenik .....	38
<b>EL FEDERALISMO ARGENTINO.</b> Juan Vicente Sola.....	54
<b>FEDERALISMO EN EMERGENCIA Y 20 PROPUESTAS PARA SU FORTALECIMIENTO.</b> Antonio María Hernández.....	71

## INTRODUCCIÓN

Rufino Arce; Ezequiel Cassagne; Miguel del Pino; Máximo J. Fonrouge; Fernando R. Frávega; Alberto F. Garay; Nicole Jaureguiberry; Guillermo Lipera; Santiago Mollard; Marcos Patrón Costas; Francisco J. Roggero; Martín Torres Girotti.

COMITÉ ORGANIZADOR DE *DIÁLOGOS PARA LA ARGENTINA 2021*

En el ejercicio de su misión y de su responsabilidad social como miembro de la sociedad civil, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES procura instalar un ámbito de análisis que contribuya a robustecer el funcionamiento del sistema republicano y, asimismo, a reconstruir un clima de sana convivencia, de modo de favorecer la integración de miradas sobre cuestiones relevantes que, sin duda, hacen al futuro venturoso de la Nación y, en esa perspectiva, resultan del interés general de sus habitantes.

Con ese ideario, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES estableció “*Diálogos para la Argentina*” y el año 2021 fue el tiempo de su quinta edición. Su convocatoria se concentró en el análisis de “*La previsibilidad como factor de desarrollo y progreso*”.

Se propicia el abordaje de esta cuestión, con la idea de instar la participación de reconocidos líderes de opinión, autoridades, pensadores, periodistas y abogados, que intercambien perspectivas y reflexiones acerca del escenario de nuestro tiempo y de su proyección sobre la sociedad.

La experiencia nacional e internacional evidencia que existe una asociación positiva entre el nivel de desarrollo y progreso de las naciones con el grado de previsibilidad que exhiba su ordenamiento jurídico, la gobernanza de los asuntos públicos, y el grado de tutela judicial efectiva que la población encuentre respecto de sus garantías y derechos.

“*Diálogos para la Argentina*” es un ciclo que se creó con el propósito de fomentar un espacio plural. Estamos convencidos que las mejores respuestas se encuentran en el

debate colaborativo. Tendiendo puentes. Generando un calificado ámbito de encuentro de diferentes voces de la sociedad.

Nos asiste la convicción de que solo a partir del enriquecimiento del debate público, del reconocimiento de las diferencias y de la elaboración de propuestas que den cauce al progreso del país y de su población, podremos edificar consensos que logren potenciar el respeto de nuestro sistema federal y republicano. En esta ocasión, como lo señaláramos precedentemente, la convocatoria se centra en torno de la consideración de “*La previsibilidad como factor de desarrollo y progreso*”.

Bien puede aseverarse que la previsibilidad es un atributo que se proyecta en diversas dimensiones, pero que ante todo conforma el acervo de una comunidad en la cual, a partir de determinadas certezas, los individuos pueden desarrollar satisfactoriamente sus planes de vida.

Se trata, pues, de la constatación que emana de la ponderación acerca de la coherencia del ordenamiento jurídico, de la calidad institucional y de la plenitud del ejercicio individual de los derechos.

Desde esa perspectiva, es pertinente señalar que cualquier atribución discrecional de un poder del Estado, o incluso cualquier actividad interpretativa sesgada, puede menoscabar la previsibilidad.

La jornada de “*Diálogos para la Argentina 2021*”, abordó esta cuestión desde distintas perspectivas.

Así el análisis de la dimensión económica de la previsibilidad fue realizado por los economistas Marina Dal Poggetto, Fernando Marengo y Marcos Buscaglia.

A su vez, las “Reformas en la Justicia y Consenso Político” fueron consideradas por los diputados Graciela Camaño (Consenso Federal, Bs. As); Silvia Lospennato (PRO, Bs. As); Hernán Pérez Araujo (FdT, La Pampa) y Gustavo Menna (UCR, Chubut)

Estas relevantes presentaciones se encuentran disponibles.<sup>1</sup>

A este último respecto, cabe recordar el documento que concretó una iniciativa conjunta llevada adelante por IDEA, AMCham y el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES que, precisamente, se publicó en La Ley, a través del

---

<sup>1</sup> [Youtube.com/cacba.ciudad](https://www.youtube.com/cacba.ciudad)

suplemento especial sobre “*Reforma Integral de la Justicia*” que incluyó 8 propuestas para un eficaz sistema de Justicia.<sup>2</sup>

En aquella ocasión, entre otras, se propusieron iniciativas tales como: la reforma de la ley del Consejo de la Magistratura de la Nación; la autarquía financiera del Poder Judicial de la Nación y la necesidad de una transformación digital del sistema judicial como condición indispensable para lograr una administración de justicia más transparente.

Tales propuestas, completan y se conjugan con las que ahora y desde estas páginas, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES presenta a consideración y debate de la comunidad y, en especial, de la ponderación de los abogados.

Preferente atención justificó la consideración en “*Diálogos para la Argentina 2021*” de dos temas sustanciales que hacen a las preocupaciones que es sencillo advertir en la actualidad nacional referidos a cuestiones tales como “*LA PROPIEDAD PRIVADA, EJE DE UNA SOCIEDAD LIBRE*” y “*HACIA UN FEDERALISMO SUSTENTABLE*”.

Seguidamente, desde estas páginas, los doctores Daniel A. Sabsay, Hugo Burgenik, Juan Vicente Sola y Antonio María Hernández ilustran las exposiciones que sobre tales temas se llevaron a cabo en dicha ocasión.

Para concluir, una vez más, insistimos en reiterar que “así como el sistema judicial resulta esencial para la plena vigencia de las garantías y derechos de los ciudadanos; el debate público, plural, profundo y transparente de las necesarias reformas legales que sea menester implementar a ese respecto, sin duda, habrán de constituirse en el vehículo imprescindible para solventar el progreso sostenido de las instituciones democráticas y republicanas de nuestro país...”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> *Reforma Integral de la Justicia* AmCham - Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires – IDEA. Suplemento del Diario la Ley

<sup>3</sup> Ob. Cit.

# LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EXIGE UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE Y ESTABLE

Alberto Garay<sup>4</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

En la Argentina hemos experimentado muchas emergencias constitucionales, políticas, financieras, económicas, sociales y la lista podría extenderse aún más. En los últimos años cada nuevo gobierno dispone medidas para enfrentar algún tipo de emergencia. El actual dispuso por ley una emergencia general ni bien asumió y luego llegó la pandemia, con su consabida secuela de decretos de necesidad y urgencia.

Desde el punto de vista institucional, la primera emergencia la marcó la ruptura del orden constitucional en el año 1930. Éste fue el punto de partida de una larga cadena de golpes de estado que se sucedieron, periódicamente, hasta el último cuarto del siglo XX.

A partir de 1983, esos golpes cívico-militares cesaron. Repárese en el hecho que es la primera vez, desde el período concluido en septiembre de 1930, que los argentinos vivimos ininterrumpidamente bajo regímenes democráticos durante treinta y ocho años consecutivos. Sólo nuestros antepasados vivieron algo semejante, al menos considerando esa estabilidad desde un punto de vista formal.

Esa estabilidad importó un logro trascendente, pero parcial. Pues la observancia de la Constitución Nacional en lo que hace a la legalidad de los órganos de gobierno y de los actos que de ellos emanan, es una de muchas cuestiones importantes que regula la Constitución Nacional y que, con diferente intensidad, desde 1930 han sufrido un deterioro considerable. Lamentablemente, esa estabilidad política y constitucional lograda a partir de 1983 no tuvo la fuerza suficiente como para capitalizar las bondades de esa legitimidad de origen, desarrollando instituciones fuertes y catapultando al país hacia un futuro de prosperidad en materia económica y social.

---

<sup>4</sup> Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

Entre las instituciones, durante ese largo período, la independencia del Poder Judicial se resintió severamente y la confianza de la sociedad en él está en uno de sus puntos más bajos<sup>5</sup>. La previsibilidad de sus respuestas parece estar fuertemente condicionada por el poder político. Veamos cómo hemos llegado hasta aquí.

## II. LOS SUCESIVOS INTENTOS POR CONTROLAR AL PODER JUDICIAL

### *1. La situación heredada de la época colonial*

El sistema judicial que heredamos de los españoles no se caracterizaba por la independencia de los jueces según como la entendemos hoy. En el siglo XVIII, por ejemplo, tanto en el derecho español como en el de otros países europeos, se permitía que un imputado de delito fuera juzgado por un juez designado al sólo efecto de investigar y sentenciar ese caso. Esa práctica de someter determinadas causas al juicio de comisiones especiales constituidas al efecto se trasladó a nuestro suelo y, en ocasiones, fue empleada por los gobernantes de turno para que se arribara a sentencias según lo vaticinado ya de antemano, tal como surge de crónicas de la época. Esa y otras prácticas como demoras injustificables, procedimientos vetustos, la prohibición de la fundamentación y de la publicidad de las sentencias, entre muchas otras, ya despertaban críticas de las jóvenes generaciones de entonces<sup>6</sup>.

### *2. La abolición de esas prácticas por la Constitución Nacional*

---

<sup>5</sup> Ver nota de María Paula Etcheberry basada en una encuesta de la Universidad de San Andrés, en la Nación del 22/10.2019, [www.lanacion.com.ar/politica/crece-desprestigio-corte-suprema-segun-encuesta-universidad-nid2299393/](http://www.lanacion.com.ar/politica/crece-desprestigio-corte-suprema-segun-encuesta-universidad-nid2299393/)

<sup>6</sup> Sobre el tema, ver, MÉNDEZ CALZADA, Luis, “La función judicial en las primeras épocas de la Independencia”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1944; BARRENECHE, Osvaldo, “Crime and administration of justice in Buenos Aires 1785-1853”, Ed. University of Nebraska Press, 2006. En general, a partir del primer cuarto del siglo XIX existía una gran disconformidad con el modo en que los tribunales criminales actuaban en esos años (ver LEVENE, Ricardo, “La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio Castro”, *Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino*, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1941, vol. I, p. p. 78, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2018-levene-la-academia-de-jurisprudencia-y-la-vida-de-su-fundador-manuel-antonio-de-castro-1941.pdf>. y TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio”, *Revista del Instituto de Historia Ricardo Levene*, Ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1962, vol. 13, ps. 181, 192 y 194, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-historia-del-derecho/rihdr1-13-1962.pdf>.

La Constitución Nacional de 1853/60, adoptando la organización política más moderna de la época, eliminó esas prácticas y garantizó que todo el Poder judicial federal se constituyera y funcionara como rama independiente del Ejecutivo y del Congreso. Se desterró expresamente la posibilidad de instalar esas comisiones especiales y se dispuso que todos los habitantes que fueran a ser juzgados iban a serlo por jueces preexistentes. Se procuraba también contar con magistrados imparciales, alejados de las disputas políticas o de otros intereses subalternos. Para resguardar esa imparcialidad y esa independencia se blindó su salario, el que no puede ser disminuido de manera alguna, y se aseguró su permanencia en el cargo en tanto dure su buena conducta.

A esa independencia e imparcialidad contribuyeron los gobiernos de entonces que se cuidaron de designar a personas probas, capacitadas para la función y decididas a ejercer el cargo con la autonomía y el desinterés esperado de ellas. De este modo, con la interacción virtuosa de los poderes políticos y de las personas designadas, el país llegó a contar con un Poder judicial federal, en términos generales, idóneo y respetable que cumplía su misión constitucional de modo irreprochable.

### **3. La Corte Suprema y el golpe de estado de 1930**

Como anticipé renglones más arriba, ocurrido el golpe de estado de septiembre de 1930 la Corte Suprema no exigió el respeto a la Constitución Nacional: toleró ese alzamiento a través de la Acordada del 12 de septiembre de 1930. Lamentablemente, los integrantes de la Corte Suprema cedieron ante el hecho consumado. El gobierno *de facto* no los removió, ellos tampoco renunciaron y continuaron en sus cargos<sup>7</sup>. Esa tolerancia sentó un precedente nefasto. No es que los golpes de estado subsiguientes fueron causa de esa Acordada, obviamente. Tampoco existe la certeza que si la Corte rechazaba el alzamiento los militares se retirarían a sus cuarteles. Más bien ocurre que al proporcionar las razones por las que ese acto sería tolerado ofreció un innecesario

---

<sup>7</sup> Acordada del 12/09/1930, publicada en Fallos: 158:290. Véase el puntilloso trabajo de investigación de CAYUSO, Susana - GELLI, María Angélica, "Ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930, Cuadernos de Investigaciones 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988; [http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos\\_de\\_Investigaciones1.pdf](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigaciones1.pdf). y HIRSCHMANN, Pablo, "La desconstitucionalización en la Argentina 1928-2011), Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Inst. de Pol. Constitucional, 2011, <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/03-Hirschman.pdf>.

precedente para emergencias análogas futuras. Pienso que, aun considerándolo un hecho consumado y aun percibiéndose débil para enfrentar a los sediciosos, si la Corte quería defender los derechos individuales frente al gobierno de facto, a lo que se comprometía expresamente en ese instrumento, sólo debía esperar que le llegaran los recursos pertinentes para descalificar cualquier acto de autoridad de los usurpadores que lesionara esas garantías. A ese fin, la Acordada era manifiestamente innecesaria. Con el correr del tiempo, esa “moderación” del tribunal tuvo un alto costo: dañó su reputación frente a parte de la sociedad.

#### ***4. El golpe de estado de 1943***

Confirmando lo que podríamos llamar la doctrina del precedente para los gobiernos de facto, cuando igual situación se repitió ante el golpe de estado del año 1943, alzamiento que volvió a desplazar al Presidente de la Nación, pero no a los jueces de la Corte, clausuró el Congreso, intervino las Provincias y removió a algunos jueces federales, la Corte ofreció igual tolerancia. En esta oportunidad, como en la anterior, los golpistas no removieron a los jueces del Tribunal.

Progresivamente, los embates contra el Poder judicial se fueron incrementando. Su jurisprudencia pasada y presente molestaba y los gobiernos de facto extendían sus atribuciones. Esta vez, los golpistas, asestando un nuevo azote a la independencia y a la constitucionalidad, también se sintieron legitimados para cubrir una vacante en la Corte Suprema, lo que dio paso en el año 1944 al ingreso de Tomás Casares, quien venía desempeñándose como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal.

#### ***5. El Juicio Político a los integrantes de la Corte Suprema***

Unos pocos años después, en el año 1946, el gobierno que había triunfado en las elecciones echó definitivamente por tierra la idea de independencia de la Corte Suprema. Con la excusa que los jueces de la Corte Suprema habían convalidado el golpe en el 1930 y el del año 1943, iniciaron juicio político a los integrantes del Alto Tribunal. La razón alegada era, obviamente, una excusa: las nuevas autoridades difícilmente podían considerarse ajenas al último gobierno de facto. Como se recordará, en 1944, El entonces

Coronel J. D. Perón (ahora Presidente electo) se había desempeñado, simultáneamente, como Vicepresidente, Ministro de Guerra y Secretario de Trabajo y Previsión. Refirmando la falta de sinceridad de la razón fundante del juicio político y actuando inconsecuentemente, los diputados oficialistas no incluyeron en ese pedido a Tomás Casares, quien precisamente había sido designado por el gobierno *de facto* del año 1944. Esa iniciativa tuvo por resultado que en el año 1947 el gobierno incorporara cuatro nuevos Jueces al Alto tribunal, afines todos al partido gobernante. Así se inauguraba un nuevo modo de integrar la Corte Suprema que estaba en las antípodas del que había presidido la primera conformación en 1862. Conforme recuerda Tanzi, Bartolomé Mitre afirmaba:

“Como Presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran contralor imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado y que viniendo de la oposición dieran a su conciudadano la mayor seguridad de una amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Alto Tribunal y designé al presidente para evitarles el inconveniente de la elección.”<sup>8</sup>

Ahora se buscaba integrarla con profesionales identificados con el proyecto y la acción de gobierno.

## **6. La no confirmación de jueces por los reformistas**

En el año 1949 se avanzó nuevamente sobre la independencia del Poder Judicial. Reformada la Constitución Nacional en ese año, su Disposición Transitoria 4<sup>a</sup>. exigía un nuevo acuerdo del Senado respecto de todos los magistrados. Eso habilitó al gobierno a desembarazarse de más jueces (alrededor de ochenta), para nombrar a otros que no se destacaron por su obrar independiente. Quien investigue la jurisprudencia de esta época en procura de precedentes donde la Corte Suprema haya puesto límites al Gobierno federal pronto advertirá que su búsqueda no obtendrá resultados. En el mejor de los casos hallará algunas disidencias de Casares. La identificación de la mayoría de la Corte Suprema con la acción estatal y con el Presidente de la Nación era absoluta. La jurisprudencia y las Acordadas de esa época ilustran esta afirmación<sup>9</sup>. Como contraste, el

---

<sup>8</sup> TANZI, Héctor José, “El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, (1853-1903)”, en HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA, T. I: 1853 – 1947, VV.AA., Alfonso Santiago (h) Director, ed. Marcial Pons 2013, p. 59.

<sup>9</sup> Ver, entre otras, Acordada del 15 de abril de 1953, titulada “Adhesión al Acto de Homenaje al Excelentísimo Señor Presidente de la Nación por su Acción de Gobierno”, Fallos: 225: 246; Acordada del

primer tomo de la colección de fallos de la Corte Suprema nos permite tomar conocimiento que, a poco de instalada, la Corte dejó sin efecto decisiones del Presidente Mitre, aun en ejercicio de su mandato, por considerar que en ellas se actuaba en contra de lo dispuesto en la Ley fundamental.

### ***7. Los golpes de 1955 y 1966***

La historia ha demostrado, casi replicando la tercera ley de Newton, pero de la política, que cuando la polarización es tan pronunciada y cuando la Corte Suprema se muestra tan identificada con el Poder ejecutivo, la reacción contraria que produzca va a ser de igual fuerza, o inclusive, más radical. Y así ocurrió. En el golpe de estado ocurrido en el año 1955, aparte de la sustitución de todas las autoridades nacionales, provinciales y municipales y de la clausura de las legislaturas, las autoridades de facto ampliaron sus atribuciones en materia judicial. En esta oportunidad, todos los miembros de la Corte Suprema fueron reemplazados y los jueces federales puestos en comisión (práctica que también ya se había ensayado anteriormente en jurisdicciones provinciales y, en un sentido, en 1949), removiendo a aquellos magistrados que dichos gobiernos no aprobaban<sup>10</sup>. A nivel provincial se repetiría la misma catástrofe institucional. Un golpe posterior, en el año 1966, replicó esas conductas.

### ***8. Las vueltas a los gobiernos democráticos de 1958, 1963 y 1973.***

Entre esos dos golpes de estado transitaron los gobiernos de Frondizi e Illia. El primero logró ampliar la Corte Suprema de cinco a siete integrantes, pero ese ensanchamiento no fue suficiente para obtener una mayoría llamémosle “propia”. Illia, por su parte, buscó agrandar aún más la integración del Tribunal a diez, pero su proyecto, aprobado por el Senado, naufragó en la Cámara de Diputados.<sup>11</sup>

---

27 de julio de 1952. Fallos: 223: 107 y Discurso del Presidente de la Corte Suprema “en el Acto de Traslado de los Restos de la Sra. Eva Perón, Jefa Espiritual de la Nación”, Fallos: 223: 109; Discurso del Presidente de la Corte Suprema del 1 de febrero de 1952, Fallos: 222: 5.

<sup>10</sup> Ver GARCÍA MANSILLA, Manuel R., *La Constitución bajo Fuego. La Corte Suprema y el Proceso de Reorganización Nacional*, ed. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2012, p. 47-48 con cita de Bielsa, Rafael, “El conflicto judicial”, LL. 91-152.

<sup>11</sup> Ver un análisis pormenorizado de éstas y otras idas y vueltas con relación al número de integrantes y la división de la Corte en salas, en GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., “¿Es constitucional la división de la Corte en salas?”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1 N° 2 (2020), p. 465 y ss.

En el año 1973, el gobierno elegido democráticamente reemplazó a los jueces de la Corte Suprema que habían sido nombrados por el gobierno *de facto* precedente, pero no se buscó una integración ideológicamente plural, sino que los cinco designados tenían afinidad con el partido gobernante. Es decir, se repetían errores cometidos en el pasado. Parejos cambios ocurrían a nivel provincial, nuevamente.

Además, se sancionó un régimen excepcional de jubilaciones que facilitó el retiro de una cantidad enorme de jueces nacionales y federales, quienes velozmente se acogieron a un sistema más favorable. Ello facilitó la consiguiente designación de nuevos magistrados y magistradas.

### ***9. Un nuevo golpe de estado repite las destituciones de magistrados***

Ocurrido el golpe de Estado del año 1976, se reiteró la remoción de los Ministros de la Corte Suprema designados por el gobierno elegido democráticamente y ahora depuesto, y, se los sustituyó por otros cinco. Al mismo tiempo que se declaró en comisión a todos los jueces, lo que permitió exclusiones, traslados y reemplazos a voluntad a nivel nacional y provincial.

### ***10. La llegada de un nuevo gobierno democrático.***

En el año 1983, Alfonsín removió a los jueces de la Corte Suprema nombrados por el gobierno *de facto*, y designó a cinco juristas de diferentes afinidades políticas. G.R. Carrió, C.S. Fayt y E.S. Petracchi no pertenecían ni habían militado en las filas del partido gobernante. César Belluscio, reconocido civilista, simpatizaba con el radicalismo. Inclusive Alfonsín ofreció un cargo como juez de la Corte Suprema a quien había sido candidato a Presidente por el Partido Justicialista, Ítalo A. Lúder, pero este no aceptó. Esa ausencia de homogeneidad política de los nuevos jueces rompía con la práctica de los gobiernos democráticos y *de facto* anteriores que, desde 1947 -y con la excepción de los gobiernos de Frondizi e Illia-, habían conformado nuevas integraciones completas del Alto Tribunal, con magistrados que comulgaban ideológicamente con el gobierno que los designaba. La idea de Alfonsín estaba más cerca de la que había tenido Mitre, al conformar la primera Corte, de acuerdo con lo que se recordó anteriormente.

Paralelamente, el Congreso Nacional convalidó algunas designaciones de jueces inferiores y ordinarios realizadas durante el período de facto. De nuevo, lo mismo ocurrió a nivel provincial.

Por ese entonces, muchos teníamos la impresión de que —más allá de algunas imperfecciones— podía considerarse que estábamos en la antesala de una nueva época, signada por el respeto al ya maltrecho Poder Judicial, donde prevaleciera la estabilidad de los jueces y hasta la recuperación de su prestigio e independencia mancillados.

### ***10. El Presidente Menem vuelve sobre la Corte Suprema***

Sin embargo, en el año 1990 el Presidente Menem volvió a la vieja costumbre, pero en diferente contexto: el suyo no era un gobierno que hubiera estado precedido de uno *de facto*. Este gobierno sucedía a otro elegido democráticamente. No obstante, aprovechando su prevalencia legislativa en ambas Cámaras, rápidamente decidió aumentar el número de jueces de la Corte de cinco a nueve. Cuando se conoció la intención del Poder Ejecutivo, la Corte emitió una Acordada en la que refutó las razones que invocaba el Presidente para propiciar ese incremento<sup>12</sup>. Pero el gobierno llevó adelante su proyecto, lo que motivó la renuncia de José Severo Caballero, primero y de Jorge A. Bacqué, después<sup>13</sup>.

Lo cierto fue que la afinidad ideológica entre la nueva mayoría de seis miembros y el gobierno se tradujo en controversiales sentencias que convalidaron constitucionalmente normas sancionadas por el Ejecutivo y el Legislativo que, en opinión de muchos, no podían superar un examen serio y honesto de constitucionalidad<sup>14</sup>.

Además, durante el referido gobierno, los juzgados federales en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se duplicaron (de seis a doce), designándose a abogados cuyo desempeño no los hizo merecedores de respeto.

---

<sup>12</sup>Acordada N° 44/1989.

<sup>13</sup> Ver la investigación de VERBITZKY, Horacio, "Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto, sin justicia ni control", Planeta, Bs. As., 1993.

<sup>14</sup> Sólo por citar las opiniones de autor de gran predicamento entre los juristas argentinos, léanse los innumerables y cáusticos comentarios de Germán J. Bidart Campos a muchas sentencias de la Corte Suprema en el período 1990/2000 en El Derecho.

## ***11. Los cambios ocurridos a partir del año 2003***

Entrados ya en este siglo, una nueva oleada de juicios políticos a los Ministros de la Corte designados por el ex Presidente Menem permitió que un nuevo gobierno, de la misma extracción política que aquél que los había designado, los reemplazara. Obviamente, más allá de que se coincida o no con estos nuevos procesos, lo cierto es que cuando tienen lugar iniciativas de este tipo —reiteración de otras tantas ocurridas con anterioridad— que comprometen a una mayoría de jueces de la Corte, siempre tienen consecuencias traumáticas.

Por un lado, dicha acción se inscribe en una sucesión de conductas anteriores semejantes que interrumpen la noción de estabilidad de los jueces, que la Constitución garantiza.

Por el otro, quienes no coincidan con ese proceder (aun cuando creyeran que los ministros objetados no habían administrado justicia de manera independiente), verán en esa movida, inevitablemente, la intención de apartar a jueces que pueden significar un obstáculo para su futura acción de gobierno.

**Es decir, estos procedimientos siempre son traumáticos porque suelen estar sembrados de sospechas, dedesconfianzas y, a veces, de persecuciones. De aquí la importancia de que todo lo que implique modificaciones en el Poder Judicial o designaciones de magistrados y magistradas sea fruto de una decisión consensuada e informada, más que una que sólo responda a la fuerza de los que son más o a transacciones espurias.**

Afortunadamente, durante el gobierno de Néstor Kirchner se dio una señal alentadora: la ley 26.183 redujo el número de integrantes de la Corte Suprema de 9 a 5, lo cual fue un acto de sensatez política poco común y permitió ir cubriendo paulatinamente las vacantes generadas por renunciaciones, juicio político y fallecimientos posteriores<sup>15</sup>. Si bien prevaleció la afinidad ideológica de una mayoría de los y las juristas

---

<sup>15</sup> "Artículo 3º - Disposición Transitoria: La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo: Desde la entrada en vigor de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete (7) el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros. A posteriori, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis (6) el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros. Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco (5) el número

designadas con el partido gobernante, a partir de esta nueva conformación del Alto Tribunal se advirtió un desempeño mucho más independiente que el de la integración que le precedió. Por cierto, que a lo largo de este nuevo período ha habido algunas sentencias en cuestiones políticamente sensibles cuyos fundamentos pueden ser controvertidos, según cuál sea la interpretación de las normas en juego, de los hechos y del momento en que se dan a conocer. Muchas disidencias y artículos de doctrina han mostrado esa posibilidad.

### *Las nuevas designaciones del año 2016*

Por último, durante el gobierno de Mauricio Macri y como consecuencia de las vacantes generadas con anterioridad a partir del fallecimiento de Petracchi y la renuncia de Fayt, se designaron dos nuevos Ministros de la Corte Suprema, Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz, juristas de reconocida trayectoria académica y diferente afinidad ideológica. El Senado, de mayoría justicialista, prestó su consentimiento a estas designaciones. Lamentablemente, este gobierno careció de decisión política que condujera a la modificación de la ley del Consejo de la Magistratura, que ya había sido declarada inconstitucional por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Tampoco desistió, pudiendo haberlo hecho, del recurso extraordinario deducido contra esa sentencia por el gobierno anterior. Esta causa, reitero, pende de decisión de la Corte Suprema hace cinco años, injustificablemente.

### *12. Recapitulación*

Como surge de la descripción precedente, el primer golpe a la credibilidad, a la legitimidad y a la independencia de la Corte Suprema fue propinado por los propios integrantes de ese cuerpo al emitir la Acordada del 12 de septiembre de 1930 y reiterarlo en 1943. No hay argumento constitucional plausible que justifique la necesidad de la famosa Acordada de septiembre de 1930<sup>16</sup>. Pero, como surge del repaso precedente, a partir de aquí, el poder político no ha cesado en su afán por dominar al Poder Judicial.

---

de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros."

<sup>16</sup> Ver, CAYUSO, S. - GELLI, M. A., supra nota 1.

El juicio político a los integrantes de la Corte —atestado de irregularidades<sup>17</sup>—, que culminó en el año 1947, en realidad encubrió la aspiración de constituir una nueva composición del Tribunal, integrándolo con jueces afines a la ideología del partido gobernante<sup>18</sup>. El control de constitucionalidad durante esta época no produjo confrontación seria alguna con el gobierno, pues la sintonía ideológica de la mayoría de los jueces con las autoridades políticas fue total<sup>19</sup>.

Luego, a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1949, se profundizará el avance del poder político sobre los jueces, afectando la estabilidad de los magistrados judiciales. En efecto, de la remoción a los integrantes de la Corte en el año 1947 se pasa a hacer lo propio con jueces de inferior jerarquía.

En este racconto no puede pasarse por alto el carnaval de golpes de estado de las décadas siguientes, con nuevas remociones de todos los jueces de la Corte, de instancias inferiores, fueran nacionales, provinciales o federales y los reemplazos subsecuentes. Parejamente, con cada vuelta de los gobiernos democráticos, se repitieron nuevas oleadas de remociones y designaciones en todas las instancias y jurisdicciones del país.

Con el correr del tiempo, el malestar del foro con la calidad de las sentencias y con el comportamiento de muchos magistrados comenzó a hacerse sentir. Se creyó, en parte erróneamente, que el problema residía exclusivamente en el modo de designación de los jueces nacionales y federales. Nunca se analizó el problema en perspectiva histórica.

Así fue como, con la intención de mejorar el sistema, la reforma constitucional del año 1994 creó el Consejo de la Magistratura, bajo cuya órbita se realizarían los concursos de candidatos a cubrir los puestos en dicho ámbito. Sin embargo, la realidad se encargó de desmentir la creencia que alimentó la reforma. La ley que regula el funcionamiento del Consejo permite que una mayoría dentro del organismo manipule a voluntad las ternas finales que se elevarán al Poder Ejecutivo. En efecto, el orden de prelación establecido por el jurado de los concursos, en función de las calificaciones

---

<sup>17</sup> PALACIOS, Alfredo L., "La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado", Editorial JUS, Bs. As., 1947. El autor fue defensor del Presidente de la Corte, Dr. Antonio Sagarna, uno de los magistrados enjuiciados.

<sup>18</sup> Idem, MANILI, Pablo, "Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007. Examen y comentario de los fallos más trascendentes de cada período", Universidad, 2007, Bs. As., pp. 119 y ss.

<sup>19</sup> ABÁSULO, Ezequiel, "La Corte Suprema durante el régimen peronista", Historia de la Corte Suprema Argentina, Santiago (h.), Alfonso (Dir.), VV.AA., Marcial Pons, 2013, p. 524.

obtenidas, puede ser alterado por el Consejo a partir de la entrevista final que se efectúa con cada candidato. Por ejemplo, quien no accedió a integrar la terna según sus notas, luego de la entrevista puede desplazar a alguno de los tres elegidos por su mérito. Esto, como es obvio, desmotiva a muchos otros estudiosos profesionales a presentarse al concurso. De poco vale esforzarse y reunir calidades excepcionales si ellas pueden ser desplazadas en una entrevista personal con los Consejeros.

Para peor, en el año 2006 la ley que establece la integración del referido Consejo alteró el sano equilibrio de los distintos estamentos allí representados —como procura el art. 114, párrafo segundo, CN—, aumentando de manera inconstitucional la cantidad de legisladores, en detrimento del resto. El caso fue llevado por este Colegio a los estrados judiciales, como expresé con anterioridad, obteniendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26080.

Surge a las claras de este pesado relato —y reconozco haber pasado por alto cuestiones de bulto— que hace ochenta y un años que el Poder Judicial, con la Corte Suprema a la cabeza, ha estado asediado por los gobiernos democráticos y los gobiernos *de facto*. Muchos gobiernos *de facto* o *de iure* procuraron, exitosamente, tener una Corte Suprema afín, que "acompañara" la gestión del gobierno. Esos embates permitieron la conformación de mayorías homogéneas que no representaron la diversidad ni la calidad de nuestros mejores juristas y alimentaron la desconfianza pública que, a veces injustamente, se traslada a todo el Poder Judicial.

¿Hemos superado en la actualidad esa pesada carga? Veamos.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL

#### *1. La llegada del Covid 19*

Hoy, se reincide en las malas prácticas con un agravante. El interés general por las eventuales modificaciones y mejoras que se puedan proponer para el Poder Judicial, que pudo tener relativa actualidad en diferentes momentos del pasado, ha sido desplazado por la llegada de la Pandemia de Covid 19. Esta catástrofe sanitaria mundial ha trastocado las prioridades en todo el orbe, excepto en la Argentina, donde los intentos por dominar al Poder judicial subsisten, como si de su tratamiento dependiera el éxito para enfrentar la pandemia.

En nuestro país se han dictado decenas de medidas para enfrentar este flagelo, pero, insólitamente, el Congreso Nacional casi no ha tenido participación en ellas.

En efecto, desde marzo de 2020 las decenas de disposiciones que se adoptan mensualmente lo son por decretos de necesidad y urgencia o por simples decisiones administrativas del Jefe de Gabinete o de funcionarios con menor jerarquía. Esas regulaciones de todo orden (sanitarias, laborales, económicas, financieras, administrativas, etc.) han avanzado sobre competencias del Congreso Nacional, sobre libertades y derechos consagrados expresa o implícitamente en la Constitución y sobre atribuciones de los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La prolongación de dichas medidas, adoptadas en un país que ya venía muy deteriorado económica y financieramente desde mucho tiempo atrás, produjo un deterioro enorme en el déficit fiscal, la recaudación impositiva, la depreciación monetaria, el empleo y el salario. Algunos indicadores prevén índices de pobreza e indigencia jamás antes vistos. Por otro lado, las víctimas fatales de este virus ya suman más de 109.000 personas. Añádase a lo dicho, por último, algo que es público y notorio: todo ello ocurría y ocurre en medio de una inseguridad personal desenfrenada, que día a día y en intensidad creciente cobra nuevas víctimas fatales o se traduce en usurpaciones de propiedades privadas o estatales que se van diseminando a lo largo de todo el país. Omitiré la mención pormenorizada de otros antecedentes bochornosos, de fecha más reciente, en trámite ante la justicia, vinculados con las vacunas, su distribución, la vacunación y las violaciones al aislamiento social preventivo y obligatorio por las más altas autoridades de la Nación. Creo que con los antecedentes referidos es suficiente para recordar el cuadro dramático que presenta la realidad actual.

## ***2. Los nuevos intentos por controlar al Poder judicial***

Es evidente que, ante la magnitud y la gravedad de la situación resumida precedentemente, todas las energías del Estado debieran estar puestas al servicio de superar la situación, con exclusión de cualquier otra. Sin embargo, ello no es así.

Como si todo lo descripto anteriormente no estuviera ocurriendo, el Poder ejecutivo creó una comisión para que lo asesore sobre el funcionamiento del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo de la Magistratura y envió sendos proyectos de ley al Congreso donde procura (1) ensanchar la justicia federal de la Capital al doble,

al tiempo que propone la creación de otros nuevos juzgados, fiscalías y defensorías federales en el todo país y (2) modificar la ley que rige el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal. Estos proyectos que, como su sola mención pone en evidencia, no guardan relación alguna con la emergencia actual.

Por otro lado, estas propuestas no buscaron su aprobación por consenso con la oposición: fueron votadas favorablemente en el Senado con mayorías propias y no pudieron avanzar en la Cámara de Diputados sólo porque allí no cuentan con el número necesario para conseguir quorum e imponer su voluntad.

Al mismo tiempo, cuando los jueces dictan sentencias contrarias a los intereses del gobierno o cuando sospechan que ese puede ser el resultado, los periódicos dan cuenta de todo tipo de diatribas y amenazas de juicio político proferidas por funcionarios o legisladores en contra de los magistrados o magistradas objetadas<sup>20</sup>. Todo ello, como es inevitable, golpea la independencia de los jueces que no se dejan seducir por la coyuntura y, quizá, poco a poco, genera en algunos de ellos una gran inseguridad que, en ciertos casos, puede manifestarse en temor. Y, a fuer de sincero, debe ser muy difícil dictar sentencias que comprometan los intereses del gobierno o de sus funcionarios cuando se les teme o se teme la pérdida de su puesto.

Además, esos ataques magnifican el daño a la idea de confianza en la rama judicial, a su imparcialidad y a su independencia y al sistema que, en definitiva, es el que

---

<sup>20</sup> Ver, entre otras expresiones, el texto completo de la carta de la Vicepresidente de la Nación del 9.12.2020, donde arremete frontal y especialmente contra cuatro integrantes de la Corte Suprema, en La Nación, 9 de diciembre de 2020, sección Política, <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-carta-completa-cristina-kirchner-acuso-lawfere-nid2535354>; "Cristina Kirchner acusó a la Corte Suprema de 'extorsionar' al actual gobierno", Página/12, 9 de diciembre de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/311073-cristina-kirchner-acuso-a-la-corte-suprema-de-extorsionar-al>; "Tras la Carta de Cristina, el kirchnerismo duro reclama ampliar la Corte Suprema y amenaza con impulsar pedidos de juicio político", en La Nación, 10 de diciembre de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/politica/tras-carta-cristina-kirchnerismo-duro-reclama-ampliar-nid2536211>; "Fernández con la mira en la Corte. Renovó sus críticas y destacó que la comisión de juristas le aconsejó reformas", Página/12 del 12 de diciembre de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/311581-fernandez-con-la-mira-en-la-corte>; "Para Leopoldo Moreau la Corte Suprema 'está agotada'", BAE Negocios, 5 octubre de 2020. La nota recoge una entrevista radial que le hizo al legislador Moreau el periodista Ernesto Tenembaun para su programa Radio con Vos, 89.9 FM y puede escuchársela en <https://ar.radiocut.fm/audiocut/leopoldo-moreau-diputado-del-frente-todos-en-yaqpa/>, "Tensión Judicial. Nueva embestida K sobre la Justicia: Leopoldo Moreau pidió denunciar a jueces, fiscales y la Corte", Clarín, 12 de enero de 2021, [https://www.clarin.com/politica/nueva-embestida-k-justicia-leopoldo-moreau-pidio-denunciar-jueces-fiscales-corte-0\\_ZffxyhTwJ.html](https://www.clarin.com/politica/nueva-embestida-k-justicia-leopoldo-moreau-pidio-denunciar-jueces-fiscales-corte-0_ZffxyhTwJ.html). Ver declaraciones de Eugenio Zaffaroni al diario Perfil, el 13 de mayo de 2021, en <https://www.perfil.com/noticias/politica/eugenio-raul-zaffaroni-el-unico-previsible-en-esta-corte-es-rosenkratz.phtml>.

establece nuestra Constitución Nacional. Esos ataques permanentes al Poder judicial desde las otras ramas del gobierno profundizan el deterioro de la administración de justicia y contribuyen, en parte, a deformar la percepción social de este poder.

La propuesta de aumentar la cantidad de jueces federales en la Capital Federal y en el resto del país, designar más fiscales, alterar el modo de elección del Procurador General basada exclusivamente en la fuerza que da el mayor número, prescindiendo de soluciones consensuadas inteligentes y el acicateando permanentemente a la Corte Suprema o a sus jueces, señalándolos individualmente para denostarlos, no conduce sino a la reiteración de conductas públicas pasadas que buscan obtener la misma consecuencia: colonizar los tribunales con una mayoría de integrantes cuya simpatía con la ideología del partido gobernante o su fidelidad a quien consideren su líder, prevalezca por sobre lo que dispone la Constitución o la ley. Como suele decirse con frase atribuida a Albert Einstein, locura es hacer la misma cosa una y otra vez y esperar obtener diferentes resultados.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

El gobierno puede corregir el rumbo. Debe advertir que no es momento para introducir reformas en la Justicia. Un repaso por la historia muestra que el camino que ha propuesto con ese propósito ya fue transitado en el pasado y nos condujo a los males que hoy en parte se dice que se quiere superar. Toda decisión importante que involucre al Poder judicial demanda, entre otras cosas, tiempo, serenidad de juicio y sólo debería adoptarse luego de profundo estudio, reflexión y con el concurso de la mayor cantidad de fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Nación. Es un tema que concierne a todos y debe ser acordado, inteligentemente, por todos. Un Poder Judicial así conformado, con juristas ejemplares, sin duda dará lugar a decisiones previsibles que resalten la plena vigencia de los derechos y garantías que la Constitución consagra y el respeto a las autonomías provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; dará lugar a sentencias alejadas de las influencias políticas y de otros grupos de poder. Y un poder judicial previsible e independiente es el punto de partida para construir una sociedad pujante, asentada sobre la certeza que el poder judicial hará respetar sus derechos y su libertad.



# **PROPIEDAD PRIVADA Y TIERRAS ANCESTRALES, ENTRE LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

Daniel A. Sabsay<sup>21</sup>

## **I. Introducción**

Desde hace años Villa Mascaradi, Río Negro y otras localidades de la Patagonia argentina y del país han sido escenario de tensiones sociales originadas en tomas de tierras y propiedades. Personas que afirman pertenecer a comunidades originarias han ingresado por la fuerza en propiedades privadas e, incluso en áreas naturales protegidas a cargo de la Administración de Parques Nacionales, reclamando esas tierras como propias alegando la posesión ancestral de las mismas.

Se han promovido juicios de desalojo, querellas penales y también instancias de diálogo a efectos de resolver este angustiante conflicto. Sin embargo, no se ha arribado hasta el momento a ninguna solución que concilie los intereses en pugna.

En numerosas ocasiones, los desalojos no son llevados a cabo debido a la aplicación al caso de la Ley 26.160. Sucede también que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) dicta resoluciones que desconocen sentencias de desalojo dictadas en el marco de causas judiciales promovidas contra las usurpaciones de tierras a la vez que reconoce la ocupación actual, tradicional y pública de distintas comunidades indígenas.

Cabe señalar que en el año 2006 fue sancionada la Ley 26.160 que declaró, por el término de 4 años, la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades originarias de nuestro país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas o en los organismos provinciales competentes. La Ley 26.170 ha sido prorrogada en distintas ocasiones y se encuentra vigente hasta el 23 de noviembre de 2021.

---

<sup>21</sup> Abogado - Universidad Nacional de Buenos Aires. Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II, Francia. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Para un abordaje correcto de la cuestión debemos analizar esta ley a la luz de la Constitución Nacional.

## **II.- Emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras ancestrales**

En el año 2006 fue sancionada la Ley 26.160 que declaró, por el término de 4 años, la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades originarias de nuestro país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas o en los organismos provinciales competentes.

La implicancia jurídica de la declaración de emergencia consiste en la prohibición de desalojo o desocupación de aquellas tierras sobre las que una comunidad de origen tenga la posesión actual, tradicional, pública y que la misma se encuentre fehacientemente acreditada<sup>22</sup>.

Estamos en presencia de una norma de orden público<sup>23</sup> de manera que no puede ser desconocida por actos o contratos particulares.

La Ley de Emergencia de Tierras pone en cabeza del INAI la obligación de realizar un relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades. Para dar cumplimiento con dicha tarea, se le asigna al INAI un presupuesto de 30 millones de pesos.

Al haberse cumplido el plazo de 4 años previsto por la ley sin que el relevamiento técnico-jurídico-catastral hubiese sido finalizado, la emergencia declarada por el legislador fue prorrogada. La primera prórroga –Ley 26.554- data del año 2009. Luego, como consecuencia del reiterado incumplimiento de la misión encomendada fue sancionada la Ley 26.894 que prorrogó la vigencia de la emergencia hasta el presente año. Recientemente, fue sancionada la Ley 27.400 que prorrogó la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras hasta fines del año 2021.

En rigor, una declaración legislativa de emergencia por el plazo de 4 años se extendió por el término de 15 años. Las tres prórrogas de la emergencia en materia de tierras dan cuenta no sólo de una omisión ilegal de la autoridad de aplicación en el

---

<sup>22</sup> Art. 2 Ley 26.160.

<sup>23</sup> Art. 6 Ley 26.160.

relevamiento catastral sino también de una patología institucional. No olvidemos que el estado de emergencia es inversamente proporcional al Estado de Derecho.

No perdamos de vista que la declaración de emergencia que emana del art. 1 de la Ley 26.160 se centra en aquellas tierras que *“tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes”*.

Una interpretación literal de la Ley 26.160, a la luz del contexto en el que fue redactada y teniendo en cuenta su objeto y fin, permite concluir que el recaudo exigido para suspender los desalojos es la ocupación pública, actual, tradicional y fehacientemente acreditada de las tierras.

Cabe recordar que la primera fuente de interpretación de una norma es su letra<sup>24</sup> y que, los jueces, en virtud del principio republicano de división de poderes, no pueden prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley<sup>25</sup>.

Asimismo, por sus características de emergencia, la norma es de interpretación restrictiva<sup>26</sup>. En este orden de ideas, la Ley 26.160 resulta aplicable a aquellas comunidades registradas que ocuparan las tierras en disputa de generación en generación.

En efecto, la interpretación literal y restrictiva de la Ley 26.160 no ampara “nuevas ocupaciones” sino que “la posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada”. Precisamente, la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es tutelar a aquellas comunidades que ejercen desde antaño la posesión tradicional indígena y no a quienes ocupan tierras de modo próximo a la medida cautelar de desalojo. Esto es lo que sucedió en el caso "Recurso de hecho deducido por la Comunidad Mapuche 'Las Huaytekas' en la causa Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, América y otros s/ medida cautelar s/ casación", remitiéndose al dictamen de la Procuración General de la Nación<sup>27</sup>. La cuestión controvertida consistía en determinar si el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de

---

<sup>24</sup> Fallos 304:1820.

<sup>25</sup> Fallos 263:460.

<sup>26</sup> Fallos 336:1689.

<sup>27</sup> Fallos 338:1277.

derechos humanos y la ley 26.160 le conferían un derecho a la comunidad “Las Huaytekas” para repeler el desalojo cautelar de la parcela en disputa.

Un dato relevante para la solución del caso es que entre los días 29 de noviembre y 3 de diciembre de 2010, el INAI relevó las tierras de la comunidad “Las Huaytekas” en el marco de la Ley 26.160. Del relevamiento territorial se desprende que la comunidad ejerce la posesión comunitaria en la parcela en disputa.

El dictamen de la Procuración General de la Nación al que adhirió la sentencia del Alto Tribunal firmada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda concluyó que la ejecución del lanzamiento vulnera la Ley 26.160, que prohibió de modo expreso el desalojo de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas. Consideró que la comunidad no ocupó las tierras de modo próximo a la fecha en que se dictó la medida cautelar, sino que ejercía desde antaño la posesión tradicional indígena. En ese sentido, el fallo recordó que el uso y la ocupación territorial indígena van "más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transpone, la cultura y otros fines" (Comisión IDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", citado, párr. 40; Cone IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay", sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 120; "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 146).

La decisión final de la Corte Suprema fue que la ejecución del desalojo cautelar podía afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente. Asimismo, ponderó que lo que pretende evitar la Ley 26.160 es el despojo. Esa ley fue dictada por el Congreso de la Nación para respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en consonancia con los compromisos internacionales del Estado. Bajo estas premisas, la Procuración y nuestro Máximo Tribunal concluyeron que el desalojo de los integrantes de la comunidad impediría el acceso pleno al territorio indígena y a los recursos naturales, así como la continuidad de las costumbres tradicionales que allí desarrollan<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Fallos 338:1277.

### **III.- ¿Propiedad privada vs propiedad comunitaria?**

El derecho de las comunidades originarias a la posesión y a la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan se encuentra alojado entre las atribuciones constitucionales del Congreso de la Nación (art. 75 inc. 17 Constitución Nacional). En rigor, corresponde al Congreso: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

En sintonía con la citada cláusula constitucional, el denominado proceso de "constitucionalización del derecho privado", arraigó los derechos de las comunidades originarias en el art. 18 del Código Civil y Comercial: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional".

Estos derechos también se encuentran protegidos por la Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes (Ley 23.302) que ha venido a reglamentar numerosas cuestiones. Entre ellas, creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y el Registro de Comunidades Indígenas.

A su vez, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación" (art. 13 inciso 1). El artículo 14 del citado Convenio internacional, ratificado mediante Ley 24.071, dice:

- “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

El reconocimiento de la propiedad comunitaria de las tierras de los pueblos indígenas implica no sólo la preservación de una forma cultural sino también una diferenciación en materia de derechos patrimoniales<sup>29</sup>. En efecto, la noción de dominio y posesión sobre las tierras no se corresponde necesariamente a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta manera ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2006, en el caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”<sup>30</sup>. Adquiere crucial trascendencia para el objeto del presente artículo la igual protección de la propiedad privada y la propiedad comunitaria.

En lo que respecta a la propiedad privada recordemos que Juan Bautista Alberdi, en su obra "Sistema económico y rentístico de la confederación Argentina" sostuvo que el derecho de propiedad es "móvil y estímulo de la producción, aliciente del trabajo y término remuneratorio de los afanes de la industria". Por su parte, Esteban Echeverría, en

---

<sup>29</sup> GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Tomo II, Ed. La Ley, 4ª edición, p. 193.

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", 29/3/2006, párr. 120.

el "Dogma socialista", afirmaba que "el hombre es inconcebible sin familia, sin patria y sin propiedad".

En el célebre caso "Bourdieu", la Corte Suprema de Justicia de la Nación graficó con nitidez el concepto de propiedad: "Las palabras "libertad" y "propiedad", comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad"<sup>31</sup>.

En ocasiones existen tensiones indisimulables entre el derecho constitucional de propiedad privada (art. 17 Constitución Nacional) y el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras (art. 75 inc. 17 Constitución Nacional, Convenio 169 OIT, Ley 26.160) tal como sucede en la conflictividad que nos ocupa en Villa Mascardi. Estas tensiones se manifiestan entre personas que adquirieron derechos propietarios a partir de un título de propiedad y miembros de comunidades que sostienen haber habitado esa zona desde tiempos ancestrales reclamando la posesión y propiedad comunitaria de la misma. Así, los propietarios privados dan inicio a juicios de desalojo mientras que las comunidades resisten las medidas judiciales invocando el derecho constitucional a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente habitan.

¿Cómo se resuelven estos conflictos? ¿Existe una jerarquía de derechos entre el derecho comunitario y el derecho constitucional a la propiedad privada?

Para responder estos interrogantes, nos detendremos en las enseñanzas de uno de los grandes maestros del derecho constitucional, Germán Bidart Campos al referirse al contenido del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. A saber: "Inferir implícitamente que del reconocimiento de la posesión y propiedad comunitarias surge la prohibición de propiedad privada es, nuevamente, incomunicar este inc. 17 con los arts. 14 y 17 de la Constitución. Nada en la norma deja entrever que, además del tipo comunitario que garantiza para preservar el estilo de los grupos aborígenes, no pueda existir propiedad

---

<sup>31</sup> Fallos 145:307.

privada. Tampoco se impide el desarraigo o la migración voluntarios. Lo que se impide y no se quiere es el desarraigo forzado de los hábitats tradicionales”<sup>32</sup>.

La Constitución Nacional no establece una jerarquía de derechos. En efecto, no existen derechos primarios y secundarios. La propiedad privada no es un derecho secundario, sino que se trata de un derecho humano fundamental. A su vez, la propiedad comunitaria no es un derecho primario o absoluto habilitado para desconocer la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17 Constitución Nacional). En rigor de verdad, no existen derechos absolutos en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre este aspecto, la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que no existen derechos absolutos ya que todos son susceptibles de adecuada y prudente reglamentación<sup>33</sup>. Esta idea parte de la base del principio de relatividad de los derechos ya que un derecho ilimitado implicaría una concepción antisocial<sup>34</sup>.

El carácter relativo de los derechos surge del art. 14 de la Constitución Nacional (“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...” ) y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la que expresa que: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otros. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Esos límites no pueden ser determinados sino por ley.”

La limitación de los derechos también se desprende del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice: “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 29 que “en el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el

---

<sup>32</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Los derechos de los `pueblos indígenas argentinos” , LA LEY, 1996-B, p. 1205 y sig.

<sup>33</sup> Fallos 257:275.

<sup>34</sup> Fallos 289:67.

reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, de orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Entre los límites constitucionales a la regulación normativa encontramos el principio de razonabilidad que encuentra su raíz constitucional en el art. 28 de la Constitución Nacional y expresa lo siguiente: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. En efecto, como los derechos no son absolutos pueden ser reglamentados por los órganos de poder, pero esa regulación debe ser razonable, no pudiendo alterar el núcleo del derecho en cuestión.

En este orden de ideas, la reglamentación del derecho a la propiedad privada debe respetar su núcleo. Es decir, la esencia de este, evitando desnaturalizarlo a través de normas transitorias de emergencia, como la Ley 26.160, que se han convertido en permanentes.

Cuando estamos en presencia de una colisión de derechos tal como ocurre en el caso concreto de los conflictos en Villa Mascardi, una adecuada interpretación constitucional nos lleva a armonizar aquellos derechos en pugna. Debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente<sup>35</sup>.

El derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras son derechos humanos que gozan de igual protección. Ambos se encuentran contenidos en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos de manera que la ponderación en caso de conflicto debe tender hacia la búsqueda de armonía entre esos derechos, en el marco de una relación de complementariedad, de manera de evitar que alguno de los derechos en juego resulte aniquilado.

Las usurpaciones, tomas de tierras y daños a la propiedad privada no tienen raíz legal o constitucional. En sentido contrario, implican una inadmisibles violación a la misma.

---

<sup>35</sup> Fallos 319:3148.

Vemos obligados a elegir entre la propiedad comunitaria o la propiedad privada implica un falso dilema al que podemos eludir recurriendo a la interpretación constitucional referida anteriormente. Justamente, estas coordinadas interpretativas nos permitirán enfatizar el diálogo intercultural que nos acerque a una solución a este conflicto.

El derecho a la propiedad comunitaria de la tierra no debe ser leído de manera absoluta, sesgada ni en clave dogmática, sino que es crucial enfocarlo a la luz de la plataforma fáctica de cada caso que se presente.

Por otra parte, la desobediencia de sentencias judiciales que protegen el derecho constitucional a la propiedad privada implica una situación de gravedad institucional y un abuso de derecho. No perdamos de vista que el art. 10 del Código Civil y Comercial se refiere al abuso del derecho de la siguiente manera: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

El Derecho no puede verse reemplazado por la ideología ni aceptar las tomas, despojos y usurpaciones de tierras que implican delitos bajo el pretexto de la reivindicación del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras de parte de comunidades indígenas. En sentido contrario, debe exigirse que la posesión comunitaria sea actual, pública y encontrarse acreditada fehacientemente. Asimismo, ponderarse siempre la igual jerarquía de los derechos constitucionales evitando siempre la alteración del núcleo duro de los mismos.

En rigor, se configuraría una situación de abuso de derecho si, luego de la sanción de la Ley 26.160, grupos de personas se afincaran y reclamaran la titularidad de tierras que nunca habitaron ni tampoco lo hicieron las generaciones previas. Lo mismo sucedería si no existieran elementos probatorios que acreditaran la posesión tradicional, pública y actual. Es imprescindible sancionar esas conductas dolosas a efectos de diferenciar los reclamos comunitarios legítimos de aquellos que se burlan de la legalidad.

Los derechos deben ejercerse guardando la debida concordancia con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico<sup>36</sup>.

De persistir la inacción en la ejecución de desalojos ordenados en sentencias judiciales firmes se configuraría un abuso de derecho en el que se le otorgaría a la propiedad comunitaria de la tierra un carácter de derecho absoluto ajeno al control judicial. Todo ello en abierta contradicción con la interpretación constitucional.

#### **IV.- El rol del Estado y la soberanía**

El Estado en su calidad de garante del bien común está obligado a realizar las prestaciones efectivas necesarias para que los derechos y garantías, así como los Tratados de Derechos Humanos contenidos en nuestra Constitución no se conviertan en letra muerta. En este contexto, resulta imprescindible que cada organismo, departamento o poder estatal actúe sobre la base de la legalidad y de sus competencias específicas en abierta cooperación.

El INAI tiene como misión institucional desarrollar y coordinar políticas públicas para garantizar el desarrollo comunitario, el derecho a la salud y la educación, el acceso a la tierra y la preservación de las identidades culturales indígenas<sup>37</sup>. En lo que respecta a la Ley de emergencia de tierras, el INAI es el órgano encargado de efectuar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. Esta tarea debió culminarla en el año 2009. Sin embargo, los mencionados relevamientos se prolongaron en el tiempo en lo que constituye una demora administrativa que ha provocado incertidumbre sobre los derechos en conflicto.

La indefinición del INAI respecto del relevamiento constituye tierra fértil para situaciones jurídicas abusivas. Ello activa la responsabilidad estatal frente a los propietarios privados de las tierras en litigio que se ven impedidos de usar y gozar de tierras que adquirieron en forma legítima.

---

<sup>36</sup> SPOTA, Alberto, "Tratado de derecho civil. Relatividad y abuso de derecho", Ed. Depalma, 1947, vol 2, tomo I, p. 334

<sup>37</sup> <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai>

Estamos en presencia de una omisión ilegal cuando la inercia y demora del INAI evita que se satisfagan los derechos reconocidos constitucionalmente.

En ocasiones, el “relevamiento técnico-jurídico-catastral” fue realizado y aprobado, no 3 años desde la sanción de la ley, sino más de una década más tarde. Lejos de tratarse de una cuestión trivial, estos datos temporales tienen un peso específico en la interpretación constitucional. Así las cosas, existen casos en que el reconocimiento del INAI ha llegado con posterioridad a sentencias judiciales firmes que ordenaban desalojos ocasionando un desconocimiento de la autoridad de cosa juzgada y un evidente quiebre en el diálogo constitucional entre poderes.

Al quebrarse este diálogo, se generan puntos ciegos en el debate del conflicto que ponen en peligro derechos constitucionales.

No olvidemos que, en ninguna circunstancia, la propiedad comunitaria constituye una excusa o pretexto para desconocer la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada.

La demora del “relevamiento técnico-jurídico-catastral” del INAI y su contradicción con sentencias judiciales firmes ponen de relieve una situación de gravedad institucional que genera una notoria inseguridad jurídica sobre la vigencia del derecho de propiedad privada en la provincia de Río Negro.

Existe un desvío de poder cuando detenemos nuestra mirada en el contexto en el que se da el reconocimiento ancestral. Se trata de un contexto en el que en la órbita del INAI se da un deliberado acompañamiento de parte de funcionarios públicos que, de forma contraria a derecho, colaboran en la ocupación de tierras por parte de comunidades, despojando así de su propiedad a familias y a personas que residen en el lugar<sup>38</sup>. Este contexto no puede ser desconocido al momento de analizar la razonabilidad técnica de los reconocimientos emanados del propio INAI.

---

<sup>38</sup> <https://www.infobae.com/politica/2020/10/08/arabela-carreras-cuestiono-al-inai-por-la-toma-del-predio-militar-en-bariloche-otorga-tierras-de-manera-abusiva>

<https://www.lanacion.com.ar/politica/el-vicepresidente-del-inai-nego-haber-trasladado-nid2443341>

Consideramos ilustrativa la siguiente cita contenida en el trabajo de la distinguida jurista Aida Kemelmajer: “Si la política social de un Estado no se cuida de cubrir sus actos con el manto de la legalidad, puede ocurrir que, llegándose al fracaso, ni siquiera podrá apoyarse en un orden jurídico, puesto que ella misma dio mal ejemplo al violarlo. Por eso, el Estado de Derecho actúa como límite y como garantía. Como límite, en cuanto fija una frontera mínima que no se puede rebasar sin asumir los riesgos antes señalados. Como garantía, en cuanto el respeto a las normas jurídicas es un postulado de cultura que aleja la arbitrariedad y distingue al Estado moderno del Estado absoluto”<sup>39</sup>.

Pensar la interculturalidad desde el Derecho no puede implicar la erosión de las bases constitucionales de la propiedad privada ni violentar la seguridad jurídica que requiere toda república democrática.

A esta altura de nuestro desarrollo, corresponde destacar un párrafo del voto del Dr. Rosatti en el reciente fallo “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, del 8 de abril de 2021, que dice: “No se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, pues está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional”<sup>40</sup>. Ese techo nos cobija a todos y, entre todos, debemos sostenerlo para que no se derrumbe.

En tiempos en que todo se lee en términos de grieta, de antinomia, de polarización, es fundamental apostar a la coexistencia de la diversidad pluricultural sin menoscabar la soberanía nacional. En este sentido, nos parece relevante citar la disidencia del Dr. Rosenkrantz en el citado caso “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”. A saber: “la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva. Por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano

---

<sup>39</sup> KEMELMAJER, Aída; “La seguridad jurídica”; Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot, 1998, p. 203 a 229.

<sup>40</sup> Fallos 344:441, voto Rosatti.

y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación”<sup>41</sup>. Si bien el Presidente de la Corte Suprema se refiere a los derechos políticos, esta reflexión también vale para el ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, el cual debe enmarcarse en la legalidad y nunca al margen de ella.

La Real Academia Española define a la soberanía como el “Poder político supremo que corresponde a un Estado independiente”. Esa soberanía no debe ser desconocida por las comunidades indígenas. Caso contrario, las reglas de juego constitucionales se verán suplantadas por un peligroso voluntarismo extralegal con consecuencias de evidente gravedad institucional. Tal como establece el art. 22 de la Constitución Nacional, “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”. Por ello mismo, las autoridades tienen la crucial misión de defender la soberanía, fomentar la coexistencia pluricultural y proteger la propiedad privada por tratarse de un derecho humano de igual jerarquía a la propiedad comunitaria de las tierras.

Para afrontar el actual panorama angustiante para los derechos propietarios resulta vital un Estado presente que cumpla con sus funciones, que condene los abusos de derechos y los excesos, que deje de excusarse en la emergencia y que garantice la propiedad privada. Todo, dentro de la Constitución.

## **V.- Reflexiones finales**

Por todo lo expuesto, consideramos que:

- Una interpretación literal de la Ley 26.160, a la luz del contexto en el que fue redactada y teniendo en cuenta su objeto y fin permite concluir que el recaudo exigido para suspender los desalojos es la ocupación actual, pública, tradicional y fehacientemente acreditada de las tierras. Asimismo, por sus características de emergencia, la norma es de interpretación restrictiva.
- En este orden de ideas, la Ley 26.160 resulta aplicable a aquellas comunidades registradas que ocuparan las tierras en disputa de generación en generación.
- Deben evitarse los despojos de tierras que sufren las comunidades originarias y ser protegidos sus derechos constitucionales y convencionales y, a su vez,

---

<sup>41</sup> Fallos 344:441, disidencia Rosenkrantz, Considerando 7.

sancionarse las conductas dolosas de aquellos grupos que sin ser comunidades registradas y sin cumplir el recaudo de ocupación desde hace generaciones pretenden sacar ilegítimo provecho de la tutela que otorga la Ley 26.160.

- La Ley 26.160 no ampara “nuevas ocupaciones” ni el ejercicio abusivo del derecho.
- La Constitución Nacional no establece una jerarquía de derechos. En efecto, cuando estamos en presencia de una colisión entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras, una adecuada interpretación constitucional nos lleva a armonizar aquellos derechos en pugna a fin de evitar su destrucción recíproca.
- Resulta crucial armonizar los intereses comunitarios con la necesidad de evitar la destrucción del derecho de propiedad. Para ello es necesario analizar caso por caso sin prejuicios dogmáticos. Justamente, el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra no debe ser leído de manera absoluta ni sesgada.
- El derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras son derechos humanos que gozan de igual protección. Ambos se encuentran contenidos en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos de manera que la ponderación en caso de conflicto debe tender hacia la búsqueda de armonía entre esos derechos.
- Las usurpaciones, tomas de tierras y daños a la propiedad privada no tienen raíz legal o constitucional. En sentido contrario, implican una inadmisibles violación a la misma.
- Se configuraría una situación de abuso de derecho si, luego de la sanción de la Ley 26.160, grupos de personas se afincaran y reclamaran la titularidad de tierras que nunca habitaron ni tampoco lo hicieron las generaciones previas. Lo mismo sucedería si no existieran elementos probatorios que acreditaran la posesión tradicional, pública y actual. Es imprescindible sancionar esas conductas dolosas a efectos de diferenciar los reclamos comunitarios legítimos de aquellos que se burlan de la legalidad.
- La demora del “relevamiento técnico-jurídico-catastral” del INAI y su contradicción con sentencias judiciales firmes ponen de relieve una situación de gravedad institucional que genera una notoria inseguridad jurídica sobre la vigencia del derecho de propiedad privada en la provincia de Río Negro.

- Las autoridades tienen la crucial misión de fomentar la coexistencia pluricultural y de defender la propiedad privada por tratarse de un derecho humano de igual jerarquía a la propiedad comunitaria de las tierras.
- El necesario diálogo intercultural para resolver la conflictividad imperante en la actualidad en Villa Mascardi y en otros rincones de la Patagonia y del país debe provenir y ser fomentado desde el Estado.

## **LEY 26160 RELEVAMIENTOS TERRITORIALES.**

### **Derecho de propiedad y derecho de propiedad comunitaria indígena. La mirada constitucional y convencional**

Hugo Burgenik <sup>42</sup>

La ley 26.160 declara la “...emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país...” En Argentina el concepto de ley de emergencia, habitualmente ligado a lo económico, resulta ser siempre conflictivo y eterno. Esta ley se sancionó en el año 2006 y continúa en vigencia la situación declarada de emergencia con sucesivas prórrogas hasta ahora, no parece razonable, en especial si consideramos el concepto de urgencia, que viene vinculado a la emergencia que declara. Si además verificamos el significado que le asigna el diccionario<sup>43</sup>, lo convierte en esas situaciones sin límite lesivas e impropias de un estado de derecho.

Esta ley que tenemos en análisis ordena además lo que establece el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo en cuanto impone en su Artículo 14 inciso 2, en materia de tierras, que “...Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión...”. Si bien no utiliza el vocablo relevar que es el que emplea la ley, sino que dice “determinar”, no hay duda de que la ley sigue el concepto que impone la convención.

---

<sup>42</sup> Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires (1977), Licenciado en Derecho (España 1989) radicado en San Martín de los Andes, Provincia de Neuquén desde 1979, fecha en la que fundó el estudio jurídico que dirige BURGENIK BERTERO & Asoc. especializado en derecho privado, con experiencia y ejercicio constante en derecho civil tanto en consultoría como en el litigio judicial. Con 38 años de dedicación al derecho público provincial y municipal en la Provincia del Neuquén, fue consultor de diversas entidades como Administración de Parques Nacionales (APN), empresas del Estado, Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén, Sociedad Rural de Neuquén y en diversos períodos –y actualmente- a cargo de la asesoría letrada de la Municipalidad de San Martín de los Andes y de la asesoría letrada de la Municipalidad de Villa la Angostura (Neuquén), municipios a los que asesora y representa en juicio.

<sup>43</sup> DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA...EMERGENCIA: Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.

En el ámbito de esa urgencia -emergencia como la denomina- dispone por un plazo de cuatro años, luego prorrogado, "...Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras..." hasta tanto se concluya con el procedimiento de relevar las tierras.

Con lo cual, ante la hipótesis de acciones judiciales concretas de personas que tengan derecho sobre determinadas tierras ocupadas por alguna comunidad originaria, y pretendan recuperar la posesión, como desalojos, interdictos, o cumplimiento de cualquier sentencia judicial que disponga y ordene desocupación del inmueble, la comunidad indígena que ocupa efectivamente porque se cree con derecho, opondría la suspensión que establece la ley 26.160 (si se trata de un territorio no relevado), lo que con las prórrogas sucesivas -por los últimos quince años- torna ilusoria la espera de justicia, para muchísimos casos de personas ajenas a la comunidad indígena, que detentan un título inscripto de inmuebles que tienen en propiedad y en ejercicio posesorio desde hace decenios y que adquirieron y poseyeron de buena fe.

Y asimismo impone la ley que durante el término de los primeros tres años de su vigencia (luego prorrogada, y vuelta a prorrogar en otras dos ocasiones)<sup>44</sup>, se debe llevar a cabo "...el relevamiento técnico, jurídico, catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas...".

En el artículo segundo insta el objeto de estos relevamientos, es decir, las tierras que la norma manda a determinar, ocupadas por las comunidades indígenas, y resume el tipo de ocupación definiéndola: "...la posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada..."

¿Y de qué modo impone la ley llevar a cabo esta determinación de las tierras que ocupan las comunidades indígenas?: lo hace por vía de disponer un "...relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas..."

---

<sup>44</sup> por art. 1° de la Ley N° 27400 B.O. 23/11/2017 se prorroga el plazo establecido en el presente artículo, hasta el 23 de noviembre de 2021. Prórrogas anteriores: Ley N° 26894 B.O. 21/10/2013, Ley N° 26554 B.O. 11/12/2009)

Si bien en este sentido, el diccionario R.A.E. define relevamiento como “...Estudio de un terreno para analizar sus características...” la ley en análisis va más allá y agrega a ese concepto muy general, que se trata de una determinación técnica, jurídica, catastral y dominial de las tierras que las comunidades indígenas ocupan. Con lo cual los relevamientos que la ley impone deberían considerar necesariamente cuál es el espacio territorial que se delimita como ocupado por determinada comunidad indígena analizada, su condición topográfica y de mensura, qué situación dominial presenta respecto de su título y otras consideraciones particulares o gravámenes de inscripción registral, lo que cubriría esos aspectos técnicos, jurídicos, catastrales y dominiales.

Ahora veamos, ¿cuál es el alcance de esta norma?

A fin de mejor comprender esta ley, debemos previamente abordar una breve mirada de la Constitución de la Nación en su artículo 75 inciso 17, toda vez que es ese, en realidad, su origen. El artículo indicado tuvo por objeto otorgarle al Congreso de la Nación la potestad de reglamentar de modo concreto los derechos que se reconocían a las comunidades originarias, entre otros genéricos<sup>45</sup>, el de la ocupación de las tierras en cuanto expresa: “...Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones...”

Aborda la Constitución Nacional como tema central un reconocimiento básico y muy amplio de derechos respecto de las comunidades originarias –que define como pueblos indígenas argentinos-, centrado en su “...preexistencia étnica y cultural...”. Con el término preexistencia, la Constitución refiere a que estos grupos humanos resultan estar radicados como comunidades dentro de los actuales límites políticos de nuestro país, desde tiempos anteriores a la conformación y nacimiento a la vida como nación de la República Argentina, es a lo que refiere esa preexistencia. Otros criterios igualmente

---

<sup>45</sup> El artículo 75 inicia su redacción con la mención...*corresponde al Congreso...*

válidos, interpretan que esa preexistencia sólo puede entenderse para aquellas comunidades radicadas antes de la llegada de la colonización española, ahora descendientes de aquellos habitantes primigenios.<sup>46</sup>

Dentro de las afirmaciones expresas respecto de derechos de las comunidades indígenas, continúa nuestra norma superior incluyendo el reconocimiento de “...la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan...”<sup>47</sup>

De ese concepto deriva la decisión de los legisladores de definir la propiedad que aborda la ley 26.160, y establecer la modalidad que exige de ese ejercicio posesorio concreto sobre las tierras que ocupan, con expresa calidad de “actual, tradicional y pública”<sup>48</sup> que seguidamente abordaremos.

No hay duda acerca de que el concepto “actual” refiere al momento de sanción de la ley 26.160, que se produjo en el mes de diciembre del año 2006, y es únicamente a esa actualidad a la que se refiere la norma. La ley tuvo en mira establecer un tiempo límite y muy preciso, podríamos decir una fotografía del momento del relevamiento de las tierras ocupadas, para dar cumplimiento efectivo a la manda constitucional.

En sentido similar y desde lo convencional, proviene del artículo 14 inc. 2 del Convenio 169 de la O.I.T., que impone el relevamiento concreto, (dice “...determinación...”) como parte del reconocimiento a las tierras que ocupan los pueblos indígenas argentinos. Esa es la “actualidad” que debe gobernar el escenario que impone la ley, y ese es el momento que la norma establece con mucha claridad para relevar las tierras que ocupan los pueblos indígenas, porque son entonces, las tierras que las comunidades detentan al tiempo de entrar en vigor la ley.

---

<sup>46</sup> CONVENIO 107 O.I.T. Define la preexistencia como “...los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización...”

<sup>47</sup> Ley 26994 Aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se hace mención a los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en los siguientes artículos: 14, 18, 225 y 240. Con lo cual se incorpora a nuestro derecho un nuevo sistema de propiedad, que es la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. Es un nuevo concepto de propiedad que se incorpora a nuestro sistema de derecho venido del artículo 75 inc 17 C.N. No es de carácter individual sino colectivo o comunitario, y esas propiedades no son enajenables, transmisibles, ni susceptibles de gravámenes o embargos

<sup>48</sup> Ley 26160 artículo 4 inciso a) El relevamiento técnico —jurídico— catastral de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas.

Lo señalamos para diferenciarlo de la ancestralidad, que es una calificación que a veces se ha intentado incluir en el análisis, aunque erróneamente. Ya que lo ancestral no tiene límite en el tiempo hacia el pasado, todo lo que ocurrió alguna vez, antes en la historia es ancestral. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como – “...Perteneiente o relativo a los antepasados. adj. Remoto o muy lejano en el pasado. Tiempos ancestrales”.

Es indispensable señalarlo, ya que si intentamos interpretar el artículo 75 inc. 17 C.N. en cuanto a reconocimiento de “...las tierras que tradicionalmente ocupan...” de ningún modo refiere a ancestralidad sin límite alguno hacia atrás en la historia, sino a lo que pertenece a una determinada tradición, familiar o comunitaria como costumbre.<sup>49</sup>

La definición concreta de lo tradicional es entonces lo que se fue transmitiendo por medio del rito y de las costumbres de los pueblos indígenas. Refiere a signos materiales y simbólicos que sean reconocibles actualmente en el territorio que la comunidad ocupa, según sus pautas culturales y cosmovisión. De ese modo lo define también el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en cuanto al explicar el concepto “tradicional” señala que “... no se refiere a la ocupación ancestral de la comunidad...”<sup>50</sup>

Lo señalamos porque ¿cuál sería el límite hacia atrás en la historia, en el tiempo, para determinar las ocupaciones de tierra por parte de comunidades originarias? Si no existiese este límite que impone la ley 26160, quebraría todo nuestro sistema de derecho, ya que se produciría una colisión de derechos de propiedad imposible de resolver. Es que, sin tope alguno hacia atrás en la historia, toda comunidad indígena actual podría reclamar ahora cualquier propiedad, tanto del dominio público como privado, con posesión y debida inscripción registral muy antiguas de sus titulares, sin límite ninguno, porque no hay duda de que cuando llegaron los conquistadores españoles a nuestras tierras, habitaban diversas comunidades originarias, estaban radicadas, obviamente, desde antes.

Y finalmente el concepto “público”, que es lo ligado al conocimiento general, erga omnes, a lo que todos saben que algo es de un modo determinado, el diccionario RAE lo define como “...conocido o sabido por todos...” en el caso por entidades de la sociedad civil, organismos públicos, u otras comunidades y

---

<sup>49</sup> DICCIONARIO RAE 1. adj. Perteneiente o relativo a la tradición. 2. adj. Que se transmite por medio de la tradición. 3. adj. Que sigue las ideas, normas o costumbres del pasado.

<sup>50</sup> Página WEB oficial de I.N.A.I. - de su definición queda claro que el relevamiento de la ley 26160 no tiene como objetivo determinar que territorios ocupaban las comunidades indígenas ancestralmente, sino cuáles son las tierras que ocupan al tiempo de sancionarse la ley 26160

personas, se trata de un conocimiento generalizado de una situación, en el sentido jurídico que conocemos

## **I. Naturaleza Jurídica de los relevamientos territoriales**

Resulta indispensable comprender, además del alcance que desarrollábamos recién, la naturaleza jurídica de estos relevamientos territoriales. ¿Qué son finalmente estos procedimientos? ¿Qué derecho otorgan a una comunidad indígena?

Los relevamientos territoriales indígenas en la ley 26.160 están diseñados como un proceso técnico pericial. Se trata de una actividad de campo realizada por un grupo de profesionales de diversas especialidades, como un agrimensor, para determinar lo que es topográfico y de límites territoriales, un antropólogo que analiza el asunto de la historia de la comunidad y la tradicionalidad del vínculo con la tierra y su ocupación; un abogado por la situación registral y algunos otros profesionales y técnicos que concluyen firmando un dictamen final por separado de cada uno. Luego el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, que es un órgano administrativo del Estado Nacional, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, dicta una resolución, motivada en los pronunciamientos profesionales y técnicos del relevamiento, y dispone por esa vía cuál es el espacio de tierra que ocupa la comunidad indígena de que se trate.

Con lo cual, y a primera mirada de la gestión descripta, no hay duda ninguna que estamos ante un procedimiento administrativo, fundado en actos simples de la administración (que conforman el proceso), que concluye con el dictado de un acto administrativo en los términos de la ley 19.549 de Procedimiento Administrativo. En consecuencia, ese pronunciamiento de I.N.A.I es una resolución de un órgano administrativo del Estado Nacional regulada por la ley de Procedimiento Administrativo. Donde pesa entonces el derecho al debido procedimiento adjetivo de quien pueda tener comprometido o lesionado un interés legítimo, o afectado un derecho. Y cuenta el afectado también con el derecho a "...exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos,

... interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente... De ofrecer prueba y que ella se produzca...”<sup>51</sup>.

Lo destacamos, ante la hipótesis de que existiese una superposición de límites, es decir la situación de un relevamiento de tierras comunitarias indígenas cuya determinación pueda invadir otra propiedad distinta con título y posesión ajeno, del dominio pleno de otra persona física o jurídica, o del Estado. Ya que este procedimiento de los relevamientos territoriales que lleva a cabo el I.N.A.I. no contempla la afectación y agravio de derechos subjetivos de los titulares de dominio de otras heredades diferentes de las relevadas, que pueden o no ser linderas con las tierras sujetas a relevamiento. Por el contrario, dicho procedimiento se lleva a cabo inaudita parte, no se cita ni se contempla el derecho de los propietarios de tierras linderas o de otros titulares de dominio pleno afectados por el pronunciamiento administrativo de INAI que establece cuál es el perímetro de tierra ocupado por una comunidad indígena, incluso sobre la base de planos de mensura precisos, que por supuesto, como decíamos, pueden resultar superpuestos con otras heredades. El I.N.A.I. justifica esta modalidad de accionar afirmando que el relevamiento territorial no causa estado, sin embargo, ya se han dictado pronunciamientos judiciales en sentido contrario, que a nuestro entender son absolutamente errados.<sup>52</sup>

Si bien por convenios particulares cada provincia participa de algún modo en el proceso de los relevamientos con diversos grados de intervención, o por lo menos se notifica del procedimiento, siempre es secreto para titulares de heredades linderas o que pudiesen estar de algún modo afectadas. Hay casos en que los relevamientos presentan superposiciones de límites respecto de otras heredades de dominio público o privado que cuentan con título perfecto (posesión y título de terceros), hecho que surge de la situación catastral y los planos que confecciona el agrimensor que participa del relevamiento y el abogado que determina la situación dominial.

Afirmamos entonces que la resolución de INAI con la que concluye el proceso del relevamiento es un acto administrativo, con lo cual cabe preguntarnos: ¿Es regular y eficaz ese acto? Manda la ley de procedimiento administrativo que “...Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al

---

<sup>51</sup> LEY 19549 Artículo 1 apartado f -

<sup>52</sup> JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIONOS ADMINISTRATIVO FEDERAL 1 – SECRETARÍA 2 In Re: FRIEDRICH EMILIO C/ EN – INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS / AMPARTO LEY 16.986. EXP. 1437/2020 en trámite en trámite actualmente

interesado y el de alcance general, de publicación. Los administrados podrán antes, no obstante, pedir el cumplimiento de esos actos si no resultaren perjuicios para el derecho de terceros...”<sup>53</sup>. Sobre ese sustento legal afirmamos que en cuanto el relevamiento afecte derechos de terceros, y no hayan sido notificados, el acto administrativo no será regular ni eficaz a la luz de la ley de procedimiento administrativo.

En este tema, es interesante mencionar un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una causa de acción declarativa de certeza de Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. (Provincia de Chubut), que en minoría suscriben los Dres. Fayt y Petracchi. En dicho pronunciamiento de Corte, si bien no ingresó ni resolvió el fondo del asunto por una cuestión de competencia, los magistrados advierten en su voto disidente que “...se requerirá a las codemandadas que informen al Tribunal si el relevamiento del inmueble objeto de este litigio ha finalizado, haciéndoles saber que en el caso de que se encuentre aún en ejecución deberán otorgarle participación a su titular registral, la "Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A.". ... Asimismo, deberán informar cuáles son las razones que justificarían y, en su caso, en qué previsiones legales se sustentaría la confidencialidad pactada en la cláusula IV. 1 del Convenio Específico aquí impugnado, que determinaría el carácter secreto de toda la información relacionada con el relevamiento territorial "en los términos y con los alcances previstos en la Ley Nacional N° 24.766, sus modificatorias y reglamentaciones...". Cabe también señalar que, en el caso, el I.N.A.I. tenía suscripto un acuerdo con una universidad para llevar a cabo los procedimientos técnicos de los relevamientos, y es en ese convenio –INAI con la universidad- que impuso un pacto de confidencialidad, prohibiendo que se notifique o difunda ningún asunto vinculado al relevamiento, lo que como se aprecia a primera lectura, el pronunciamiento considera inaceptable en cuanto hay afectados derechos e intereses legítimos de terceros.

En este orden de razón, estamos en condiciones de afirmar que la denominada “carpeta” del relevamiento, generalmente entregada por I.N.A.I. a las comunidades indígenas con mucho apoyo de prensa, con fotografías, profusa publicidad y con apariencia de entrega de un título de propiedad, no otorga en realidad título alguno. Como vimos se trata de un procedimiento pericial, en el cual, a entender de los profesionales y

---

<sup>53</sup> Ley 19.549 de procedimiento administrativo, Artículo 11

técnicos participantes que firman sus dictámenes, una comunidad indígena determinada ocupa un espacio de tierra que se grafica en planos de mensura, sin notificar a terceros, aun cuando hubiesen estado afectados en sus derechos o intereses legítimos en casos de superposiciones de límites territoriales.

En consecuencia, la comunidad indígena que recibe esa carpeta de relevamiento podrá utilizarla como plataforma probatoria judicial para decir sus derechos ante la justicia y obtener una sentencia que pueda reconocerles un título válido de propiedad comunitaria. Porque cuando existiese superposición del relevamiento de unas tierras indígenas con heredades públicas o privadas que cuenten con título y posesión, estos titulares afectados por el relevamiento, sólo pueden ser despojados de su propiedad en los términos del artículo 17 de la Constitución de la Nación, ya que respecto de la propiedad “...ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...” entonces, no hay duda alguna, acerca de que una resolución administrativa de un órgano del Estado como es el I.N.A.I. no puede disponer ningún cambio dominial ni catastral, ni menos aún, privar o despojar de la propiedad a nadie. Entenderlo de otro modo sería absolutamente contrario al mandato constitucional porque lesionaría la inviolabilidad de la propiedad.

## **II. El derecho de propiedad Art. 17 C.N., los artículos 28 y 16 C.N. y 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).**

Hay otro tema relevante que es indispensable considerar para el análisis de la ley 26160 y es que ni el reconocimiento que impone el art. 75 inciso 17 respecto de las tierras de comunidades indígenas, ni las disposiciones del Convenio 169 O.I.T. de ningún modo enervan las declaraciones derechos y garantías consagradas en la Constitución en sus artículos 1 a 43, especialmente a la luz del artículo 28 de la Constitución, en cuanto dispone que “...los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio...” con lo cual, es inmovible la garantía constitucional a la inviolabilidad de la propiedad privada que consagra el artículo 17 C.N. y 21 de la convención señalada.

Por otra parte, estos artículos que son un pilar esencial de nuestro sistema de derecho no definen ni refieren a algún tipo de propiedad particularmente. No

señalan que se trata del dominio público, del dominio privado, o (desde la reforma de la Constitución) del dominio comunitario indígena. La inviolabilidad que declara el artículo 17 de la Constitución y el 21 del Pacto, alcanza al derecho de propiedad en general, ya que dispone "...la propiedad es inviolable...". Con lo cual la protección de inviolabilidad aplica a toda propiedad sin distinción. Asimismo, la propiedad comunitaria indígena no se presenta como un derecho de mayor jerarquía que la propiedad no indígena.

### **III. La noción de posesión indígena en el Convenio 169 O.I.T.**

Como sabemos, la propiedad, en nuestro sistema de derecho, está conformada por título y posesión. Sobre ese enunciado, analicemos ahora un asunto preocupante, que es la modalidad que le impone a la posesión el Convenio 169 OIT en su artículo 14 Inciso 1. La Convención agrega en su texto una definición novedosa que varía completamente el concepto de posesión que impera en todo nuestro derecho. Según parece, desconoce el concepto de posesión venido del sistema de derechos reales como los establece el Código Civil y Comercial, y como venía impuesto ya desde el Código de Vélez Sarsfield.

Ya que esa posesión que conocemos y hemos estudiado en las facultades de derecho, al modo romano, resumido en la ocupación efectiva de una heredad con el despliegue de hechos y actos posesorios concretos y el efectivo ejercicio del señorío de dueño sobre una heredad, que es eje de los derechos reales, colisiona con este concepto nuevo que agrega el Convenio 169 O.I.T. porque al referirse a posesión expresa "...Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.<sup>54</sup> A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes...".

Esta novedosa noción de posesión nos enfrenta a una situación sin límite espacial alguno, y además altera completamente el concepto de propiedad (posesión efectiva en ejercicio y título válido) que es un pilar de todo nuestro derecho. Esta significación convencional, acerca de la potestad de utilizar y entender que están bajo

---

<sup>54</sup> El subrayado del párrafo es nuestro para destacar el concepto analizado

ejercicio posesorio de comunidades indígenas tierras que “...no estén ocupadas por ellos...” deja de forma obvia incorporada, y clarísima, la impresión de que puede tratarse entonces de tierras ocupadas por otros, poseídas e incluso tituladas por otras personas diferentes de la comunidad originaria de la que se trate.

Entonces, esta imposición convencional que manda salvaguardar el derecho de pueblos indígenas, parece que se extiende a una posesión que no ejerce de modo efectivo (del modo romano que conocemos) la comunidad indígena al tiempo del relevamiento. De esta manera y con este nuevo criterio posesorio, alcanzaría conque alguna vez en el pasado, en su historia, la comunidad indígena hubiese tenido algún vínculo tradicional con ese espacio de tierra, porque pasaban, transitaban, llevaban a cabo ritos y ceremonias, pastaban sus haciendas o recolectaban leña o frutos, o se ocupaban de otras actividades en la zona. Y cabe señalar en este punto, que en la Patagonia son muchísimos los casos, por ejemplo, en los cuales hay heredades de título perfecto, con posesión efectiva e inscripción registral, que permanecen en una misma familia, pionera de la zona, por los últimos cien o ciento veinte años. Otros títulos y posesiones que se fueron trasladando por escrituras públicas debidamente registradas, con lo cual son también posesiones muy antiguas, que se transmitieron con sucesivas ventas o por otros motivos, o como resultado de procesos sucesorios. En consecuencia a esta realidad, si aplicamos el nuevo concepto posesorio que pretende imponer la convención, y algún proceso de relevamiento de la ley 26.160 superpondría posesiones y títulos comunitarios indígenas con posesiones y títulos de otras personas no indígenas –públicas o privadas-, se produciría una colisión de derechos y sin duda, una violación de la propiedad que consagra el artículo 17 de nuestra Constitución y 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Debemos afirmar en el sentido apuntado, que el Convenio 169 O.I.T.<sup>55</sup>, resulta ser supra legal, por su condición de acuerdo multilateral e internacional cuenta con una mayor jerarquía que las leyes de la Nación, aunque es infra constitucional, porque que no ha sido incorporado a nuestra Constitución en los términos del artículo 75 inciso 22. Y afirmamos que aun si fuese incorporado a la Constitución <sup>56</sup> en esa materia

---

<sup>55</sup> Aprobado por Ley de la Nación 24.071 pero no incorporado a la Constitución

<sup>56</sup> Hay un proyecto de ley en el Congreso, aun no tratado, que tiene por objeto lograr la incorporación del convenio 169 O.I.T.a la Constitución

convencional es muy claro en cuanto a que esos pactos internacionales operan respecto de las declaraciones derechos y garantías que consagra la constitución, igual que si fuesen leyes reglamentarias, no pueden abrogar derechos y garantías consagrados en la Constitución, es por ese motivo que "... no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos..."<sup>57</sup>. Entonces impera para estos supuestos la supremacía del artículo 17 C.N. y 21 del Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto a la inviolabilidad de la propiedad, ya que permanecen en vigencia plena, no lo conmueve el Convenio 169 OIT, aun cuando en apariencia intente establecer –como lo traemos dicho- una modalidad posesoria diferente a la que impera en nuestro sistema de derechos reales, fundado en la posesión con el criterio romano.

Cabe destacar que además de la supremacía del artículo 17 C.N. en igual sentido de la protección e inviolabilidad de la propiedad legislan los tratados incorporados a la Constitución Nacional<sup>58</sup>.

#### **IV La solución constitucional y convencional al conflicto de derechos**

Entonces, ante esta realidad ¿cómo deberían armonizarse estos derechos para que no colisionen? ¿Cómo se debe evitar este conflicto? Y ¿cuál es la solución convencional y constitucional para resolver las colisiones de derechos en aquellos casos en que las tierras que tradicionalmente ocupaban las comunidades indígenas no puedan serles reintegradas, porque cuentan con título y posesión de otras personas no indígenas, públicas o privadas?

El mismo artículo 75 inc. 17 otorga una solución muy clara, que es, refiriéndose a las tierras de las comunidades indígenas argentinas, "...regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano...". Es decir que ya nuestra norma suprema toma como previsión que en algunas ocasiones las tierras que tradicionalmente ocupaban estas comunidades indígenas en su historia, incluso aplicando este nuevo

---

<sup>57</sup> Constitución Nacional Art. 28

<sup>58</sup> Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 21; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 23; la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 5 inc. d)

sistema posesorio de la Convención, no podrían serles reintegradas en la actualidad, y adelanta que debería en esos casos compensarse a la comunidades que pudiesen sufrir ese daño, otorgándoles otras tierras distintas, aptas y suficientes en cantidad y en calidad para su establecimiento y desarrollo.

Idéntica solución impera en el ámbito convencional, ya que el Convenio 169 de la OIT también deja espacio a esa posibilidad en cuanto dispone, no solo la posibilidad de reintegrar otras tierras de igual calidad y cantidad (igual estatuto jurídico señala) a las comunidades indígenas afectadas, sino también contempla el pago de una posible indemnización en dinero o en especie para compensar esa imposibilidad de reintegro de heredades tradicionalmente ocupadas, en cuanto manda el artículo señalado respecto de las tierras indígenas que "...Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas..."

59

Y como traemos dicho, en igual sentido del art. 75 inciso 17 C.N. legislan también los tratados incorporados a la Constitución: la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 21; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 23; la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 5 inc. d).

## **VI LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO – Igualdad de jerarquía de la propiedad indígena y la no indígena**

---

<sup>59</sup> Convenio 169 O.I.T. artículo 16 inciso 4

En este orden de razón y respecto de la propiedad (no indígena), es habitual, por lo menos en la Patagonia, que cuando se lleva a cabo un estudio de títulos retrocediendo hacia atrás en el tiempo por las diversas traslaciones dominiales, se llega muy rápidamente al dominio originario del Estado. Porque se trata de provincias jóvenes, con muy poca población, que abandonaron la condición de Territorio Nacional para convertirse en provincias desde mediados del siglo XX. Y las propiedades bajo el régimen de Territorio Nacional en aquellos tiempos anteriores a las provincializaciones, eran reguladas por la Dirección de Tierras y Colonización de la Nación. Por cierto, era entonces el Estado Nacional el que llevaba y gestionaba los registros catastrales y dominiales, con lo cual las escrituras públicas que trasladaban dominio se registraban en ese ámbito y estaban bajo esa autoridad de aplicación, la de un órgano estatal. Es por eso que todos los títulos de propiedad que hoy detentan en las provincias patagónicas el Estado Nacional, los particulares o asimismo las provincias, fueron validados y registrados por un sistema estatal radicado en un órgano del Estado Nacional, por un registro público gestionado por el mismo Estado, luego transferido a los registros de Propiedad Inmueble de las provincias, a medida que fueron abandonando la condición de territorio nacional para nacer a la vida institucional como provincias autónomas.

En consecuencia, a este análisis, ¿quién tiene que concurrir con su intervención y los recursos que se requieran para armonizar el derecho de propiedad con el derecho de propiedad comunitaria indígena? Obviamente no pueden cargar con ese conflicto de derechos las personas comunes, los particulares que compraron inmuebles de buena fe, los registraron con título perfecto, los poseyeron, ocuparon y trabajaron esas tierras durante decenios. Es indudablemente el Estado Nacional el que debe aportar sus recursos para resolver este conflicto y evitar una colisión de derechos.

Porque no hay duda de que, si el Estado se desinteresa, se desentiende del problema, ignoraría entonces, que es el histórico responsable registral de los dominios. Es el Estado quién debe afrontar la situación de colisión de derechos, con la entrega de otras tierras aptas, o por vía del pago de las indemnizaciones a las comunidades indígenas en los casos en que corresponda por no poder reintegrar propiedades con título y posesión de terceros. Si el Estado <sup>60</sup> no asume esta obligación indispensable, la carga entonces

---

<sup>60</sup> Referimos a Estado Nacional y Estados Provinciales, toda vez que el último párrafo del Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional impone una concurrencia de atribuciones entre Nación y provincias

injustamente sobre los particulares titulares de dominio de inmuebles que puedan ser afectados por esta situación de conflicto de derechos.

Ya que, como lo adelantamos, en muchas ocasiones se trata de personas que detentan títulos y posesiones antiquísimas venidas desde los tiempos del Territorio Nacional, son adquirentes históricos, de buena fe, en ejercicio pleno de su dominio y señorío posesorio, y también tienen un arraigo, tradición y amor con la tierra que poseen, ocupan y trabajan, de una jerarquía tan respetable como la que tienen los pueblos indígenas, y esa realidad no puede ser ignorada.

Afirmamos que no se les opone a estos titulares de dominio no indígena un derecho de propiedad superior, o de mayor jerarquía jurídica que el que detentan comunidades indígenas, toda vez que entenderlo de ese modo sería violatorio tanto del artículo 17 que no discrimina ni asigna jerarquías a la propiedad, como vimos, como también sería contrario a las Convenciones que invocamos antes, y además, sería violatorio del principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 16 de nuestra Constitución <sup>61</sup>. Ya que son habitantes de la Nación en igualdad ante la ley, tanto los pueblos indígenas argentinos, como cualquier otra persona habitante de la Nación Argentina que no pertenece a esas comunidades. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuando señaló “...La Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas, tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana...” <sup>62</sup>

Corresponde destacar que nuestro análisis, y nuestras afirmaciones no deben entenderse como desmedro, o menos aún, como desconocimiento de los derechos que le asisten a las comunidades indígenas argentinas. Obviamente debe ser reconocido su indiscutible derecho a obtener el título de la tierra que tradicionalmente

---

<sup>61</sup> Constitución de la Nación Argentina Art. 16 “...La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

<sup>62</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos – In re: Caso Comunidad Indígena Yakye AXA vs. Paraguay. Fondo de Reparaciones y Costas – En sentencia de fecha 17/06/2005 – Publicado en Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Número 11 – Pueblos Indígenas y Tribales.

ocupaban, pero en armonía con otros derechos en ejercicio por terceros, y en el marco de la ley, como al amparo de la Constitución y las convenciones internacionales, jamás por vías de hecho. Nadie cuenta con el derecho de usurpar, arrebatar o agraviar la propiedad de otro. Y como analizamos, el derecho de propiedad comunitaria indígena no es un derecho jerárquicamente superior que el derecho de propiedad.

Concluimos así, que el Estado es quien tiene que concurrir con los recursos y acciones necesarias y concretas, que permitan articular estos derechos en colisión y en conflicto, y equilibrarlos, permitir que convivan en armonía, tanto los derechos de los pueblos indígenas, como los de quienes no pertenecen a esas comunidades, ya que son ambos de igual jerarquía y merecen igual respeto. Y es responsabilidad del Estado asumir estos conflictos territoriales, que de ningún modo pueden cargar sobre las personas sin ese apoyo indispensable de recursos públicos que aporten armonía de derechos y pacificación.

# EL FEDERALISMO ARGENTINO

Juan Vicente Sola

**¿Tiene la Argentina un gobierno federal?** La respuesta es una aparente paradoja en el ejercicio de competencias nuestro federalismo es débil, pero, en la doctrina del proceso político federal, nuestro federalismo es muy fuerte, ya que los gobernadores son actores importantes en las decisiones del gobierno nacional. El debate de nuestro federalismo es la manera en que se enfrentan y negocian los gobernadores con el gobierno nacional y los medios que utilizan en esa tarea.

Adelantemos también otra hipótesis, esta nueva junta de gobernadores rechaza al federalismo competitivo y busca al federalismo de concertación. Esta estrategia convierte a los gobiernos provinciales en una organización oligopólica. Es decir, un “cartel” de gobiernos provinciales. Los perjudicados de este oligopolio son los habitantes de las provincias.

Este oligopolio se quiebre en parte por el gran problema del federalismo argentino, la coparticipación, donde los impuestos son recaudados por la Nación, pero distribuidos por criterios diferentes al origen. De manera que algunas provincias, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Mendoza subsidian a la demás en distintas cantidades. Esta distorsión extrema de los recursos públicos lleva graves desinversiones en las regiones más dinámicas de la economía argentina. Lleva a una profundización del estancamiento y a un conflicto político entre las regiones. El hecho fue previsto por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429 (1895) cuando declaró inconstitucional el impuesto directo a la renta, el argumento utilizado era que algunos estados podrían apropiarse de la renta de otros.<sup>63</sup> *Nada puede ser más claro que lo que la constitución pretendía evitar era el ejercicio por parte del gobierno general del poder de gravar directamente a las personas y la propiedad dentro de cualquier estado a través de una mayoría formada por los otros estados.* Fue necesario una reforma constitucional para establecer este impuesto.

---

<sup>63</sup> Nothing can be clearer than that what the constitution intended to guard against was the exercise by the general government of the power of directly taxing persons and property within any state through a majority made up from the other states.

## **Federalismo competitivo frente a la concertación federal**

El federalismo competitivo es una forma de promover la democracia y la eficiencia económica<sup>64</sup>, porque es más fácil el control de los gobiernos por parte de los habitantes en pequeñas organizaciones antes que en las grandes. Este fenómeno se le llama el de la "voz" y la "salida"<sup>65</sup>. De la misma manera que la división de poderes es eficiente porque crea ramas especializadas y gobierno de una mayor publicidad de los actos que facilitan el control, podemos decir que el sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y las provincias es otra forma de separación de poderes. Al mismo tiempo, el federalismo evita que existan enormes economías de escala que se produciría si se gobernara una sociedad compleja, extendida en el territorio y que uniera territorios poblados y despoblados, con prácticas y tradiciones diferentes, desde una misma y generalmente enorme ciudad. También el federalismo permite la experimentación con diferentes formas de gobierno, para resolver situaciones creadas en condiciones locales disímiles. Una pregunta para plantearse sería si la existencia de distintos gobiernos en los territorios gobernados por reglas diferentes no aumentaría los costos de transacción que deben asumir los habitantes del país. Costos que en lo que incurrirían cuando hagan actividades que atraviesan las jurisdicciones. El federalismo ha dado una respuesta temprana a este problema, y se ha creado una competencia del gobierno federal para resolver estos conflictos, que van desde la resolución judicial en materia de competencias, la imposición de la jurisdicción federal, hasta la intervención en el territorio de las provincias para resolver conflictos políticos.<sup>66</sup>

Sin embargo, si el federalismo no es competitivo, y por el contrario permite el desarrollo de gobiernos que concentran el poder, es una escuela de autoritarismo.

Si el gobierno nacional pudiera gobernar solamente con el acuerdo de los gobiernos provinciales estaríamos en una confederación, y no en una federación o en una Nación. Los costos de transacción políticos para gobernar serían excesivamente elevados, porque sería necesario el acuerdo de los estados parte de la confederación para que el gobierno confederado pudiera tomar una decisión. Sin duda, el federalismo tiene también sus costos, y uno de ellos es que posee un sistema jurídico más complejo y una organización

---

<sup>64</sup> Se trata de la eficiencia costo beneficio, también llamada Hicks Kaldor, donde se busca una valoración técnica estable para determinar los mayores beneficios de la regulación frente a los inevitables costos de adoptarla.

<sup>65</sup> cf. Albert O. Hirschman, *Exit, Voice and Royalty*, responses to declines in firms, organizations and states. Harvard University Press. 1970, ver pag. 106 para su aplicación al sistema político.

<sup>66</sup> Sobre la intervención federal ver Juan Vicente Sola. *Intervención Federal en las provincias*. Abeledo Perrot, 1982.

legislativa y judicial que no tienen los sistemas unitarios. Esta fue una situación que no escapó a nuestros constituyentes originariamente en 1853 y en 1860 cuando establecieron que el derecho común, es decir el derecho codificado, fuera único en todo el territorio. Se impidió que existía el régimen jurídico diferentes en todas las provincias como es el caso los Estados Unidos, y esta unificación se efectuó al costo de perder la capacidad de laboratorio de ideas que caracterizan federalismo y evitó la posibilidad de que las provincias compitieran entre sí por inversiones o por población calificada que hubiera ocurrido si existieran regímenes jurídicos diferentes, algunos más eficientes que otros. En nuestra experiencia ocurrió una "*cartelización*" del sistema jurídico<sup>67</sup>, que facilitó el conocimiento del derecho en un sistema común, pero limitó la capacidad de competencias de las provincias que permitirían tener una mayor innovación y una más perfecta aplicación de las normas jurídicas a la realidad diferente existente en cada territorio. De todas maneras, el sistema permitió alternativas, ya que las leyes procesales fueron diferentes en cada provincia, y también el dictado en las normas de aplicación para el derecho común existente. Es decir, que esta unidad legislativa fue sólo parcial ya que interpretación de los códigos es efectuada a través de normas procesales locales y por jueces locales lo que permite una cierta variación en la jurisprudencia existente. Sin embargo aún esta débil posibilidad de diferenciación fue en gran medida agotada por las imposiciones del llamado "estado de bienestar" que expandió la regulación federal de gran cantidad de actividades y la existencia de empresas del estado establecidas en Argentina partir de los años '40.<sup>68</sup> La unificación jurídica ha significado una desventaja ya que impidió el funcionamiento de laboratorio de nuevas ideas y limitó la posibilidad entre las provincias de competir que hubiera asegurado sistema jurídico más eficiente, es decir, que permitieran una respuesta adecuada y flexible a diferentes requerimientos de la población.

El federalismo aumenta la eficiencia del sistema político porque las instituciones que compiten entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios a los habitantes que son consumidores de los bienes y servicios gubernamentales. La competencia siempre lleva a resultados eficiente porque permite que las personas accedan a mejores bienes y

---

<sup>67</sup> Es decir, una forma de oligopolio en el que todos ofrecen servicios similares y precios similares, pero no los mejores que surgirían de la competencia.

<sup>68</sup> Era un lugar común en lugares de la Patagonia decir que el gerente de YPF era el verdadero gobernador.

servicios de un precio más reducido. La expresión "precio" no se refiere exclusivamente a menores impuestos y tasas para los contribuyentes, sino también a una reducción en los costos de transacción que deben asumir quienes brindan en una jurisdicción administrativa. De esta manera, tendrán menos retrasos en los trámites, mayor rapidez en decisiones, celeridad en los procesos judiciales, una mayor certeza en las transacciones y también en su seguridad personal. Un sistema federal bien diseñado asegura que los poderes que se ejerzan en nivel local incentiven la competencia entre los gobiernos para proveer un buen servicio gubernativo al menor costo tributario posible, ya que los funcionarios locales buscarán favorecer habitantes y empresas que de otra manera podrían emigrar hacia otras provincias.

### **La coparticipación de impuestos herramienta de autoritarismos locales.**

Este es uno de los inconvenientes de la coparticipación federal de impuestos, ya que incentiva al no cobro de los impuestos locales y disocia el aumento del gasto público con el aumento en la carga tributaria. Entonces la población favorecerá el aumento de un gasto al que no tendrá que hacer frente. Al mismo tiempo la coparticipación no permite saber si la gestión gubernamental local es buena o mala, ya que no importa que desempeño tenga el gobernador y cual se ha el crecimiento económico de la provincia, porque percibirá la misma cuota de participación en los impuestos recaudados. De esta manera, un gobierno excelente será castigado electoralmente porque recaudará lo mismo que un gobierno inepto, incompetente o corrompido. Es por lo tanto un incentivo negativo. La disociación entre actividad del gobierno provincial y los impuestos recaudados crea otro incentivo perverso. Permite una amplia discrecionalidad del gobernador en el uso de los fondos, porque no son producto del impuesto percibido localmente, ni pueden calcular las eficazmente en el presupuesto provincial porque dependen del actividad de otro gobierno que es el que recauda. El gobernante local los utilizara en defensa de sus intereses políticos lo que impone una fuerte tendencia al clientelismo. Un ligero incentivo tiene consecuencias inesperadas y vastas, podemos decir que el federalismo argentino la coparticipación impuestos y tiene una larga sombra.

Los gobiernos locales tienen el incentivo que discriminar en favor de sus propios habitantes. Buscarán la manera de crear barreras que impiden el ingreso de bienes, servicios, de nuevas empresas o de nuevos profesionales que compitan con los locales.

La Constitución previó la existencia de este comportamiento y el remedio propuesto fue la "cláusula comercial". Estableció la regulación por el Congreso del comercio interprovincial e internacional, con el objetivo de evitar que las provincias impusieran externalidades dañinas a las demás e internalizaran solamente las externalidades positivas. Es decir, que impusieran barreras y costos a quienes quisieran trasladar y vender productos de otra provincia que compitieran con la producción local. La cláusula comercial cumple la función de crear un gran mercado nacional único de bienes y servicios, sin las restricciones que pudieran establecer gobiernos locales a este libre juego de la competencia.

Si los gobiernos provinciales compitieran entre sí con inversiones, desarrollo de industrias y creación de empleo, existiría la tendencia a crear externalidades a los competidores indeseados. En lo que ocurre cuando un gobierno local establece privilegios, tributarios o regulatorios, en favor de sus residentes, imponiendo además costos de transacción agravados a los residentes de otras provincias. La misión del gobierno nacional es la de eliminar las externalidades negativas que ir a promover el sistema de gobiernos locales en competencia y esta acción busca la disminución de los costos de transacción de los gobiernos provinciales impusieran a los habitantes de otras provincias y esta manera, asegurar una mejor distribución de los recursos.

Sin embargo, en el caso argentino existieron grupos de interés que obtuvieron una regulación nacional que le permitiera establecer privilegios, como son las zonas francas, y los regímenes de promoción industrial que destruyeron el sistema de competencias imaginado en la Constitución. Pero este no es el único caso de la deformación de la del gobierno federal, el sistema electoral, la composición del Senado y la característica de los gobernadores como jefes políticos regionales han constituido una organización paternalista y de clientela política con grave riesgo a las libertades individuales al mismo tiempo que la defensa de la competencia.

### **Competencias flexibles entre la Nación y las provincias**

Presumiblemente cuando estados independientes forman una federación establecen las reglas de representación, las competencias jurisdiccionales y los sistemas electorales de tal manera que los beneficios sean mayores que los costos. Sin embargo, los intereses de

la Nación y los de las provincias y entre estas, pueden cambiar con el tiempo, de tal manera que costos de permanecer unidos pueden exceder temporariamente los beneficios de la unión y el restablecimiento de los beneficios superiores a los costos sólo puede hacer posible bajo una estructura institucional diferente. La división apropiada entre la responsabilidad gubernamental de las provincias y la del gobierno nacional debe ser flexible con el decir, que la medida que los factores que justifican esta división cambian la asignación de responsabilidad gubernamental debe cambiar también. Habrá períodos en los que el gobierno central ceda competencias y tenga sus responsabilidades definidas en forma estricta y otros períodos en que el gobierno central deba ser fuerte y asuma poderes amplios. Esto sugiere que aun cuando la Constitución de una federación describa en su texto la relación entre gobierno central y los gobiernos que provincias, esta no pueda ser fijada de manera inmutable. La antigua doctrina del "federalismo dual" establecida por el juez Marshall en el caso *Gibbons vs. Ogden*<sup>69</sup>, que tuvo una larga aceptación en la teoría jurídica, en gran medida por la facilidad de su descripción. Era mucho más sencillo imaginar competencias inmutables que un sistema que pudiera tener alguna flexibilidad en el tiempo. Sin embargo, a poco de andar fue evidente que los nuevos desafíos se planteaban a la forma de gobierno dividida entre Nación y provincias requería de respuestas institucionales adecuadas. La división apropiada de responsabilidad debe, por el contrario, variar entre el gobierno nacional y las provincias. Esta estructura flexible para la distribución de competencias tanto entre la Nación y las provincias como entre los poderes del gobierno, así lo reconoció la Corte Suprema de los Estados Unidos en dos falsos ampliamente citados. Son los casos *Garcia vs. SAMTA*<sup>70</sup> para el federalismo y *Youngstown vs. Sawyer*<sup>71</sup>, también llamado el caso de las *tuberías*, para las relaciones entre el Congreso y el Presidente.

La teoría de la flexibilidad en las competencias en su origen en el pensamiento económico, y tiene algunas curiosidades. El ya citado artículo de Ronald Coase "La Teoría de la Empresa".<sup>72</sup> Este artículo sostiene que un empresario produce dentro de su empresa los bienes y servicios que se pueda realizar a un costo menor que los que se

---

<sup>69</sup> El caso *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), fue también aplicado reiteradamente por nuestra Corte Suprema.

<sup>70</sup> *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985) que señaló que no existe una regla única de división de competencias entre gobierno federal y Estados parte.

<sup>71</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), ver voto del Juez Robert Jackson.

<sup>72</sup> por éste artículo, y por el artículo que publicaría 1960 "La naturaleza del costo social" Ronald Coase recibiría en 1991 el premio Nobel de Economía.

ofrecen el mercado. Entre los costos debe incluir los costos de transacción, es decir aquellos costos que provengan de la negociación de contratos por que pudiera obtener insumos y bienes que pudiera luego vender. Sólo produciría aquellos bienes y servicios si tuvieran un costo final o de transacción menor que lo que pudiera comprar en el mercado. El centro de la argumentación en este engañosamente sencillo artículo de Coase, es si la decisión del empresario de producir también dentro de su empresa del variar a de acuerdo con los precios que existan en el mercado, si comprar un insumo es más barato en el mercado no lo producirá, si los costos de transacción bajan y puede negociar contratos para la provisión de bienes y servicios no los producirá internamente. Entre estos costos de transacción, están los costos de agencia, que son los costos que sufre el principal frente al incumplimiento del agente. Ya sea el caso de gobernante que tiene funcionarios a su cargo, un votante que desea que los legisladores cumplan con sus promesas, o simplemente un empleado que quiere que sus empleados acepten y lleven adelante sus instrucciones. De acuerdo con la variación existente en los costos de transacción es la flexibilidad lo que caracteriza la actividad de la empresa en una economía de mercado, una empresa rígida no podría subsistir. Esta teoría de Coase no fue fácilmente comprendía su momento, pero tuvo una gran influencia posterior, particularmente cuando se comprendió que una organización rígida podía quedar al fenómeno de "falla de jerarquía" igualmente grave que las estudiadas "fallas de mercado". Una empresa que tiene un sistema de producción muy costoso mayor al que existe el mercado tener pudiera decir con sus productos con empresa única de una gran regímenes en la provisión del servicio público, por ejemplo, sería tan costosa que debía ser reformada o privatizada.

Es decir, que, según la Teoría de la Empresa de Coase, la actividad de toda organización debe ser flexible si desea cumplir con sus objetivos tal como fueron planeados. Si la provisión de servicios gubernamentales es centralizada los costos de agencia son muy elevados y la distribución de estos servicios ineficientes. En este caso, es la unidad gubernamental menor que tienen menos de costos de control la que debe proveer del servicio en cuestión. Esto no quiere decir que deba ser siempre la unidad gubernamental menor de la que debe tener las competencias, ello variará según varían los otros de transacción existentes para cumplir los objetivos. Siguiendo la teoría de Coase, la distribución de competencias entre la Nación y las provincias debe ser flexible según que la provisión de bienes gubernamentales pueda practicarse a un menor costo en nivel local

o federal. Un ejemplo de la flexibilidad en la historia constitucional argentina es el caso de la educación primaria. Si bien la competencia constitucional original primaria era provincial, ocurrían que muchas provincias no invertían en la construcción de escuelas, ni en la formación de docentes, ni en organización de programas. Hacia fines del siglo XIX, la ley Lainez<sup>73</sup> estableció escuelas nacionales en las provincias, con un programa modernizado y con docentes bien pagos. Este sistema logró con éxito mantener nivel básico de exigencia en toda la educación del país. La existencia escuelas nacionales en las provincias hizo que fueran del modelo educación para todas las demás escuelas estuvieran en la localidad. Sin embargo, con el tiempo los elevados costos de agencia que imponía mantener una organización educativa en todo el país, la hizo muy costosa. Además, una vez establecido este límite básico que habían creado las escuelas nacionales, podía establecerse un cambio entregar todas las escuelas primarias dentro de la competencia de las autoridades provinciales. Esto suponía establecer la competencia entre los sistemas educativos, ello tuvo un resultado positivo en cuanto que algunas provincias demostraron una gran eficacia y ofrecieron la educación y mejor calidad y a un menor costo, en otros casos esos beneficios no ocurrieron.

Por lo tanto, esta doctrina también es útil para analizar las competencias dentro los poderes públicos, como es el caso de las competencias entre la Nación y las provincias o entre el Congreso y el Presidente. Ya que pueden existir ocasiones en si una actividad cumpla mejor el objetivo para el cual fue diseñada cuando la realiza un gobierno local, y en otras ocasiones la misma actividad puede ser cumplida por el gobierno central, según la existencia de los costos de transacción que puedan determinarse en el momento. La determinación de los costos de transacción requiere un detallado estudio por parte de gobernantes y jueces. Naturalmente esto requiere un gran esfuerzo, primero porque siempre deseamos la certeza de los derechos, saber con claridad que competencia tiene cada funcionario para permitir un mejor control de su ejercicio, el segundo, más importante, es que valorar los momentos de cambio en los que una actividad deja de ser eficiente en manos de un poder para ser ejercido por otro, es un fenómeno muy complejo que requiere una gran imaginación jurídica y un gran sentido democrático. Todo ello no

---

<sup>73</sup> Ley Láinez 4874/05, el Consejo Nacional de Educación establecía escuelas en las provincias que lo solicitaran. Se trataba de escuelas “elementales, infantiles, mixtas y rurales”.

es fácilmente aplicable en manos de políticos comprometidos con sus intereses, o de jueces temerosos.

La teoría planteada por Coase supone una corrección al principio de subsidiariedad que sostiene que la competencia debe ser concebida a la menor jurisdicción que pueda realizarla, y que tiene base constitucional en el sistema de la Unión Europea. Sería la organización que tiene los menores costos de transacción la que debe realizar la actividad, pero con conciencia que los costos varían en el tiempo.

### **¿Nos conviene ser federales?**

El federalismo nos plantea dos dilemas básicos:

¿Por qué las provincias aceptan ceder algún grado de soberanía a un gobierno central y retener alguna soberanía independiente para sí mismas?

¿Qué responsabilidades gubernamentales deben ser asignadas al gobierno central y cuales a los estados miembros?

Podemos partir de una presunción, que cuando estados independientes se unen lo hacen porque perciben los beneficios de la unión exhibiendo los costos de pertenecer a ella.

Podemos imaginar cuatro beneficios:

1. minimizar los costos y maximizar los beneficios de cruzar las jurisdicciones,
2. efectuaron economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales,
3. minimizar las distorsiones monopolísticas del gobierno, e
4. implementar políticas redistributivas óptimas.

La primera razón por la cual un estado independiente puede mostrar la unión con otros tiene que ver con los costos y beneficios de cruzar jurisdicciones. Supongamos que la producción en un país A genera una contaminación que impone costos no compensados a los habitantes del país B, claramente los contaminadores estarán fuera de alcance de la reglamentación del país B, y ningún interés existirá en el país A en la reglamentación que impida una contaminación que no les afecta. Los países A y B podrían negociar una solución a estas externalidades, y podrían llegar a un acuerdo contractual con respecto a la contaminación, que sería eficiente porque las partes estarían mejor de lo que estaban anteriormente.

Estas soluciones negociadas sobre la externalidades interjurisdiccionales no son muy prácticas. Los costos de negociar y aplicar estos acuerdos pueden ser demasiado altos y en algunos casos de imposible obtención. Cuando las actividades que generan externalidades son reiteradas y se dirigen en ambas direcciones, en una sencilla para la partes consolidadas en un unión, antes que hacer una serie de acuerdos contractuales tocando en cada uno un equilibrio de costos y beneficios. Un acuerdo general en la unión, como son las constituciones que generan sistema federales, debe tener un eficaz procedimiento de solución de controversias. Por lo tanto, podemos concluir que donde los problemas de externalidades interjurisdiccionales son numerosos, la consolidación de dos o más gobiernos puede ser un medio óptimo para resolver estas ineficiencias. La pregunta siguiente es saber en qué responsabilidad gubernamental debe estar situada la aplicación de este tipo de acuerdos, o la local o la federal. Si los costos y beneficios de una acción cruzan líneas jurisdiccionales, entonces el más alto nivel de gobierno que pueda internalizar completamente los costos y beneficios de la acción de ser el responsable. Solamente entonces, una autoridad gubernamental tendrá los incentivos apropiados para regular una actividad que genera externalidades. Como se trata de la interpretación de acuerdos, la acción de los distintos gobiernos, locales o federales dará lugar a conflictos de interpretación, por esa razón las federaciones tienen sistemas jurisdiccionales muy desarrollados.

### **Voz y salida en las provincias o un nuevo feudalismo.**

El federalismo trata de pequeñas jurisdicciones, lo que permite utilizar los criterios de "voz" y "salida" que han sido desarrollados como elemento de demostración de la eficiencia del mercado. En su concepción original, la "salida" es la decisión del consumidor de dejar de lado un determinado producto, porque no le satisface su calidad, su precio como las condiciones de venta. Ello tiene una influencia en la oferta cuando este comportamiento es reiterado. En la misma manera, cuando ciertas personas abandonan una empresa, los ingresos de la firma caen, se reducen sus clientes y los administradores son forzados a corregir las fallas. La " salida" está también presente en las decisiones políticas en cuando los habitantes mediante su movilidad se desplazan desde aquellas jurisdicciones que ofrecen servicios públicos de baja calidad hacia aquellos con mejor oferta. También ello, en cuando los ciudadanos deciden cambiar su

voto y salen de sus lealtades políticas iniciales cuando los compromisos no fueron satisfechos. También ocurre cuando los inversores sin cambiar su residencia deciden cambiar el centro de sus actividades. Una organización federal favorece la salida, ya que los costos de trasladar personas o inversiones es mucho más bajo que hacerlo de un estado independiente hacia otro.

Salir de una jurisdicción hacia otra es siempre muy costoso, por lo tanto, antes de ejercer la salida, es probable que los habitantes una jurisdicción hagan saber sus ideas o protestas mediante la "voz". Lo mismo ocurre en un mercado, antes de negarse a adquirir un bien, es probable que un consumidor le haga saber al proveedor su desagrado con la calidad del producto o con el precio. De la misma manera, la " Voz" en la forma en que los ciudadanos expresan su aprobación o descontento con determinadas políticas e informan sobre sus preferencias electorales. De esta manera, la facilitación del ejercicio de la " voz" no sólo es democrática sino también eficiente.

En pequeñas jurisdicciones, es más sencillo para Voz como la Salida se utilizadas efectivamente por los habitantes y aseguraron esta manera la eficiencia del sistema político. Aun cuando los ciudadanos no estuvieran dispuestos ejercer la opción de Salida, la existencia de pequeñas jurisdicciones gubernamentales mejora la Voz. Es más fácil hacer conocer su opinión en un electorado de 1000 en uno de un millón. Por lo tanto, la Voz y la Salida de llevar una mejor satisfacción de la preferencias de los individuos que jurisdicciones pequeñas. La información necesaria, tanto para cambiar de jurisdicción, para participar en el debate público, es menor y menos compleja que en el caso de una jurisdicción mayor.

En los sistemas federales Salida es más fácil, ya que el traslado de una jurisdicción pequeña otra tiene un costo menor que desde una mayor, ni hablar si se tratara de un estado que puede tener políticas migratorias y aduaneras limitativas. También es más sencillo encontrar una jurisdicciones pequeñas personas con valoraciones similares que las propias lo que baja costos de formar grupos interés, clubes o partidos políticos. También es más natural expresar mi disconformidad con una política pública en una pequeña jurisdicción que hacerlo en una grande donde los costos de difusión de ideas se multiplican.

La Voz señala también la eficiencia del mercado de ideas. Habitualmente el consumo por una persona de un bien disminuye el de otra, si voy al mercado y compro un bien ese mismo objeto no podrá ser obtenido por otra persona, esos consumos son rivales. En la libertad de expresión no hay rivales, si una persona utilice una idea, o la difunde, no hay límites para los demás. Si yo difundo una idea los demás obtienen algo que no conocen, pero yo no pierdo la idea original al difundirla. Por lo tanto, la expresión libre de ideas crea externalidades que son positivas. Existen entonces razones económicas que justifican la importancia de la libertad de expresión, además de las muchas ya existentes por razones de defensa del sistema democrático. Al institucionalizar la competencia política, la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y los funcionarios buscan seguridad a través del control de la información, es decir tratan de dictar el acceso al público de información que pueda hacer peligrar el control que ejercen sobre el monopolio del ejercicio del poder estatal. Pero la libertad de expresión impide a gobernantes y funcionarios públicos reducir la competencia política, es por eso por lo que la protección constitucional de la Voz, es decir de la libertad de expresión, es derivada por las constituciones hacia los jueces y no dejadas al arbitrio del poder político.

En la pequeña jurisdicciones el ejercicio de la Voz es más sencillo, ya que se puede acceder al foro público de una manera habitual. Pero también la pequeña jurisdicciones facilitan los sistemas represivos de la expresión. Ya que pueden existir poco medios públicos que favorezcan la competencia de ideas y de mensajes. Por esta razón la libertad de expresión está garantizada en la Constitución Nacional y permite un control por los jueces y en última instancia por la Corte Suprema como forma nacional de asegurar reglas comunes del debate público.

### **¿Es la Argentina un mercado único?**

La pregunta parecería ociosa. Todo mercado interno dentro de un país debería ser común, las personas, aun las que quisieran trabajar, las inversiones, los profesionales y las cosas y bienes, deberían poder trasladarse libremente dentro de territorio de nuestro país. Sin embargo, existe una gran tentación entre los gobernantes provinciales la tentación de los gobiernos de provincia es la de favorecer los intereses de sus habitantes, empresarios y trabajadores sobre los de los otros miembros de nuestra federación. Hace una tendencia estable al proteccionismo provincial, a establecer y obtener subsidios para empresas

localizadas o de propiedad de habitantes de las provincias. Es la tentación histórica, por eso que nuestra constitución estableció una competencia federal para asegurar un libre mercado interno de bienes y servicios. Es la llamada "cláusula comercial" que establece la jurisdicción federal en la regulación del comercio internacional y del comercio entre las provincias. La tentación de los gobiernos de provincia continúa, y es favorecer a sus propios ciudadanos sobre los intereses extranjeros a su región y como resultado, se confieren beneficios y se imponen costos a los habitantes de otros estados miembros de la federación. En ocasiones, los privilegios fueron obtenidos con la connivencia del gobierno federal, lo que permite que exista una atracción de capitales hacia ciertas provincias. Pero como todo subsidio la promoción industrial transforma el interés del empresario en mantener el subsidio antes que en mejorar o aumentar su producción. El subsidio es el centro del negocio no la actividad comercial o industrial. De esta manera, se transforma en un incentivo a la simulación, es decir al incumplimiento de las condiciones que dan lugar a la aceptación del subsidio, para obtener solamente el privilegio sin la carga. El sistema de subsidios establecido dentro de nuestro federalismo es una cacería por la búsqueda de rentas indebidas.

### **¿Es el federalismo prohibitivamente caro?**

Un factor económico que justifique una federación es la posibilidad de realizar economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales. Si algún servicio tiene economía de escala sería preferible que fuera provisto por la federación y no por cada uno de los estados miembros. Es decir, asignar las responsabilidades gubernamentales al gobierno en el cual el servicio puede ser prestado al menor costo y con una maximización de beneficios. En algunos casos es conveniente centralizar la actividad ya que existe una disminución creciente de los costos de provisión de estos servicios gubernamentales en la medida que se van sumando nuevos beneficiarios. Sin embargo, la historia del federalismo nos lleva a la cautela. Durante el predominio del estado de bienestar se imaginaba que todos los servicios gubernamentales eran economías de escala. Esta manera de centralizar la provisión de educación, servicios de telefonía, energía, agua potable y lo referido a economía de bienestar fundamentalmente las prestaciones de seguridad social. Pero si la provisión de servicios gubernamentales se centraliza los costos de agencias son muy elevados, en gran medida por qué la lejanía en el control hacía imposible la prestación adecuada de los servicios, al mismo tiempo la rigidez de la

estructura gubernamental centralizada llevó a la "falla en la jerarquía". Los servicios fueron inadecuadamente provistos y quedó en evidencia que es la unidad gubernamental menor, que tienen menos costos de monitoreo de la que puede proveer un mejor y más eficaz servicio. Por supuesto, la provisión local de servicios gubernamentales hace que éstos sean diferentes unos de otros. Esta estableció una saludable competencia entre los gobiernos de provincia ya que quien proveía mejores servicios era quien atraería mejores inversiones y población calificada. Pero la competencia es costosa para quienes desean una monopolización del poder público. Una "cartelización" del poder político favorece la estabilidad de los gobernantes que pueden temer una activa competencia para saber quién ofrece mejores servicios gubernamentales.

Este es el debate planteado por la recaudación de los impuestos entre quienes consideran que deben ser recaudados por la autoridad más cercana a la fuente, es decir por los gobiernos provinciales que recauden sus propios impuestos, como por una recaudación centralizada. En principio se consideró que la recaudación de los tributos provinciales por la Nación creaba economías de escala. Nada parecía más sencillo, un ente recaudador centralizado con costos menores recaudaba todos los impuestos que luego se distribuirían de acuerdo, se suponía, con lo recaudados en cada provincia luego de ser separada la parte que le correspondía al gobierno nacional. Sin embargo, una vez efectuada la recaudación la distribución estaba sometida a los vaivenes del poder político y se utilizaron distintos y turbios argumentos para que la distribución se hiciera teniendo en cuenta elementos ajenos a la recaudación inicial.

### **¿Facilita el federalismo dictaduras gubernamentales?**

Un tercer factor para tener en cuenta cuando se organice una federación es que se minimizan las distorsiones monopólicas generadas por los gobiernos. Los gobiernos tienen elementos monopólicos, de hecho, son los únicos que pueden ejercer la violencia, y tienen una amplia capacidad de regulación de las vidas y de las haciendas de los habitantes. El federalismo minimiza las distorsiones monopólicas atribuidas al acto de gobernar porque reemplaza al gobierno único por una multitud de gobiernos, es decir introducir la competencia entre las unidades de gobierno. Si tenemos en cuenta la importancia que existan varios gobiernos que compitan entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios, es más sencillo explicar en qué nivel deben ser asignadas ciertas

responsabilidades gubernamentales. Generalmente, si partimos de la presunción que el servicio de gobierno pudiera ser igualmente eficiente provisto en cualquier nivel, las distorsiones monopólicas en el nivel federal son mayores que las que existen en el nivel local. Si un gobierno abusara de su posición monopólica, digamos poniendo un impuesto confiscatorio, aquéllos que se encuentran afectados adversamente pueden migrar hacia otras jurisdicciones que tengan una menor presión tributaria. Ello no quiere decir que migren físicamente, aunque pueden hacerlo, sino fundamentalmente que trasladen sus inversiones o su principal actividad económica. La publicidad que los habitantes pueden dejar de vivir o invertir en un estado miembro de una federación es útil para mitigar los impulsos monopólicos típicos de los gobiernos locales. Por el contrario, esta migración correctiva no es tan probable como respuesta a una mala política del gobierno nacional, sencillamente porque los costos de trasladarse son mucho más elevados cuando hay que cambiar de país. Una persona puede estar dispuesto a dejar un pueblo del gran Buenos Aires a otra ciudad o provincia, porque el costo de transacción de darse es relativamente bajo y alguna manera aceptable, pero es improbable que esté dispuesto a irse a otro país en respuesta a la política monopolistas y extremadamente costosas de un gobierno federal. Aunque este voto con los pies no es del todo improbable en algunas circunstancias, como lo prueban casos en nuestra historia. Permite ver también las distorsiones en cuestiones como salud donde los pacientes viajarán hasta buscar el sistema que les asegure un nivel de tratamiento adecuado. Es en estos casos que se aplica el Principio de Tiebout.<sup>74</sup> *La gente vota con los pies.*

No es solamente la competencia entre las provincias para evitar la migración lo que minimiza las posibilidades de una distorsión monopólica. Existen los beneficios positivos de la competencia. Los gobiernos crean diferentes experimentos diseñados para atraer a contribuyentes y proveer trabajo. Si la competencia entre provincias funciona para atraer capitales y trabajo es un potente motor del crecimiento. Esta visión optimista del **federalismo como laboratorio de ideas**, planteada por el Juez Brandeis en *New State Ice vs. Liebmann* 285 U.S. 311 (1932).

### **¿Podremos construir un federalismo competitivo?**

---

<sup>74</sup> Charles Tiebout, A pure Theory of local expenditures, Journal of Political Economy, 64:416.

La consideración final en la formación de una federación y en la eficiente decisión la autoridad entre las provincias y gobierno federal se refiere a cómo lograr políticas óptimas de redistribución. Dijimos que las provincias deberían entre ellas para tener empleo, inversiones y contribuyentes, agenda todavía pendiente en nuestro país. Pero a pesar de que la atracción de inversiones y la creación de trabajo es deseable, la inmigración de personas en búsqueda de contribuciones de asistencia social es una carga para los recursos de la comunidad que no recibe. Al asumir los pagos de asistencia, generalmente temas de salud y educación, se aumentan los impuestos diferentes para quienes residen en una zona. Al mismo tiempo se incorporan sectores de los menores recursos, a menudo indigentes que desean dirigirse a un sistema de beneficios existentes en zonas de mayores ingresos, pero sin pagar igualmente por ellos. Es la tragedia de la provincia de Buenos Aires y el sur de Santa Fe entre otras. Es decir, si una política de asistencia a la población generosa tiene el efecto que atraer a sectores más necesitados, que no asumirán el pago de esos servicios y que probablemente ni siquiera sean contribuyentes. Esto puede llegar a conflictos entre diferentes provincias, ya que existirá un incentivo de las provincias con menos recursos a trasladar a quienes requieran servicios de salud o de educación hacia las provincias que mantengan sistemas más elevados de sus prestaciones. Frente a esto existen dos soluciones posibles para tener un sistema de redistribución eficiente, la primera es un acuerdo entre las provincias para efectuar pagos entre ellas por los servicios prestados. Esto aumenta los costos de transacción ya que toda negociación en estos temas de alta sensibilidad social y política tiene elevados costos. La alternativa es que la prestación de los servicios asistencia social de este tipo, o el pago de estas prestaciones sí son efectuadas por organizaciones locales, sea asumida por el gobierno federal. Este debate fue realizado por la corte Suprema de los Estados Unidos, que debía analizar si existía una obligación de prestar asistencia médica a quienes no fueran residentes del estado que los proporcionaba. Este tema fue tratado en caso *Shapiro vs. Thompson* 394 U.S. 618, de 1969. Este caso que es sin duda polémico se planteaba si podía una provincia establecer el requisito de un plazo mínimo de residencia para poder utilizar plenamente la asistencia social provista por ese estado. Se refería prestaciones de todo tipo, incluían alimentación, vivienda y otras necesidades vitales. La Corte en Estados Unidos decidió que una prohibición legal de otorgar beneficios al residente de menos de un año creaba una clasificación discriminatoria frente a la igualdad establecida en la Constitución. Pero al mismo tiempo la Corte recordó que no existía una obligación constitucional de proveer esos servicios y que solamente que si éstos eran efectivamente provistos a todos los

habitantes, no podía discriminarse en su utilización. La Corte también reconoció el origen de este tipo de medidas era para evitar que los estados ofrecían mejores servicios sociales pudieran una fuente de atracción de los individuos más necesitados que no tuvieran una prestación ese tipo de servicios en el lugar donde habitaban. Sin embargo, señaló que no podía prohibirse el libre traslado de personas dentro del territorio nacional y la consiguiente fijación de domicilio permanente donde desearan.

Vistos estos temas la principal pregunta persiste: ¿Puede la Argentina aspirar a ser federal? ¿O es el federalismo una excusa para justificar el autoritarismo y la mala distribución de recursos?

# FEDERALISMO EN EMERGENCIA Y 20 PROPUESTAS PARA SU FORTALECIMIENTO

Antonio María Hernández<sup>75</sup>

## I. FEDERALISMO EN EMERGENCIA.

Con fecha 23 de diciembre de 2019 el Congreso sancionó la Ley N° 27.541, titulada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, que en su Art. 1 declaró la emergencia en la materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, autorizando una delegación legislativa al Poder Ejecutivo, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Esta Ley de por sí ha significado la confirmación de que nuestro país vive permanentemente en estado de emergencia, con la afectación que ello importa para la plena vigencia de la democracia republicana y federal.<sup>76</sup>

Ya sabemos que nuestra historia exhibe un ostensible uso y abuso de los institutos de emergencia, con avances cada vez mayores sobre los derechos y libertades individuales, además del gobierno por decreto, -por definición centralista-, que profundiza el hiperpresidencialismo y lesiona el federalismo.

Pero además de ello resulta sorprendente que en esta Ley se dispusiera en el Art. 7° la suspensión del segundo párrafo del Art. 124 de la Ley N° 27.467, por lo que durante la emergencia se mantendrá la competencia del ENRE (Ente Nacional Regulador de la

---

<sup>75</sup> Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial de la UNC, Profesor Honorario de la UBA y Postdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales. Fue Convencional Constituyente de la Nación en 1994, de la Provincia de Córdoba en 1987 y presidió la Convención Municipal Constituyente de la Ciudad de Córdoba en 1995. Autor y coautor de más de 50 libros en Derecho Constitucional, Federalismo, Constitucionalismo Provincial y Derecho Municipal. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas por la Legislatura de la CABA.

<sup>76</sup> Véase Antonio María Hernández, “Las emergencias y el orden constitucional”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, 1ª. Edición y 2ª. Edición por la UNAM y Rubinzal Culzoni, Mexico, 2003, donde analizo en profundidad esta cuestión. En este caso, la emergencia económica de la Ley 25.561 de 2002 había durado hasta 2018, pero ya se había dispuesto otra nueva emergencia en este caso social, que ahora se conecta con esta nueva declaración de emergencia, lo que confirma lo expresado en relación a los estados de emergencia permanente que soportamos. En 2020 se publicó la 3ª. Edición de esta obra, actualizada con el análisis de la emergencia del Covid19, bajo el título “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, que seguimos en este artículo y a la que remitimos.

Electricidad) sobre las concesionarias del servicio público Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur).

Y esto ha implicado una nueva grave lesión al federalismo argentino, ya que se había logrado con la legislación modificada durante el anterior gobierno, que dichas empresas eléctricas fueran transferidas a la competencia de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA.

Volvimos en consecuencia a la centralización y, además, a que el presupuesto nacional deba soportar servicios públicos que sólo competen a dichas jurisdicciones mencionadas, con una notoria discriminación para el interior en cuanto a los subsidios. O sea, lo mismo que aconteciera con los servicios públicos que se prestaban (como los de la Policía y Justicia), y se prestan todavía en la CABA (como los de justicia), en manifiesto perjuicio para las otras Provincias y Municipios.

Lo propio ocurre con AYSA que también persiste bajo competencia federal, cuando dicha empresa presta servicios de agua potable para la CABA y 26 Partidos de la Provincia de Buenos Aires<sup>77</sup>.

De esa Ley de Emergencia, de dudosa constitucionalidad, -cuyo análisis no puedo efectuar en este momento-, destaco el Art. 68, en el Capítulo de la emergencia sanitaria, donde con buen criterio se dispuso que el Ministerio de Salud, en el marco del Consejo Federal de Salud, debía impulsar un Plan Federal de Salud.

Ya veremos seguidamente que dicha norma que respondía a un federalismo de concertación sería incumplida, puesto que lo que ha caracterizado la lucha contra la pandemia por el COVID-19 fue la centralización, en violación del proyecto federal de la Constitución Nacional.

Debo detenerme especialmente en un **breve análisis del federalismo durante la emergencia** producida por esta pandemia<sup>78</sup>. Fue por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260 de 2020<sup>79</sup> que se resolvió la extensión de la emergencia declarada por la ley antes citada.

---

<sup>77</sup> La Ley N° 26.221 había creado un ente tripartito con la participación de los 3 Gobiernos: Federal, Provincia de Buenos Aires y CABA. En 2018 se presentó un proyecto de Ley S-1772/18 en el Senado por parte de los Senadores Snopek y Mera que dispone el traslado a las jurisdicciones de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA de dichos servicios de electricidad y agua potable, que esperamos sea aprobado en el futuro.

<sup>78</sup> Para un análisis de la cuestión de las emergencias en nuestro sistema constitucional, véase mi libro “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020.

<sup>79</sup> Dicho DNU de fecha 12 de marzo de 2020 extendió por un año de manera inconstitucional la emergencia sanitaria que había declarado el Congreso, ya que a este órgano le corresponde dicha competencia, como lo estableció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Provincia de San

Señalé inicialmente<sup>80</sup>, que, a diferencia de otras oportunidades, fue plausible que el Presidente hubiera anunciado el DNU N° 297<sup>81</sup> que estableció la primera cuarentena con el apoyo de los Gobernadores y de legisladores de la oposición. Pero también advertí que no se debía volver a las prácticas pasadas, en que las emergencias sirvieron para la centralización del país.

Creo que, aunque se produjeron algunas consultas a los Gobernadores y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de algunos Intendentes, **no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales.** Por el contrario, se afirmó el gobierno por Decretos, con la profundización del hiperpresidencialismo que hemos padecido

En primer lugar, por la **falta de funcionamiento del Congreso** durante los primeros meses de la emergencia y luego por el dictado de más de 100 DNU hasta ahora, que han afectado al sistema republicano y a nuestra Federación. No se escucharon como se debía, las voces, las ideas, las propuestas de los Diputados del Pueblo de la Nación, ni la de los Senadores de nuestras Provincias, que son la representación genuina de un país tan extenso y diverso como Argentina.

En segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que, en esta emergencia sanitaria, las **competencias corresponden de manera concurrente** a los 4 órdenes gubernamentales: Gobierno Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios<sup>82</sup>.

Y, además, que los **servicios públicos en esta materia están a cargo principalmente de Provincias, la CABA y los Municipios.** En consecuencia, debiera haberse adoptado una **participación conjunta y coordinada** de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas sólo por el Poder Ejecutivo mediante Decretos. Asimismo, hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado

---

Luis c. Estado Nacional” de 2003 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 6.

<sup>80</sup> En el artículo “Emergencias, orden constitucional y Covid 19”, publicado en Clarín, Buenos Aires, con fecha 23 de marzo de 2020.

<sup>81</sup> Del 19 de marzo de 2020.

<sup>82</sup> Véanse Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 y “Derecho Municipal”, UNAM, México, 2003. Con respecto a las competencias concurrentes municipales, véase Enrique Marchiaro, “Cierres municipales y pandemia”, DPI, Diario Administrativo 273, 7 de abril de 2020, donde se destaca el importante rol de los gobiernos locales. Asimismo véanse Carla Huerta Ochoa, “Emergencia sanitaria y la distribución de competencias en el Estado federal mexicano” y José María Serna de la Garza, “Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19” en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020.

de las relaciones interjurisdiccionales<sup>83</sup> y una mayor decisión por parte de los gobiernos subnacionales.

Creo, no obstante, que ha sido importante el rol cumplido por estos gobiernos, ya que tuvieron a cargo la ejecución de las medidas sanitarias para enfrentar la pandemia.<sup>84</sup>. Estimo que la Federación como sistema de Estado y de gobierno, ha resultado más eficaz, como lo indican otros ejemplos en el derecho comparado, particularmente el de Alemania<sup>85</sup>.

Deteniéndome en la necesidad de un **federalismo de coordinación**, indico que en algunos Decretos de Necesidad y Urgencia como el N.º 355/2020, en el Art. 3º se hace adecuada referencia a la coordinación con los diversos órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas<sup>86</sup>.

Pero en ese mismo Decreto en el Art. 2º se dispone prácticamente una **subordinación** de los gobiernos subnacionales, ya que sólo la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones para la salida ordenada de la cuarentena, a pedido de aquellos Gobiernos. Y lo propio ocurrió con el **Certificado Único Habilitante para Circulación**

---

<sup>83</sup> Puesto que en pocas oportunidad funcionó el Consejo Federal de Salud. En mis 20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino que más adelante expongo, planteo la necesidad de profundizar el federalismo de concertación y las relaciones intergubernamentales. Asimismo considero necesaria la creación de una Asociación Nacional o Conferencia de Gobernadores, como en Estados Unidos y México. Véase Antonio María Hernández, “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Buenos Aires, Iusbaire, 2017.

<sup>84</sup> Véanse Alberto Porto y Luciano di Gresia, “El rol de los gobiernos subnacionales (provinciales y municipales) en la pandemia Covid19”, Universidad Nacional de La Plata, 13 de abril de 2020 y Francisco Tortolero Cervantes, “La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas”, en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit..

<sup>85</sup> Véase el artículo de Ana Carbajosa y Marc Bassets, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”, El País on line, 17 de abril de 2020, donde se destaca la eficiencia del sistema descentralizado alemán, basado en los acuerdos de Merkel con los Jefes de Gobierno de los Lander para las grandes decisiones, mientras que la ejecución de las mismas corresponde a los Lander. Y donde la cercanía de éstos con los ciudadanos y las distintas realidades, posibilitó el éxito alcanzado. Y el contraste fue con el sistema francés, asentado en el centralismo del poder del Presidente y su élite tecnocrática. Asimismo, en un artículo publicado por Philip Oltermann en The Guardian, de 5 de abril de 2020, titulado “Germany’s devolved logic is helping it win the coronavirus race”, se pone de relieve que mediante 400 oficinas de salud pública, mayoritariamente a cargo de autoridades municipales y de los Lander alemanes, se ha avanzado con las pruebas requeridas por la Organización Mundial de la Salud para la detección del virus. Y que aquí se demuestra la lentitud de la tortuga centralista contra la velocidad de la liebre que es el federalismo, ya que no deben esperarse las decisiones del Gobierno central. ([www.theguardian.com/world/2020/apr/05/](http://www.theguardian.com/world/2020/apr/05/)).

<sup>86</sup> El Art. 3º expresa con adecuada técnica federal, que las autoridades federales “..en coordinación de sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las autoridades municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán las medidas...”.

en todo el país, correspondiente sólo al Ministerio del Interior, con un muy alto grado de centralización<sup>87</sup>.

Creo que las decisiones con respecto a estas últimas cuestiones referidas, **debiera corresponder a los gobiernos provinciales y municipales.**<sup>88</sup> Es que la diferente realidad que presenta la pandemia en las Provincias y en los Municipios así lo amerita. Hubo Provincias como las de Catamarca y Formosa en que no hubo ningún contagio al comienzo y en las de Jujuy, Salta, Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja y La Pampa hubo muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación pudo resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la Provincia de Buenos Aires y la CABA, que presentaron los mayores focos de contagio. Pero incluso en una Provincia como la de Córdoba, se observaron distintas realidades, y cerca de 30 Gobiernos municipales, solicitaron avanzar en la salida de la cuarentena ante la ausencia de casos<sup>89</sup>. Creo que la concentración de todas las decisiones en el Gobierno central o incluso en los Provinciales, debió ceder en consecuencia, ante las ventajas evidentes de la descentralización, como verdadera técnica de vida social, en un país tan extenso.<sup>90</sup>

Hacia el futuro esperamos que se avance en las mejores prácticas institucionales y de relaciones interjurisdiccionales, de acuerdo con el proyecto federal de la Constitución, asentado en las autonomías provinciales, de la CABA y municipales.

Continuando con este análisis, debemos considerar brevemente cómo ha sido el **funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales** en la emergencia. Y en este aspecto, también se ha observado el fenómeno del hiperpresidencialismo<sup>91</sup>, con falta de funcionamiento de Legislaturas y de Concejos Deliberantes, aunque con las

---

<sup>87</sup> Véase la Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior, de fecha 28 de marzo de 2020.

<sup>88</sup> Véanse los artículos “Coronavirus en Argentina: Fernández evalúa extender la cuarentena obligatoria hasta el 10 de mayo inclusive”, Infobae on line, Buenos Aires, 22 de abril de 2020, nota de Roman Lejman y “Coronavirus: los Gobernadores se preparan para la continuar la cuarentena con más flexibilizaciones”, La Nación on line, 22 de abril de 2020, nota de Gabriela Origlia.

<sup>89</sup> Véase la nota de Fernando Colautti, “Pocos Intendentes piden abrir más actividades”, La Voz del Interior, Córdoba, 22 de abril de 2020, pág. 3. En efecto, 30 de los 427 Gobiernos Locales solicitaron al Gobierno Provincial esa flexibilización, pero la respuesta fue negativa, lo que indica esa subordinación que antes señalábamos y que afecta las autonomías locales. En el caso de la Provincia de Buenos Aires 72 Municipios solicitaron lo mismo. Véase nota de María José Lucasole, “Coronavirus en Argentina: más de la mitad de los municipios bonaerenses pidieron flexibilizar la cuarentena”, en La Nación on line, 24 de abril de 2020.

<sup>90</sup> Piénsese en el caso de la empresa Volkswagen que solicitó la apertura de su fábrica en Córdoba a pedido de la central en Alemania, y que tuvo que esperar su autorización desde el Gobierno Federal en Buenos Aires. Véase el artículo de Diego Dávila, “Volkswagen pidió reabrir la planta local el próximo lunes”, La Voz del Interior, Córdoba, 22 de abril de 2020, pág. 8.

<sup>91</sup> Se ha repetido en general en las Provincias y Municipios el modelo observado en el Gobierno Federal. Véase además en relación a México, Daniel Barceló, “Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y de los Estados en emergencias sanitarias”, en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit..

excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera virtual las Legislaturas Provinciales de Córdoba, Mendoza y Salta y los Concejos Deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipú, Godoy Cruz, Guaymallén y Santa Rosa<sup>92</sup>.

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia, se puede señalar que más allá de algunas cuestiones que analizaré en relación con los derechos afectados, **en el país hubo plena coincidencia de los diversos gobiernos** en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia.<sup>93</sup>

En cuanto al breve análisis de los **derechos fundamentales restringidos o lesionados** por esta emergencia<sup>94</sup>, señalo en primer lugar a la libertad física o de locomoción, a la de reunión, a los de trabajar y ejercer industria lícita, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio<sup>95</sup>. Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa, consagrados por la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales con esa jerarquía.<sup>96</sup>

El máximo ejemplo en esta materia fue el de la **Provincia de Formosa**, que estableció prohibiciones más allá de los DNU nacionales, y que provocó que Argentina fuese denunciada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por organizaciones

---

<sup>92</sup> Véase Juan Brugge, en su artículo titulado “Congreso de la Nación, las sesiones por videoconferencia y su constitucionalidad”, Perfil, on line, del 17 de abril de 2020. También funcionaron de manera virtual las Legislaturas Estadales de Chiapas, Sinaloa y Zacatecas en la federación mexicana. Por su parte, véase la actividad legislativa de 35 Estados norteamericanos en la pág. web de la National Conference of State Legislatures, [www.ncsl.org](http://www.ncsl.org), con toda la información en torno al COVID-19,

<sup>93</sup> En cambio en otras federaciones ello no ocurrió, como en Brasil, México y Estados Unidos, en que los Presidentes fueron reacios a decidir las cuarentenas. Y por eso reaccionaron anticipadamente los Gobernadores de San Pablo y de Río de Janeiro, de Jalisco y Nueva León y de New York y California, entre otras autoridades estadales y municipales. Véase John Kincaid y J. Wesley Leckrone, “Federalism and the COVID-19 crisis in the United States of America”, Forum of Federations, que refieren que 10 de los Gobernadores ordenaron la cuarentena, 9 de ellos Demócratas, antes de la decisión del Presidente. Los autores critican el accionar oficial ante la pandemia, atento la marcada polarización política existente y los graves efectos producidos.

<sup>94</sup> En mi artículo “Restricción de derechos por decreto”, Clarín, Buenos Aires, 15 de abril de 2021, analizo la inconstitucionalidad de la limitación de derechos efectuadas por DNU, ya que la Constitución Nacional por los Arts. 14, 19 y 28 requiere de leyes. Y lo propio es exigido por el derecho internacional de los derechos humanos, y en particular por la Opinión Consultiva 6 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en relación al Art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>95</sup> Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado, que fuera seguido por una multiplicidad de otros DNU. Se dictaron 101 hasta la actualidad, y en no pocos casos, con tratamiento de otros temas que excedían la cuestión sanitaria. En definitiva, otra expresión más de hiperpresidencialismo y gobierno por decreto.

<sup>96</sup> Para un análisis de estas cuestiones, véanse Antonio María Hernández, “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020 y los artículos publicados en Clarín, Buenos Aires: “Emergencias y orden constitucional”, del 23 de marzo de 2020; “Federalismo y Covid”, del 25 de abril de 2020; “Restricción de derechos por Decreto”, Clarín, Buenos Aires, ya citado y “El proyecto de los superpoderes es más del mismo hiperpresidencialismo”, del 12 de mayo de 2021.

como Human Rights Watch y Amnesty International. Durante meses miles de formoseños fueron impedidos de ingresar a la Provincia, además de los centros de aislamiento que funcionaron en condiciones deplorables.

Finalmente, con la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “**Lee Carlos Alberto**” (2020), donde se solicitó informes a la **Provincia de Formosa**<sup>97</sup> y “**Petcoff Naidenoff**” (2021), donde se hizo lo propio, se ordenó el ingreso a la Provincia y el levantamiento de las acciones implementadas.<sup>98</sup>

En el caso “**Maggi Mariano**” (2021) el Alto Tribunal ordenó el ingreso a la **Provincia de Corrientes** del actor.<sup>99</sup>

Y también una cuestión similar se produjo con motivo de los bloqueos de rutas ordenados por la **Provincia de San Luis**, en los autos “**Sociedad Rural de Río Cuarto y otros**”, que concluyeron luego del pedido de informes efectuado por la Corte Suprema.<sup>100</sup>

Aquí se planteó un conflicto interjurisdiccional entre los **Juzgados Federales de Río Cuarto y de San Luis**, puesto que ante la medida cautelar del primero que ordenaba la terminación del bloqueo dispuesto por la Provincia de San Luis de la Ruta Nacional N° 8, de la Ruta Provincial N° 30 y de caminos vecinales que unen al Departamento Río Cuarto de la Provincia de Córdoba con la Provincia de San Luis, el Juez Federal de San Luis hizo lugar a una medida cautelar contraria solicitada por dicho Gobierno Provincial.<sup>101</sup>

Se trató de un Amparo que presentara ante el Juez Federal de Río Cuarto en nombre de cuatro entidades que representan a miles de ciudadanos del Sur de la Provincia de Córdoba, ante la extrema gravedad de los derechos conculcados por el cierre de completo

---

<sup>97</sup> Por Sentencia del 29 de octubre de 2020 dictada por la unanimidad de los Miembros, donde se solicitaba informe a la Provincia por el plazo de 3 días.

<sup>98</sup> Esta Resolución fue dictada el 25 de febrero de 2021. Debe tenerse presente que la Corte además de pedir informes, exhortaba a la Provincia a respetar los estándares constitucionales y convencionales en materia de restricción de derechos durante la pandemia, y que se hacía referencia además, a la Resolución 1/2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>99</sup> La Corte, en Resolución del 10 de septiembre de 2020 requirió informes a la Provincia de Corrientes, pero además ordenó el ingreso del actor a la Provincia, a los fines de permitirle asistir a su madre que estaba enferma de cáncer.

<sup>100</sup> Por Resolución del 10 de septiembre de 2020, que solicitó informes en el plazo de 3 días sobre las razones para impedir el tránsito. En dicha causa actué como abogado de la parte actora.

<sup>101</sup> Previamente se había producido otro conflicto interjurisdiccional entre las medidas cautelares dictadas por la Jueza Federal de Resistencia y el Juez Federal de Corrientes, por el ingreso de médicos correntinos a la Provincia de Chaco, que había sido prohibida por el Gobierno Provincial de Corrientes. Pero esa cuestión fue resuelta en importante fallo dictado por la Cámara Federal de Resistencia, que avaló la medida de la Jueza Federal. (Véase mi libro “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, citado, págs. 167 y sgts.). En cambio, en este conflicto entre los Jueces Federales de Río Cuarto y de San Luis no existía una Cámara Federal en común, por lo que el expediente fue derivado a la Corte Suprema de Justicia, que hasta ahora no falló sobre el fondo de dicho conflicto.

de dichas rutas, en un retorno al Medioevo dispuesto por el Gobierno Provincial de San Luis<sup>102</sup>.

El Juez Ochoa, luego de correr vista a la Fiscalía, hizo lugar a la medida cautelar, ordenando la apertura de las rutas y caminos mencionados, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por el DNU 297 del Poder Ejecutivo de la Nación.

Por su parte, el Fiscal de Estado de San Luis, en conocimiento de ello, presentó una Acción declarativa de certeza ante el Juez Federal de San Luis sobre la constitucionalidad de la legislación provincial, con pedido de medida cautelar, para impedir el cumplimiento de lo ordenado por el Juez Federal de Río Cuarto<sup>103</sup>.

Ante el conflicto de competencia planteado, este Juez resolvió la elevación del expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sabíamos que allí terminaría esta causa promovida por vecinos de una Provincia contra otra Provincia, donde la competencia federal es indudable por razones de materia y de personas, según lo dispuesto por los Arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Aunque parezca increíble que esto ocurriera, dicha Provincia impidió el tránsito interprovincial en una Ruta Nacional como la N° 8, durante meses, en violación de los Arts. 9 a 12 de la Constitución Nacional y de principios elementales del federalismo argentino, con profundas afectaciones de derechos fundamentales. Y sólo concluyó cuando se solicitó el informe antes referido por parte de la Corte.<sup>104</sup>

Otro caso que debe destacarse es el del conflicto entre el **Estado Nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), por el ejercicio de materias concurrentes sobre salud y educación**

Con fecha 16 de abril de 2021 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad contra el Estado Nacional, solicitando la declaración de

---

<sup>102</sup> En los autos “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c. Provincia de San Luis-Poder Ejecutivo-Amparo”, donde son actores la Sociedad Rural de Río Cuarto, la Sociedad Rural de Vicuña Mackenna, la Asociación Civil de Transportistas de Achiras y el Consorcio Caminero de Achiras. En dichos autos constan las fotografías del cierre completo de dichas rutas, y en el caso de los caminos vecinales, de los terraplenes construidos de casi 4 metros de altura y con zanjas que llegan a los 20 Kms., para impedir cualquier acceso a la Provincia. Lamentablemente, no fue la única Provincia en concretar estas medidas inconstitucionales. Lo ordenó también la Provincia de Tucumán, incluso mediante Ley de la Legislatura, sancionada con fecha 7 de julio de 2020 y por 60 días. (Infobae, 7 de Julio, Buenos Aires). Y en otras Provincias y Municipios se avanzó en tal sentido.

<sup>103</sup> “Gobierno de la Provincia de San Luis c. Confederación de Asociaciones Rurales de la 3ª. Zona y otros s/ Acción meramente declarativa de Derecho”.

<sup>104</sup> Considero que la Corte debió fallar el fondo de la cuestión, por la gravedad institucional producida no sólo por el accionar de la Provincia de San Luis sino también por el conflicto interjurisdiccional producido por la inconcebible resolución del Juez Federal de San Luis.

inconstitucionalidad del Art. 2 de dicho DNU del Poder Ejecutivo, que había dispuesto la suspensión de clases presenciales en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires<sup>105</sup> entre el 19 y el 30 de abril.

La CABA señaló la violación de los Arts. 5 y 129 de la Ley Suprema de la Nación, que garantizan la autonomía de las provincias y de la CABA en su función educativa, respectivamente. Y asimismo sostuvo la inconstitucionalidad del DNU citado por desconocimiento del Art. 99 Inc. 3. Defendió la importancia de la educación reconocida en los textos constitucionales y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la competencia de la CABA en dicha materia educativa. Afirmó además que dicho Decreto fue discriminatorio, ya que mientras allí y en el resto del Área Metropolitana se prohibieron esas clases, no ocurrió lo mismo para el resto de las Provincias, traicionando al federalismo. También argumentó en base al Art. 28 sobre la falta de razonabilidad de la prohibición, al no estar fundada en datos empíricos y científicos. Y finalmente solicitó el dictado de una medida cautelar al respecto.

En un fallo histórico de especial relevancia para el federalismo argentino<sup>106</sup>, la Corte resolvió **“hacer lugar a la demanda en lo referido al planteo de que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”**. Así fue dispuesto en los 3 Votos: el de Mayoría de los Ministros Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti y los concurrentes individuales del Presidente Carlos Rosenkrantz y de Ricardo Lorenzetti. Y en los 2 Votos primeramente mencionados se expresa que se deja establecido **“un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino”**.

La Corte Suprema ha sentenciado un caso de enorme trascendencia institucional a la altura de su responsabilidad como garante de la supremacía constitucional, al resolver un tema de conflicto de competencias entre el Estado Federal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde ésta última cuestionó un DNU por avanzar sobre su autonomía. Queda confirmada la jurisprudencia anterior de los casos **“Corrales”** (2015), **“Nisman”**, (2016), **“Gobierno de la CABA c. Provincia de Córdoba”** (2019), **“Bazán”** (2019) y

---

<sup>105</sup> Previamente, por DNU 125/2021 se había creado dicha Area Metropolitana. Este tema merece un análisis más profundo, pero la propia Corte Suprema al referirse a ello en este fallo, pone el énfasis en que para dicha creación, como para la de las Regiones del Art. 124 de la Constitución Nacional, es necesaria siempre la voluntad de los entes gubernamentales respectivos. Y aquí ello no ocurrió. Fue una decisión sólo del Gobierno Federal y por Decreto, que obviamente reputamos inconstitucional.

<sup>106</sup> Y que ha merecido comentarios por parte de Daniel Sabsay, “Un fallo que marca un hito en materia de federalismo de concertación en el marco de una emergencia” y de Néstor Pedro Sagués, “Pandemia, educación y salud. Un conflicto de competencias”, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2021-II, 23 de junio de 2021, entre otros además del de mi autoría, referido en la nota siguiente.

**“Gobierno de la CABA c. Estado Nacional”** (2021)<sup>107</sup>, acerca de la plena autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, consagrada por el Art. 129, incorporado en la reforma constitucional de 1994.

Se sostiene que es una ciudad constitucionalmente federada y que ya no es un territorio federalizado como era antes de la reforma, en los Considerandos 9 y 10 del Voto de Mayoría. Aquí en este Considerando 10 del Voto de Mayoría, Maqueda y Rosatti, que fueron Miembros de la Convención Constituyente de 1994, explican que la capitalidad de Buenos Aires es la excepción, ya que ahora la CABA es miembro pleno de la Federación y que ello así continuará, con prescindencia de que siga o no el asiento de las autoridades federales.

Asimismo, se reafirma con claridad que, como resultado de dicha Reforma, existen ahora 4 órdenes estatales y gubernamentales, con sus respectivas competencias: Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios<sup>108</sup>. Incluso, con la posibilidad de la creación de Regiones para el desarrollo económico social, según el Art. 124. En torno a esto, se afirma que el Área Metropolitana referido por el DNU no reúne dichos requisitos constitucionales para ser región y, además, tampoco se podrían afectar las competencias en materia sanitaria y educativa, que corresponden a la CABA.

Se insiste en el carácter concurrente de las competencias en dichas materias y en la necesidad de afirmar un federalismo de concertación, poniéndose el énfasis en el rol del Consejo Federal de Educación, que había reconocido las competencias de los gobiernos locales, para resolver sobre la presencialidad o no de las clases en las escuelas.

Debe destacarse especialmente la muy adecuada interpretación constitucional efectuada sobre la delimitación de competencias en caso de materias concurrentes y en particular, sobre el significado del Art. 31 de la Constitución, acerca de la supremacía federal. En efecto, con citas de Alberdi y de Zavalía en el Considerando 16 del Voto de Mayoría se insiste en que hay que aplicar un criterio muy estricto para impedir que el gobierno federal –de competencias delegadas- avance sobre las competencias provinciales, que son

---

<sup>107</sup> En una resolución del 19 de abril en este caso, la Corte por el voto en mayoría de los Ministros Rosenkrantz, Lorenzetti, Maqueda y Rosatti había reiterado que la CABA tenía aptitud como las Provincias, para litigar originariamente ante el Tribunal. Votó en minoría oponiéndose la Ministra Highton de Nolasco, que reiteró la doctrina jurisprudencial anterior de la Corte al respecto. Véase mi comentario al fallo titulado “Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales”, en la Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio-agosto 2021, N° 136, pág. 207 y sgts..

<sup>108</sup> Como lo venía sosteniendo al analizar la reforma constitucional de 1994. Véanse Antonio María Hernández, “Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Buenos Aires, 1997 y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Cap. III, “El federalismo en la reforma constitucional de 1994”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

originarias e indefinidas. Y en el Considerando 17 se reafirma que si el Gobierno Federal desconoce las competencias provinciales viola dicho Art. 31. O sea que no siempre prevalece lo nacional sobre lo local. Sobre lo mismo expone Rosenkrantz en el Considerando 12 de su Voto. Y esto tiene enorme importancia para una lectura constitucional adecuada, que defienda los criterios federales de la Constitución y por tanto de las competencias provinciales, de la CABA y de los Municipios. Esto servirá para corregir criterios centralizantes de nuestra jurisprudencia, que tanto han alejado el proyecto federal de la Constitución de la realidad que transitamos.

Expreso sintéticamente, que este fallo consolida un cambio de la jurisprudencia tendiente al cumplimiento de un moderno federalismo de concertación, en el marco de una profunda descentralización del poder, que fue una de las ideas fuerza de la Reforma de 1994<sup>109</sup>.

Deben destacarse asimismo los Considerandos 16 de Rosenkrantz sobre el valor de la república democrática como proyecto constitucional y la necesidad de cumplir la Constitución en tiempos de emergencia y del 5 de Lorenzetti sobre doctrina de la emergencia y los derechos, donde refiere a la Resolución 1/2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>110</sup>.

En respuesta a dicho histórico fallo de la Corte Suprema, el Poder Ejecutivo envió al Congreso un **Proyecto de Ley de emergencia sanitaria**.

Lo positivo es que se comprenda, aunque muy tardíamente, que en nuestra democracia constitucional es en el Poder Legislativo, donde residen las mayores competencias en materias de emergencias y de reglamentación de derechos fundamentales. Tal como lo señalara desde marzo de 2020, era y es imprescindible la deliberación de los representantes del pueblo y la concertación de los diversos órdenes gubernamentales para fijar los grandes lineamientos contra la pandemia.

Eso no ocurrió, ya que se gobernó por Decretos, por pocas personas, en consolidación de un hiperpresidencialismo que afectó al sistema republicano y a la forma federal de estado. Los resultados están a la vista...

No obstante, la claridad conceptual de los Considerandos de los distintos Votos del fallo de la Corte, donde incluso se advierte que hay principios constitucionales y federales que

---

<sup>109</sup> Para un análisis de la afirmación de esta jurisprudencia en defensa de la descentralización del poder, véase Antonio María Hernández, “A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

<sup>110</sup> Insistí en esto en mi artículo “Restricción de derechos por decreto”, ya citado, además del análisis en mi libro “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, también antes citado, acerca de la necesidad de leyes formales para limitar derechos fundamentales. Reitero que hay que terminar en este sentido, con el hiperpresidencialismo y el gobierno por DNU, que son manifiestamente inconstitucionales.

no pueden ser desconocidos por Decretos ni tampoco por leyes, sorprende que el Poder Ejecutivo insista en las mismas propuestas centralistas, ya descalificadas.

En efecto, los fundamentos y el texto del proyecto revelan indudablemente que no se acepta que la emergencia no transforma al país de federal en unitario y que no se pueden ni deben subordinarse las Provincias, la CABA y los Municipios al Gobierno Federal.

Sin embargo, ello surge explícito del texto que otorga al Ministerio de Salud y a la Jefatura de Gabinete las últimas decisiones en todo el territorio nacional, así como las referencias a los Gobernadores y al Jefe de la CABA como delegados del Gobierno Federal (Art. 4). Para esto último se recurre al Art. 128 de la Constitución, que expresa que los Gobernadores son “agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”. Este artículo originado en el Proyecto de Alberdi fue uno de los que provocó mayor reacción por parte de Sarmiento, que lo calificó de “sistema bastardo”, en la aguda polémica que los enfrentó. Y la mayoría de los autores siguiendo a Joaquín V. González han asegurado que esa norma no puede interpretarse como subordinación de los Gobernadores al Gobierno Nacional, sino como supremacía del ordenamiento constitucional federal. Barrera Buteler ha sostenido que luego de la reforma constitucional de 1994, la norma tiene un nuevo sentido, pues “la idea de ejecución a nivel provincial de leyes y programas de gobierno federales, sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales, lejos de afectar la autonomía local, la fortalece”<sup>111</sup>.

Y así es como debe interpretarse el Art. 128, de manera sistemática y armónica con el plexo constitucional, a la luz del federalismo de concertación, incorporado en la gran reforma de 1994.

En el Considerando 4 del Voto de Mayoría de los Ministros Maqueda y Rosatti del fallo antes citado, se afirma: “En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la “buena fe”, de la “coordinación” y de la “concertación” recíproca entre los diversos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y Municipios).”

Y aunque las materias de salud y de educación, entre otras, son concurrentes entre los 4 órdenes gubernamentales, y entre ellos el federal, se reitera a través del Art. 1 y concordantes del proyecto, que dicho Gobierno es el que fija y dirige estas cuestiones de manera centralizada en todo el territorio nacional.

---

<sup>111</sup> Guillermo Barrera Buteler, “Los Gobernadores como agentes naturales del Gobierno Federal”, en “Constitución de la Nación Argentina”, Director Daniel Sabsay, Coordinador Pablo Manili, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo 4, págs.. 931/3.

O sea que se desconoce lo resuelto en el fallo: que, en caso de conflicto en materias concurrentes, debe aplicarse una interpretación estricta, ya que el Gobierno Federal tiene competencias solo delegadas, mientras que las Provincias conservan poderes más amplios. Y que quienes prestan el servicio de salud y de educación son esencialmente las Provincias, la CABA y los Municipios. Y que debe interpretarse correctamente el Art. 31 de la Constitución, pues la supremacía no significa que toda ley nacional pueda imponerse a una legislación provincial, como lo dijeron Alberdi y Clodomiro Zavalía.

Este proyecto es más de lo mismo en cuanto a hiperpresidencialismo y centralismo y repite el pedido de una nueva delegación legislativa, sin respetar el Art.76 de la Constitución. El Art. 4 establece una delegación amplia, imprecisa y sin término, ya que el propio Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional, extendió los plazos de la Ley 27.541 mediante los DNU 260/2020 y 167/2021.

Debe interpretarse restrictivamente esta norma del Art. 76, ya que uno de los objetivos de la reforma fue la atenuación del hiperpresidencialismo.

Se debe en consecuencia fortalecer al Congreso y terminar con estas delegaciones legislativas. Insisto en que sólo por leyes se pueden limitar derechos

Ahora hay que ejercitar el federalismo de concertación, en base a acuerdos interjurisdiccionales, con participación de los Consejos Federales y con ejecución por parte de las Provincias, la CABA y los Municipios. Si hay ley debe ser Ley-Convenio<sup>112</sup> y no en base a este proyecto inconstitucional. No se debe continuar centralizando el país. Hay que cumplir otra idea fuerza de la Reforma: la descentralización del poder. Se trata de pensar globalmente, pero actuar localmente, lo que es de elemental sentido común en un país federal y tan extenso como el nuestro.

Otros casos de **violaciones de derechos fundamentales fue el que afectó a miles de personas que quedaron varadas en el exterior**<sup>113</sup>. Estas medidas inconstitucionales fueron dispuestas por simple Resolución del Jefe de Gabinete de Ministros, en el marco de una política absolutamente centralista, que aisló al país, forzó la salida de varias líneas aéreas, y que hasta este momento sólo permite vuelos internacionales desde Ezeiza, con gravísimo daño a los aeropuertos del interior del país. Por la Resolución 683/2021 de dicha Jefatura se fijaban los cupos de personas que podían ingresar al país y se autorizaba

---

<sup>112</sup> Como lo ha sostenido la Prof. Gabriela Abalos.

<sup>113</sup> Véase mi obra ya citada “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, págs..181 y sgts., donde analizo esta cuestión, además de otras violaciones de derechos fundamentales producidas, entre las que destaco el caso de Solange Musse, que falleció sin que se le permitiera a su padre que venía desde Neuquén el ingreso a la Provincia de Córdoba, para poder despedirse de ella.

a la ANAC, Administración Nacional de la Aviación Civil a suspender y cancelar vuelos. Ello originó muy graves situaciones para miles de personas, que tuvieron que permanecer en el exterior, y que en algunos casos presentaron acciones de amparo, señalando el desconocimiento de sus derechos.

Menciono entre las pocas medidas judiciales dictadas al respecto, la recaída en autos **“Casanegra Fernando y otras c. Estado Nacional- Jefatura de Gabinete de Ministros s. Amparo Ley 16.986”**, de fecha 5 de agosto de 2021, donde el Juez Federal de Córdoba Miguel Hugo Vaca Narvaja, dispuso la tramitación como **medida cautelar autosatisfactiva** y resolvió que la Jefatura de Gabinete de Ministros, junto a los Ministerios y organismos respectivos, en 24 horas debía coordinar con la empresa Air Europa y las autoridades de la Anac, el regreso inmediato al país de la familia Casanegra, que estaba en Madrid.<sup>114</sup>

A estas violaciones deben sumarse otras más, que fueron consecuencia de los excesos cometidos por las Policías Provinciales, como las de Buenos Aires, Córdoba, Santiago del Estero, Tucumán y Formosa, con algunos casos mencionados en el informe de Derechos Humanos de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos, así como por parte de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Es decir, que esta pandemia significó el regreso a la práctica histórica que hemos padecido: la del abuso de los institutos de emergencia, en violación de la Constitución, de Tratados Internacionales de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, tal como lo expuse en el momento inicial de esta emergencia, el riesgo era que se pensase que la emergencia estaba por encima de la Constitución y que el país de federal se podía transformar en unitario y es lo que en alto grado ha ocurrido. Por ello, estoy convencido que Argentina necesita un muy profundo cambio a los fines de cumplir el proyecto federal de la Ley Suprema, a la luz de la gran Reforma Constitucional de 1994.

---

<sup>114</sup> El amparo tuvo el patrocinio letrado de Antonio María Hernández (h.) y la medida fue ejecutada prontamente. No obstante ello, el Estado Nacional apeló la misma con fundamentos aparentes, pese a que la familia ya se encontraba en Córdoba, por lo que el Juez Federal consideró al tema abstracto y archivó la causa.

## II. MIS “20 PROPUESTAS PARA FORTALECER EL FEDERALISMO ARGENTINO”<sup>115</sup>:

### 1. Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional.

Es necesario mejorar nuestra calidad institucional mediante el adecuado funcionamiento de nuestro sistema republicano y federal, establecidos en la Constitución Nacional. Debe superarse la anomia que padecemos, como muestra de una débil cultura constitucional y de la legalidad<sup>116</sup>.

Hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder.

El sistema republicano tiene entre sus caracteres el reconocimiento de la libertad e igualdad de los hombres y la división horizontal de poderes, como lo sostuvieron Locke y Montesquieu. El federalismo –como una forma de descentralización del poder que solo se concibe en un régimen político democrático– acerca el poder a los ciudadanos y asegura doblemente sus derechos, además del control respectivo entre ambos órdenes gubernamentales, como expresara Madison<sup>117</sup>.

Vigorosas autonomías provinciales y municipales presuponen una participación de los ciudadanos para tener buenos gobiernos y además conllevan una limitación del poder del gobierno nacional.

### 2. Terminar con el hiperpresidencialismo.

No dudo que una vigencia plena de la Constitución Nacional significará una más que notoria atenuación del hiperpresidencialismo, que afecta al sistema republicano y federal.

---

<sup>115</sup> Expuestas con mayor amplitud en el artículo así titulado del libro HERNÁNDEZ, Antonio M. - REZK, Ernesto - CAPELLO, Carlos (coords.), *Propuestas para fortalecer el federalismo argentino*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015, y en mi libro *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, cit.

<sup>116</sup> Véanse HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, “Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Méjico, 2005 y “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fidanza, Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016 .

<sup>117</sup> “En una república unitaria –escribió James Madison en El Federalista, N° 51- todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno, y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo”.(“El Federalista”, Hamilton, Madison, Jay, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, págs. 221/222).

Esto importa la necesidad de producir trascendentes cambios legislativos e institucionales, entre los que se destacan los vinculados al dictado de los decretos de necesidad y urgencia, a los superpoderes en materia de administración financiera, a la finalización de la legislación de emergencia, etc. Asimismo, hay que terminar con el manejo arbitrario de los recursos por parte de la Presidencia, que subordina a las Provincias y Municipios.

### **3. Fortalecer el rol federal del Congreso y del Senado de la Nación, en particular**

Puedo señalar que en ambas Cámaras –en una valoración institucional general– no ha existido una adecuada defensa de los principios federales y de los intereses regionales y provinciales, ya que han primado las políticas fijadas por los presidentes, que en no pocas oportunidades han tendido a la centralización del poder<sup>118</sup>.

No obstante que la reforma de 1994 introdujo importantes cambios en el Senado, todavía no se observó un adecuado cumplimiento de dicho rol federal y de defensa de las autonomías provinciales. Recuérdese que se ha determinado que este cuerpo sea la cámara de origen en las leyes de coparticipación impositiva y en las destinadas al crecimiento armónico de la Nación, al poblamiento de su territorio y a la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

La cuestión se vincula a nuestro sistema político, donde las decisiones se toman principalmente por el presidente con el apoyo de los gobernadores provinciales, que influyen en los respectivos diputados y senadores de la Nación.

A lo largo del tiempo se ha consolidado el hiperpresidencialismo que ha subordinado tanto al Congreso como a las provincias, que presentan un alto grado de dependencia política y económica.

---

<sup>118</sup> Desde lo doctrinario, véanse entre otros estudios al respecto, Pedro J. Frías, “Introducción al derecho público provincial”, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 96 y sgts.; los 2 Dictámenes del Consejo de Consolidación de la Democracia, el Preliminar de 1986 y el Segundo Dictamen de 1987, publicados por Eudeba, Buenos Aires; Jorge Douglas Price y Carlos Rosenkrantz, “Las cuestiones del federalismo. Análisis de la reforma constitucional desde la perspectiva del federalismo comparado”, CFI, 1993, Tomo 1, págs. 90 y sgts.; Eduardo Luna, “Congreso y Control”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007; Guillermo Barrera Buteler, “Aspectos políticos del federalismo”, punto 3, “El Senado desvirtuado” en el libro “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino”, Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, págs. 282 y sgts.; Pablo Garat, “El presidencialismo terminará con el federalismo?”, en Revista Civilidad, Edición N° 33, agosto 2013, pág. 8 y sgts. y Antonio María Hernández, “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994” y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, obras ya citadas, además de “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino” en el libro “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino”, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo mi Dirección, Córdoba, 2009.

#### **4. Reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante del federalismo**

*A ese proceso de centralización del país no fue ajena la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que convalidó muchos de los avances del gobierno federal, sobre los Estados provinciales y locales.*

Por ello es menester profundizar el cambio de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, sobre todo a la luz de la reforma constitucional de 1994, que ha descentralizado nuestra federación.

*Afortunadamente, se está advirtiendo en estos últimos tiempos una modificación de esta tendencia a consolidar los principios federales, que he mencionado anteriormente.*

#### **5. Promover un nuevo ordenamiento territorial del país que modifique la enorme concentración de poder político, económico, demográfico y cultural en el área metropolitana de Buenos Aires**

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación con su capital y que se repite en casi todas las provincias, es un rasgo común *a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.*

De ahí la evidente necesidad de aplicar un conjunto de políticas públicas que promuevan el cambio de tan grave circunstancia.

#### **6. Sancionar la ley convenio de coparticipación impositiva, de conformidad a los principios constitucionales**

Tal como antes lo sostuve reiteradamente, es absolutamente impostergable sancionar la ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución y para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo. Es muy penoso advertir la casi inexistente reacción por parte de las provincias frente a tan graves circunstancias.

#### **7. Respetar los principios federales en la sanción anual de los presupuestos**

Debe cumplirse el mandato del inc. 8° del art. 75 de la Constitución Nacional, que establece que el presupuesto general de gastos de la Nación debe fijarse anualmente conforme a las mismas pautas de la ley de coparticipación impositiva, en cuanto a “objetividad, equidad y solidaridad”.

No cabe dudar de que si el *Congreso* asume como corresponde el ejercicio de sus competencias constitucionales en torno al presupuesto, y *aplica estrictamente el criterio federal de la Ley Suprema* para fijar el destino del gasto público en cada ejercicio anual,

seguramente el proceso de cambio hacia una democracia republicana y federal será más rápido de lo que imaginamos.

#### **8. Federalizar el Banco Central**

Este es otro mandato constitucional que debe cumplirse, para tener un Banco correspondiente a una federación, como fue establecido en la Ley Suprema.

#### **9. Afianzar el federalismo de coordinación o concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales. Creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores**

Otro de los grandes avances de la reforma constitucional de 1994 fue la plena incorporación del federalismo de coordinación o concertación. Ejemplos de ello son las leyes convenio de coparticipación impositiva, el organismo fiscal federal, la participación provincial en los entes reguladores y de control de los servicios públicos de competencia nacional, la creación de regiones, la celebración de convenios internacionales e incluso la integración supranacional.

Por otra parte, se ha avanzado desde hace décadas en la celebración de tratados interprovinciales y en la creación de Consejos Federales en diversas materias.

Pero es evidente que no existen relaciones intergubernamentales e interjurisdiccionales modernas y maduras entre los diversos órdenes estatales, ni se ha observado una efectiva y plena vigencia del federalismo de coordinación o concertación.

Por eso planteo la creación de una *Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores, como existen en las federaciones norteamericana y mejicana*, a los fines de mejorar estas relaciones intergubernamentales e interjurisdiccionales.

Por otra parte, tal vez así podrá existir un *mayor equilibrio en el diálogo entre el presidente y los gobernadores*, que permita el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución Nacional.

#### **10. Realizar una planificación federal para el desarrollo del país, con participación de los distintos niveles estadales**

La decadencia argentina está ligada –entre otras causas– *a la incapacidad de pensar el futuro y de acordar políticas de Estado*. Sólo se piensa en la coyuntura y por ello no se resuelven los grandes problemas nacionales. Bien se ha dicho que los estadistas son los que piensan en las próximas generaciones, en lugar de las próximas elecciones. Se ejercita hasta el extremo la dimensión agonal de la política, cuando *lo que realmente puede transformar el país es la dimensión arquitectónica*. Y así como en virtud de esta última se pudo acordar un texto constitucional en 1994, que significara un enorme avance en

esta materia, aunque luego caímos en la anomia que nos caracteriza, ahora debemos hacer el esfuerzo de planificar de manera federal nuestro desarrollo futuro. *Ello significa la participación de todos los órdenes gubernamentales para hacer realidad los principios de la República federal.*

### **11. Promover las regiones para el desarrollo económico y social**

También aquí se advierte la importancia del cumplimiento del art. 124 de la Constitución Nacional, que prevé las *regiones como instituciones esenciales para el desarrollo económico y social y la integración nacional.*<sup>119</sup>

Necesitamos imperiosamente *modificar la forma de embudo de nuestro ordenamiento territorial*, mediante el fortalecimiento de nuestras regiones y provincias, desalentando los procesos de migración interna, que tanto nos han perjudicado, a la luz de los desequilibrios y desarmonías que se advierten en nuestra realidad.

### **12. Impulsar el nuevo rol de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional**

He sostenido que *la integración junto a la descentralización constituye una respuesta inteligente a los desafíos de la globalización.* El neologismo “glocal” nos indica que debemos pensar ubicados en el mundo globalizado en que estamos insertos, pero que debemos actuar localmente y, en consecuencia, existe la urgente necesidad de defender las autonomías y competencias de los gobiernos subnacionales.

En nuestro país se está avanzando en el desarrollo de estos roles de los gobiernos subnacionales, luego de la reforma del art. 124 de la Constitución Nacional, que ha admitido la *celebración de convenios internacionales por parte de las provincias.*

### **13. Fortalecer las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios**

El federalismo, como forma de Estado, se asienta en la coexistencia de distintos órganos gubernamentales, con base en el principio de la lealtad federal y del respeto de la unión y de la diversidad. Y por ello es tan trascendente la *afirmación de las autonomías de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios, como expresión indudable de la descentralización del poder.*

---

<sup>119</sup> Véase el Seminario sobre “Federalismo y Regiones en la Constitución Nacional”, que coorganizáramos con la Secretaría Parlamentaria del Senado de la Nación y la Fundación Metropolitana y que se llevó a cabo en 3 Jornadas en 2017, con la participación de Senadores de la Nación y Miembros del Instituto de Federalismo, que expusieron sobre las distintas regiones del país. Esas Jornadas de indudable trascendencia y sin precedentes, se encuentran grabadas, pudiendo accederse a las mismas en Youtube, bajo el título “Federalismo y Regiones en la Constitución Nacional” y fueron incorporadas por parte del Senado de la Nación, a través de sus Direcciones específicas.

Hay que revertir la tendencia a la centralización, recorriendo el camino prescripto por la Constitución Nacional.

He sostenido que *esta cuestión fue objeto de trascendentes debates en cuatro Comisiones de la Convención Nacional Constituyente, que abarcaron tres grandes capítulos: el específico de federalismo, el de la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires y el reconocimiento del principio de la autonomía municipal.*

Destacados especialistas en federalismo fiscal, como Juan J. Llach y Horacio Piffano, están insistiendo en la necesidad de que las provincias y municipios ejerciten las competencias constitucionales y tributarias que les corresponden, para fortalecer el federalismo argentino<sup>120</sup>. Tesis que por cierto compartimos.

#### **14. Modificar o derogar la legislación centralista vigente y las políticas respectivas**

Hay que derogar la mayoría de los **tributos con asignación específica que detraen fondos de la masa coparticipable**, lesionando las autonomías provinciales y municipales.<sup>121</sup>

Asimismo, a lo largo del tiempo en base a la “**cláusula del progreso**” del actual art. 75 inc. 18 (antes art. 67 inc. 16) y a la posibilidad del **otorgamiento de concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo por el Congreso**, se fue desconociendo y afectando el poder tributario de provincias y municipios en múltiples casos: ferrocarriles, transportes, comunicaciones, minería, etc. En consecuencia, hay que revisar dicha legislación y políticas centralistas, -casi siempre avaladas por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>122</sup>-, a la luz de la nueva normativa

---

<sup>120</sup> Véanse sus respectivos trabajos titulados “El federalismo, clave del desarrollo político y humano” y “Opciones tributarias de los gobiernos subnacionales en el actual escenario federal”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. - REZK, Ernesto - CAPELLO, Carlos (coords.), *Propuestas para fortalecer el federalismo argentino*, cit.

<sup>121</sup> Al analizar la coparticipación impositiva federal, ( en nuestras obras “Federalismo, autonomía municipal y ciudad autónoma de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Buenos Aires, 1997 y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009), indiqué distintas normas –Pactos fiscales, leyes y decretos-, que invirtieron la primacía que habían alcanzado en la distribución primaria los gobiernos locales frente al federal, de acuerdo a la Ley N° 23.548, hasta llegar a la situación actual de centralismo fiscal, donde más del 80 % de los recursos son percibidos por el Gobierno Nacional. Afortunadamente, la Corte Suprema de Justicia falló favorablemente en noviembre de 2015 los reclamos presentados oportunamente por las Provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba, declarando la inconstitucionalidad de las detracciones efectuadas a la masa coparticipable con destino a la Anses y a la Afip, que he considerado en la Sección Doctrina del Cuaderno de Federalismo XXIX.

<sup>122</sup> Véase “Tratado de derecho y economía”, 3 tomos, Director Juan Vicente Sola, La Ley, Buenos Aires, 2013, “La cláusula del progreso”, en el Tomo II, Cap. XXII, págs. 420 y sgts. y “La cláusula del progreso” (con especial referencia a los ferrocarriles)”, de Alberto Bianchi, Ponencia presentada en el XX Congreso de Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en Mendoza, 2011, puntos 2 c) Los problemas del equilibrio federal y 3 a) iii) Jurisprudencia, en especial sobre conflictos impositivos. Aunque dicha expresión debe moderarse a la luz de los fallos antes referidos, que han comenzado a fijar una jurisprudencia más federalista, al establecer límites a las detracciones a la masa coparticipable.

del art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, que ha reconocido **el poder de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional**, como otro hito notable de afirmación federalista, también incorporado en la reforma de 1994. Esto significa que debieran producirse las reformas legislativas y jurisprudenciales, a los fines del estricto cumplimiento de la Ley Suprema, que ha fortalecido las autonomías provinciales y municipales en todos sus aspectos, incluyendo los tributarios y económicos.

Lo propio debe ocurrir con los **subsidios**, en materia de servicios públicos de transporte y energía, que están destinados mayoritariamente al área metropolitana de Buenos Aires, con una **enorme desigualdad para los habitantes del interior del país**<sup>123</sup>.

Por otra parte, debe modificarse la Ley N.º 24.588 por ser inconstitucional en sus arts. 2, 8 y 10 al violar el art. 129 de la Ley Suprema y **restringir la autonomía plena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)**. Además de ello, también se afecta el federalismo por otra razón: los anteriores jueces “nacionales” y el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia, son sostenidos por el Presupuesto de la Nación, en lugar del de la Ciudad Autónoma.

Asimismo, reiteramos que es decisivo **terminar con el hiperpresidencialismo**, que lesiona profundamente la república federal, comenzando por la inmediata derogación de los superpoderes otorgados en el art. 37 de la Ley de Administración Financiera, además de la modificación de la Ley N.º 26.122 de Decretos de necesidad y urgencia, que de manera inconstitucional reglamenta el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema.

En cuanto a los **recursos naturales**, es evidente que debe adecuarse la legislación vigente sobre hidrocarburos, pesca y otros recursos, a lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución Nacional, que ha reconocido la propiedad provincial sobre los mismos. Refiriéndome al caso de los **hidrocarburos**, muchos años después de la reforma, mediante la Ley N.º 26.197, se reconoció las competencias provinciales, al modificarse el art. 1 de la Ley de Hidrocarburos N.º 17.319 que las otorgaba al gobierno federal. Esa llamada “ley corta”, trasuntó un espíritu federalista impuesto por la Constitución, que ha sido gravemente desconocido por la denominada Ley de soberanía hidrocarburífera N.º 26.741 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1277 de dicho año. Para nosotros hay claras objeciones sobre

---

<sup>123</sup> En algunos casos los usuarios del interior han llegado a pagar hasta 10 veces más que los del área metropolitana de Buenos Aires en las facturas de gas y electricidad, como lo ha indicado La Voz del Interior de Córdoba, en los artículos de Germán Negro titulado “El federalismo, según quien tenga la manija” e “Injusticias en el laberinto de los servicios públicos”, en las págs., 3 y 5 respectivamente, de la edición del domingo 4 de septiembre de 2016.

la constitucionalidad de estas últimas normas, que además otorgan un enorme cúmulo de atribuciones al Poder Ejecutivo, sin la adecuada participación del Consejo Federal de Hidrocarburos.<sup>124</sup>

Esto también alcanza a la Ley N.º 27.007, que ha introducido modificaciones en las anteriores Leyes N.º 17.319 y 26.741, con el mismo objetivo de profundizar un proceso de centralización en la materia, en base a un acuerdo logrado con los Gobernadores de las provincias productoras, que se caracterizó por su sigilo, velocidad y uso de las viejas prácticas unitarizantes. Aquí se impone una revisión de esta legislación alejada de los principios federales de la Constitución Nacional”.

En materia de *educación*, es evidente el proceso de centralización operado, con violación de las normas constitucionales respectivas.

Asimismo, se pueden formular objeciones constitucionales, por violación del federalismo, a la ley 26.522 de servicios de *comunicación audiovisual*. En efecto, allí se impusieron criterios centralistas y unitarios, que avasallaron las competencias provinciales en la materia.

Señalo especialmente otra decisión centralista que fue la sanción de la *Ley 26.853 de creación de las Cámaras de Casación*. Expreso que esta normativa demorará y encarecerá enormemente los juicios, especialmente para los ciudadanos del interior del país, que deberán litigar en la ciudad de Buenos Aires, con violación del federalismo y de la tutela judicial efectiva.

En torno a esto, no puedo dejar de manifestar igualmente mi más profundo rechazo a otra propuesta unitarizante: *la creación de un Tribunal Constitucional*, porque ello afectaría nuestro federalismo judicial, asentado además en el control de constitucionalidad difuso, que es preciso mantener.

También me opongo a la creación de un tribunal intermedio, como fue propuesto por la Comisión Consultiva designada por el Poder Ejecutivo para la reforma judicial, que también afecta nuestra forma de Estado.

Otro amplio campo normativo y de políticas que es necesario modificar es el vinculado al *poder de policía*, ya que aquí se ha verificado otra ostensible violación de los principios constitucionales federales. Por eso ha sido tan importante el fallo de la Corte Suprema de

---

<sup>124</sup> Véase el documentado trabajo de Lorena Schiariti titulado “Oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos”, en la Revista de Derecho Público “Diez Años de Derecho Público en la Argentina-II”, 2013-2, Directores Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti, págs. 409 y sgts., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012.

Justicia de la Nación en “Gobierno de la CABA c. Estado Nacional” ’, de mayo de 2021 sobre el conflicto de competencias educativas, antes comentado.

### **15. Federalizar la educación**

Sostiene Juan José Llach: “La educación es la clave para lograr un país sin pobreza, con mayor integración social y más equitativo y, al mismo tiempo, un desarrollo productivo con crecientes contenidos de capital humano, ciencia y tecnología que incentiva a producir y exportar bienes y servicios calificados y no el capital humano mismo, como ha ocurrido tan frecuentemente durante los últimos cincuenta años. El objetivo ‘social’ no se contrapone con el objetivo ‘económico’: se trata de un mismo proceso”.

Y frente a las dificultades de las provincias para tener un adecuado sistema educativo, expresa: “Para lograr el pleno acceso de la Argentina a la sociedad del conocimiento es imprescindible federalizar ampliamente la distribución de la renta fiscal y de allí la propuesta de un Fondo para el Desarrollo Humano con sentido regional, provincial y local”.

Insisto en que la *educación debe basarse especialmente en el conocimiento de los principios y valores de la Constitución Nacional y de su sistema republicano y federal.*

### **16. Ejercer un federalismo de concertación para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales**

*El reconocimiento expreso del dominio originario de los recursos naturales de las provincias, efectuada por la Convención de Santa Fe y Paraná de 1994, en el art. 124 de la Ley Suprema, debe observarse como una contundente expresión del fortalecimiento del federalismo argentino.*

Esta clara definición constitucional ha significado *un cambio trascendental para afirmar el federalismo económico, pero todavía no ha podido efectivizarse por la inacción legislativa y la falta de una adecuada jurisprudencia.*

Con base en lo expuesto, consideramos que, para la *exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo sustentable,* se abre un campo amplísimo para el *federalismo de coordinación o concertación,* mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales.

### **17. Federalizar los servicios públicos de competencia nacional**

No obstante que la reforma constitucional de 1994 dispuso, en el art. 42 –al regular los derechos de usuarios y consumidores–, *la participación de las provincias en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional,* no se han podido verificar modificaciones en esta materia, donde han continuado las políticas

centralistas. Todo ello, *con inexcusable responsabilidad no solo de las autoridades federales sino también de las provinciales. También aquí debe respetarse la Ley Suprema.*

### **18. Afianzar los principios federales en la doctrina y organización de los partidos políticos**

Considero que al haberse *constitucionalizado los partidos políticos en el art. 38* –otra obra de la reforma de 1994–, con la obligación de respetar la Ley Suprema, estos *deben aceptar, practicar y defender los valores y principios del federalismo* no sólo en la organización estatal, sino también en su propia organización y funcionamiento.

A su vez, el hiperpresidencialismo ha significado, en no pocos casos, la confusión de partido oficialista y gobierno. Incluso en algunos casos se ha llegado a confeccionar las listas de legisladores desde la Presidencia, como demostración indudable de centralismo. Y el mismo fenómeno se ha repetido en los niveles provinciales y municipales, con los Gobernadores e Intendentes.

Por mi parte, *desde hace tiempo soy partidario de una profunda reforma política*, con especial énfasis en los partidos políticos y en el sistema de partidos.

Creo que hay avanzar en los aspectos relativos al sistema electoral, a la organización de las elecciones, que no pueden seguir estando en las manos del Ministerio del Interior. Se debe fortalecer la justicia electoral, con especial énfasis en su independencia. Hay que consagrar de inmediato la boleta única a nivel federal, como lo hicieron las Provincias de Santa Fe y de Córdoba

Valoro *negativamente las reelecciones indefinidas* que se permiten en varias provincias y en gran parte de los municipios del país. Ellas consolidan el hiperpresidencialismo, terminan afectando el sistema republicano y democrático e impiden la renovación de las dirigencias.

Estoy convencido de que la parte sustancial de una reforma política reside en la *mayor democratización, modernización y fortalecimiento de los partidos políticos*. Se debe abrir los partidos y profundizar la democracia interna, para superar la denominada “ley de hierro de las oligarquías partidarias”.

### **19. Descentralizar e integrar el país en otros aspectos**

Se comprenderá que es menester llevar adelante un proceso de descentralización e integración del país que abarque otros aspectos, como las *obras de infraestructura, transporte y comunicaciones*, que son elementos decisivos para un desarrollo nacional equilibrado.

Puedo ejemplificarlo en la necesidad de avanzar en los *corredores bioceánicos* –al norte, al centro y al sur del país–, lo que significa consolidar los pasos cordilleranos que vinculen a la Argentina y al Mercosur con Chile y luego de ahí al Pacífico y al Asia, con el enorme potencial que ello implica para el futuro.

Esto también implica un mejor aprovechamiento de las *hidro vías Paraná-Paraguay y Paraná-Tieté*, que en particular servirán para la vinculación con Brasil, en los corredores señalados.

Por cierto, esta propuesta está relacionada con otras y particularmente con la integración regional, tanto nacional como supranacional.

En el sistema de transporte, también estimo como muy necesaria la recuperación de nuestros ferrocarriles, atento a la importancia que alcanzaron y las dimensiones enormes de nuestra geografía.

*Así, la infraestructura y los transportes deberán integrar el país, modificando nuestra macrocefalia y de acuerdo con una planificación federal.*

## **20. Trasladar la Capital Federal**

No se puede desconocer la importancia que en un Estado tiene su Capital y mucho más, cuando se trata de uno que es federal, o sea, compartido entre diversos órdenes gubernamentales en la búsqueda de la “unión” de la “diversidad”, que requiere de especiales equilibrios.

Ejemplos de ello son los casos de los *Estados Unidos con Washington, Suiza con Berna, Canadá con Ottawa, Australia con Canberra y más cercanamente, Brasil con Brasilia.*

Este ha sido *uno de los temas más complejos y conflictivos de nuestra historia*, como lo dijera Félix Luna, en su obra “Buenos Aires y el país”, ya que la Ciudad de Buenos Aires pudo imponer su destino de Capital.

*Ya en el siglo XX hubo distintos proyectos para trasladar la Capital, hasta que el presidente Alfonsín logró la sanción de la ley 23.512 en 1987 que así lo dispuso para las ciudades de Viedma y Carmen de Patagones.*

Como ya se sabe, dichas leyes no se cumplieron. Por ello *propongo nuevamente el traslado de la Capital. Habrá que discutir su futuro emplazamiento con base en criterios estratégicos e interdisciplinarios.*

Sostengo que el asiento de las autoridades federales debe ser en *una ciudad modesta*, lo más alejada posible de los intereses corporativos, para que primen las virtudes republicanas, democráticas y federales, y se pueda pensar en grande el destino de nuestra Nación.

