

"El federalismo necesitado de concertación"

En la medida que fuimos estudiando el tema¹, cada vez que lo abordamos, lo hemos ido modificando, y nos animamos a cambiarle el título. Alguna vez nos referimos a él poniendo en evidencia la efectiva falta de vocación federal de las provincias y de su Gobierno Federal, otras a su estado crítico, siempre reflejando una gran insatisfacción con su desarrollo y con un creciente ánimo de rechazo hacia su diseño constitucional adoleciente de graves defectos.

Frente a un desafiante diseño producido en 1994, con oportunidad de la Reforma Constitucional, se nos presenta el "*federalismo de concertación*" como una meta ineludible para realizar el ideario constituyente.

Por esa razón hoy podríamos afirmar que no hay federalismo sin "*concertación*" porque ésta hace a su núcleo esencial; sin ella no existe; es la clave de su construcción efectiva, de su inspiración filosófica constitucional.

¹ Ver nuestros *La coparticipación federal: hacia un federalismo concertado*, en Cuadernos de Federalismo, no XII, publicación anual de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998 (publicación realizada como anticipo de dicho cuaderno con motivo del otorgamiento del Primer Premio Nacional en el "Concurso de Monografías sobre Cuestiones Actuales del Federalismo Argentino", organizado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Instituto de Federalismo de la Universidad Católica de Salta – Sede Buenos Aires); *Coparticipación federal de impuestos en la constitución Nacional*, Despalma, prólogo de Enrique G. Bulit Goñi, Buenos Aires, 1999 (174 p.); *Incumplimiento del Estado nacional en la liquidación y acreditación de fondos de la coparticipación federal pertenecientes a las provincias*, en Cuadernos de Federalismo, n° XV, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, abril de 2002, p. 155 y ss.; *Coparticipación federal: el sistema en crisis*, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, coord. Víctor Bazán, Ediar, Buenos Aires, 2003, (p. 1197–1206); *Federalismo fiscal*, en *La descentralización del poder en el estado contemporáneo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, director Antonio María Hernández, Córdoba, 2005, p. 253 y sgs.; *Descentralización administrativa y "descentralización constitucional"*, en *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005–II, Fascículo 2, Buenos Aires, 13–04– 2005, p. 3 y sgs.; *La Reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias*, en *Suplemento de Derecho Constitucional*, Dir. María Angélica Gelli, La Ley t. 2010–A, p. 1177–1191, Buenos Aires; también en la www.federalismi.it revista telemática del "Osservatorio sul federalismo e i processi di governo", de Roma, Italia, el 29 de diciembre de 2010; *Senado de la Nación: presupuesto, "subestimación" y federalismo (Homenaje al Dr. Pedro José Frías)*, en *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2012, p. 543–560), *El censo y la representación política federal*, en EDCO, *El Derecho Constitucional*, junio de 2022, no 6, del 28/06/2022, cita digital: ED–MMMCCVI–290 y más recientemente- *Federalismo desconcertado. La coparticipación federal "provisoria" bajo "precautoria"*, en EDCO, *El Derecho Constitucional*, febrero de 2023, nro. 1-2, Universitas, cita digital: MMMCMLXXXI-801, Buenos Aires, 2023.

El mundo, sobre 180 países, registra menos de dos docenas de federalismos, y son todos distintos. En América tenemos Canadá, Estados Unidos, México, Brasil, Argentina; mientras que en Europa, Alemania, Países Bajos y -a su modo- España y -también a su modo- Italia. Hay distintas formas de uniones de estados autonómicos que comparten esta fórmula de federación, que es una unión inseparable y para la eternidad, diría algún autor extranjero. No es una confederación que implica el derecho de secesión, de separación del conjunto, que es imposible en la federación.

Consideramos que el federalismo -voy a compartir acá las afirmaciones de Carlos Fayt- no existe como "*federalismo*". Sí existen federalismos, existen distintos tipos, distintas respuestas y, diríamos que es muy difícil, prácticamente imposible, encontrar dos iguales.

Hay algunas coincidencias, sí, como por ejemplo -en todos- las tensiones entre el centro, de unificación y las partes que lo componen. Y estas diferencias de los componentes, los sujetos federados, se deben inevitablemente a que conviven miembros pobres con ricos, extensos con chicos, poblados con despoblados, fuertes con débiles, muy poderosos con muy pobres y a todos les tiene que convenir, porque recordamos estos principios de las organizaciones, como los califica la "*Teoría de la justicia*" de John Rawls. Esta es una unión, esta es una unidad, en la que trabajamos racionalmente, y que le tiene que convenir a todos, en especial a aquellos que están en el punto más perjudicado de la distribución. A todos les tiene que sumar, a todos les tiene que significar una ventaja, algo agregado, enriquecedor.

Se trata de un análisis de conveniencia cultural e histórico, de conveniencia al conjunto percibido como totalidad de espíritu de comunidad humana basada en el principio de dignidad; algo imposible para un análisis exclusivamente económico. Es el mundo de los valores culturales frente a los cuáles sólo cabe el sometimiento de la ponderación de principios y valores a las pautas culturales de nuestros pueblos. Lejos de los balances contables de cajeros.

No negamos la importancia del análisis económico a la hora de tomar decisiones racionales en beneficio del conjunto; pero no esperemos del mercado otros valores que no sean los económicos; sí podemos confiar en la economía que supera a las

matemáticas y los cálculos descarnados y asume su innegable condición de ciencia humanística.

Nuestro federalismo pretendidamente concertado pasó por muy distintas etapas. Las detallan en algún fallo la Corte Suprema de la Nación, hace poco en “*San Luis*” (2021), también en “*Santa Fe*” (2015), hace unos años más también en “*San Luis*” (2002).

Este último tiene conceptos muy interesantes sobre las etapas, pero diríamos que acá el gran cambio bisagra que se produce en el federalismo argentino es en la Convención Constituyente del año 1994, donde entramos en una etapa nueva a la que todavía no logramos acceder y a la que todavía quizás tampoco logramos comprender e incorporar del todo.

Ahí es donde vino, de la mano de la Escuela del Derecho Público Provincial de Córdoba, de su maestro, gran humanista, Pedro José Frías. Este referente máximo en el tema trajo el concepto del “*federalismo de concertación*”; como lo reconocieron numerosos convencionales. Ahí se estableció entonces, en la Convención del 94, la necesidad de una “*ley-convenio*” la cual se debía realizarse en base a acuerdos entre la Nación y las provincias y que instituiría “*regímenes*” de coparticipación y que estos implicarían una distribución obligada a ser equitativa, solidaria, darían prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (art. 75.2 CN).

Eso es un ideario que además no solo queda ahí plasmado, sino también proyectado obligadamente (según el texto del '94) en la Ley de Presupuesto Nacional; estoy refiriéndome al artículo 75.8 CN. Estos valores y principios constituyen los pilares a los que la Constitución los denomina “*pautas*”.

Pero, aun así, sin duda alguna, son una novedad que cambia a la filosofía político, social y económica de la Constitución Argentina, como lo afirmaba Germán Bidart Campos, porque hay un antes y después de la introducción de estos conceptos con esta fuerza y con este peso, que además nos desafía a una nueva respuesta federal, a un nuevo federalismo en clave social. Así es como nos propone el “*desarrollo humano*”, el “*crecimiento armónico de la Nación*” y la promoción de “*políticas*”

diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (art. 75 19 CN).

Este “*federalismo de concertación*” va a ser hijo de aquel primero del ‘53, que en realidad fue un verdadero armisticio después de 40 o 50 años de guerra civil, con miles y miles de muertos entre el centralismo y las provincias del Interior y la Confederación. Fue también un acuerdo entre inteligencias que supieron hacer concesiones recíprocas; no era Alberdi un federal, pero supo construir una respuesta aceptable, completada por Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, lo que quiere decir “*razonable*” para quienes necesitaban construir puentes y no grietas.

Luego va a venir otro tiempo de transacciones fuertes con momentos agresivos. Más de 80 intervenciones federales en 50 años de democracia entre los años 1880 y el 1930; después las presencias de los gobiernos militares (1930, 1943, 1955, 1966, 1970 y 1976).

Después, desde ahí, vamos a ir a un federalismo que prácticamente podríamos denominar de “*transacción*”. Es demasiado el cúmulo de resoluciones judiciales y sentencias que marcan el ritmo y los estertores de nuestro actual régimen federal; hablamos de federalismo y nos basamos en sentencias y fallos que, más allá de su acierto o error, están imposibilitados de dar la respuesta constructiva a nuestro sistema constitucional fundamental.

Hoy nos animamos a sostener que del federalismo de “*armisticio*” hemos ido a un federalismo de “*transacción*” (que se procura resolver en los tribunales). Pero lo que se nos exige hoy es un federalismo de “*concertación*”. Y cuando hablamos de la respuesta de “*concertación*” ya no hablamos de una fórmula procesal, leguleya, jurídica, militar o tribunalicia como es la transacción en cuanto a finalización de un pleito. No hablamos de un producto judicial sino cultural y político.

Estamos obligados a concurrir en un concepto cultural porque si hablamos de concertación estamos hablando de un concepto musical, mucho más preciso que cultural -insistimos- musical! Afirma Luis Seidman, un norteamericano que ha escrito sobre la “*Constitutional disobedience*”, que nosotros podríamos abrazar a la Constitución si la leemos como una obra de arte diseñada para evocar un estado de

ánimo, una emoción y no un documento legal con mandatos específicos. La Constitución, dice el autor, no es un documento de abogados, es una obra de arte.

Y tanto es así que, como sabemos, Alberdi era músico. Tenemos sus conciertos y los disfrutamos en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, por invitación de la Ciudad de Santa Fe en 1999, con oportunidad del aniversario de la reforma del '94. En esa memorable reunión, que se hizo en Santa Fe y Paraná, presenciamos a la Orquesta Sinfónica de Entre Ríos, que ejecutó el concierto para piano y orquesta de Juan Bautista Alberdi.

Alberdi era un músico. Su primer libro, escrito a los 22 años, es sobre *“El espíritu de la música”*. El derecho constitucional está vinculado a la cultura. El derecho constitucional, como enseñan los alemanes de la Escuela de Kiel, es un espacio de cultura y acá proponemos dar este paso más de cultura musical, porque allí se manejan fundamentalmente los tiempos, las armonías, melodías. Tiempos en cada nota, tiempos en cada espacio².

Algo fundamental: maneja tiempos en los silencios. Porque hay distintos silencios, hay silencios de pausa, hay silencios de distensión, hay silencios de verdadera tensión. Quién ha escuchado la danza del molinero en el *“Sombrero de tres picos”* de Manuel de Falla, sabe lo que es un silencio de tensión. Eso es lo que conforma un concierto.

Y ese concierto es el que estamos invitados y apremiados a construir los argentinos desde el año 1994. Seguimos con la mentalidad y con la filosofía de llevar a tribunales todas nuestras diferencias, pleitos y entuertos. No vamos a encontrar ahí una solución. Aunque pueda aparecer alguna respuesta acertada a un caso o conflicto concreto -como lo ha hecho reiteradamente-, jamás va a salir de ahí la concertación en las sentencias sobre los pleitos.

La respuesta a la Concertación, a la que nos invita hoy la Constitución, es a un concierto donde todos ejecutamos distintos instrumentos, donde todos somos necesarios, donde ninguno es igual al otro, pero todos están vestidos igual, todos están sentados en el mismo lugar y no tienen el mismo nivel uno que otro. Todos logran en el

² Veamos la obra de Byung-Chul-Han, *“Infocracia”*, donde señala la ausencia del factor tiempo en los procedimientos actuales; no hay tiempo, porque la información y sus efectos llegan antes que la verdad, porque ésta necesita tiempo.

conjunto el resultado de algo que los necesita a todos. No se puede prescindir de alguno de los instrumentos de este concierto.

Esto es aludido por Horacio Rosatti, uno de nuestros constitucionalistas más importantes en el tema, más allá del puesto que esté desempeñando coyunturalmente en la Corte Suprema, lo era antes. Ninguno de los ejecutores miembros de la orquesta tiene la misma partitura. Hay una partitura para el concierto, pero cada instrumento tiene la suya propia. Claro que sí hay un autor, hay un arreglo o un arreglador. Hay un solo director. Un director cuya batuta es aceptada y convalidada por todos los integrantes y del cual se espera la mayor fidelidad para la mejor y eficaz reproducción o ejecución y puesta en acto de ese concierto que nosotros estamos construyendo.

Esto nos hace acordar también al teatro, ya que venimos en veta artística. Nos referimos a esa obra de Luigi Pirandello de principios de siglo pasado, *“Seis personajes en busca de un autor”*; pues acá resulta que estamos todos los concertistas y nos falta el director y nos falta la partitura y su autor. Pareciera que no tenemos la posibilidad de encontrar esa partitura que nos haga compaginar el concierto. Se hace imprescindible una dirección convocante, que logre congeniar con cada músico legitimado en su instrumento, lo cual exige sintonía y comprensión recíproca muy alejada del enfrentamiento y de los insultos y agresiones.

Recientemente, un politólogo también de actualidad, Juan Manuel Abal Medina, dice que *“somos especialistas en armar instituciones que exigen mucho consenso y después tratamos de armarlas desde el disenso”*. Un acierto. Creemos que peleándonos en el Congreso y acudiendo a los tribunales vamos a armar nosotros algo que requiere necesariamente del consenso político.

No hay concertación sin consenso. Es más, no hay horizonte para el federalismo argentino sin la Concertación. Es imprescindible tener que solucionar un montón de errores que incluso vienen de la propia fuente creadora o inspiradora del sistema, que es la Convención del '94; a los que, además, se suman muchos errores de implementación.

No debió dejarse afuera a recursos tan importantes como los derechos de importación y exportación (hoy sumado a ellos el impuesto *“País”*); ni sostener los

Aportes del Tesoro de la Nación; ni habilitar las concesiones de privilegio mediante la donación de impuestos coparticipables como el IVA.

Y también errores de interpretación (de los que no fuimos ajenos) como aquél de pretender respuesta de adhesión unánime de todas las provincias. Como lo señaló Alberto Spota, esto no es una confederación, no hay unanimidades, hay mayorías que determinan el rumbo; incluyendo en él también a las minorías que no adhieren a la Ley-convenio.

No debió quedar un solo recurso afuera, porque después de todo, ¿qué nos quedaba a las provincias? El impuesto a las ventas. ¿Hay espacio para un impuesto a las ventas con un IVA nacional del 21%? Esto hace y ha convertido al gobierno federal en el gran recaudador en el que toma todos los recursos y después resulta que se siente en la posición de ser quien envía, “nos dá”, los fondos que las provincias generamos con nuestro esfuerzo.

Entonces aparecen “fondos discrecionales” sin soporte constitucional, “aportes del tesoro de la Nación -ATN-” con fondos que no pertenecen al Tesoro de la Nación, “fideicomisos” sin base siquiera legítima.

Todos instrumentos que soportan la distribución descontrolada y discrecional, guiada por favores políticos -y hasta personales-, efectuada por el Gobierno Federal mientras esperamos constituir el Organismo Fiscal Federal que la Constitución previó expresamente para el control del sistema. Para el control de las provincias y del Gobierno Federal. Control que ninguno de ellos quiere ni está dispuesto a soportar.

La posición dominante objetiva, hoy cuestionada con más fuerza que antes, del Gobierno Federal, lo lleva a afirmar que hay provincias inviables porque están “colgadas” del presupuesto. ¿Cuánto del IVA pagan las centrales empresarias domiciliadas fiscalmente en Buenos Aires, y están produciendo allá en las provincias y lo tributan en Buenos Aires? Cuánto de eso proviene de explotaciones mineras, cerealeras, oleaginosas, el campo, el algodón, todo del norte argentino. ¿Resulta que ahora están “colgadas” como “gasto” del presupuesto del Gobierno Federal?

No hay una transparencia del origen de los recursos; ¿cómo se liquidaron y dónde se gastaron todos los ingresos que ha dejado la gran explotación de la minería catamarqueña? ¿Puede ser que no quede nada -o muy poco- en Catamarca de todo

eso?... ¿Es hoy San Juan una inmensa potencia acorde a su producción aurífera? Estas son las preguntas sin respuesta.

No se debió permitir que continúe el sistema de ATN en modo discrecional. O aceptamos, aunque prohibida, una modificación unilateral en la coparticipación federal por parte de Gobierno Federal o no; entonces, si no la aceptamos, no hay ATN proveniente de la coparticipación federal. Tampoco hay promociones que regalen en impuesto al valor agregado a determinados emprendimientos, cuando eso es algo que pertenece a la totalidad de las provincias o el regalo del impuesto a las ganancias. O sea, no pueden haber “*criterios objetivos de reparto*” si no hay control de a dónde van los destinos de esos montos que tienen que distribuirse de acuerdo a esos precisos criterios objetivos y consensuados de reparto.

No puede haber un sistema organizado sin controles y sin autoridad de control independiente. Nadie quiere los controles; porque no son sólo las provincias reticentes que quieren hacer lo que se les dé la gana. No, la Nación tampoco quiere los controles, porque acá, si vamos a controlar la coparticipación secundaria, también debemos controlar la primaria, verificar qué hace la Nación con su cuota parte.

Por ello no compartimos la afirmación de la Corte Suprema en el auto sobre la precautoria en “*CABA v. EN*” en la que consideran expresamente ajenas a las provincias respecto de ese entuerto entre Gobierno Federal y CABA porque lo que discuten es -precisamente-, también, si lo que hemos atribuido al Gobierno Federal en la coparticipación primaria para atender la seguridad de la CABA es correctamente mensurado o no. En cualquier caso, sea cual fuera la respuesta judicial, las provincias sí estamos interesadas en el resultado; sobre todo si le entregó demás (a nuestra costa).

¿Por qué los servicios y funciones son la base constitucional de distribución? ¿Por qué el Gobierno Federal se apodera de los planes de vivienda de toda la Argentina a través de un organismo que teóricamente no debería hacerse cargo sino de las jubilaciones como es la ANSES? ¿Qué hace repartiendo viviendas sociales cuando eso es algo que deberían hacer las provincias? Entonces, para poder armar esta concertación debemos desengañarnos. Debemos poner arriba de la mesa la verdad. Debemos asumir el compromiso con los controles. Debemos poner en

funcionamiento realmente el Organismo Fiscal Federal. Terminar con esa “Comisión Ley 23548” que hasta la propia Corte Suprema hace pocos meses la calificó de “transitoria”. No cumple la misión de “control” que le atribuye expresamente y en forma directa la Constitución Nacional (art. 75.2 “in fine” CN).

Esta situación objetiva hace imprescindible el dictado de la ley Convenio de los argentinos, con la que repartimos todos los meses los escasos recursos.

De ninguna manera creo que, en definitiva, desde nuestra platea de observación, no estamos en un reclamo exclusivo provincial, no es un lamento provinciano contra el centralismo, porque como muy bien dice Leiras, no hay un milímetro de avance del centralismo que no haya surgido de una mesa de negociación a cambio de concesiones recíprocas y en tono de negociación y de acuerdo con beneficios muy probablemente y en casi en todos los casos coyunturales, efímeros de urgencias, por las pobreza y por la reticencia a veces en los envíos de los fondos que le corresponden a cada provincia. Pero bueno, todos han sido, aparentemente, acordados.

Todos los espacios jurídicos que posibilitan el avance arrollador del centralismo, sus leyes, han pasado por el Senado de la Nación, donde estamos representadas todas las provincias en forma igualitaria. Así que no se trata de una queja; se trata de un repensar, asumir la necesidad de una concertación donde sí caben y son necesarios y muy importantes los acuerdos interprovinciales, sobre la base de los cuales podemos ir construyendo y así ir compaginando esto que hoy se presenta como una orquesta donde cada músico se ha conseguido un conchabo en algún club nocturno, no logramos juntarlos para hacer el concierto, todos tocan bien, todos son solistas muy buenos, pero no logramos que compongan, que conformen ese concierto al cual nos ha convocado la Constitución Nacional de 1994, en otra filosofía de vida, en otra filosofía de país.

No dejamos de lado la última de las instancias previstas también por la CN (art. 127) que es el sometimiento de los conflictos de naturaleza “intrafederal” a la facultad “dirimente”, que no es jurisdiccional -ni en clave de pleito-, sino política constitucional, de diseño básico de nuestro sistema y que fuera advertido expresamente en los

considerandos de los últimos fallos suscriptos por Carlos Fayt en 2015 (“*San Luis*” y “*Santa Fe*”).

Siguiendo su convicción, expresada en su disidencia del viejo fallo de “*La Pampa v. Mendoza*”, de hace cuatro décadas, el prestigioso jurista instala esa instancia de solución de conflictos como vía apta para encontrar una salida cuando estemos convencidos del fracaso de nuestra política. Pero, a todo evento, podrán surgir morigeraciones a las fricciones, atemperamiento de los choques, pero no podrán producir la “*ley-convenio*” que la Constitución prevé. Tal vez sí un ámbito de coincidencia y de acuerdos posibles, pero no podrá establecer el rumbo certero de salida que ha contemplado el compromiso federal.

Tenemos hoy la oportunidad de concertar sobre la base del respeto recíproco, sin insultos, desprecios y agresiones, ni posiciones retrógradas que atrasan doscientos años. Hemos elegido hace pocos meses a un nuevo Presidente, y también a la mitad de la Cámara de Diputados y a un tercio del Senado de la Nación. Ellos tienen la misión de componer y ejecutar el Concierto.

Tenemos fundada esperanza a pesar de las desviaciones que sin duda aparecen en los mensajes y discursos.