

Año 2022

Nº 23

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario



**C<sub>y</sub> Parlamento  
Constitución**

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA  
NACIÓN COMO MECANISMO DE SALVAGUARDA DEL FEDERALISMO ARGENTINO

THE SUPREME COURT CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS  
A JUDICIAL SAFEGUARD OF ARGENTINE FEDERALISM

**Cristian Altavilla<sup>1</sup>**

Recibido: 25-01-2022

Aceptado: 23-02-2022

**SUMARIO**

*I. Los Mecanismos de Salvaguarda del federalismo: control político vs control judicial.*

*II. El Debate en la Unión Europea y en las federaciones europeas.*

*III. Modelos alternativos.*

*IV. El Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de controversias interjurisdiccionales.*

*V. Jurisdicción constitucional y sentencias “exhortativas”.*

*VI. La resolución de conflictos intergubernamentales por parte de la Corte Suprema a través de las denominadas sentencias exhortativas.*

*VII. Algunas conclusiones preliminares.*

*Referencias bibliográficas.*

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho y Cs Ss, Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y PhD Visiting en la Universidad de Bologna, Italia; Investigador Asistente CONICET. Profesor de la materia Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Facultad de Derecho – UNC y Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Siglo 21 (UES21). Visiting researcher en las universidades Federal de Minas Gerais (Brasil), Aarhus Universitet, (Dinamarca), de Granada (España), Areandina (Colombia), en la Universidad de Massachussets y Universidad de Harvard (EEUU). e-mail: cristianaltavilla@hotmail.com.

### ***I. Los Mecanismos de Salvaguarda del federalismo: control político vs control judicial.***

Existen dos grandes mecanismos para proteger el principio federal en cualquier federación: por un lado, el diseño institucional de los poderes del gobierno federal está pensado para garantizar una adecuada representación de los gobiernos subnacionales, sobre todo, en la toma de decisiones federales, es decir, en el proceso de formación y sanción de las leyes, en particular, a través de la segunda cámara, la cámara de senadores o el consejo federal. Es en este sentido que MADISON sostenía que la nueva constitución se componía de elementos *nacionales* y elementos *federales* (*The Federalist Papers*, Art. No. 39 - HAMILTON, MADISON y JAY 2001). A este mecanismo se lo denomina *salvaguardas políticas* (*political safeguards*).

Por otro lado, el mecanismo de la *revisión judicial* o de *control jurisdiccional* (*Judicial Safeguards*), también protege el federalismo constitucional. En este sentido, los tribunales en general, y las cortes supremas en particular, se erigen como mecanismos tendientes a proteger el sistema federal, a partir de la resolución de casos puntuales. De ahí que una de las características esenciales en toda federación es la existencia de un órgano “*normalmente judicial*” para dirimir los conflictos entre las partes de la federación (LOEWENSTEIN 1986, HERNÁNDEZ 2011a, 2020, FERNÁNDEZ SEGADO 2003, ANDERSON 2008, CARPIZO 1973, DE VERGOTTINI 2004).

Sin embargo, parte de la literatura constitucionalista – especialmente en Estados Unidos – rechazó la posibilidad de que los tribunales tuvieran competencia para revisar y decidir acerca de los límites de los poderes constitucionales del gobierno federal, en particular del Congreso, sosteniendo que, al estar los estados debidamente representados en el Congreso a través de la Cámara de Senadores, las *salvaguardas políticas* serían suficientes para proteger el federalismo, no siendo necesaria la revisión judicial: “Desde 1954 hasta principios de la década de 1990, algunos autores afirmaron que los tribunales federales no tenían poder para revisar los límites de los poderes enumerados a nivel nacional porque los *casos de federalismo plantean cuestiones políticas*” (CALABRESI y BICKFORD 2011:23).

Si bien la Corte Suprema norteamericana había seguido esta última postura en algunos casos, a partir de la década del 90 cambió su posición al respecto: “Durante los últimos veinte años, una mayoría de cinco jueces ha creído constantemente que la Corte Suprema debe decidir los casos de poderes enumerados, aunque cuatro jueces pueden haber disentido por razones *choperianas*” (CALABRESI y

BICKFORD 2011:24) – esta jurisprudencia comienza con los famosos *leading cases* *Gregory v. Ashcroft* (501 U.S. 452) de 1991, *New York v. United States* (505 U.S. 144) de 1992 y *United States v. Lopez* (514 U.S. 549) de 1995.

Las razones en que se apoya esta última postura son varias: en primer lugar, la distribución de competencias entre niveles de gobierno forma parte de la constitución escrita y, como tal, las leyes del Congreso que no respeten esa distribución (por ejemplo, que amplía indebidamente y, por tanto, inconstitucionalmente los poderes del gobierno federal) caen bajo el escrutinio judicial, tal como sucede cuando el Congreso dicta una ley que afecta un derecho constitucional individual. En segundo lugar, desde un punto de vista histórico, es posible observar que los Tribunales Constitucionales o Tribunales Supremos de los países federales, por lo general comienzan como árbitros del federalismo (*federalism umpires*) y luego se expanden para proteger los derechos individuales, como sucedió en varias federaciones clásicas, como en Estados Unidos, Canadá, Alemania, Australia e incluso el *Privy Council* en Gran Bretaña y sus colonias.

Por otro lado, establecer al Congreso como el único árbitro para dirimir las disputas intergubernamentales sería como poner al zorro a cargo del gallinero (*putting the fox in charge of the hen house*): “A las instituciones políticas de una entidad nacional o transnacional no se les puede confiar con seguridad el poder de determinar el alcance de los poderes nacionales o transnacionales. Si el federalismo y la subsidiariedad son valiosos, como hemos argumentado, entonces deben ser aplicados por una poderosa entidad independiente como una Corte Constitucional o Tribunal Supremo” (CALABRESI y BICKFORD 2011:26).

En tercer lugar, si bien desde un punto de vista democrático se discute que la revisión judicial genera una dificultad contra-mayoritaria, en los casos vinculados al federalismo – que tratan por lo general cuestiones de distribución de competencias – las decisiones contramayoritarias no serían tales si la Corte invalida una ley del Congreso que asegura un derecho individual por la ley en sí misma, sino por su competencia al legislar esa materia – lo que no quita que dicha legislación sea llevada cabo directamente por los estados, si estos así lo deciden.

Se contraponen así una perspectiva procesal (*procedural approach*) contra una sustantiva (*substantive approach*), un choque entre los dos modelos clásicos, el *modelo tradicional de aplicación judicial* de los límites jurisdiccionales categóricos, y el *modelo político* que rechaza el control jurisdiccional sobre los límites del federalismo (GARDBAUM 1996) y, en última instancia, emerge un razonamiento subyacente a esta doctrina, que es la cuestión de la *capacidad institucional* de

los tribunales establecer principios y límites en la estructura federal, es decir, si son capaces institucionalmente de diseñar nuevas reglas que limiten al Congreso y al mismo tiempo limiten a las Cortes (BAKER y YOUNG 2001)<sup>2</sup>.

A nivel de la discusión competencial, lo que se indaga es si el federalismo – entendido como principio general constitucional y, en consecuencia, todos los demás principios que se relacionan o se derivan de él – puede ser distinguido, en cuanto categoría, de otros principios constitucionales, si aquel o estos pueden ser judicialmente aplicados y, si lo fuera, qué aspectos o partes de este caen dentro de esta competencia judicial.

La doctrina del *political safeguards* ha sido desarrollada doctrinariamente por WECHSLER (1954) y CHOPER (1980), y formalmente adoptada por la Corte norteamericana en el caso *Garcia* de 1985, citando expresamente a WECHSLER (1954).

Si bien la doctrina constitucionalista es conteste en que la revisión judicial es necesaria y apropiada para la protección de los derechos individuales, existe un desacuerdo significativo sobre si la revisión judicial es necesaria, o incluso beneficiosa, en el contexto del federalismo (BAKER 2001). Esta doctrina se basa en el argumento de que los estados están adecuadamente protegidos por varios aspectos del proceso político federal y, por tanto, la intervención de los tribunales federales no tiene – o no debería tener - un papel significativo y directo que desempeñar en la demarcación y el cumplimiento de los límites entre los poderes de nuestros gobiernos federal y estatal (BAKER 2001). CHOPER, quien ha dado una mayor sustentación teórica a esta doctrina, sostuvo que los estados pueden cuidarse así solos, y que, en caso de conflicto, no debería interferir un tribunal, sino que deben hacer uso de su capital institucional (PRAKASH y YOO 2001).

La intervención de los tribunales entonces no solo no es necesaria, sino que además es inadecuada (BAKER 2001). Partiendo de una visión *originalista*, WECHSLER (1954) sostuvo que la intervención judicial era *inconsistente* con la visión original de los padres fundadores. De esta manera, cualquier intento por parte del Congreso de usurpar poderes de los estados, podía y debía ser frustrada a través del creciente apelo popular de los funcionarios estatales (KRAMER 2000). Para CHOPER, en cambio, el argumento no es histórico, sino funcional, y se debe a una

2 Este razonamiento puede verse presente en el caso *Garcia*, cuando el *Justice* Blackmun sostuvo “What has proved problematic is not the perception that the Constitution’s federal structure imposes limitations on the Commerce Clause, but rather *the nature and content of those limitations*”.

reconsideración funcional del rol de la Corte, rol en el que no tiene ningún papel en las cuestiones del federalismo (Yoo 1996).

En el caso *García* (1985), la Corte sostuvo que “Aparte de la limitación de la autoridad federal inherente a la naturaleza delegada de los poderes del Congreso reconocidos por el Artículo I, el medio principal elegido por los Constituyentes (*Framers*) para asegurar el papel de los Estados en el sistema federal se encuentra en la propia estructura del Gobierno Federal”. Con esta fatídica sentencia, la Corte Suprema “dio crédito institucional a una rama de la teoría del federalismo cuya fortuna había tenido altibajos desde el inicio de la Constitución”, marcando el final de una lucha de dos décadas por parte del Tribunal Superior sobre la mejor manera de proteger a los gobiernos estatales de la regulación excesiva del Congreso, aludiendo a los puntos de vista de los Constituyentes, sugirió que “se confió en la estructura del propio gobierno federal para proteger los intereses de los estados” (LYONS 2005:609).

Más adelante, este precedente sería dejado de lado por la *Corte Rehnquist*, rejuveneciendo la teoría de la protección judicial del federalismo (Yoo 1996, PRAKASH y Yoo 2001). A partir de los casos *Gregory v. Ashcroft*, *New York v. United States*, *United States v. Lopez*, la Corte avanzó sobre la cuestión del federalismo como una cuestión de fondo, imponiendo límites precisos al poder federal, trazando líneas claras entre los poderes enumerados del gobierno federal y la soberanía de los Estados, ejerciendo así una revisión judicial completa sobre cuestiones relacionadas con la soberanía de los estados y el federalismo (Yoo 1996).

Desde una perspectiva interdisciplinaria entre el derecho constitucional y las ciencias políticas, partiendo de los principios del *Estado de derecho* (como la predictibilidad y la seguridad) y de la *teoría política del federalismo* que resalta la importancia del diseño institucional, donde el sistema federal juega un rol trascendental para la consecución de aquellos valores del Estado de derecho, BEDNAR y ESKRIDGE defienden también esta posición intermedia, que acepta ambos mecanismos, y en la cual la Corte juega un rol trascendental: “Al igual que el Congreso y los estados, la Corte Suprema es una institución cuya búsqueda de objetivos está influenciada por el diseño general del sistema político” (1995:1448).

En este esquema, los autores identifican tres mecanismos de protección: (a) estructuras políticas autoejecutables; (b) mecanismos prácticos de interdependencia institucional y (c) regímenes interpretativos creados judicialmente. El mecanismo judicial presenta ciertas ventajas. En primer lugar, la propia Corte, considerada como un actor más dentro de la constelación, tiene un interés particular en posicio-

narse como árbitro en las disputas entre niveles de gobierno, un “interés institucional en situarse como árbitro de la dinámica del poder nacional”. Este objetivo puede cumplirlo a través de diferentes estrategias, tales como la creación de un régimen interpretativo de reglas y lineamientos que tanto los gobiernos nacionales como los estatales pueden considerar *ex ante* cuando deciden incumplir con las normas del diseño federal. A su vez, los comportamientos oportunistas y elusivos de las partes federadas, deben ser juzgados a nivel nacional, y la Corte en este sentido es el actor mejor situado para llevar a cabo esta tarea (BEDNAR y ESKRIDGE 1995).

Además, el mecanismo judicial garantiza cierta *objetividad* en la decisión, cuestión que en principio no estaría garantizada en los otros mecanismos de salvaguarda del federalismo, en particular el político a cargo del Congreso, porque siempre habrá intereses particulares en juego<sup>3</sup>. En este sentido, la Corte sería un árbitro ideal, porque no tiene intereses en juego. Además, en este mecanismo judicial, el proceso judicial en sí garantiza también dos ventajas: (a) sus observaciones deliberadas y (b) su capacidad para centrarse en un aspecto particular de la conducta. Adicionalmente, la decisión que se toma a favor del sistema federal, puede llegar a ser impopular, lo que no sucedería si la decisión depende de niveles u órdenes electos popularmente, y en cuestiones complejas donde no hay una opinión previamente determinada, la Corte puede aparecer como un actor que ayuda a focalizar los puntos centrales de la discusión (“*a focal point provider*”). Para que este rol puede ser cumplido eficazmente, la Corte tiene que estar libre de sesgos, estar completamente desinteresada y libre de cualquier influencia política, algo que como se sabe no siempre sucede (BEDNAR 2009).

## ***II. El Debate en la Unión Europea y en las federaciones europeas.***

En el ámbito de la Unión Europea, el debate acerca de la competencia de los tribunales para decidir conflictos intergubernamentales vino de la mano con el debate sobre de la *justiciabilidad* de los principios constitucionales, debates que fueron inaugurados con la incorporación explícita del *principio de subsidiariedad* en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

Para garantizar su aplicación efectiva, el Consejo Europeo adoptó en la Cumbre de Edimburgo (diciembre de 1992), un conjunto de “directrices” para ayudar a ga-

3 Jenna BEDNAR (2009) identifica otros tipos de mecanismos, además del político (a cargo del congreso) aquí analizado, como el popular y el intergubernamental.

rantizar que las instituciones comunitarias observen el principio de *subsidiariedad* en sus operaciones diarias. Estas directrices establecían que la legislación propuesta a nivel de la Unión, se requiere la consideración de los siguientes factores: (1) si el problema que se aborda “tiene aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente por la acción de los Estados miembros”; (2) si la falta de acción de la Comunidad “contraería los requisitos del Tratado... o de otro modo dañaría significativamente los intereses de los Estados miembros” y (3) si la medida propuesta “produciría una liberación de los Estados miembros”.

Las directrices también requieren que la Comisión incluya en su exposición de motivos que acompaña a cualquier propuesta legislativa enviada al Consejo (de la Unión Europea) una declaración que justifique... su iniciativa con respecto al principio de subsidiariedad (GARDBAUM 1996:833).

Además, la Comisión emitió un *Informe de Adaptación*, un año más tarde, en noviembre de 1993, como parte de su análisis de subsidiariedad, para cada propuesta legislativa que cayese dentro de la competencia concurrente de la Unión y los Estados miembros; este análisis abordaría, como parte de la exposición de motivos, las siguientes cuestiones: (1) ¿cuáles son los objetivos? de la acción propuesta en términos de las obligaciones de la Unión; (2) cuál es la solución más eficaz al problema identificado, dados los medios disponibles para la Unión y los Estados miembros; y (3) ¿cuál es el valor agregado específico de la acción propuesta y el costo de no actuar? Además, la Comisión publicaría este análisis en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (GARDBAUM 1996:833).

El Protocolo de Ámsterdam también estableció guías para la aplicación del principio de subsidiariedad, siendo casi las mismas que las establecidas en la Cumbre de Edimburgo (GRANAT 2018).

Estos interesantes procedimientos han sido pensados con el claro propósito de que el principio no quedara como una mera expresión de deseos, sino que tuviera una efectividad concreta. Sin embargo, nada se sostuvo acerca de su *justiciabilidad*. Esto ha generado una larga discusión acerca de si los principios constitucionales son o deberían ser judiciales.

El Consejo Europeo, en las conclusiones de la Cumbre de Edimburgo, opinó de manera afirmativa, sosteniendo que el principio de subsidiariedad era un principio *justiciable* por el Tribunal de Justicia Europeo. Sostuvo que si bien “no se puede considerar que el principio de subsidiariedad tenga un efecto directo; sin embargo, la interpretación de este principio, así como el control de su cumpli-

miento por parte de las instituciones comunitarias, *están sujetos al control del Tribunal de Justicia*, en lo que respecta a las materias comprendidas dentro del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” (Consejo Europeo, citado por GARDBAUM 1996:834).

La doctrina que se opone a la *justiciabilidad* parte del supuesto – similar al de la teoría norteamericana del *political safeguard* – de que ello implicaría sustituir el punto de vista judicial por el legislativo en cuestiones de naturaleza política, siendo en consecuencia inapropiado. Esta es, por ejemplo, la postura adoptada por la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, que sostiene que la aplicación del principio de subsidiariedad recae sobre los legisladores, no sobre los jueces, se trata de una cuestión esencialmente política y poner a los jueces en el rol de decidir estas cuestiones, sería erróneo (GARDBAUM 1996:834). En este punto, el argumento es coherente dentro del sistema británico del principio de la supremacía parlamentaria, que no permite siquiera el control de constitucionalidad jurisdiccional de las normas emanadas del Parlamento.

Por otra parte, la teoría receptiva de la *judiciabilidad* del principio puede ser clasificada en dos tipos: Aquella que sostiene la posición *sustantiva*, según la cual el control judicial de la racionalidad legislativa a cargo del Tribunal de Justicia Europeo, recae no sobre la eficacia de la decisión, sino solo si la decisión de las instituciones legislativas es razonable. La otra posición, sostiene que el principio de subsidiariedad debe entenderse y aplicarse como una *restricción procesal* – no sustantiva – en el proceso legislativo; desde esta perspectiva, el rol del Tribunal es analizar si las instituciones legislativas dieron suficiente consideración a la posibilidad de regulación a nivel de los Estados miembros. Esta postura adopta la *posición procesal*.

Este debate ha sido en gran parte resuelto por el “Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality” de 2004, establecido con el objetivo declarado en el propio instrumento de “establecer las condiciones para la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, establecidos en el artículo I-11 de la Constitución, y establecer un sistema de control de la aplicación de dichos principios”. Cabe aclarar que los Protocolos de los Tratados son jurídicamente vinculantes en contraste con las meras declaraciones de los Tratados, que no lo son (FLYNN 2005).

Específicamente, el art. 8 del Protocolo establece:

## Article 8

The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction in actions on grounds of infringement of the principle of subsidiarity by a European legislative act, brought in accordance with the rules laid down in Article III-365 of the Constitution by Member States, or notified by them in accordance with their legal order on behalf of their national Parliament or a chamber of it.

In accordance with the rules laid down in the said Article, the Committee of the Regions may also bring such actions against European legislative acts for the adoption of which the Constitution provides that it be consulted.

La norma, sin embargo, no adopta expresamente una postura acerca de si la aplicación judicial del principio es procesal o sustantiva (FLYNN 2005). Autores como BERMANN (1994) sostienen que la posición procesal permite que el Tribunal de Justicia promueva mejor el respeto por los valores del localismo sin enredarse en juicios profundamente políticos que no está preparado para hacer y que, en última instancia, no es responsable de hacerlo.

A nivel nacional, puede encontrarse también el mismo debate acerca de la justiciabilidad de los principios. Por ejemplo, en Alemania, si bien el Tribunal Constitucional Federal se caracteriza por una larga e inveterada jurisprudencia sobre principios constitucionales del federalismo alemán, en particular sobre el principio de buena fe, también ha reconocido sus límites competenciales a la hora de aplicarlos.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a la declaración de la necesidad por parte del gobierno federal, de legislar sobre aquellas materias que en principio corresponde a los *Länder*, la Corte sostuvo que se trataba de una competencia específicamente política, sobre la cual no podía avanzar. Consideró en este respecto, que “la cuestión de *si existe la necesidad* de una regulación federal es una cuestión del fiel ejercicio de la *discreción legislativa* que es por su naturaleza no justiciable y, por lo tanto, básicamente no sujeta a revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal” (Sentencia del 22 de abril de 1953, 2 BVerfGE 213, 224) (GARDBAUM 1996:834).

Se refería puntualmente al art. 72.2, que recepta implícitamente el principio de *subsidiariedad*, en términos similares a los términos utilizados por el Tratado de la Unión Europea, al sostener que: (1) En el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la

Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa; (2) En las materias del artículo 74, apartados 1 No. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 y 26, la Federación *tiene la competencia legislativa, si y en la medida que sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado* para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica.

Por otra parte, es de rescatar que la jurisprudencia del Tribunal alemán existente hasta el momento, “yendo más allá de los deberes constitucionales normados de manera expresa en la Constitución federal, ha desarrollado con base en ese principio concreto [se refiere al principio de lealtad federal] , deberes adicionales para los estados respecto de la Federación y deberes adicionales de la Federación respecto de los estados, como también restricciones concretas en el ejercicio de las competencias que la Ley Fundamental le ha asignado a la Federación y a los estados” (Sentencia BVerfGE 12, 205, Sentencia de la Segunda Sala, del 28 de febrero, 1961 –2 BvG 1, 2/60, SCHWABE 2009).

En Bélgica sucedió algo similar con el principio de *lealtad federal*. El principio fue recepcionado expresamente en la Constitución de 1993, en el art. 143, el cual dispone: 1. En el ejercicio de sus respectivas competencias, el Estado federal, las Comunidades, las Regiones y la Comisión comunitaria común, actuarán dentro del respeto a la lealtad federal, con objeto de evitar conflictos de intereses; 2. El Senado se pronunciará mediante dictamen motivado, sobre los conflictos de intereses entre las asambleas que legislen por vía de ley, decreto o norma mencionada en el artículo 134, en las condiciones y siguiendo las modalidades que fijará una ley aprobada con la mayoría prevista en el artículo 4, último párrafo; 3. Una ley aprobada con la mayoría prevista en el artículo 4, último párrafo, establecerá el procedimiento dirigido a prevenir y regular los conflictos de intereses entre el Gobierno federal, los Gobiernos de Comunidad y de Región, y el pleno reunido de la Comisión comunitaria común.

El principio fue concebido en términos políticos, y no judiciales, de modo que quedaba expresamente fuera de la competencia de la Corte. Estas cuestiones debían ser resueltas por medio de canales políticos que debían ser diseñados por la legislación ordinaria (RAEIMON NATO 2019, RASSON 2012).

Sin embargo, a partir de 2010 los tribunales comenzaron a hacer aplicación de este principio para suspender e incluso derogar normas federales que menoscabaran el principio de lealtad federal (RAEIMON NATO 2019). Finalmente, con la 6ª Reforma del Estado (*6e Réforme de l'État*) producida en 2012, se convirtió al

principio de lealtad federal en un principio formalmente justiciable, conformando el bloque de constitucionalidad y, como tal, aplicable por el Tribunal Constitucional (MASTROMARINO 2018:19).

En Austria, el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof Österreich) es competente para resolver controversias relativas a los mecanismos de consulta (previsto por la Constitución). Desde que estos mecanismos entraron en vigor en 1999, hasta 2014, no se había recurrido a la Corte, ya que todas las controversias se habían resuelto políticamente. Recién en 2014 el Tribunal Constitucional resolvió un caso donde declaró que la federación había violado el mecanismo de consulta sobre los costos de los cruces ferroviarios para los municipios austriacos (Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de marzo de 2014, F 1/2013-20, BUSSIÄGER 2015:17).

Ciertos textos constitucionales se inclinan por la solución política de las disputas intergubernamentales, antes que la judicial, aunque obviamente sin descartar este último mecanismo. Estos sistemas buscan alentar la solución a través del diálogo entre las partes involucradas, y solo recurrir a la resolución judicial como *ultima ratio* del sistema. Entre otras, se encuentran las constituciones de Italia, Sudáfrica, Suiza, Austria.

Así, la constitución sudafricana “exige expresamente que la legislación nacional debe crear instituciones y procedimientos para el desenvolvimiento de las relaciones intergubernamentales y la solución de controversias. Además, requiere también que los gobiernos resuelvan sus disputas intergubernamentales en los tribunales como último recurso, solo después de haber agotado estos mecanismos” (CHOUDHRY 2020:240). En una lectura exigente, puede sostenerse que estos requisitos constitucionales explícitos de la constitución de Sudáfrica, “la lealtad federal requiere cooperación, coordinación, consulta y agotamiento de todos los recursos antes del recurso judicial para evitar la intrusión en otros. Los actores deben tomar medidas sustanciales para cooperar y coordinarse al aprobar la legislación. Cuando, inevitablemente, surjan conflictos, deben intentar resolver el problema sin interferencia judicial. Llamar a una interpretación que requiere todas las obligaciones sustantivas asociadas con Alemania o Sudáfrica ‘que exige lealtad federal’” (DA SILVA 2020:222).

La Constitución italiana encarga al Parlamento la creación y regulación de formas de coordinación entre el Estado y las regiones, así como también la regulación de otras formas de entendimiento y acuerdos entre los niveles (art. 118.3, constitución italiana).

### **III. Modelos alternativos.**

En la actualidad, prácticamente todas las cortes y tribunales constitucionales han hecho una aplicación extensiva de los principios constitucionales que rigen las relaciones entre niveles de gobierno, por lo que puede concluirse que actualmente predomina en todas las federaciones modernas, la doctrina de *justiciabilidad* de los principios constitucionales.

Este mecanismo de resolución lógicamente no ha desplazado el mecanismo político, que se encuentra en la base de la estructura institucional federal y sin la cual cualquier tipo de federación perdería su esencia misma. Se trata de un mecanismo que complementa a los mecanismos políticos de resolución de conflictos. Sin embargo, la proliferación de sentencias con un fuerte contenido principista ha llevado a un activismo judicial muy importante, al punto que se ha temido una invasión competencial de los tribunales superiores desbalanceando el principio de división de poderes. Este avance de los poderes judiciales se ha puesto de manifiesto en la inclinación hacia la perspectiva *sustancial* del control jurisdiccional, juzgando sobre el contenido de las decisiones, y no solamente sobre el respeto al procedimiento empleado.

Es en función de las críticas a este activismo judicial que recientemente se ha contrapuesto a aquellos dos modelos clásicos, el de la perspectiva procesal (*procedural approach*) y el de la perspectiva sustantiva (*substantive approach*), un tercer modelo que tiene dos características básicas: el *diálogo* (interinstitucional e intergubernamental) y el hecho de que se basan en principios constitucionales (como el de subsidiariedad, solidaridad, o el de lealtad federal).

Así, por ejemplo, en el modelo alternativo propuesto por GARDBAUM denominado *federalismo constitucional* (*constitutional federalism*), se exige que los intereses y la posición de los estados sean considerados y tomados en serio por el Congreso antes de decidir sustituirlos (*preempt*) en la reglamentación de determinadas materias, es decir que se debe asegurar que el Congreso se involucre en este tipo de deliberaciones, donde: (1) considere detenidamente y de *buena fe* la posición y los intereses de los estados y (2) concluya afirmativamente que, en cuanto al fondo, prevalecen las pretensiones de uniformidad y, por lo tanto, justifica la terminación de la autoridad legislativa constitucionalmente concurrente de los estados (GARDBAUM 1996:824/5).

Mientras que el rol de la Corte en este esquema, es el de realizar un *examen cuidadoso* (“*hard look*”), promoviendo la transparencia y la racionalidad en la

toma de decisiones asegurando que la agencia en cuestión haya examinado cuidadosamente todos los factores pertinentes antes de tomar su decisión, y que la misma no haya sido “arbitrarias” o “caprichosas”. Se trata aquí de la perspectiva procesal.

Hasta aquí, como bien advierte el autor, el mecanismo es adecuado, pero no suficiente. Es insuficiente porque el Congreso no tendría límite alguno en su poder de decisión: “En consecuencia, los estados deben tener derecho no solo a una audiencia justa y un proceso racional de toma de decisiones, sino también a *un resultado razonable*; el ‘respeto que se les debe a los Estados como Estados’ bajo el espíritu de la Constitución debe entenderse que tiene una *dimensión sustantiva* en este contexto y no solo *procesal*” (1996:826/7).

Es decir que el rol de los tribunales debiera ser el de hacer cumplir judicialmente las restricciones *deliberativas y justificatorias* a la hora de avanzar sobre poderes concurrentes. Es decir, sumar a la perspectiva procesal, una sustantiva que tenga en cuenta el resultado alcanzado.

Este modelo alternativo intenta asemejarse al modelo europeo estructurado por el principio de subsidiariedad receptado por la Unión Europea. El punto de conexión entre este modelo alternativo con el modelo de *federalismo constitucional* basado en el principio de *subsidiariedad* de la Unión Europea es el precisamente este *principio de subsidiariedad*, es decir, que en ámbitos de competencia concurrente entre el gobierno federal y el estadual (o en el contexto de la Unión Europea, entre la Unión y los Estado miembros), el ejercicio del poder legislativo federal debe entenderse como excepcional o “subsidiario” de la regulación de los estados; en función de ello es que, además, el avance sobre alguna de estas materias, debe estar *debidamente justificado*.

Por su parte Vicki JACKSON refuerza la idea de *diálogo* en la resolución de los conflictos, diálogo que debe ser llevado adelante por los sujetos federales, y promovido por las cortes y tribunales: “Sugiero que los tribunales pueden estar mejor situados como un asunto institucional para tratar de asegurar que otras ramas atiendan consideraciones de subsidiariedad en lugar de hacer los juicios sustantivos directamente” (2014:191).

El punto central es que los tribunales no son, entonces, la única instancia de interpretación constitucional y, por tanto, de decisión sobre cómo debieran resolverse los conflictos. Aunque siga siendo considerada como la más importante, ya no puede ser sostenida como la única. En este esquema, tal como sostiene

JACKSON “Si la doctrina judicial puede ayudar a dirigir la atención legislativa a la cuestión de si existe la necesidad de una legislación federal, eso podría mejorar la calidad del proceso legislativo, en los márgenes, y si suficientes miembros del Congreso lo tomaran en serio” (2014:203).

De esta manera, el rol de la Corte es *invitar e incentivar el diálogo* entre los diferentes actores; esta nueva postura encuadra dentro la tesis de lo que la literatura norteamericana ha denominado el *constitucionalismo democrático* (POST y SIEGEL 2013), donde los jueces no son ya la única instancia en materia de interpretación constitucional, sino que resulta necesario considerar nuevos mecanismos y ámbitos de discusión donde estén involucrados, no solo los actores políticos, sino el propio pueblo (GARCÍA JARAMILLO 2013).

Estas nuevas tendencias no buscan la prevalencia de un sistema de control (político y jurisdiccional) sobre el otro, sino más bien la búsqueda de nuevos mecanismos que permitan un mayor *diálogo*: “el cambio constitucional debe ser dialéctico e interactivo” (GARCÍA JARAMILLO 2013:29). La premisa, justamente, de estas posturas es la de aumentar la legitimidad democrática de la Constitución: “el constitucionalismo democrático examina múltiples prácticas que facilitan una comunicación constante y continua entre los tribunales y el pueblo” (POST y SIEGEL 2013:53).

Es coincidente con una concepción *deliberativa* de la democracia, donde no solo el requisito mayoritario resulta indispensable, sino también de procedimientos donde se plasmen las razones y justificaciones de las decisiones tomadas y de porqué se toman (GARGARELLA 2008, 2012). En una misma línea argumentativa, Vicki JACKSON (2014) propone una mirada alternativa a la de CALABRESI y BICKFORD 2011 – quienes se apegan a la idea de la intervención judicial como principal herramienta para defender y garantizar el federalismo – al sostener que el federalismo debe ser entendido como un sistema que se basa en múltiples centros de poder que descansan en la responsabilidad democrática (“*democratic accountability*”), con amplias áreas de poderes concurrentes y oportunidades para el diálogo entre los diferentes niveles de gobierno.

Por ello, las decisiones judiciales deberían ser más proclives a declarar como principio la concurrencia de jurisdicciones antes que la prevalencia de la ley federal sobre la estadual, y promover de esta manera una democracia constitucional dentro de los Estados (JACKSON 2014). Es decir, superar una visión dual de suma cero, que resuelve la cuestión en el ámbito de la validez, que decide la vigencia y continuidad de una norma sobre la otra, dejando de existir, por una *dialógica, cooperativa*, que busca el acuerdo y la decisión conjunta.

#### ***IV. El Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de controversias interjurisdiccionales.***

¿Cuál ha sido el rol asumido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina respecto de los conflictos intergubernamentales? En las últimas décadas, la Corte Suprema de Justicia argentina ha emitido una serie de importantes fallos cuyo contenido puede justificar la aseveración del inicio de un nuevo período, de un nuevo *federalismo judicial* en Argentina. Se trata de un conjunto de sentencias que han identificado, interpretado y aplicado diferentes principios constitucionales sobre el sistema federal, al mismo tiempo que han definido y precisado el rol de la Corte en este tipo de controversias.

En esta tarea, la Corte ha asumido un rol de “guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución”, rol que la propia Corte ha reconocido a través de sus precedentes desde antaño.

En uno de sus más recientes precedentes, en el caso “Shi c/ Municipalidad de Arroyito” de 2021<sup>4</sup>, el Ministro Ricardo Lorenzetti (en su voto propio) explicita de manera concreta el particular rol de intérprete que tiene la Corte a la hora de dilucidar un conflicto, sosteniendo, por un lado, que “la tarea judicial consiste en *establecer un diálogo* entre [los principios constitucionales en pugna] (arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), de modo que la *interpretación sea coherente y armónica* (Fallos: 186:170; 296:432), considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni)”, y que la “La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una *reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico*, a posteriori de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de *una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable* (art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación)”.

Por otro lado, en lo que se refiere a los sujetos destinatarios de estas resoluciones – en el caso, los sujetos federados – tienen que ajustar su accionar a estas interpretaciones: “ello importa también que, todos los niveles – Nación, Provincias o Municipios – se ajusten a los criterios constitucionales establecidos por esta Corte Suprema (CSJ 567/2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de

4 CSJN (2021), “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (CSJ 1751/2018/RH1), sentencia del 20 de mayo de 2021.

Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 4 de mayo de 2021, voto del juez Lorenzetti, considerando 7º)”<sup>5</sup>.

En este análisis, la Corte debe cumplir “con su función de *interpretar de modo coherente* la legislación para hacerla *compatible* con el modelo federal que la Constitución Nacional consagra. En esta tarea, es necesario integrar la cláusula general de la Constitución con criterios legales generales que ordenen las conductas hacia la concreción de su específica aplicación”. En este examen, se aplica un “escrutinio riguroso” (citando a Jon Elster), determinando, en primer lugar, si en el caso existe una antinomia de reglas o una colisión de principios, adaptando la *doctrina de la ponderación* de Robert ALEXY (1993) – aunque no lo cita expresamente. En este punto cabe agregar que el voto mayoritario si bien no hace esta diferenciación entre reglas y principios, realiza en definitiva el mismo análisis.

Los principios – sostuvo en su voto – constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial (Fallos Ponce 2005, y Shi 2021).

Una característica común a estos últimos precedentes ha sido la consideración de las causas siguiendo un orden lógico en el análisis que parte de la consideración de la cuestión competencial (dentro de la cual generalmente analizan los principios constitucionales del federalismo), seguido por el análisis de la razonabilidad y finalmente el principio de legalidad – ejemplo concreto ha sido el fallo en “CABA c/ Gobierno Nacional” de 2020. En el caso “Shi”, en su voto el Ministro Lorenzetti avanzó primero con el análisis de las competencias entre la Nación, las provincias y el municipio en relación a la cuestión debatida en el caso, y luego pondera la colisión de los principios invocados.

Estos principios, por su propia naturaleza, exigen una tarea por parte de la Corte de *completar* y de *compatibilizar* los principios. Como bien reconoció en su voto, “Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie, inacabada* y susceptible, por lo tanto, de ser *completada*”; por otro lado, los principios son “un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de

5 CSJN (2021), “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (CSJ 1751/2018/RH1), sentencia del 20 de mayo de 2021, Voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 7º, 9º párr.

un modo *compatible* con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación”<sup>6</sup>.

De esta manera, la Corte *identifica* los principios aplicables, los dota de *contenido* y los compatibiliza, a través de un *escrutinio riguroso*, con la normativa supraconstitucional vigente, y los *pondera*, en caso de identificar una colisión entre estos. Al tratarse de un sistema federal, coexisten diferentes sistemas jurídicos que no siempre estarán de acuerdos o alineados; allí emerge, entonces, el rol de la Corte para, a través de la interpretación, armonizarlos, compatibilizarlos y ponderarlos. Esta *tarea de compatibilización* también fue expresada en la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 2017<sup>7</sup>, sobre materia ambiental, sosteniendo al respecto<sup>8</sup>.

En “Nobleza Piccardo” (2015) igualmente analizó la coexistencia de diferentes legislaciones sobre la misma materia (en el caso, materia de salud y salubridad), sosteniendo que en el análisis “...dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, solo resta analizar si existe una *incompatibilidad* absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera”<sup>9</sup>. Allí se analizaron los principios en colisión, que eran “...El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor”, todos los cuales “constituyen una *estructura de principios* suficiente para sustentar la competencia concurrente” entre ambos niveles, por un lado, y declara que el solo hecho de que la regulación sea diferente, no significa sin más la anulación de la legislación local”<sup>10</sup>. Requiere por tanto una ponderación entre lo que persigue esa legislación y la naturaleza de los derechos en juego.

6 Ídem, Cons. 7°, 8° párr.

7 CSJN (2017), “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de aguas”, (Fallos 340:1695) sentencia del 1 de diciembre de 2017.

8 “En el sub examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de ‘compatibilización’, que no es una tarea ‘natural’ (porque ello significaría ‘obligar’ a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente ‘cultural’” (Cons. 7°, 2° párr.).

9 CSJN (2015), “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (Fallos 338: 1110), Sentencia del 27 de octubre de 2015, Cons. 12, voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 7°, 9° párr.

10 CSJN (2015), “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (Fallos 338: 1110), Sentencia del 27 de octubre de 2015, Voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 12°.

Específicamente en materia de federalismo, en la Causa “Telefónica c/ Municipalidad de Güemes” (2019), en su voto, el Ministro Lorenzetti identificó “*un principio de interpretación* sobre el diseño institucional del país, basado en la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa”<sup>11</sup>.

Esta jurisprudencia no es nueva. Ya en la causa “Brizuela c/ Swift de La Plata” de 1976, especificó cuál era el rol de interpretación la Corte: “*es función primordial de la Corte Suprema interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa*”<sup>12</sup>.

La tarea de *determinar* cuál es el *significado* y *alcance* de estos principios, tiene como finalidad que sean plenamente operativos. Estos principios identificados por la Corte, estén explícitos en la Constitución o se deriven implícitamente – no son meras recomendaciones, ideas de deber ser o ideales abstractos: “la incorporación al texto constitucional de esos principios generales, lejos de ser meras expresiones de voluntarismo o de ingenuidad política, configuran criterios o postulados a los que el legislador, así como la Nación y las provincias, deben ajustarse imperativamente”<sup>13</sup>. Estos principios representan un “imperativo categórico” que las partes tienen que respetar y cumplir, y que “no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal”<sup>14</sup>.

A lo largo de estas consideraciones, es posible advertir que la Corte no ha vacilado en definir y reafirmar su rol institucional como órgano encargado de dirimir los conflictos entre las partes de la federación, rol que no se circunscribe a la resolución del caso concreto traído a su conocimiento, sino que ha ido más allá, analizando el problema de fondo y estableciendo guías de acción para futuro. Esto ha dado lugar a la creación de sentencias “exhortativas”, especie del género de las sentencias “atípicas” que han proliferado en la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales de la gran mayoría de los países occidentales.

11 CSJN (2019), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, (Fallos 342:1061) sentencia del 2 de julio de 2019, voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti.

12 CSJN (1976), “Brizuela, Pablo César c/ S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata” (Fallos: 296:432), sentencia del 23 de noviembre de 1976.

13 CSJN (2015), “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” (Fallos 338:1356-1361) sentencia del 24 de noviembre de 2015, Cons. 39, 7º párr..

14 *Ibidem*.

### V. Jurisdicción constitucional y sentencias “exhortativas”.

Tradicionalmente, en el derecho procesal y particularmente en el derecho procesal constitucional, las sentencias se clasifican en sentencias *estimatorias* (que recepta positivamente la pretensión de una de las partes de impugnar la constitucionalidad de una norma o acto) y *sentencias desestimatorias* (aquellas que rechazan el pedido de declaración de inconstitucionalidad del precepto o norma), independientemente de los efectos, lo cual dependerá del sistema de control de constitucionalidad adoptado (efectos *inter partes* o *erga omnes*, *ex tunc* o *ex nunc*). Estas sentencias pueden denominarse sentencias “clásicas”. Resuelven el conflicto traído a colación por las partes litigantes. Esto responde a un principio liminar del Derecho, que es que los jueces deben resolver los litigios, aun cuando existan lagunas normativas, la cuestión no esté regulada correctamente o directamente no haya regulación sobre el punto.

Es lo que en el derecho procesal se denomina “atribución impuesta”, y se trata de una exigencia legal para el magistrado quien tiene la obligación de pronunciarse ante el requerimiento del justiciable: “se presenta como un poder-deber de ejercicio obligatorio, por cuanto no puede dejar de resolver so pretexto de silencio u obscuridad de la ley. El actor o demandado efectúan una petición, el juez debe proveer necesariamente a ella, aunque sea para expresar que no se ajusta a derecho o que debe ser desestimada o corregida” (RODRÍGUEZ JUÁREZ 2021) – Esta obligación está receptada en términos expresos en el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 887 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, en las últimas décadas, ha surgido otro tipo de sentencias, que por diferir sustancialmente en su resolución con estas sentencias *clásicas* – es decir, que en definitiva no estiman ni desestiman la pretensión de las partes – han sido denominadas como “atípicas” (o también, “interpretativas” o “intermedias”).

Ello se debe a diferentes factores, fundamentalmente por la “avalancha” de causas y cuestiones que los tribunales tienen que examinar y resolver y por el hecho de los tribunales constitucionales son los únicos que en definitiva pueden definir y determinar lo que se entiende por control político, o cuándo una causa entra dentro de la categoría “cuestión política”, pudiendo en consecuencia darle un significado extensivo o restrictivo, lo que dependerá de las diferentes conformaciones del tribunal y los contextos en los que se desenvuelve; en este sentido, “el único límite parece estar representado en el *Self-restraint*” (PEGORARO 2020).

En este activismo y expansión de la actividad judicial se observa también un esfuerzo por parte de los tribunales de conservar en la medida de lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, en una manifestación de respecto o cortesía a los otros poderes (principio de “cortesía constitucional” o de “deferencia razonada”), pero también por razones pragmáticas y de funcionalidad, para no generar vacíos normativos que tienen un alto costo jurídico y social (SAGÜÉS 2006) y, también, político.

Esta gran variedad de supuestos con que se han encontrado los tribunales constitucionales de los diferentes países demostraron rápidamente las limitaciones del esquema *kelseniano* sobre la simple alternancia “estimatoria-desestimatoria” (PEGORARO 2020:231). Las primeras experiencias comienzan a surgir por la acción de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, Italia, España y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (NOGUEIRA ALCALÁ 2004), siendo paradigmáticas en este sentido, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana y del Tribunal Constitucional alemán.

Desde el punto de vista jurídico, la justificación de estas sentencias atípicas puede sustentarse en dos grandes principios jurídicos: por un lado, el principio de “*cortesía constitucional*” o de “*deferencia razonada*”, que se traduce en la exigencia de un respeto y cortesía mutuo entre los poderes del Estado y, fundamentalmente, el respeto a los ámbitos competenciales de cada uno, al ámbito de reserva que cada poder tiene asignado por la Constitución (NOGUEIRA ALCALÁ 2004:135). A ello cabe agregar, además, en un Estado de estructura federal, el respecto a la distribución territorial y funcional de competencias entre niveles de gobierno.

Por otro lado, el principio constitucional de “*conservación normativa*” (también denominado “conservación del derecho”, “presunción de constitucionalidad de los actos legislativos”), según el cual, la interpretación constitucional debe partir de la buena fe, presumiendo de antemano la constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio* del sistema, en cuanto que, como acto, reviste gravedad institucional<sup>15</sup>.

15 En el leading case “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa” (Fallos 324:3219), sentencia del 27 de septiembre de 2001, la Corte sostuvo que “La declaración de inconstitucionalidad es -según conocida doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesi-

En este tipo de sentencias, el magistrado intenta encontrar un equilibrio entre los valores y principios constitucionales en juego, la solución que *cause menos daño al ordenamiento jurídico* y, al mismo tiempo, *sea compatible con la fuerza normativa de la Constitución* y los *derechos fundamentales*<sup>9</sup>, evitando de esta manera, el vacío normativo (NOGUEIRA ALCALÁ 2004).

En principio se puede sostener que este tipo de sentencias cuadran dentro de la competencia del tribunal y no invaden la competencia de otros poderes (o niveles de gobierno), pero ello dependerá en realidad de cuán intensa sea exhortación: si solo incluye recomendaciones, indicaciones, sugerencias o simples propuestas, o bien si llegan a elaborar directrices mucho más terminantes y contundentes, o incluso estableciendo plazos para ser cumplidas, lo que en los hechos condiciona las competencias del poder legislativo (SAGÜÉS 2006). Podría hablarse así de un *continuum*, de una línea continua que va desde la no intervención, que equivale a simplemente dar una opinión sobre el caso, hasta situaciones más extremas, que eliminan la norma cuestionada y la reemplazan con otra regulación que a consideración del tribunal es conforme a la constitución.

Entre estos dos polos, se pueden ubicar diferentes tipos de sentencias exhortativas, que SAGÜÉS (2006), siguiendo especialmente la experiencia del derecho comparado, clasifica en: (a) *Sentencia exhortativa “de delegación”* (se declara la inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución); (b) *Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”* (constata que una norma es inconstitucional y, sin invalidarla, impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, modificando el régimen legal vigente); (c) *Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria* (reputa *provisoriamente* constitucional a la norma, pero advierte que puede dejar de serlo pronto, o que es del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, agregando incluso pautas de contenido).

Otros autores hablan también de sentencias “orientadoras” (ÁBALOS 2021) o de “consejo constitucional” (AMAYA 2018), que se trataría de intervenciones más superficiales y no tan invasivas. Por ejemplo, un consejo constitucional es “una

dad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas). Es por ello que con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3° y sus citas)” (Cons. 10).

orientación, invitación, o base de acción, sin ninguna eficacia legal, más allá de la buena intención pedagógica del Tribunal, la cual, por supuesto, podría haberse logrado también por otros medios” (AMAYA 2018). En una sentencia orientadora, como la propia Corte lo declaró, “no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional” (ÁBALOS 2021).

A esta clasificación cabría agregar la *sentencia exhortativa “por omisión”*, que sería aquella sentencia donde el Tribunal detecta un incumplimiento manifiesto de una manda constitucional y, en consecuencia, *insta* (o en algunos casos, *ordena*) su cumplimiento, y sentencias exhortativas de *intervención política*, por las cuales se ordena la intervención de los poderes políticos (ejecutivo y/o legislativo) sobre determinados asuntos de naturaleza económica, social, ambiental, etc, mediante políticas públicas, regulaciones normativas, etc..

Se puede así entonces ubicar en el punto menos invasivo a las opiniones u orientaciones, que no tienen efectos legales, e incluso ni siquiera resuelven el caso, hasta una posición más radical, punto en el que se podría ubicar a las sentencias manipulativas “sustitutivas”, las que, en palabras de SAGÜÉS (2006), representan la “manifestación más dura (y por ende, muy discutible) del poder legislante positivo de un Tribunal Constitucional”, ya que aquí el tribunal destruye la norma calificada de inconstitucional y, además, la reemplaza por otra regulación que considera conforme a la Constitución (2006:193). Este tipo de sentencias a su vez puede adquirir diferentes modalidades, pudiendo identificarse la sentencia manipulativa *aditiva* o *sumatoria*, la sentencia manipulativa *sustractiva* y las *sentencias manipulativas mixtas* (SAGÜÉS 2008) – una muestra más de que la cuestión de las sentencias atípicas sigue siendo un tema de amplio debate en la doctrina y que muta constantemente, inserto dentro de una disciplina además en constante auge y en permanente enriquecimiento como lo es el Derecho Procesal Constitucional.

## ***VI. La resolución de conflictos intergubernamentales por parte de la Corte Suprema a través de las denominadas sentencias exhortativas.***

Hasta principios del nuevo milenio, estas sentencias no eran frecuentes en el derecho judicial argentino. Uno de los primeros precedentes en adoptar esta mo-

dalidad fue el caso “Verbitsky”<sup>16</sup> de 2005 (SAGÜÉS 2006), seguido por otros importantes casos como Rosza<sup>17</sup> de 2007, Halabi<sup>18</sup> de 2009, y las más recientes “Uriarte”<sup>19</sup> de 2015 y “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>20</sup> de 2021 – en este último, ordena la sanción de una nueva ley del consejo de la magistratura, estableciendo un plazo de 120 para que el Congreso la dicte, rigiendo mientras tanto la ley anterior, reputada constitucional por la Corte.

En el ámbito federal, puede encontrarse una serie importante de sentencias que van un poco más allá de la identificación del vacío normativo y la “denuncia” a la inactividad del poder obligado a cubrirlo – con la consiguiente *exhortación* a hacerlo; también identifica el problema de fondo en el que se inserta el caso, resuelve el caso y establece guías para resolver aquel problema de fondo e invita a las partes a que ellas resuelvan el problema a través del diálogo y la negociación.

Se puede identificar así dos grandes supuestos: En algunos casos se trata de omisiones constitucionales – por ejemplo, la no sanción del régimen de coparticipación que ordena la constitución – pero en otros casos, se trata de conflictos de naturaleza política entre sujetos de derecho público dotados de soberanía<sup>21</sup>, que se encuentran en un pie de igualdad – nación y provincias, o provincias entre sí – conflicto cuya resolución exige, por un lado, que el tribunal asuma un rol dis-

16 CSJN (2005), “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, (Fallos: 328:1146), sentencia del 3 de mayo de 2005.

17 CSJN (2007), “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, (Fallos: 330:2361), sentencia del 23 de mayo de 2007.

18 CSJN (2009), “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, (Fallos: 332:111), sentencia del 24 de febrero de 2009.

19 CSJN (2015) “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro C/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos: 338:1216), sentencia del 4 de noviembre de 2015.

20 CSJN (2021) “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080 -dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 16 de diciembre de 2021.

21 En varios precedentes, la Corte Suprema argentina ha hablado de la “soberanía” provincial; así, por citar solo los más precedentes (respecto de los fallos más antiguos donde emplea también el término soberanía, ver ALTAVILLA 2009), en Shi, dijo que “las provincias [...] conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional” y en el mismo fallo, el voto del Ministro Lorenzetti, “En este sentido, es principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente “darse leyes y ordenanzas de impuestos locales de policía [...] y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional” (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7°, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240)” (Cons. 9), cita que toma del presente “Nobleza Piccardo”, Cons. 10; en el fallo “Esso”, se refirió a la “soberanía local”.

tinto al de un tribunal jurisdiccional que aplica derecho positivo, y por el otro lado, que las propias partes le den término definitivo, ya que la resolución definitiva del conflicto queda en manos de ellas, no de la Corte.

Cabe traer a colación, en primer lugar, el importantísimo precedente sentado en el fallo “La Pampa c/ Mendoza” del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), donde la Corte hizo una exégesis, por primera vez (ALTAVILLA 2009), del art. 127 (107 en la numeración original) de la Constitución Nacional. El art. 127 prescribe que “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

El artículo hace referencia a una función especial encomendada a la Corte Suprema, donde no actúa como tribunal que aplica derecho positivo, sino más bien como un árbitro que dirime conflictos políticos entre sujetos de derecho público: “Que de lo expuesto, cabe concluir que los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 [actual 127] de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. No se trata de una ‘causa civil’ en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia, por ejemplo la ley 48 o el decreto-ley 1285/58, y tal como la concibió la jurisprudencia de esta Corte, ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional; *la competencia originaria en estos casos requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía*. Estas cuestiones, *de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones políticas entre los estados* (Fallos: 166:358, dictamen del Procurador General, Dr. Horacio R. Larreta), requieren para su solución que *se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio*” (Cons. 69).

Se trata de la denominada “jurisdicción dirimente” de la Corte, una función esencialmente distinta a la función judicial. En este sentido, tiene especial interés el voto del Dr. Carlos Santiago Fayt en este importante precedente, quien procuró precisar con mayor detalle y análisis esta especial competencia de la Corte: “Que ésta es, finalmente, la ocasión de efectuar algunas precisiones doctrinarias sobre la índole de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de justicia de la Nación, que como señaló es muy diversa a la establecida por los artículos 100 y

101 para su actuación como tribunal de justicia. *Dirimir* no es *juzgar*, y por ello es función que si la Constitución Nacional confió a jueces, lo fue en razón no de la índole de la tarea sino de una preferencia del constituyente en el reparto de tareas que efectuó. En las acepciones que nos interesan, *juzgar* es “deliberar, quien tiene autoridad para ello acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en cualquier asunto, y sentenciar lo procedente”; *dirimir* es “ajustar, fenecer, componer una controversia” (Academia). El art. 109 de la Constitución Nacional que crea este peculiar y precioso sistema para “ajustar, fenecer, componer” controversias entre provincias, asegurando así la paz interior, tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. La toma Alberdi de la Constitución de Mora Grande y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leve variante en un término” (Cons. 5°).

La Corte es, en estos supuestos, un “órgano de esa conciliación”, y tiene como tarea principal concientizar a las partes, “a cobrar cabal conciencia de que son partes de una misma Nación, y que por ello importará más en definitiva a sus intereses la solución en común de sus problemas que la satisfacción de sus pretensiones primarias” y por ello, el “mayor provecho que puede generarse de tal conciencia es la comprensión de las ventajas de la elaboración de un proyecto en unión que satisfaga a ambas partes y de sumar sus esfuerzos en la realización de dicho proyecto” (Cons. 5°).

En este fallo, la Corte precisó que “Consiste en una función política y no judicial, que surge tanto por la naturaleza de la causa como por la de las partes intervinientes, por la que se dirime una contienda que exige una decisión de naturaleza política y diplomática” (ALTAVILLA 2009:120).

En esta tarea, la Corte debe recurrir, no al derecho positivo interno, pues allí no encontrará la solución al caso, sino en normas del *derecho de gentes*, normas del constitucional nacional o comparado, en los principios del derecho internacional y en lo que lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha denominado el “*common law federal*”.

La Corte en esta causa – donde se disputaba el aprovechamiento de un río interprovincial que atraviesa a las provincias de Mendoza y La Pampa, originado por el uso excesivo de la primera que privaba de agua suficiente a la segunda – insta a las partes a dialogar, a llegar a un acuerdo a través del diálogo. Rescata la importancia de la negociación y del diálogo interjurisdiccionales, con importantes citas de los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

“Así, sostuvo que la Corte Suprema de los Estados Unidos: ‘Los convenios y los acuerdos mutuos deberían, en lo posible, ser el medio de solución en lugar de la invocación de nuestra potestad jurisdiccional’” (Cons. 134 *in fine*). En su parte resolutive, el fallo concluye resolviendo lo siguiente: “[...] 3) *exhortar* a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en esa sentencia”.

En una causa muy similar, suscitada entre la provincia de Buenos Aires y la provincia de Santa Fe<sup>22</sup> (donde la primera reclamaba la prohibición a la segunda de ejecutar obras que alteraban el escurrimiento natural de las aguas de la Laguna La Picasa, compartida por ambas provincias) la Corte acoge el reclamo fundado en la competencia que le confiere el art. 127. Aquí será el Ministro Carlos Rosenkrantz quien, en su voto en disidencia (parcial), dará precisiones conceptuales sobre la competencia dirimente: “el poder a ella otorgado por el art. 127 de la Constitución se despliega exclusivamente como *respuesta institucional* a la necesidad de dar solución a un conflicto entre provincias”.

Más adelante, en la causa “Santa Fe c/ Estado Nacional” de 2015, la Corte, remitiéndose nuevamente al precedente de fallos 310:2478 (La Pampa c/ Mendoza), sostendrá que “[...] es dable considerar la *trascendencia institucional* de este pronunciamiento y las particulares características de la jurisdicción que se insta a ejercer a la Corte Suprema a través de la demanda incoada, en las que el Tribunal no puede ceñirse a las previsiones legales aplicables a los comunes reclamos por el cobro de una suma de dinero (Fallos: 310:2478, considerando 69). La *naturaleza de la cuestión* sometida a decisión, que concierne a las relaciones políticas entre los Estados, y en particular al complejo régimen de la Coparticipación Federal de Impuestos, requiere para su solución que el Tribunal ejerza las facultades que supone la trascendente misión de resolver los conflictos interestatales; máxime cuando es sino uno de los Estados parte”.

A lo largo de este fallo, la Corte resalta la importancia de los pactos fiscales, que integran el llamado *derecho intrafederal* (ver ALTAVILLA 2020c).

Aquí la Corte identifica un serio problema de fondo, que es la omisión constitucional al no cumplir con la manda constitucional de elaborar un nuevo régimen

22 CSJN (2019), “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-”, (Fallos: 342: 2136), sentencia del 3 de diciembre de 2019.

de coparticipación, tras casi 19 años de la reforma constitucional, y que si bien reconoce la complejidad de sancionar este nuevo régimen, ello no es excusa que justifique el incumplimiento de la Constitución.

Por ello, la Corte *exhorta* a las partes obligadas a cumplir con las tareas y roles encomendados por la Constitución Nacional, exhortación que se impone con el fin de consolidar el proyecto federal de la Constitución, proyecto que se encuentra ya en la constitución primigenia y reivindicado por los convencionales constituyentes en el año 1994, en cumplimiento del fortalecimiento del régimen federal que les fue encomendado por la ley de declaración de la necesidad de reforma constitucional (artículo 3°, apartado A, ley 24.309), producto del acuerdo entre las principales fuerzas políticas del país (“Santa Fe”, Cons. 39, 3° párr.).

Este rol trascendental de la Corte lo ejerce incluso cuando la normativa cuestionada ya no está en vigencia o bien si no es competente para resolver el asunto. En el primer supuesto, la Corte se expidió con posterioridad a la caducidad de la normativa cuestionada (en el caso, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 241/2021 por el cual se dispuso la suspensión de clases presenciales hasta el viernes 30 de abril de 2021, cuando el fallo de la Corte se emitió el día 4 de mayo): “Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento. Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas “Acuerdo para el Bicentenario”, Fallos: 340:914; “Ríos”, Fallos: 310:819; “B.A.”, Fallos: 324:4061)” (Cons. 28).

La Corte aprovecha la oportunidad para determinar pautas de comportamiento a futuro, tanto por la importancia institucional del tema en juego como por la posibilidad de que vuelvan a repetirse en el futuro: “En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe *orientar*, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de *dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional* en el marco del federalismo argentino”.

En este tipo de sentencia *orientadora* (ÁBALOS 2021), la Corte fija criterios y pautas de actuación, conforme a principios constitucionales que la propia Corte identifica y explica en el fallo, dotándolos de contenido (tales como el principio de buena fe federal o de lealtad federal y el de cooperación, etc.).

En el segundo caso, la Corte resolvió en la causa “Municipalidad de Castelli c/ Provincia de Buenos Aires” de 2022<sup>23</sup> - donde el municipio reclamaba a la Corte la declaración de inconstitucionalidad de la Constitución provincial, por cuanto no se adecua a la normativa federal en materia de autonomía municipal (art. 123, CN), es decir, por incumplimiento por omisión, y permita al municipio, sancionar su propia Carta Orgánica – que si bien “la presente causa *es ajena a la competencia originaria* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ejerció pese a ello, su rol interpretativo, acudiendo a la hermenéutica y aplicación del derecho público provincial, “interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la provincia demandada ha querido darle”, trayendo a colación todos los fallos de la Corte donde reforzó la autonomía municipal. La Corte aquí ni siquiera resuelve el caso (el fallo no tiene, literalmente, parte resolutive), sino que *identifica el problema* y da pautas a las partes involucradas sobre cómo deben actuar y cómo deben resolver ese conflicto.

En una causa muy similar, en el fallo “Las Colonias”<sup>24</sup> de 2020, que llega a la Corte por vía de apelación (mediante recurso de Queja), y en la que también se discute la adecuación de la constitución de la Provincia de Santa Fe a los nuevos estándares fijados por la Constitución Nacional en el art. 123 respecto de la autonomía municipal, reconoció el máximo tribunal que “La falta de adaptación de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, vigente desde 1962, al standard del art. 123 de la Constitución Nacional, importa -entre otras consecuencias- mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la que es materia de análisis en la causa, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía”. En consecuencia, exhorta a las autoridades provinciales a adecuar su normativa interna las nuevas disposiciones constitucionales.

23 CSJN (2022) “Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal)”, sentencia del 10 de febrero de 2022.

24 CSJN (2020) “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asoc. Pers. Munic. las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festrab y otros s/ acción de amparo”, (Fallos: 343: 1389) sentencia del 29 de octubre de 2020.

Si bien esta resolución no tiene efectos vinculantes para la provincia (que ni siquiera era parte en la causa), la Corte fija una postura clara sobre la temática en consideración (fortalecimiento del federalismo y la autonomía municipal), alentando a los actores involucrados (en el caso, la Provincia de Santa Fe) a cumplir con los objetivos y valores constitucionales, y contribuye así a reforzar la seguridad jurídica, a través de pautas claras sobre cómo resolverá, a futuro, causas similares.

En este conjunto de sentencias dictadas en los últimos siete años (2015-2022), pueden identificarse sentencias que se ubican en diferentes puntos del *continuuus* entre la mera opinión constitucional u orientación y las sentencias manipulativas sustitutivas – entendidas como la expresión más extrema del tribunal constitucional – ya que la casuística es bastante variada y las decisiones tomadas en cada una de ellas, muy disímiles; pero aun así, es posible también en encontrar algunos elementos comunes, a saber: (a) identifica, reconoce y analiza el *problema de fondo* en la cuestión debatida; (b) muestra *deferencia* a los demás poderes y partes involucradas; (c) Instar al diálogo a las partes involucradas (no solo en el proceso puntual, sino a todas las partes de la sociedad que tienen competencia o responsabilidad en la resolución del conflicto); (d) Exhorta a las partes a cumplir la constitución y los objetivos que esta declara; (e) Establece guías de actuación a futuro.

(a) La Corte reconoce y analiza el *problema de fondo* en el cual se inserta el caso bajo estudio. Un ejemplo paradigmático en este sentido, ha sido el voto del Ministro Lorenzetti en la causa *Esso c/ Quilmes* de 2021<sup>25</sup>, donde se discutía la potestad tributaria municipal. En su voto, hace una amplia e interesante relación sobre la situación general de todos los municipios del país en el aspecto económico-financiero: “en la audiencia pública celebrada en este expediente quedó en evidencia la preocupante situación financiera de los municipios, ya que se incrementaron sus funciones y se disminuyeron sus recursos” (Cons. 7°).

A partir de ello, sostuvo que: “En numerosos casos, esta Corte Suprema tuvo que resolver conflictos derivados de la insuficiencia de recursos de las provincias, que hace que ellas aumenten las cargas tributarias en procura de mayores ingresos. En el mismo sentido, si los municipios no reciben recursos adecuados también aumentan las cargas, distorsionando así todo el sistema fiscal, con la consecuente sobrecarga tributaria hacia los contribuyentes. Las circunstancias re-

25 CSJN (2021), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa*”, sentencia del 2 de septiembre de 2021.

feridas en dicha audiencia, acerca de la falta de correspondencia entre las funciones asignadas a estos entes y los recursos con los que cuentan para llevarlas adelante, requieren un serio debate parlamentario y deben ser contempladas por los demás actores del federalismo”.

Si bien en el caso concreto se analizaba la legitimidad del municipio de establecer un tributo local que, en principio, excedía su competencia (tanto funcional como territorialmente) conforme a los términos de la demanda interpuesta por la parte actora, la compañía petrolera Esso, el fallo va mucho más allá y analiza un problema de política fiscal, más que de derecho tributario o de mera legalidad de la cuestión debatida – aclarando que aquel escenario de incumplimientos constitucionales por parte de los niveles superiores no constituye una habilitación para crear tributos por fuera de los límites constitucionales impuestos a los gobiernos locales. Pero es precisamente este escenario el que habilita la intervención de la Corte y hace necesaria su resolución al caso concreto (“Esso” 2021, voto Ministro Lorenzetti, Cons. 8°).

En el fallo Santa Fe (2015), la Corte también hace una consideración general de las relaciones fiscales nación-provincia y su situación en las últimas cuatro décadas, analizando el reclamo puntual de la provincia (que era concretamente la anulación de una decisión unilateral del gobierno federal de detraer recursos coparticipables a las provincias para financiar al organismo federal de recaudación – AFIP) dentro de ese contexto más general – y, como en los demás casos, el denominador común sigue siendo el incumplimiento de mandatos constitucionales precisos y categóricos: habiendo “transcurrido casi diecinueve años desde la fecha fijada en la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal” y que la dificultad para lograr el acuerdo “no pueden resultar un justificativo para un *inmovilismo* que ya supera ampliamente los tres lustros y que conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994”.

En el fallo Bazán (2019) hace una consideración sobre todos los fallos de la Corte donde se han advertido serios problemas de funcionamiento del federalismo argentino, debido, entre otras muchas causas, al incumplimiento del texto constitucional: “Que esta Corte Suprema ha advertido sobre los graves desajustes institucionales que emergen de la demora excesiva e injustificada por parte de los poderes constituidos federales o provinciales en cumplir con mandatos de hacer establecidos en normas constitucionales estructurantes del federalismo” (Cons. 10).

Trae a colación así en primer lugar, el fallo en la causa *Municipalidad de La Rioja c/ Provincia de La Rioja*<sup>26</sup> de 2014 (luego reiterado en *Municipalidad de La Banda c/ Provincia de Santiago del Estero*<sup>27</sup> de 2018), donde “sostuvo que constituía una demora irrazonable que la Provincia de La Rioja no hubiese dictado en dieciséis años una ley de coparticipación municipal, a pesar de que la Constitución provincial del año 1998 así lo establecía. Alertó que la omisión legislativa impactaba en las reglas básicas del federalismo argentino, en la medida en que el constituyente reformador federal estableció en el artículo 123 que cada provincia debe asegurar ‘la autonomía municipal’ y reglar ‘su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero’”.

Recordó, asimismo, las tres causas donde se discutía la inconstitucionalidad de una detracción por parte del gobierno federal de recursos coparticipables (casos *Santa Fe* – citado precedentemente, junto con los casos *San Luis* y *Córdoba*, los tres de 2015), donde la Corte sostuvo que el “*inmovilismo*” en el cumplimiento de la manda constitucional, “conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994”.

La cuestión planteada en el caso *Bazán*, un conflicto negativo de competencia entre un juzgado federal y un juzgado “nacional” de la ciudad de Buenos Aires, la Corte lo enmarca en el problema más general de la falta de traspaso de la justicia hasta entonces en manos del gobierno federal a la ciudad de Buenos Aires, declarada autónoma por la última reforma constitucional. Como la propia Corte lo reconoció en precedentes anteriores (causa y “*Corrales*” de 2015 y “*Nisman*” de 2016, Fallos 339:1342), y en virtud del art. 129 CN, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

La Corte identifica un grave problema de omisión e inmovilismo que atenta contra el correcto y eficiente desempeño del sistema federal: “Que en los términos de la jurisprudencia señalada, la situación que se advierte en la cuestión bajo examen revela un supuesto de “*inmovilismo*” en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Bue-

26 CSJN (2014), “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa *Intendente Municipal Capital s/ amparo*”, (Fallos: 337:1263), sentencia del 11 de noviembre del 2014.

27 CSJN (2018), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos*”, (Fallos: 341:939), sentencia del 23 de agosto de 2018.

nos Aires, que también debe ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada. Esta omisión no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que – como consecuencia de dicha omisión- las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito” (Bazán, 2019, Cons. 12).

La Corte advierte que estas *omisiones* y *demoras* generan graves conflictos intergubernamentales y consecuencias perjudiciales al federalismo argentino. Concretamente, y tal como lo reconoció la Corte en Santa Fe (2015), “El conflicto aquí resuelto, y tantos otros análogos sometidos a decisión de esta Corte, se hubieran evitado si se hubiese cumplido con esa manda constitucional”.

(b) Muestra *deferencia* a los demás poderes y partes involucradas. Los fallos citados buscan un equilibrio entre la competencia de la Corte para resolver los casos traídos a su conocimiento y las competencias (y obligaciones) de los demás poderes (en sus diferentes niveles de gobierno) en el marco el principio de división de poderes. Se trata de ejemplos concretos de auto restricción (*self-restraintment*).

Pero si bien es cierto que la Corte no puede inmiscuirse en las tareas propias de los otros poderes y órganos constitucionales, también es cierto que a ella le incumbe “el ejercicio del control [...] sobre las actividades de los otros poderes del Estado”, especialmente cuando éstos no cumplen con la constitución nacional (CSJN, Santa Fe, 2015, Cons. 39).

En el marco del sistema federal, esta deferencia es tanto *horizontal*, entre los poderes del Estado Nacional, como *vertical*, entre los niveles de gobierno, respetando la dimensión funcional y territorial de la división del poder:

*Que en mérito a lo expuesto, como guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado (Fallos: 330:4134; 338:1575 y 342:509, 584, 1417 y 2389), este Tribunal se encuentra obligado a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1°), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano*

*de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios) (CABA c/ Nación, Cons. 26).*

Un caso controvertido en este punto ha sido el fallo Entre Ríos (2019), donde la Corte tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de los Decretos N° 561/2019 y N° 567/2019 emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional, por los cuales se decidió reducir, temporalmente, las alícuotas del Impuesto al Valor Agregado y del impuesto a las ganancias, reduciendo, en consecuencia, los montos coparticipables que la Nación debía transferir a las provincias. La Corte ordenó “que los efectos fiscales de la aplicación de los decretos 561/2019 y 567/2019 y de las resoluciones generales AFIP 4546/2019 y 4547/2019, en la medida de las inconstitucionalidades aquí alegadas, sean asumidos con recursos propios del Estado Nacional, sin afectar la coparticipación que corresponde a la Provincia de Entre Ríos”.

La controversia del caso radica en que se trata de una cuestión que podría ser considerada como de competencia de los poderes políticos, ejecutivo y legislativo, sobre el mérito, oportunidad o conveniencia a la hora de fijar una determinada política impositiva (por más provisoria y superficial que esta sea). El voto en disidencia del Ministro Carlos Rosenkrantz se pone de manifiesto esta controversia.

Rosenkrantz sostuvo, por un lado, la falta de legitimación procesal de la provincia para reclamar la anulación de esta normativa, por cuanto “la relación jurídica derivada del régimen de coparticipación entre la Nación y las provincias no otorga a estas últimas derecho ni expectativa alguna respecto de un determinado nivel de recaudación por parte del Estado Nacional, ni tampoco confiere un derecho a que se establezcan determinados impuestos, ni a que determinadas actividades se vean alcanzadas por tal cual impuesto coparticipable o estén exentas de él” y en consecuencia de ello, “las provincias carecen por sí solas de todo derecho jurídicamente exigible a determinar la política recaudatoria que encara el régimen tributario nacional”; y por el otro lado, que “las decisiones del gobierno nacional, previas a la efectiva percepción de los impuestos nacionales, relacionadas con la expansión o retracción de la presión tributaria sobre determinadas actividades económicas o cierta clase de contribuyentes, no son del resorte de las provincias, sino exclusivamente del gobierno nacional” (Cons. 5° del voto en disidencia).

Es decir que se trata de una competencia exclusiva del gobierno federal, sobre la cual las provincias no tienen derecho a intervenir, es decir, no tienen legitimidad procesal activa en estos casos. Pero más importante aún, rescata el he-

cho de que tratándose además de una competencia exclusiva del gobierno federal (en el esquema de distribución *territorial* del poder), de una competencia propia del Congreso de la Nación (en el esquema de distribución *funcional* del poder), el poder judicial no puede intervenir, so pena de “alterar las bases de la división de poderes vigente en nuestro país, con severo desmedro del sistema republicano que nuestra Constitución ha adoptado (art. 1)” (Cons. 6° del voto en disidencia).

Las decisiones de la Corte deben buscar orientar desde lo jurídico, no desde el aspecto político – como lo sostuvo, por ejemplo, en el precedente CABA c/ Gobierno Nacional, al sostener que “debe orientar, desde lo jurídico – no desde lo sanitario – decisiones futuras”. Orientar desde lo sanitario sería entrometerse en competencias propia de los otros poderes, sobre el mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión de naturaleza eminentemente política.

(c) Instar al *diálogo*: La Corte ha insistido invariablemente en la necesidad del diálogo en numerosos precedentes.

En Barrick (2019) sostuvo que la tarea de concertación federal corresponde primariamente a las autoridades políticas, nacionales y provinciales, y en esta concertación deben conjugar sus intereses (no siempre coincidentes) para potenciar el cumplimiento de los objetivos y valores constitucionales.

La Corte ha insistido persistentemente que la base del federalismo argentino es el diálogo y el acuerdo, dos ideas fundantes que se encuentran en la base del federalismo de concertación o de cooperación y responden principalmente a los principios constitucionales de cooperación, de colaboración, de concertación y de coordinación.

En este marco, ha reiterado en más de una oportunidad, por ejemplo, “la naturaleza *convencional*” del régimen de coparticipación, el cual debe ser alcanzado a través de acuerdos, como expresamente lo impone la Constitución Nacional (art. 75, inc. 2°) primero entre presidentes y gobernadores, luego entre las diversas fuerzas políticas representadas en el Congreso y finalmente la adhesión de cada una de las provincias a través de sus legislaturas.

En Santa Fe (2015), sostuvo que “La *naturaleza convencional* es otro aspecto constitutivo del sistema, dado que la Ley Fundamental establece que debe dictarse una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, a los efectos de instituir regímenes de coparticipación de esas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de fondos; y que esa ley convenio ten-

ga como Cámara de origen al Senado, deba ser sancionada con una mayoría calificada, no pueda ser modificada unilateralmente, y deba ser aprobada por las provincias (inciso 2º, párrafos segundo y cuarto)”. (Santa Fe 2, p. 1405, Cons. 3º).

Este tipo de acuerdos constituyen “manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación”, por el cual se pretende lograr “un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unan en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias”, citando otro de sus precedentes donde delineó algunos principios básicos de las relaciones fiscales Nación-Provincias, en el Fallo El Cóndor<sup>28</sup> de 2001.

Se trata de una nueva concepción del federalismo en general, y del ejercicio de las competencias concurrentes, en particular – como se verá con mayor detalle en el próximo capítulo.

En su última jurisprudencia, la Corte ha establecido nuevos parámetros para el ejercicio de las competencias que caen en la órbita de ambos niveles de gobierno, dejando de lado la visión más tradicional, de ejercicio indistinto o indiferente, para pasar a un modelo basado en el diálogo, la ayuda mutua, la comunicación y la coordinación intergubernamental. La Corte ha insistido reiteradamente en la necesidad del diálogo (casos “Neuquén” de 2018, “La Pampa c/ Mendoza” de 2017, “Barrick” de 2019, “CABA c/ Gobierno Nacional” de 2020, “Shi” de 2021).

Tanto el ejercicio de estas competencias como la resolución de los conflictos que se susciten a raíz de ese ejercicio, debe partir ahora de una percepción conjunta o cooperativa, que es propia del *federalismo de concertación*, y no ya desde una visión disyuntiva o separatista (“Neuquén”, 2018, voto del ministro Rosatti).

El diálogo y el acuerdo son mecanismos que sirven no solo para establecer políticas comunes, o concertar acciones conjuntas para alcanzar objetivos comunes, sino también para *dirimir sus disputas y controversias*.

La Corte reconoció que un mecanismo eficaz para la resolución de conflictos entre los sujetos federales, es el acuerdo y la negociación, herramientas propias de un federalismo de concertación. Las partes son libres de establecer las modalidades

28 CSJN (2001) “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires”, (Fallos: 324:4226), sentencia del 7 de diciembre de 2001.

de negociación que crean convenientes, “siempre que el modo elegido cumpla de manera apropiada con el *mandato de hacer* establecido en la Constitución Nacional” y si las partes obran de buena fe, pueden acordar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos constitucionalmente fijados (Bazán, 2019, Cons. 15°).

Pero la Corte ha sido enfática en sostener que llegar a un acuerdo es una *obligación* de las partes, no una opción. Por un lado, se observan mandatos constitucionales claros que van en la dirección del acuerdo previo entre las partes, por el otro lado, las partes no pueden argumentar la falta de acuerdo para justificar el incumplimiento de las mandas constitucionales.

Respecto de lo primero, la misma Corte sostuvo en “Santa Fe” (2015), que es un “imperativo categórico – que no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal”, por el que se “*exige* que las partes emprendan cuanto antes el *diálogo institucional*” para lograr los objetivos fijados por la Constitución – en el caso, el nuevo Pacto Federal Fiscal. Asimismo, corresponde “que *los poderes federales* (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) *asuman el rol institucional que les compete* como coordinadores del sistema federal de concertación” y, como tales, “formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación”, sin que ello signifique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales (Santa Fe, 2015, Cons. 39). Ya en la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 1987 se refirió a la “obligación de negociar” entre las partes.

Por otro lado, la Corte rechazó *in limine* el argumento esgrimido por las partes contendientes de justificar el incumplimiento constitucional en la dificultad de lograr *acuerdos*: “Que en esas sentencias el Tribunal descartó *in inicio*, como argumento válido para justificar el incumplimiento, aquel que se sustenta en la dificultad de lograr acuerdos políticos [...] no resulta posible sostener que el dictado de la ley -es decir, el acatamiento de la Constitución- queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según la cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto”.

(d) *Exhorta* a las partes a cumplir la constitución y los objetivos que esta declara: “Esta exhortación a los órganos superiores de nuestra organización constitucional se impone, a fin de consolidar el proyecto federal de nuestra Constitución primigenia, reivindicado por los convencionales constituyentes del año 1994, en cumplimiento del fortalecimiento del régimen federal que les fue encomendado (artículo 3°, apartado A, ley 24.309)” (Santa Fe, 2015, Cons. 39).

En esta misma causa, la Corte resolvió concretamente, en la parte resolutive de su fallo, “VI. Exhortar a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley-convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2° del artículo 75”.

En la causa *Esso* (2021), en su voto, el Ministro Lorenzetti, luego de identificar el problema de fondo en el que se inserta la causa en análisis, que “La falta de cumplimiento de las normas dentro del sistema federal no puede constituirse en una habilitación para crear tributos por fuera de los límites constitucionales. Por ello, resulta necesario el cumplimiento estricto de la Nación hacia las provincias y de estas respecto de los municipios, pero estos últimos deben evitar crear cargas de manera anómala para suplir las deficiencias del federalismo fiscal. Sin perjuicio de lo dicho, y en ausencia de una solución general, corresponde a esta Corte decidir el caso” (voto Ministro Lorenzetti, Cons. 8°).

En la causa “*Corrales*”<sup>29</sup> de 2015, sobre la transferencia del sistema judicial a CABA, y habiendo “transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994”, la Corte entendió que “resulta[ba] imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional” (Cons. 9°). Exhortación que reiterará en *Bazán* cuatro años más tarde. Similar postura adoptó en la causa “*Las Colonias*” (2020), donde resolvió “exhortar a las autoridades provinciales a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del art. 123 de la Constitución Nacional”, doctrina que reitera en “*Municipalidad de Castelli*”, aunque sin que haga un exhorto expreso.

29 CSJN (2015), “*Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*”, (Fallos: 338:1517), sentencia del 9 de diciembre de 2015.

El fallo más antiguo en esta línea exhortativa de la Corte, es sin dudas la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 1987, donde resolvió – como se vio anteriormente – “exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en esa sentencia”. Más adelante, en la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 2017, volverá a exhortar a las partes contenientes (junto al Estado Nacional), esta vez a la contribución de recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado. Pero la Corte resuelve además la concreción y realización de “*un programa de ejecución de obras* que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel” programa que, además, “deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de ciento veinte (120) días”.

En una causa similar, en el fallo “Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Santa Fe”, de 2019, la Corte entendió necesario “[...] exhortar a las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba, y al Estado Nacional, a fortalecer institucionalmente el esquema de constitución y funcionamiento de dicha Comisión Interjurisdiccional, como así también a la adopción de planes de gestión integral de la cuenca y de contingencia frente a inundaciones, a realizar obras de infraestructura necesarias y a que se amplíen las bases de efectiva actuación conjunta en materia de control y fiscalización y clausura de canales clandestinos o irregulares, para avanzar en la solución definitiva de esta problemática de interés general, en base a los principios de solidaridad, cooperación y subsidiariedad (art. 4º, ley 25.675) (“Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Santa Fe”, Cons. 14).

En la parte resolutive, en cambio, la Corte avanza en la imposición de determinadas acciones a llevar adelante por las provincias, como las de fortalecer la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP), a desarrollar obras necesarias referentes a los proyectos de infraestructura que prevengan, regulen o controlen el escurrimiento de aguas de la laguna, a coordinar el manejo racional, equitativo y sostenible del agua en la cuenca de la Laguna y a controlar las obras hidráulicas realizadas en la zona.

En la mayoría de estos casos, además de resolver el conflicto o causa puntual traída a su conocimiento (o en otros supuestos, directamente no resuelve el caso), la Corte, a modo de *obiter dictum*, insta, exhorta, alienta a las partes contendientes a resolver ellas mismas el conflicto, cumpliendo con las pautas y principios fijados por la Constitución.

Tanto en “La Pampa c/ Mendoza” (2017) como en “Buenos Aires c/ Santa Fe” (2019), la Corte exhorta a las partes a negociar, pero impone además un plan de acciones a llevar adelante, incluso con plazos concretos, lo que podría indicar un avance de la Corte hacia materias de naturaleza más política y, como tales, del resorte de los poderes públicos provinciales.

(e) Establece *guías* de actuación a futuro. En efecto, en todos estos fallos, la Corte ha identificado determinados principios constitucionales que son guías en el modo de actuar de las partes federadas, para la consecución de los fines, valores y objetivos fijados por la Constitución.

La Corte misma ha reconocido que es su tarea la de interpretar las reglas del federalismo: “Que una función primordial de esta Corte consiste en interpretar las reglas del federalismo de modo que el ejercicio de las funciones realizado por las autoridades evite fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades locales” (Bazán 2019, Cons. 9°). Lo que se busca es que la Interpretación de la normativa infraconstitucional sea coherente con el sistema federal (Caso “Shi”, Voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 7°).

Es importante recordar que la sentencia de los tribunales constitucionales “más que un acto procesal *que pone término a un conflicto jurídico*, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión *con trascendencia política*, ya que realiza una labor de *interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho*” (NOGUEIRA ALCALÁ 2004). La interpretación de la norma constitucional, que es suprema, imprecisa y rígida, lleva al juez constitucional, más que a ningún otro, a tener que despegarse de la letra del texto para buscar el sentido más fiel en su mente, “debe demostrar un dinamismo hermenéutico inigualable” que lo puede llevar, más que a ningún otro juez, a abusar de su poder interpretativo (RASSON 2012).

Estas sentencias atípicas no son como pudiera pensarse a primera vista, una inacción o inactividad del magistrado constitucional. Muy por el contrario, significa una actividad más proactiva, que supera la concepción clásica de contralor negativo: “son creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución” (NOGUEIRA ALCALÁ 2004:137).

A través de estas exhortaciones al diálogo, la Corte ha optado por un modelo de justicia más *dialogal* (AMAYA 2018) o *dialógica* (GARGARELLA 2008, 2012),

que alienta el diálogo entre poderes (y entre niveles de gobierno), entre todos los actores involucrados, entre los responsables, los obligados y la comunidad en general; este modelo refuerza la legitimidad democrática no solo de las decisiones judiciales, sino del proceso en su conjunto y su resultado, las decisiones políticas. Por otro lado, se alinea con la idea de división de poderes de James Madison que “no sólo no rechaza, sino que auspicia y se alimenta del diálogo y la mutua corrección entre los poderes” (GARGARELLA 2006).

Estas guías de actuación se materializan en los contenidos precisos de los principios constitucionales que la Corte ha identificado, analizado y aplicado en diversos precedentes – contenidos que serán estudiados en el próximo capítulo.

Finalmente, cabe traer a colación en esta serie de fallos, los votos de los ministros Dr. Juan Carlos Maqueda y Dr. Horacio Rosatti, por su especial hincapié en el fortalecimiento del federalismo; no resulta una mera coincidencia que precisamente ambos ministros hayan sido convencionales constituyentes en la reforma de 1994 y que sus votos redundan en la idea del federalismo de coordinación y de concertación, idea fuerza de aquella reforma constitucional; así por ejemplo, la preferencia por la solución que se incline por una mayor otorgue mayor idea de una mayor hacia los niveles inferiores de gobierno (disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, en “Telefónica”, cons. 10); el desarrollo del principio “lealtad federal” o “buena fe federal”, como principio basal del federalismo argentino (mismo precedente); en el precedente “Shi”, ambos jueces resaltaron que “el espíritu de la reforma constitucional de 1994 fue fortalecer el régimen federal y, en ese marco, incorporar la autonomía municipal (artículo 3, ítems A y B de la ley de convocatoria n° 24.309), lo que – sumado a lo votado explícitamente en la Asamblea constituyente – debe ser tenido en cuenta para evitar la consagración de criterios regresivos en la materia (“Shi, Jinchui”, Fallos: 344:1151, voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti, cons. 8°).

### ***VII. Algunas conclusiones preliminares.***

Sin lugar a dudas, la Corte ha adquirido un rol protagónico en el sistema federal argentino a través de su reciente jurisprudencia. Sin decirlo o sin entrar en el debate doctrinario, ha sostenido claramente la adopción de un sistema de salvaguarda judicial, sin desconocer, por cierto, los mecanismos políticos.

Más aún, de los propios fallos de la Corte se desprende la importancia que estos mecanismos políticos tienen en la resolución de conflictos intergubernamen-

tales, que no solo deberían preceder la intervención de la Corte, sino que, además, desde un punto de vista normativo y teleológico, son preferibles estos a la intervención del tribunal. Citando a la Corte norteamericana, en el ya clásico fallo, *La Pampa c. Mendoza* (1987) sostuvo que “los convenios y los acuerdos mutuos deberían, en lo posible, ser el medio de solución en lugar de la invocación de nuestra potestad jurisdiccional”.

Cuando el acuerdo no ha sido posible, y las negociaciones infructuosas (si las hubo), será necesaria la intervención de la Corte, la que ha aprovechado esas diferentes oportunidades para establecer criterios de comportamiento claros y precisos, a través de la interpretación de la Constitución y de los principios que de ella se derivan.

Históricamente – y siguiendo los precedentes de su par norteamericana – la Corte Suprema se reconoció a sí misma como el árbitro final de las disputas intergubernamentales, a lo que se suma su rol de máximo intérprete del texto constitucional – posición que en la doctrina y la jurisprudencia nacional nunca fue discutido, al menos, no seriamente.

Por tanto, la Corte se reconoce como un actor con capacidad institucional para reconocer, identificar, dotar de contenido y hacer efectivo el principio constitucional general del federalismo (y todos los demás que se derivan de él). Es decir, el federalismo es reconocido como un principio general constitucional que puede (y debe) ser distinguido de otros principios constitucionales, como una categoría aparte y, además, puede (y debe) ser aplicado judicialmente.

Coincidente con una tendencia generalizada a nivel del federalismo comparado, y promovido por una parte importante de la doctrina (GARDBAUM 1996, JACKSON 2014, BERMAN 1994, BEDNAR y ESKRIDGE 1995, BEDNAR 2009) la Corte Suprema argentina adopta una tercera posición, donde exhorta a las partes a reforzar los mecanismos políticos, pero al mismo tiempo reafirma su rol institucional de árbitro de las disputas intergubernamentales. A lo largo de su jurisprudencia más reciente es posible encontrar los dos elementos caracterizantes del tercer modelo que se han identificado en este trabajo, esto es, la importancia del *diálogo* (interinstitucional e intergubernamental) y el rol protagónico de los principios constitucionales que rigen las relaciones entre niveles.

### **Referencias bibliográficas.**

ÁBALOS, María G. (2021) “Lecciones de federalismo. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y facultades concurrentes en la interpretación jurisprudencial” *El Derecho - Constitucional*, No. 5, Mayo, Digital: ED-MCCCXLVII-493.

ALEXY, Robert (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALTAVILLA, Cristian (2009) “El Rol de la Corte Suprema en los conflictos intergubernamentales. Análisis del caso Prov. de La Pampa c/ Prov. de Mendoza”, *Cuadernos de Federalismo*, Tomo XXII, año 2009, pp. 119-149. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo. Editorial Advocatus: Córdoba.

ALTAVILLA, Cristian (2016a) *Conflicto y Coordinación política en las Relaciones Intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina.

ALTAVILLA, Cristian (2018) “Un análisis de las relaciones intergubernamentales en el federalismo argentino a 200 años de su independencia (1816-2016)”, *Studia Politicae*, N° 45, primavera-verano 2018/2019, pp. 117-153.

ALTAVILLA, Cristian (2019) *Un dilema de la gobernabilidad en Argentina: el federalismo fiscal; perspectivas y propuestas*, Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ALTAVILLA, Cristian (2020c) “Derecho Intrafederal y los nuevos estándares en las relaciones fiscales intergubernamentales en el federalismo argentino. Un análisis a 25 años de la Reforma Constitucional de Nacional (1994-2019)”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 43, julio-agosto, pp. 27-55.

ALTAVILLA, Cristian (2022) “El rol de provincias y municipios en el federalismo argentino en el contexto de la emergencia sanitaria”, en ALTAVILLA, Cristian y SOLÁ, Victorino (dirs.) *Derechos Fundamentales y Pospandemia. Experiencia y Desafíos de la Emergencia Sanitaria en Argentina*, Buenos Aires: Olejnik, pp. 357-380.

AMAYA, Jorge Alejandro (2018) “¿Una sentencia exhortativa o un Consejo Constitucional?”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, No. 2018 D, pp. 180-190.

ANDERSON, George (2008), *Federalism. An Introduction*, Oxford: Oxford University Press.

BAKER, Lynn A. (2001) “*Putting the Safeguards Back into the Political Safeguards of Federalism*”, *Villanova Law Review*, Vol. 46, Iss. 5, pp. 951- 974.

BAKER, Lynn A. y YOUNG, Ernest A. (2001) “Federalism and the Double Standard of Judicial Review” *Duke Law Journal*, Vol. 51, pp. 75-164.

BEDNAR, Jenna (2009) *The Robust Federation. Principles of Design*, Cambridge: Cambridge University Press.

BEDNAR, Jenna y ESKRIDGE, William N. Jr., (1995) “Steadying the Court’s ‘Unsteady Path’: A Theory of Judicial Enforcement of Federalism”, *Southern California Law Review*, Vol. 68, pp. 1447-1491.

BERMANN, George A. (1994) “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, *Columbia Law Review* 94(2) 331, pp. 348–66.

BUSSJÄGER, Peter (2015) “Austria’s Cooperative Federalism”, en BISCHOF, Günter y KARLHOFFER, Ferdinand (Eds.), *Austrian Federalism in Comparative Perspective*, Innsbruck: Innsbruck University Press, pp. 11-33.

CALABRESI, Steven G. y BICKFORD, Lucy D. (2011) “Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law”, *Faculty Working Papers N° 215*, *Northwestern University School of Law*.

CARPIZO, Jorge (1973) *Federalismo en Latinoamérica*, México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CHOPER, Jesse H. (1980) *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago: The University of Chicago Press.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004) *Derecho Constitucional Comparado*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2003), *El Federalismo en América Latina*, México: Universidad Nacional Autónoma de México / Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

FLYNN, Brendan (2005) “Reformed Subsidiarity in the Constitution for Europe. Can it deliver on expectations?” European Institute of Public Administration Working Paper 2005/W/07, disponible en: <http://aei.pitt.edu/5916/1/FC0507e.pdf>.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2013) “Introducción” en POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013) *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 11-29.

GARDBAUM, Stephen (1996) “Rethinking Constitutional Federalism”, *Texas Law Review*, Vol. 74, pp. 795-838.

GARGARELLA, Roberto (2006) “Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas”, en [www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella\\_vs\\_sagues.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf).

GARGARELLA, Roberto (2008) “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *Gaceta Constitucional*, Número Especial, pp. 573-590.

GARGARELLA, Roberto (2012) “Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *Espacio abierto*, N° 17, pp. 9-19.

HAMILTON, Alexander, James MADISON, y John JAY (2001) *The Federalist Papers*, Indianapolis: Liberty Fund.

HERNÁNDEZ, Antonio M. (2011a) “Los sistemas políticos federales”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. y BARRERA BUTELER, Guillermo (coord.), *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 1-51.

HERNÁNDEZ, Antonio M. (2020) “Los sistemas políticos federales”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. y BARRERA BUTELER, Guillermo (coord.), *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 29-69.

JACKSON, Vicki (2014) “Subsidiarity, the Judicial Role, and the Warren Court’s Contribution to the Revival of State Government”, FLEMING, James E y LEVY, Jacob (eds.), *Federalism and subsidiarity, Nomos LV*, New York: New York University Press, pp. 190-213.

KRAMER, Larry D. (2000) “Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism”, *Columbia Law Review*, Vol. 100, No. 1, Centennial Issue, Jan., pp. 215-293.

LOEWENSTEIN, Karl (1986) *Teoría de la Constitución*, Barcelona-Caracas-México: Ariel.

LYONS, Daniel A. (2005) “Note: The Lesson of Lopez: The Political Dynamics of Federalism’s Political Safeguards”, *Harvard Law Review* Vol. 119, N° 2, pp. 609-630.

MASTROMARINO, Anna (2018) “El laboratorio belga: ¿reforma constitucional o acción constituyente?”, en Andreu, J.M. Castellà (ed.) *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. Quién y cómo participa?* Barcelona: Tirant Lo Blanch.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004), “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, Vol. 10, No. 1, pp. 113-158.

PEGORARO, Lucio (2020) *Derecho Constitucional Comparado, Tomo 4: Sistemas de justicia constitucional*, Buenos Aires: Astrea, Torino: Giappichelli Editore,

POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013) *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

PRAKASH, Saikrishna B. y YOO, John C. (2001) *The Puzzling Persistence of Process-Based Federalism Theories*, *Texas Law Review*, Vol. 79, pp. 1-73.

RAEIMON NATO, Jan (2019) “Development of Duties of Federal Loyalty: Lessons Learned, Conversations to be Had”, Baxter Family Competition on Federalism 2019. Disponible en: [https://www.mcgill.ca/law/files/law/2019-baxter\\_federal-loyalty-lessons-discussions\\_jan-nato.pdf](https://www.mcgill.ca/law/files/law/2019-baxter_federal-loyalty-lessons-discussions_jan-nato.pdf)

RASSON, Anne-Catherine (2012) “Le principe du « vivre ensemble » belge : une *épopée* constitutionnelle” 1 CPDK, pp. 25-75.

RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel (2021) “El Derecho Procesal Civil”, en Rodríguez Juárez, Manuel (dir.), *Manual de Derecho Procesal Civil*, Córdoba: Advocatus.

SAGÜÉS, Néstor P. (2003a) *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, Néstor P. (2003b) *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006) “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 2, pp. 189-202.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2008), “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Derecho Argentino”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12, pp. 333-356.

SCHWABE, Jürgen (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes*, México: Fundación Konrad Adenauer, A.C. Oficina México.

YOO, John C. (1996) “*The Judicial Safeguards of Federalism*”, *Southern California Law Review*, Vol. 70, pp. 1314-1406.

**Resumen:**

La teoría constitucional y federal ha debatido arduamente acerca cuáles son o cuáles deberían ser los mecanismos de salvaguarda en las federaciones modernas, con dos posturas encontradas: aquella parte que sostiene que los mecanismos son esencialmente políticos (*political safeguards*), ya que el diseño institucional de los poderes de un gobierno federal está pensado para garantizar una adecuada representación de los gobiernos subnacionales, mientras que una segunda postura sostiene son (además) los tribunales en general, y las cortes supremas en particular, los órganos que se erigen como mecanismos tendientes a proteger el sistema federal, a partir de la resolución de casos puntuales.

El presente trabajo busca analizar cuál ha sido la postura tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina en la resolución de conflictos intergubernamentales (verticales y horizontales), en particular, por la emergencia de una nueva jurisprudencia que ha tomado cierta importancia en la última década, llegando a la conclusión de que la Corte argentina ha optado por una posición intermedia, donde se reconoce como un actor con capacidad institucional para resolver los conflictos intergubernamentales, identificando, dotando de contenido y haciendo efectivo el principio constitucional general del federalismo, pero al mismo tiempo, resaltando la importancia de los mecanismos políticos para la resolución de tales conflictos, orientando, guiando e incluso exhortando a los sujetos federados a resolver los conflictos mediante el diálogo institucional.

**Abstract:**

The constitutional and federal theory has debated about what or what should be the safeguard mechanisms in modern federations, with two conflicting positions: on the one hand, those who maintain that those mechanisms are essentially political (*political safeguards*), since the institutional design of the powers of a federal government is designed to ensure adequate representation of subnational governments, and on the other hand, a second position that maintains that (in addition) the courts in general, and the supreme courts in particular, are the bodies that stand as mechanisms tending to protect the federal system, based on the resolution of specific cases.

The main aim of this paper is to analyze what has been the position adopted by the Supreme Court of Justice of the Argentine Republic in the resolution of in-

tergovernmental conflicts (vertical and horizontal), in particular, due to the emergence of a new jurisprudence that has reached certain importance in the last decade, reaching the conclusion that the Argentine Court has opted for an intermediate position, where it is recognized itself as an actor with institutional capacity to resolve intergovernmental conflicts, identifying, providing content and making effective the general constitutional principle of federalism, but at the same time, highlighting the importance of the political mechanisms for the resolution of such conflicts, guiding and even exhorting the federated subjects to resolve conflicts through the institutional dialogue.

**Palabras clave:**

Corte Suprema de Justicia de la Nación | conflictos intergubernamentales | federalismo | mecanismos políticos | mecanismos judiciales

**Key Words:**

Supreme Court of Justice of the Nation | intergovernmental conflicts | federalism | political safeguards | political safeguards