

# **DERECHOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES A LA RETROCESIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, EN CASO DE HACERSE EFECTIVO EL TRASLADO DE LA CAPITAL FEDERAL A OTRO LUGAR \***

por el Académico DR. CARLOS MARÍA BIDEGAIN

En la reunión del 22 de octubre el académico Dr. Guillermo J. Cano señaló que la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires ha dictado una ley sobre cesión a la Nación del dominio y jurisdicción que ejerce en la zona de Carmen de Patagones, a los efectos de que instale en ella y en la zona adyacente de Viedma, Provincia de Río Negro, la nueva Capital de la Nación. Llamó nuestra atención sobre el art. 10 de esa ley conforme a la cual "la ley nacional deberá contemplar la devolución del territorio de la ciudad de Buenos Aires a la Provincia o la formación de una nueva provincia en los límites actuales de la Capital Federal de la Nación". Agregó el Dr. Cano que era un tema interesante para ser analizado desde el punto de vista constitucional.

Creí de mi deber hacer presente que el Consejo para la Consolidación de la Democracia, asesor del señor Presidente de la Nación, tuvo la deferencia de pedir mi opinión sobre cuestiones análogas, por nota de 9 de mayo, a la que respondí el 26 de mayo dando respuesta a sus preguntas. Se resolvió que hiciera una comunicación al respecto y en la reunión siguiente quedó aclarado que sólo haría una exposición, ya que utilizaría, sin reproducir aquella respuesta, algunos materiales incluidos en ella.

Hay una cuestión previa sobre el órgano competente para decidir el traslado de la Capital Federal. La lectura del art. 3º parece dar una respuesta irrefutable: esa competencia corresponde al Congreso Nacional. Pero hay otra

\* Exposición efectuada en la sesión privada del 26 de noviembre de 1986.

respuesta que merece ser meditada y conforme a la cual, esa competencia corresponde a una Convención reformadora de la Constitución. Así, por ejemplo, lo sostuvo un voto de mayoría del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, en diciembre de 1963, encabezada por las firmas de destacados constitucionalistas de esa provincia (Dres. César Enrique Romero, Ricardo Haro, Carlos Ernesto Checchi, Marcelo Roca, etcétera).

Sorprende, en verdad, que una medida tan importante como el traslado de la capital federal puede ser resuelta por la simple mayoría de cada cámara del Congreso. Al redactar el art. 3º de la Constitución, los constituyentes de 1853 quisieron resolver por la vía constitucional un grave problema, imponiendo a la Provincia de Buenos Aires que se desprendiera de su ciudad principal, en momentos en que esto era imposible por la secesión de ese estado. La fuente del art. 3º, en su redacción original, se encuentra en el art. 2º del proyecto de Alberdi, que dejaba un claro que el Congreso Constituyente habría de llenar con el nombre de la ciudad o lugar de su elección. Lo hizo, con otra redacción, poniendo el nombre de la ciudad de Buenos Aires y agregando el párrafo final que, dadas las circunstancias, defería a una ley especial del Congreso su declaración como capital. Cuando se hizo la reforma de 1860, al incorporarse el estado de Buenos Aires a la federación, aquel mantenía su oposición a desprenderse de su ciudad y el nuevo texto del art. 3º eliminó el nombre de ésta y dejó al Congreso la facultad de declarar cuál sería la capital, por no lograrse en ese momento un acuerdo que hubiera permitido poner el nombre en ese texto. Se agregó a esto la razonable exigencia de la previa cesión por la provincia que habría de desprenderse de una parte de su territorio, según lo había establecido para Buenos Aires el art. V del Pacto del 11 de noviembre de 1859. De haberse puesto el nombre de la ciudad capital, en este instante no habría duda de que para cambiarlo sería necesaria la reforma del art. 3º, por el procedimiento del art. 30 C.N., como lo fue en 1860 para excluirlo. No fue posible y una solución pensada para "dar" al país una capital, se aplicaría ahora para "trasladarla".

Estos antecedentes dan apoyo a la opinión de quienes entienden que el cambio de la capital requiere un acto constituyente y no meramente legislativo. Algunos parti-

darios de esta opinión encuentran apoyo en la expresión "ley especial" del art. 3°. Fue clara su razón de ser en el texto de 1853, debido a la ineficacia de la declaración de Buenos Aires como capital en tanto se mantuviera la secesión del estado al que pertenecía. En el texto del art. 3° reformado en 1860 se explica esa frase porque subsistía la ineficacia de la norma constitucional para dar "per se" una capital a la nación. El senador Dardo Rocha, en los debates de 1880, dijo que el carácter especial de la ley se debía a que no sería efectiva en tanto no se hiciera la cesión del territorio (*Asambleas Constituyentes Argentinas*, VI, 234). Estos antecedentes dan apoyo a la opinión que atribuye carácter constituyente a la ley 1.029. Sin embargo, debemos tener presente que la frase "ley especial" la encontramos también en los arts. 15, 67 inc. 14, 87, 102 y 103, sin que se haya pretendido, que sepamos, atribuir a las leyes dictadas en su consecuencia carácter de normas formalmente constitucionales. Estoy por convencerme de que este es un tema, el de la "ley especial" dentro de la normativa jurídica argentina, que merece un estudio a fondo para determinar si es una categoría distinguible entre las leyes del Congreso, por su forma, sus efectos y procedimiento de reforma.

En el voto mayoritario del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba antes referido, se opinó que al dictar la ley especial prevista en el art. 3°, el Congreso cumplió una función de "órgano de ejecución posconstituyente", de índole semejante a la preconstituyente que le atribuye el art. 30. En consecuencia, la ley 1.029 que declaró Capital de la República al municipio de la ciudad de Buenos Aires y la ley 2.089 que ensanchó sus límites, estarían incorporadas al art. 3° y el traslado de la capital debería disponerse por medio de una reforma constitucional.

Insisto en señalar que al redactar el art. 3°, los constituyentes de 1853 y de 1860 pretendieron resolver el problema urgente de "dar" una capital permanente al país y consideraron que esa era una cuestión de entidad constitucional. No tuvieron en mente establecer el procedimiento que habría de seguirse para "trasladar" la capital. En la Convención provincial se discutió si la fijación de una capital era materia propia de la Constitución o no. Contra la opinión del convencional Esteves Seguí, para quien el

artículo debía eliminarse, prevaleció la contraria de Már-mol, Mitre, Elizalde y Vélez Sarsfield. El único que aludió a la eventualidad de un cambio de lugar fue Elizalde, quien lo hizo con estas palabras: "una vez que se designe la capital no debe depender de la voluntad de un Congreso cambiarla a su capricho. La influencia de los partidos puede pretender llevar la capital de un lado a otro y una vez que el Congreso se ponga de acuerdo con una provincia es muy fácil la realización". Propuso que la capital fuera designada por la Convención Nacional ad-hoc, es decir, como se había intentado en el texto de 1853 (*Asambleas Constituyentes Argentinas*, IV, 796/799). Eso no era posible debido a la oposición de Buenos Aires y frustraría la unión y la paz, en ese momento. Se optó por delegar en el Congreso la facultad de designar la capital, pero ¿sólo para "dar" la primera capital? o ¿también para "trasladar" la primera y las sucesivas, según lo decidiera el Congreso?

Para concluir esta parte de mi exposición diré que por las circunstancias históricas que acompañaron a la adopción del art. 3º, por su trascendental objeto en nuestro país debido a los antecedentes de la cuestión y a sus efectos colaterales de carácter social, político y económico y por la calidad constitucional que le confiere su inserción en el art. 3º, me inclino a suscribir la opinión de quienes entienden que el traslado de la capital de la nación requiere una decisión de jerarquía constituyente. Reconozco que a ella se opone la interpretación literal del art. 3º, apegada estrictamente a sus palabras, que otorga al Congreso la atribución sin hacer distinción alguna entre dar la primera capital permanente o trasladar las que sucesivamente aquél vaya designando. La circunstancia de que se esté considerando la reforma de la constitución en estos momentos hace aconsejable que el tema sea incluido en la declaración de necesidad de la reforma, sometiéndolo al voto del pueblo. Será conveniente de todos modos que se reforme el art. 3º para dificultar los cambios de lugares de la capital, por ejemplo, exigiendo un referéndum que confirme la decisión del Congreso. No vaya a ocurrir que tengamos una capital itinerante.

Paso ahora a tratar la cuestión de los eventuales derechos de la provincia de Buenos Aires a la retrocesión de la

ciudad de Buenos Aires en caso de que deje de ser la capital de la nación.

Desde la creación del Virreinato han transcurrido 209 años. Si nos atenemos a los títulos jurídicos, la ciudad de Buenos Aires fue la capital de la nación durante 149 años. En los restantes 60 años fue la capital de la provincia, con el agregado de que en los últimos 20 años de ese período, también lo fue de la nación, como "huésped" de aquélla. Esa situación creó un grave problema que fue solucionado en 1880, cuando la ciudad volvió al patrimonio jurisdiccional exclusivo de la nación.

En el curso de los prolongados debates sobre la ley de cesión que tuvieron lugar en la Legislatura provincial, Alem dijo esto que, a mi juicio, coloca la cuestión en su lugar: "Aquí se trata de un problema político, para resolverlo como convenga a los intereses generales, de acuerdo con el sistema de gobierno que hemos adoptado" (*Asambleas, etc.*, cit. VI, 604). Así lo considero, pero su solución debe buscarse por medios jurídicos autorizados por la Constitución.

Devolver la ciudad al patrimonio jurídico de la nación fue resolver el último gran problema de la organización nacional, distribuir en todo el país las riquezas que ella generaba, atenuar el desequilibrio entre las regiones, traer en definitiva, la paz, indispensable para el desarrollo de las energías potenciales de nuestro rico territorio.

El derecho de la Provincia a la retrocesión ha de fundarse en la integridad territorial que la Constitución garantiza a todas las provincias (Preámbulo, arts. 3, 13) y en los términos de la ley de cesión que se hizo "a los efectos del art. 3º de la constitución de la nación".

La ciudad volvió a la nación en 1880, después de los 60 años en los que la provincia había ejercido sobre ella un poder exclusivo. Volvió, decimos, porque había sido suya en los 43 años transcurridos entre 1777 y 1820 (sin incluir en la cuenta el tiempo anterior a la creación del Virreinato). Se devolvió la ciudad para que fuera la capital de la nación. Lo ha sido desde 1880 hasta 1986, durante 106 años, de conformidad a lo dispuesto en la ley provincial. Si sumamos los dos períodos en que estuvo bajo la jurisdicción de la nación, comprobamos lo que antes habíamos dicho, que durante 209 perteneció a ésta contra los 60 en que la provincia la tuvo como propia.

Subrayo el hecho de que durante 106 años la ciudad

ha recibido el destino indicado en la ley provincial de cesión. En el campo del derecho público el transcurso del tiempo tiene relevancia para determinar la adquisición o pérdida de derechos subjetivos. La doctrina y la jurisprudencia sobre una institución de ese campo, la expropiación, por ejemplo, sostienen que después de haber cumplido durante un tiempo razonable el destino de utilidad pública que determinó un acto de ese carácter, no procedé la retrocesión de bienes desafectados para los fines tenidos en vista y utilizados para otros fines, porque no es requisito la perpetuidad del destino original (v. Miguel S. Mahienhoff, *Trado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, IV, 377). El efectivo destino de los bienes expropiados al fin tenido en cuenta, sumado el largo tiempo en que cumplió esa función, han sido considerados por la Corte Suprema determinantes para resolver la improcedencia de la retrocesión (*Fallos*, 266-193, 277-192). Esta doctrina, no aplicable derechamente al caso (éste no es un caso de expropiación, sin olvidar, empero, que este instituto puede aplicarse sobre bienes privados o públicos de las provincias), suministra una indicación interesante sobre criterios jurídicos admitidos respecto a los efectos del transcurso del tiempo en materia de retrocesión en el derecho público.

La garantía constitucional a la integridad territorial de las provincias consiste en la exigencia de los arts. 3 y 13 de que concurra, además de la voluntad del Congreso, la de la Legislatura de la Provincia, en los actos de cesión, desmembramiento y fusión de los territorios provinciales. Esa garantía ha funcionado en el caso que consideramos, pues leyes provinciales hicieron la cesión "a los efectos del art. 3º de la constitución nacional". Hay en esta frase una condición: la cesión se efectúa para que la nación instale en esos territorios la residencia de las autoridades. No se formuló ninguna reserva de retrocesión en el caso de que dejara de ser la capital de la nación, pero pienso que esa omisión no habría tenido mucho peso para contradecir la pretensión de la Provincia si ese hecho se hubiera producido en un momento más o menos cercano. El clamor provincial habría sido instantáneo, sostenido por toda su población; no en vano se había luchado tanto por no desprenderse de su ciudad principal (la mayor de todo el país). Pero 106 años después, durante los cuales la ciudad de Bue-

nos Aires cumplió el destino indicado, en el pueblo de la Provincia no ha calado hondo su derecho a la retrocesión.

A mi juicio, ubicada la cuestión que nos ocupa en el terreno político que le corresponde, la retrocesión sería muy inconveniente para el país; retroceder en el tiempo, volver a la situación y al debate anteriores a 1880; profundizar el desequilibrio entre las regiones; dar alas a nuevos factores de agrias disputas; localizar potencias que ahora son, de algún modo, de todo el país, a través del Gobierno de la Nación. La Provincia recuperaría la ciudad grande que poseyó durante 60 años desde la creación del Virreinato; también podría ocurrir que fuera la ciudad la que recuperará a la Provincia.

Cabe ahora preguntar: ¿si la ciudad deja de ser la Capital Federal y la Provincia no tiene títulos válidos para pretender la retrocesión, cuál será su categoría constitucional?

Entiendo que será la contemplada en el art. 67 inc. 14 de la Constitución. Sin necesidad de que medie el consentimiento de la Legislatura provincial, corresponderá al Congreso "determinar por una ley especial la organización, administración y gobierno que debe(n) tener". Pasará a ser un territorio "fuera de los límites que se asignen a las provincias". Será un territorio de la nación, como de la capital de la nación, pero regida por otra norma constitucional: la del inciso 14 y no la del inciso 27 del art. 67. El Congreso podrá mantenerlo en ese estado, si conviniere, dándole un gobierno electivo, definitivamente o hasta tanto decida convertirlo en una nueva provincia, según lo permite el art. 13, sin necesidad del consentimiento de la Provincia siempre que la mantenga dentro de los actuales límites de la ciudad capital. Necesitará ese consentimiento de la Legislatura provincial si se quiere hacer efectiva la idea de adosarle algunos territorios provinciales adyacentes, a la que, desde ya, la Legislatura parece oponerse. La operación es complicada y se entrecruzan múltiples intereses políticos, económicos y de otras índoles, que estarán dando mucho trabajo a los lápices y a las computadoras de los partidos políticos. De ellos no he de ocuparme, pero no hemos de ignorarlos, embelesados por las normas constitucionales.

Se dirá que el art. 67 inc. 14 se redactó pensando en los vastos territorios que estaban fuera de los límites de

las provincias históricas en 1853, lo que es muy cierto. Pero tampoco los recursos del tesoro nacional del art. 4º se pensaron para alimentar al estado gigante que hoy tenemos; ni en 1898 se pensó que llegara a ser insuficiente el número de 8 ministros; ni el derecho constitucional daba entonces al poder de policía y a la garantía de razonabilidad de las leyes reglamentarias de los derechos, la ubicación preeminente que ahora ocupan. La interpretación dinámica de la constitución puede acoger en sus pliegues la situación inédita que plantea el traslado de la capital (no pensada por quienes redactaron el art. 3º), dándole solución mediante la norma del art. 67 inc. 14, en consonancia con lo que ha significado en nuestra historia grande la ciudad de Buenos Aires y sin que resulte alterada de ningún modo la integridad territorial de la Provincia según los límites que mantiene desde hace un siglo.

Si bien se lee la ley provincial, no reclama la retrocesión por el hecho de que la ciudad de Buenos Aires deje de ser la capital federal. El objeto principal de esa ley es otro: hacer cesión a la nación del territorio de Carmen de Patagones. Es en virtud de esa cesión que plantea como contraprestación esto: "la ley nacional deberá contemplar la devolución del territorio de la ciudad de Buenos Aires o la formación de una nueva provincia en los límites actuales de la Capital Federal". Está en su derecho fijar condiciones para la cesión de Carmen de Patagones, así como la Nación tiene el derecho de aceptarlas o rechazarlas. La cuestión está planteada en términos correctos y el ofrecimiento alternativo de la provincialización de Buenos Aires en sus límites actuales es, por el momento, el que tiene consenso público.

Diré, para terminar, que, como lo expreso al final de mi respuesta al pedido de opinión que me formuló el Consejo para la Consolidación de la Democracia, sus preguntas no incluyeron si consideraba conveniente la decisión política de trasladar la capital, en estos momentos. Lo comprendí perfectamente, porque no tengo más título o capacidad que cualquier otro ciudadano para hacerlo. Pero al dar opiniones sobre algunos temas constitucionales vinculados a ese hecho podría pensarse que apruebo esa decisión. No es importante, sino para mi conciencia, dejar constancia de que no es así.