

**LA CUESTIÓN CAPITAL.  
Un debate en la emergencia sanitaria.**

*Comunicación del académico de número Juan Vicente Sola,  
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 20 de mayo de 2021*

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de dicha publicación, ni la de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas  
Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049 (1014)  
Buenos Aires - República Argentina  
[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)  
[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2021 / 2022**

*Presidente* . . . . . Académico Alberto DALLA VIA  
*Vicepresidente* . . . . . Académico Luis Alberto ROMERO  
*Secretario* . . . . . Académico Julián A. de DIEGO  
*Tesorero* . . . . . Académico Ricardo LÓPEZ MURPHY  
*Prosecretaria* . . . . . Académico María SÁENZ QUESADA  
*Protesorero* . . . . . Académico Rodolfo A. DÍAZ

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Horacio A. GARCÍA BELSUNCE . . . . .	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Alberto RODRÍGUEZ VARELA . . . . .	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Natalio R. BOTANA . . . . .	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Horacio SANGUINETTI . . . . .	10-07-85	Julio A. Roca
Leonardo MC LEAN . . . . .	22-04-87	Juan B. Justo
Eduardo MARTIRÉ . . . . .	18-12-92	Vicente Fidel López
Isidoro J. RUIZ MORENO . . . . .	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Jorge R. VANOSSI . . . . .	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
René BALESTRA . . . . .	14-09-05	Esteban Echeverría
Alberto DALLA VÍA . . . . .	14-09-05	Félix Frías
Rosendo FRAGA . . . . .	14-09-05	Cornelio Saavedra
Juan Vicente SOLA . . . . .	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Carlos Pedro BLAQUIER . . . . .	27-08-08	Nicolás Matienzo

Manuel SOLANET . . . . .	27-08-08	Joaquín V. González
José Claudio ESCRIBANO . . . . .	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Rodolfo Alejandro DÍAZ . . . . .	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Santiago KOVADLOFF . . . . .	14-04-10	Estanislao Zeballos
Vicente MASSOT . . . . .	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Felipe DE LA BALZE . . . . .	14-04-10	Bartolomé Mitre
Marita CARBALLO . . . . .	26-10-11	Roque Sáenz
Peña Héctor A. MAIRAL . . . . .	26-10-11	Carlos Pellegrini
Eduardo Martín QUINTANA . . . . .	26-10-11	Vicente López y Planes
María Angélica GELLI . . . . .	12-12-12	Antonio Bermejo
Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI . . . . .	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO . . . . .	12-12-12	José de San Martín
Héctor AGUER . . . . .	10-09-14	Ángel Gallardo
Horacio JAUNARENA . . . . .	10-09-14	Mariano Moreno
Luis Alberto ROMERO . . . . .	10-09-14	Nicolás Avellaneda
Marcos AGUINIS . . . . .	24-08-16	Benjamín Gorostiaga
Ricardo LÓPEZ MURPHY . . . . .	24-08-16	Miguel de Andrea
Carlos Fernando ROSENKRANTZ . . . . .	09-10-19	Manuel Belgrano
María SÁENZ QUESADA . . . . .	09-10-19	Justo José de Urquiza
Julián A. de DIEGO . . . . .	09-10-19	José María Paz

## **LA CUESTIÓN CAPITAL.**

### **El debate en la emergencia sanitaria.**

Por el académico DR. JUAN VICENTE SOLA

La Cuestión Capital es el tema recurrente en la historia argentina. Desde el Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810 hasta la Reforma constitucional de 1994. Sorpresivamente el recurrente conflicto político entre el Gobierno de la Ciudad y el Gobierno Nacional nos pone frente a un precedente clásico de la Corte Suprema, donde trata y resuelve controversias ancestrales del derecho constitucional: el conflicto de competencias entre la Nación y las provincias en educación y salud, la extensión de la legislación de emergencia, la educación y la salud como derechos constitucionales positivos. También es el desenlace del largo debate constitucional sobre la Cuestión Capital. Probablemente cada generación deba debatir estos temas históricos y en este caso la Corte Suprema lo hace con particular elocuencia.<sup>1</sup>

Otra característica del Fallo son las coincidencias aun en opiniones separadas. Las opiniones de los ministros son en cierta medida individuales, con un voto de la Corte con los ministros Maqueda y Ro-

<sup>1</sup> La importancia del debate sobre la Cuestión Capital es inmensa y aún no ha concluido, puede consultarse la obra de Arturo B. CARRANZA, *La cuestión capital de la República Argentina. 1826-1887 (Antecedentes, debates parlamentarios, iniciativas, proyectos y leyes)*, Buenos Aires, L.J. Rosso, seis tomos. La obra no incluye los debates del traslado de la Capital al Viedma ni la reforma de 1994. Aún así son seis volúmenes de gran porte.

satti y parcialmente del ministro Lorenzetti y voto separado del ministro Rosenkrantz. Pero los votos se entrelazan y a pesar estar separados no quiebran la unidad del precedente. Y de esta manera podemos ver como distintos argumentos confluyen en una decisión unívoca.

Las líneas argumentales en grandes líneas: primero sobre la cuestión capital, discutida desde la Constituyente de 1824 y muy activamente en 1853, la Ciudad Buenos Aires es confirmada con las mismas competencias de una provincia aunque la llama “*ciudad constitucional federada*”. En una larga sucesión de precedentes la ciudad autónoma de Buenos Aires se incorporó en el concierto federal después de la reforma de 1994, y esa capacidad es plenamente reconocida en este precedente. En esa capacidad la ciudad de Buenos Aires asume plenamente las competencias propias fundamentalmente en materia de educación y de salud, ambas competencias tradicionales en nuestro federalismo. La segunda gran visión planteada es que esta plena competencia de las provincias para legislar sobre educación no puede ser restringida aun en circunstancias de emergencia sanitaria. Se confirma la visión tradicional de la Corte Suprema que la Constitución permanece vigente en tiempos de paz o de guerra, y que solución a las emergencias se encuentra dentro de la Constitución.<sup>2</sup> Como en Romeo y Julieta, “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet*”.

<sup>2</sup> Las emergencias han sido tradicionalmente la justificación para la restricción de los derechos constitucionales, por ese motivo la Corte Suprema insistió tempranamente en la vigencia de la Constitución aún dentro de ellas: “*La Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden él que los gobiernos pudieran encontrarse.*” *Compañía Azucarera Tucumana c/ Provincia de Tucumán. 1927 Fallos: 150:1501*. En el mismo precedente constitucional se señala además “*Las leyes de emergencia no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y provincial, ni suprimir o alterar en favor del Estado las reglas creadas por la doctrina y la jurisprudencia para la interpretación de las leyes cuando de la aplicación de éstas surgen conflictos con los derechos de los particulares*”.

## **El Reconocimiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una Provincia.**

Como un capítulo más y para concluir con el secular debate de la Cuestión Capital, en esta sentencia la Corte Suprema sostiene a la Ciudad de Buenos Aires con las características propias de una provincia: *los constituyentes reformadores introdujeron a la Ciudad como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como Capital Federal. (Del voto de la Corte con los Ministro Maqueda y Rosatti)*

Hace una cita de los precedentes coincidentes en su reconocimiento y señala:

*...la paulatina aunque evidente consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en tanto “ciudad constitucional federada”. Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen.*

Al mismo tiempo la determinación de la competencia es una tarea esencial en el debate constitucional, el federalismo requiere de un tribunal para resolver este tipo de conflictos. Es un paso previo al análisis del contenido de la decisión cuestionada y de la mayor importancia, aunque en el debate social de ciertas medidas se olvide este paso inevitable. Particularmente con relación al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que sufría hasta 1994 de una plena subordinación política al gobierno nacional, algunas malas prácticas tardan en ser olvidadas: *la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.*

Algunas tradiciones políticas son muy contumaces, la Federalización de la Ciudad de Buenos Aires en 1880 se realizó por ley nacional y por ley se estableció su sumisión política y jurídica a la Nación. Podría haberse reformado por ley, pero aún con una reforma constitucional, el sistema se niega a desaparecer.

El fallo nos pone frente a debates postergados y equívocos de nuestro federalismo.

### **El primero es las Regiones.**

En respuesta la inclusión en el decreto cuestionado a una hipotética región el Área metropolitana de Buenos Aires (AMBA) este fallo también analiza la situación de las regiones y su creación. A raíz de la creación de una nueva región por decreto y sin conocer la voluntad de las provincias intervinientes. La norma cuestionada establece *el aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" comprensivo de "la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes treinta y cinco (35) partidos de la Provincia de Buenos Aires"*. Si bien la región está mencionada en el artículo 124 de la Constitución cómo una forma posible de organización interprovincial creada por una decisión entre distintas provincias o la ciudad de Buenos Aires, dentro de las competencias que las provincias ya tienen esta norma, no ha tenido virtualidad. Ninguna región se ha creado hasta el presente. Probablemente la razón sea que su contenido es poco aplicable a nuestro derecho y al mismo tiempo sobre las limitaciones que tiene el federalismo de concertación cuyos resultados no sido todos los benéficos de lo propuesto por sus sostenedores, por lo tanto imaginar una región creada por un decreto del presidente de la Nación es no solo lo contrario a nuestro derecho vigente sino también de imposible aplicación. Pues como señala la Corte: *toda otra conformación regional para el ejercicio de competencias exclusivas de las jurisdicciones locales (o concurrentes de estas con el gobierno nacional) debe contar con la participación de las partes involucradas*. Crear regiones para imponer la voluntad del gobierno nacional a las provincias sería una maniobra inaceptable en nuestro constitucionalismo, y este es el segundo tema **el fracaso del llamado "federalismo de concertación"**.

## **La Corte Suprema como árbitro entre la Nación y las provincias.**

La Corte Suprema es árbitro entre las provincias y el gobierno nacional y en conflictos entre las provincias entre sí, esta característica de la jurisdicción originaria y exclusiva aparece en el art. 117 pero es más notoria en el art. 127. Allí con un tono dramático al prohibir la guerra entre provincias señala *“sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella”*. Es decir una competencia más amplia que la de *“las causas que se susciten entre dos o más provincias”* mencionada en el art. 117. Por ese motivo tempranamente José Manuel Estrada consideraba que la Corte Suprema actuaba como un árbitro entre estados.

Este caso resultaba particularmente conflictivo por la sistemática negativa a reconocer a la ciudad de Buenos Aires, aún después de la reforma de 1994 el pleno carácter de autonomía. Como señalé luego de la guerra civil de 1880 la Ciudad se transformó en un territorio ocupado, del que aún quedan rémoras.

Este importante precedente la Corte Suprema en votos entrelazados y coincidentes determina estas normas constitucionales del concierto federal. Señala y describe los sujetos necesarios (nación, provincias, municipios y asimila a la Ciudad de Buenos Aires al carácter de provincia) y los eventuales o posibles (la idea de Región introducida en la reforma de 1994 no ha tenido aplicación, pero requiere el acuerdo de las provincias, es un acuerdo interprovincial no una decisión nacional).

La Ciudad autónoma de Buenos Aires, es “ciudad constitucionalmente federada” y asimilable a una provincia y como tal tiene acceso a la Jurisdicción originaria y exclusiva prevista en los artículos 117 y 127.

En estos casos en que las provincias son parte la Corte Suprema actúa como un árbitro entre las provincias como estados, entre si y con el gobierno de la Nación. Una provincia solo puede ser demandada ante la Corte Suprema o antes sus propios tribunales, pero nunca ante un juez federal de primera instancia.

La educación como la salud son competencias locales reconocidas desde los orígenes de nuestra Constitución en la educación primaria, baste recordar el debate sobre la extensión de la garantía federal del art. 5 en la Constituyente de 1860. La Nación solo podía actuar a través de una ley general de educación, comprensible en la necesidad de unificar títulos y plazos de enseñanza. Puede asimismo utilizar el gasto público nacional en educación, por aplicación de la llamada “cláusula del progreso” art. 75 inc. 18, referida exclusivamente a gasto público, pero no a competencias, tal como fue el caso de las escuelas Láinez por ley 4874 de 1905. Esta es la opinión de John Marshall quien consideraba a la General Welfare Clause (art. I, Sección 8, cláusula 1), fuente de nuestra “cláusula del progreso”, como una cláusula de gasto público y no de competencias del Congreso federal<sup>3</sup> posición también desarrollada por Joseph Story<sup>4</sup>. Es correcta en este sentido la apreciación de Agustín de Vedia en su obra de 1907, Constitución Nacional, la extensión de las descripciones debilita el texto.

Al mismo tiempo tanto la educación como en la salud la importancia de la cercanía del legislador, para conocer los detalles de las características de cada localidad con sus variaciones. Tomemos el ejemplo de los consejos escolares en la Provincia de Buenos Aires, elegidos popularmente en cada distrito para mantener una mayor cercanía con padres y alumnos.

Se mantiene exclusivamente la competencia federal en aplicación de la cláusula comercial cuando se plantea una cuestión interjurisdiccional.

Esta precisión sobre las competencias de la Nación y las provincias en materia de educación y salud es resaltada en el voto de Carlos Rosenkrantz: en el considerando 6°.

*En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional —aun a la luz de la declaración de emergen-*

<sup>3</sup> John Marshall, carta a Timothy Pickering. 18 de marzo de 1828, en: *Writings Library of America*, p. 694.

<sup>4</sup> Joseph Story. *Commentaries on the Constitution of the United States*. 1833. §919.

*cia— solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución)”.*

Recuerda asimismo que estas competencias constitucionales no pueden ser variadas por aplicación de la machacona y oportunista doctrina de la emergencia, aún en una sociedad donde se ha imaginado el oxímoron de la emergencia permanente.<sup>5</sup>

*“La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos”,* escribió Rosenkrantz en su voto.

### **El análisis de razonabilidad.**

Una de las muchas virtudes de este precedente es su precisión al definir las competencias entre la Nación y las provincias y por lo tanto de la Ciudad de Buenos Aires en materia de educación y salud. Sin embargo, el fallo efectúa un análisis de razonabilidad de la medida cuestionada. *“El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora. En conclusión, en el examen de legalidad, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad*

<sup>5</sup> Baste recordar algunos de los argumentos dados en el fallo Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional s/ amparo que se dictó (Fallos: 313-1513) *“El principio de la división de los poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado.”*

*deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena”, coincidieron Maqueda y Rossatti. Es decir, más que la delimitación de competencias el principal límite del legislador, nacional, local o municipal son los derechos individuales.*

### **El derecho a la educación.**

El caso no es solamente un conflicto entre competencias entre la Nación y la Ciudad, reconociéndose a ésta su plena autonomía, ni tampoco la definición del poder de policía local, es fundamentalmente además una cuestión de derechos individuales. Porque *Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho”. Entre ellas el derecho constitucional a enseñar y aprender, reconocido tempranamente en el art. 14 y reiterado y ampliado en las Constituciones provinciales y de la Ciudad y los tratados internacionales y los precedentes constitucionales. Obligación impuesta por el Art. 5 a las provincias para garantizar sus instituciones. En conclusión, es deber de los tribunales garantizar la implementación efectiva del derecho a la educación constitucionalmente reconocido.*

Como se señala en el párrafo 6, del voto de Ricardo Lorenzetti: *En el supuesto del COVID 19, el contacto entre personas puede lograr una transmisión masiva, lo que justificó la medida de cerrar total o parcialmente escuelas en numerosos países en distintas regiones del mundo. Esta situación de excepción, que habilita la restricción, no puede producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho. Ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad”.*

*Por otra parte, quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio*

*más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida”.*

### **El derecho a la salud como libertad positiva.**

*Que en nuestro país el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional señala el párrafo 4 del voto de Ricardo Lorenzetti. ¿Podría presentarse un conflicto con el derecho a la educación y a la libertad de enseñar y aprender en el caso de una emergencia sanitaria? Señala el cambio en los precedentes sobre emergencia a partir del 2006 luego de una visión permisiva.*

*Estableciendo que la situación de excepción, que habilita la restricción, no puede producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho. Ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad.*

Se introduce en este voto una saludable visión de costo beneficio al establecer una valoración de las alternativas aplicables, y obtener el mayor bienestar general utilizando la opción de menor costo. *“quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación).* La introducción del análisis de costo beneficio como valoración estable y objetiva de las alternativas en forma previa la restricción de derechos individuales es una nueva forma técnica de asegurar la razonabilidad de las normas.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> La bibliografía sobre la utilización del análisis de costo beneficio a la legislación y reglamentación es muy amplia. Citaré una de las obras más recientes. Cass Sunstein. *The Cost-Benefit Revolution.* Mit Press. 2018. Ver particularmente el Cap. 5. *The Knowledge Problem.*

## **La justicia ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires.**

El reconocimiento en su plenitud de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, supone reconocer las “facultades propias de ... jurisdicción” establecidas en el Art. 129. En el régimen impuesto en la federalización de Buenos Aires en 1880, se estableció para la justicia ordinaria de la Ciudad, la existencia de jueces con competencia local, es decir de derecho común (art. 75 inc. 12) pero designados por el gobierno nacional. Es decir se privó a los habitantes de la Ciudad en derecho de organizar su justicia y proveer a los jueces. Presidentes y legisladores de otras provincias nombraban a los jueces de la Ciudad. Ante la inacción del gobierno nacional en cumplir el mandato constitucional la Corte Suprema ha comenzado a aplicar el art. 129. Así lo indica en este fallo. En el considerando 8º es clave la aclaratoria respecto señala a los jueces “nacionales” como justicia ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires y de la atribución del TSJ respecto de los conflictos de competencia y fundamentalmente de reconocer la competencia originaria (como la constitución previó) a las provincias.

*Este Tribunal dictó a partir de 2016 una serie de pronunciamientos en los que interpretó las reglas del federalismo de modo de evitar fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades reconocidas a la CABA por la reforma constitucional del año 1994.*

*Así se sostuvo en 2016 que los jueces nacionales con asiento en la CABA no son equiparables a los jueces federales a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal (“Nisman”, Fallos: 339:1342), de lo cual se deriva, “por implicación [...], que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción. Queda planteada una asignatura pendiente, el reconocimiento del Tribunal superior de la Ciudad Autónoma como corte suprema provincial y extenderle la doctrina del precedente Strada. (Fallos:308:490). Donde señala: Tribunal superior de provincia, según el art. 14 de la ley 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia, salvo que sea incompe-*

*tente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite.*

### **La garantía federal y la educación.**

El considerando 13° recuerda la garantía federal del art.5 de la Constitución, donde impone la obligación de proveer la educación primaria como condición para garantizar a la provincia el “*goce y ejercicio de sus instituciones*”. Este artículo originario de 1853 y debatido reformado en 1860 cuando se sacó la obligación que la educación primaria fuera “*gratuita*”. Siempre se consideró a la educación como competencia provincial, Sarmiento, luego de ser Presidente de la Nación fue Director General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires.

*13) Que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5°, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

### **El Poder de Policía de la Salud.**

El párrafo 15° del Fallo nos recuerda que el poder de policía en sentido restringido es una atribución de las provincias, menciona los históricos y vigentes fallos “*Saladeristas*” y “*Plaza de toros*” donde muy tempranamente en su historia la Corte Suprema reconoció estas competencias locales.

*15) Que específicamente respecto de la regulación de la salud, esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias. Ya en los primigenios precedentes “Plaza de Toros” (Fallos: 7:150) y “Saladeristas” (Fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de po-*

*licia para “proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias”, como así también se corroboró la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que “por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad”. Más recientemente, en el caso “Nobleza Piccardo” (Fallos: 338:1110), este Tribunal declaró la constitucionalidad de la competencia sanitaria que había ejercido la Provincia de Santa Fe para regular la publicidad del tabaco.*

Creo que es errónea la mención que hace en el considerando 9º de que si podría regularse la cuestión por el art. 75 inc. 13 o por el art. 75 inc. 18 puesto que si bien en otros fallos han sido utilizadas para dejar del lado la distribución de potestades entre los niveles de gobierno (ej. FFCC Central Argentino c/ provincia de Santa Fe s/devolución de impuestos) no se aprecia como se podría aplicar por citar uno de los supuestos la cláusula del progreso a esta clase de restricción.

### **El Segundo debate de nuestro federalismo: Los límites del federalismo de concertación.**

Este precedente fortalece el enfoque de un federalismo como una “*unión indestructible de estados indestructibles*”<sup>7</sup> y con competencias nacionales y provinciales determinadas, nos impone una reflexión sobre la teoría del federalismo de concertación<sup>8</sup>. Esta visión muy desarrollada a partir de la reforma de 1994 propone que cuestiones de conflictos de competencia entre la Nación y las provincias sean resueltas por acuerdos interprovinciales.

El federalismo es una forma de promover la eficiencia, porque es más fácil el control por parte de los habitantes en pequeñas organizaciones antes que en las grandes. Este fenómeno se le llama el de la

<sup>7</sup> Chief Justice Salmon P. Chase en el caso *Texas vs. White* 74 U.S. (7 Wall.) 700 (1869) donde dice que la Constitución “*in all its provisions looks to an indestructible Union, composed of indestructible States.*”

<sup>8</sup> El federalismo de concertación ha tenido gran difusión a través de la obra de Pedro J. Frías, pueden citarse particularmente “*La Provincia Argentina*” y “*Derecho Público Provincial*”

“voz” y la “salida” la “salida” es la decisión del consumidor de dejar de lado un determinado producto, porque no le satisface su calidad, su precio como las condiciones de venta. Ello tiene una influencia en la oferta cuando este comportamiento es reiterado. En la misma manera, cuando ciertas personas abandonan una empresa, los ingresos de la firma caen, se reducen sus clientes y los administradores son forzados a corregir las fallas. La “ salida” está también presente en las decisiones políticas en cuando los habitantes mediante su movilidad se desplazan desde aquellas jurisdicciones que ofrecen servicios públicos de baja calidad hacia aquellos con mejor oferta. También ello, en cuando los ciudadanos deciden cambiar su voto y salen de sus lealtades políticas iniciales cuando los compromisos no fueron satisfechos. la “ Voz” en la forma en que los ciudadanos expresan su aprobación o descontento con determinadas políticas e informan sobre sus preferencias electorales y como en este caso se presentan como “amigos del Tribunal” para apoyar la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en el concierto de las otras provincias.

De la misma manera que la división de poderes es eficiente porque crea ramas especializadas y gobierno de una mayor publicidad de los actos que facilitan el control, podemos decir que el sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y las provincias es otra forma de separación de poderes. una sociedad compleja, extendida en el territorio y con territorios poblados y despoblados, con prácticas y tradiciones diferentes, no puede gobernarse desde una misma y generalmente enorme ciudad. Al mismo tiempo el federalismo permite la experimentación con diferentes formas de gobierno, para resolver situaciones creadas en condiciones locales disímiles.

El federalismo aumenta la eficiencia del sistema político porque las instituciones que compiten entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios a los habitantes que son consumidores de los bienes y servicios gubernamentales. Imaginemos una sociedad en la cual los gobiernos compiten para atraer población, profesionales calificados,

inversiones compitiendo para ofrecer mejores servicios. La competencia siempre lleva a resultados eficiente porque permite que las personas accedan a mejores bienes y servicios a costos más reducidos. El federalismo debiera a través de la competencia asegurar una reducción en los costos de transacción que deben asumir quiénes brindan en una jurisdicción administrativa. De esta manera, tendrán menos retrasos en los trámites, mayor rapidez en decisiones, celeridad en los procesos judiciales, una mayor certeza en las transacciones y también en su seguridad personal. Los gobernantes como todos los proveedores de servicios no desean la competencia, y promueven una “*cartelización*” de los gobiernos a través de acuerdos interprovinciales. Es decir, una forma de oligopolio en el que todos ofrecen servicios y precios similares, pero no los mejores que surgirían de la competencia. Por ello la educación es una actividad con legislación y regulación local que no puede ser impuesta por organismos que impidan su ejercicio, como la Comisión Federal de Educación.

### **Evitar las distorsiones monopólicas generadas por el gobierno.**

Un factor a tener en cuenta cuando se organice una federación es que se minimizan las distorsiones monopólicas generadas por los gobiernos. Los gobiernos tienen elementos monopólicos, de hecho son los únicos que pueden ejercer la violencia, y tienen una amplia capacidad de regulación de las vidas y de las haciendas de los habitantes. Las distorsiones causadas por la regulación federal apresurada en cuestiones como la educación y la salud pueden llevar a estudiantes y pacientes a viajar hasta buscar el sistema que les asegure un nivel de tratamiento adecuado. Es en estos casos que se aplica el Principio de Tiebout.<sup>9</sup> *La gente vota con los pies*. los beneficios positivos de la competencia.

Los gobiernos pueden imaginar diferentes política diseñadas para atraer a contribuyentes y proveer trabajo. Si la competencia entre provincias funciona para atraer capitales y trabajo es un potente motor

<sup>9</sup> Charles Tiebout, *A pure Theory of local expenditures*, Journal of Political Economy, 64:416.

del crecimiento. Esta visión optimista del **federalismo como laboratorio de ideas**, planteada por el Juez Brandeis en *New State Ice vs. Liebmann* 285 U.S. 311 (1932). Un gobierno federal sobre regulador impide este desarrollo. Queda pendiente un tercer tema, la coparticipación federal de impuestos, desorden tributario que condena a la Argentina al estancamiento y al autoritarismo.

### **Una lectura vigorosa del federalismo.**

Esta sentencia recompone al federalismo de la Constitución, olvidado entre túrgidas doctrinas negatorias del estado de derecho, de la copia de autores de sistemas parlamentarios, donde el Ejecutivo legisla por delegación y la justicia no es un poder independiente, y donde no existe el federalismo. Del traspaso a la interpretación constitucional de ideas desarrolladas originalmente para el derecho administrativo por autores muchas veces de origen autoritario.<sup>10</sup> Sin duda la plena vigencia del control judicial de constitucionalidad requiere un gran esfuerzo de interpretación de precedentes diversos a través de un largo período de tiempo, más de doscientos años en los Estados Unidos y más de ciento cincuenta desde la creación de la Corte Suprema en la Argentina. Aparece tanto más sencillo seguir ideas o autores basados en ejecutivos legisladores y en jueces que no pueden interpretar la Constitución. Pero este precedente ha barrido con ese fárrago regulatorio y repone la vigencia plena de la Constitución.

<sup>10</sup> Ver Héctor Mairal, *El Derecho Administrativo y la decadencia argentina*. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. 2012. <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/15Mairal12.pdf>

