

La facultad provincial para celebrar convenios internacionales (Una mirada desde la teoría del pre-compromiso constitucional)*

Por Juan José Carbajales♦

Sumario: 1) Introducción – 2) Marco conceptual – 3) Fortalecimiento del federalismo en la reforma constitucional de 1994 – 4) La facultad provincial para celebrar convenios internacionales: ¿idea de quiebre o de continuidad? – 5) Conclusiones.

1) Introducción.

En el presente trabajo se aborda la temática relativa a las posibilidades y limitaciones que se ciernen sobre las reformas a la Constitución en forma posterior a su sanción originaria (planteo que suele denominarse “dilema contramayoritario”), y que aquí es aplicada a una cuestión concreta, a saber: la facultad de las provincias argentinas para celebrar convenios de carácter internacional.

Así, se dará cuenta del marco conceptual desde el que podría intentarse un análisis del reconocimiento y la recepción definitiva del fenómeno relativamente reciente del accionar externo de los estados subnacionales, operado en la reforma constitucional de 1994.

Para ello, se procede a interpretar el alcance del nuevo art. 124 de la Norma Fundamental en el marco de la supuesta tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia; esto es, de la compleja relación entre un precompromiso fijado en la Constitución originaria y el derecho a una soberanía popular por parte de las generaciones actuales.

Por último, se esbozará una propuesta que intente afrontar y dotar de contenido concreto al ineludible desafío que presenta la actuación consensuada entre las provincias y la Nación bajo el esquema basal del “federalismo de concertación”.

2) Marco conceptual.

La obra que es tomada como base teórica para el presente trabajo es *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, del profesor Stephen Holmes, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York¹.

Dicho basamento dogmático servirá para dar sustento a la tesis que aquí se expondrá, a

* Artículo publicado en ElDial.com, Suplemento de Derecho Administrativo, 30/08/09.

♦ Juan José Carbajales es Abogado (UBA) y Licenciado en Ciencia Política (UBA), con Posgrado en regulación energética (CEARE) y es Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Se desempeña como docente de grado de la Facultad de Derecho (UBA) y es miembro del Comité de Provincias en el Plano Internacional (CARI). Es autor del libro *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE). ¿El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de “empresa pública”?*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

¹ Tomado de ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, editores, *Constitucionalismo y Democracia*, F.C.E., México, 1999, pp. 217-262.

saber: que el reconocimiento a las provincias de la facultad para celebrar convenios internacionales, otorgado por la Convención Constituyente de 1994, consistió en una facultad innovadora que no reconoce antecedentes normativos en la historia constitucional argentina (visión vanguardista); no obstante lo cual, tal reconocimiento fue concedido de manera condicionada, esto es, encuentra límites concretos dentro de un marco de requisitos *sine qua non* que impiden la afectación de la estructura primigenia del sistema federal (visión conservadora).

En este sentido, en la obra citada se desarrollan los argumentos históricos que avalan las dos posturas en debate. Por un lado, la esgrimida por los partidarios de una Constitución histórica que represente un freno institucional a las mayorías temporales miopes, atento ver en la democracia una amenaza latente². Por otro lado, la esbozada por los defensores de un régimen democrático-mayoritario que impida ser esclavos hoy de lo que se decidió originariamente, puesto que la Constitución no es más que un indeseable fastidio.

Holmes se encarga de exponer en detalle las tesis básicas de cada posición, para finalmente concluir –como se verá a continuación– que ambas posturas se apoyan mutuamente.

Así, este investigador sostiene que los argumentos desplegados por Thomas Paine y Thomas Jefferson a favor de la democracia se sustentan en los siguientes puntos: (i) la prohibición de obstruir el futuro, (ii) la necesidad del consentimiento de “los vivos”, (iii) la autosuficiencia de las generaciones, (iv) el estancamiento del conocimiento por causa del precompromiso, y (v) la interdicción a que una autoridad soberana se autolimita. Tales argumentos se sintetizan en la idea de que “los padres no pueden atar a sus hijos”³.

A su vez, Holmes despliega los fundamentos de la postura opuesta, que fueran expuestos –en sus rasgos principales– en la respuesta que James Madison le da a Jefferson sobre el alcance de la Constitución federal. En su defensa del compromiso previo, el autor de *El Federalista* sostiene que: a) la autolimitación no restringe el poder y la libertad, sino que los amplían, b) el procedimiento rígido de enmienda impuesto por “los muertos” es beneficioso, c) las revisiones periódicas de la Constitución, especialmente del derecho de propiedad, son violentas, d) existe una división intergeneracional del trabajo, y e) las generaciones se superponen. Como resumen

² Para una aproximación al llamado “originalismo” en lo atinente a la interpretación judicial de la Constitución, por oposición al canon de la “*living Constitution*”, ver CRIADO, Marcos y DE CABO, Antonio, “A vueltas con la rama menos pensada: la actualidad constitucional en EE.UU. en 2003”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 14, 2004, p. 459.

³ Un ejemplo de esta postura puede verse el caso “*Missouri v. Holland*” de 1920, en el que la Corte Suprema de EE.UU., al fallar sobre las limitaciones constitucionales a la celebración de tratados internacionales, afirmó que “(...) cuando tratamos con palabras que también son un acto constituyente, como la Constitución de los Estados Unidos, debemos comprender que ellas han llamado a la vida a un ser sobre cuyo desarrollo no pudo ser previsto por el más dotado de sus padres. (...) El caso ante nosotros debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia íntegra y no solamente por lo que fue dicho hace cien años”, cfr. 252 U.S. 416, citado en SOLA, Juan Vicente, “El manejo de las relaciones exteriores. La constitución y la política exterior”, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997, pp. 224 y 225.

puede citarse su afirmación de que “las limitaciones constitucionales generan posibilidades”.

Llegado a este punto, el profesor Holmes aborda la llamada “paradoja de Elster”, relativa a que cada generación desea ser libre para obligar al futuro, sin quedar obligada por el pasado. Su conclusión es que tanto los padres fundadores (*politique politisante*) como los ciudadanos actuales (*politique politisé*) actúan como constituyentes, y que las reglas constitucionales, si bien son limitantes de las mayorías, también son capacitadoras, puesto que asignan facultades y ordenan el poder. Ergo, al limitar a la generación siguiente –especialmente a través de la prohibición de autoesclavizarse–, se libera a las generaciones futuras. Y las obligaciones heredadas de la Constitución (también los derechos, como el de propiedad), solamente requieren un consentimiento hipotético, no expreso.

Como síntesis, el autor afirma que un precompromiso de carácter inflexible y duradero, pero no por ello inalterable, posibilita el aprendizaje público y facilita el autogobierno. “Los muertos no deben gobernar a los vivos –concluye–, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos”.

3) Fortalecimiento del federalismo en la reforma constitucional de 1994.

La ley N° 24.309 de declaración de necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional contenía una serie de temas que eran habilitados para su debate, en tanto aquéllos obedecían a los objetivos fundantes de dicha necesidad. Entre ellos se encontraba la búsqueda del “fortalecimiento del régimen federal”, a través de la redistribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia de servicios, gastos y recursos, la creación de regiones, la jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales, la realización de gestiones internacionales y la autonomía municipal.

La Convención Constituyente cumplió con este mandato por medio de la sanción de las siguientes reformas al federalismo imperante: dictó las bases para una ley convenio sobre nuevos regímenes de coparticipación de contribuciones tributarias (cfr. art. 75 inc. 2); reconoció poderes concurrentes en el marco de la denominada “cláusula para el progreso” y fomento del desarrollo (cfr. arts. 75 inc. 19 y 125); conservó –explicitándola– la jurisdicción provincial y municipal en materia de poderes de policía e imposición en los establecimientos de utilidad nacional (cfr. art. 75 inc. 30); reafirmó la autonomía municipal y delegó la fijación del alcance de la misma en cada constitución provincial (cfr. art. 123); reconoció a las provincias la facultad para crear regiones (cfr. art. 124 *caput*); reconoció el dominio originario de los recursos naturales existentes en los territorios provinciales (cfr. art. 124 *in fine*); y confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires (cfr. art. 129); y –en lo que interesa al presente trabajo– otorgó a las provincias la posibilidad de celebrar convenios internacionales (cfr. art. 124);

4) Facultad provincial para celebrar convenios internacionales: ¿idea de quiebre o de continuidad?

La mencionada ley 24.309 preveía, en el inc. d) de su art. 3°, la “posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al

respecto corresponden al Gobierno Federal, no sean incompatibles con la política exterior que éste conduce y no importen la celebración de tratados de aquel carácter”.

Sin embargo, el constituyente no se refirió a las gestiones sino que, directamente, reconoció la posibilidad de celebrar convenios internacionales (cuidándose de no llamarlos “tratados”, habida cuenta la discusión doctrinaria no saldada al momento de la Convención Constituyente). Tal reconocimiento respetó los condicionantes impuestos por el legislador, al tiempo que agregó dos más.

Así, el nuevo art. 124 CN dispuso que “Las provincias podrán (...) celebrar convenios internacionales, en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso Nacional. (...)”.⁴

La tesis de este trabajo –tal como fuera anticipada– es que esta modificación plasma la búsqueda de un equilibrio entre una pura innovación “democrática” y un fiel respeto por las tradiciones “constitucionales”. En otras palabras, que el constituyente ha querido asentar en este punto una de las novedades de la reforma, al tiempo que se cuidó de no alterar la distribución de facultades orgánicas para el ejercicio de las relaciones exteriores de la Nación, que fuera establecido en el diseño constitucional de 1853/60.

De hecho, la atribución de competencias en materia de relaciones internacionales era otorgada en forma exclusiva al gobierno federal (entendiéndose por tal a los Poderes Ejecutivo y Legislativo nacionales), de conformidad con los arts. 27; 31; 67 incs. 12, 14, 16 y 19; 86 incs. 10 y 14; 107 y 108 (hoy 27, 31, 75, 99, 125 y 125, respectivamente). Antes de la reforma de 1994, las provincias sólo podían celebrar tratados parciales para su propio desarrollo, pero tenían vedada la facultad de que tales tratados fueran de carácter político.

No obstante ello, la innovación del constituyente consistió en reconocer una nueva realidad internacional, tanto en el marco regional como mundial. Por un lado, la complejidad e inmediatez de las problemáticas transfronterizas, que impulsaron la integración tanto a nivel nacional (Mercosur) como provincial y municipal. Por otro lado, el fenómeno de la globalización económico-financiera y del avance tecnológico, que generaron un mundo fuertemente interdependiente, ferozmente competitivo y vertiginosamente cambiante.

Escenarios relativamente recientes ante los cuales los actores subnacionales han tenido que adaptarse, por lo que se vieron impulsados a proceder –en un proceso no exento marchas y contramarchas⁵– a la gestión directa de sus intereses en el ámbito internacional. Máxime, al advertir que dicho campo de acción ofrecía vastas

⁴ Para un análisis del contenido y alcance de este reconocimiento ver CARBAJALES, Juan José, y GASOL VARELA, Claudia, “La gestión internacional de las provincias en el marco del sistema federal argentino y a la luz de sus propias constituciones”, en AA.VV., *Las provincias argentinas en el escenario internacional. Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, 1ª. ed., Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Buenos Aires, 2008, pp. 47 a 82, esp. 48 a 63.

⁵ Proceso que es evidenciado en un accionar dispar en lo institucional, flexible en lo práctico y arremetedor en lo cotidiano, cuya dinámica da lugar, precisamente, a lo que IGLESIAS denomina como “federalismo líquido”, AA.VV., *Las provincias...*, *op. cit.*, Conclusiones, p. 257.

oportunidades para encauzar de manera relativamente eficiente la satisfacción de sus propias necesidades internas –especialmente las relacionadas con el desarrollo del comercio exterior, el fomento del turismo, la obtención de créditos financieros, la explotación de recursos naturales y el desarrollo de las obras de infraestructura.⁶

Ahora bien, este reconocimiento de una situación novedosa no precipitó al legislador ha reformular en forma completa la estructura de nuestro federalismo tradicional en materia de relaciones exteriores. Efectivamente, el constituyente impuso una clara restricción a la nueva facultad provincial, a través de la sujeción a cuatro limitaciones concretas, a saber: (i) que los convenios internacionales celebrados por las provincias no sean incompatibles con la política exterior de la Nación; (ii) que aquéllos no afecten facultades delegadas al gobierno federal; (iii) que tampoco afecten el crédito público de la Nación; y (iv) que se celebren con conocimiento del Congreso Nacional.

Estos cuatro condicionantes representan la sujeción de la voluntad de las nuevas generaciones al ideario genético de la Constitución de 1853/60. De allí que sea válido preguntarse si el nuevo art. 124 CN –por el que se otorga a las provincias una facultad inédita pero limitada– refleja una posible solución a la paradoja de la “constitución democrática” en tensión permanente.

En efecto, ¿es dicho otorgamiento un reflejo del ejercicio de una libertad creadora por parte de las nuevas generaciones o, por el contrario, es sinónimo de una atadura fijada inexorablemente por los padres fundadores? ¿Representa un triunfo de la autosuficiencia de “los vivos” o una restricción impuesta por “los muertos” a través del precompromiso originario?

Parece plausible afirmar, siguiendo a Holmes, que se trata de una amalgama entre ambos extremos, de un fino equilibrio entre dos fuerzas polares –aunque no por ello, irreconciliables. Por un lado, la adaptación a una nueva realidad internacional que no había encontrado, hasta fines del siglo pasado, más que una precaria recepción en algunas constituciones provinciales. Por el otro, el respeto por los principios fundantes de un federalismo que, al superar los obstáculos “confederales” que demoraran por más de cuarenta años la instauración de una unión nacional, había nacido con una clara tendencia centralista en la delegación de facultades a la Nación por parte de las provincias.

Esta idea de ruptura dentro del orden puede observarse en los trabajos preparatorios del artículo en cuestión de la propia Convención Nacional Constituyente, donde se ha ratificado de manera contundente la voluntad de fortalecer una visión más descentralizada del nuevo federalismo.

⁶ Para una aproximación de la magnitud, contenido y oportunidad de los convenios internacionales celebrados por las provincias argentinas con actores nacionales y subnacionales del exterior, ver el trabajo de investigación, sistematización y publicación *on line* que desde hace más de un lustro viene llevando adelante el “Comité de Provincias en el Plano Internacional” del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), dirigido por el Embajador Eduardo IGLESIAS, y que al presente cuenta con resultados definitivos para las provincias de Salta, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Tierra del Fuego (<http://www.cari.org.ar/pdf/provincias-convenios>).

Así, por ejemplo, se expresó que “[E]ntre las argumentaciones se decía que no había mejores negociadores para esos convenios con los países limítrofes que los propios habitantes de esa provincia, a fin de arreglar sus intereses comerciales. Eso que se pedía en 1852 lo estamos pensando, y ojalá que se incluya en una cláusula constitucional donde se habilite a las provincias a que tengan una capacidad negociadora, sin afectar a la Nación, que es lo último que debemos hacer, pero actuando en beneficio de la Nación, a través de beneficios para las provincias. Esa es una cláusula, una norma que posiblemente logremos concretar. *Y vamos a demorar ciento cuarenta y dos años en plasmar un anhelo que, por las otras vías, ni siquiera teóricamente pudimos lograr.*”⁷

5) Conclusiones:

El reconocimiento a las provincias argentinas de la facultad para celebrar convenios internacionales fue otorgado *ex novo* por la Convención Constituyente de 1994 (visión vanguardista), pero dentro de un marco de una serie de condiciones *sine qua non* que impedían la afectación de la estructura primigenia del sistema federal (visión conservadora).

Esa ambivalencia es el símbolo más claro de la pretensión política por establecer un federalismo “de concertación”⁸ que tienda a superar las largas etapas históricas en las que primaron la rivalidad, la extorsión o la cooptación entre la Nación y las provincias, o de estas últimas entre sí.

De hecho, si las restricciones del pasado generan posibilidades a las nuevas generaciones, el manejo de una política exterior unívoca y coherente por parte de la Nación no debería impedir que los actores subnacionales exploten de manera provechosa (siempre dentro de los límites constitucionales), los amplios márgenes de acción provistos por un escenario regional y mundial dinámico, complejo e interdependiente.

Antes bien, tanto el gobierno federal como las administraciones provinciales tienen ante sí el desafío de profundizar la integración de sus políticas públicas a través de una mayor articulación entre la Cancillería y las agencias locales. Ello, en pos de lograr una sinergia positiva entre las potencialidades de las unidades subnacionales y los intereses soberanos de la Nación.

De esta manera, la propia lógica de un proceso constante y coordinado (donde se destaquen los mecanismos de consulta mutua, publicidad oportuna, promoción genuina y complementación armoniosa), actuará como catalizador inmejorable de las necesidades recíprocas y de los recursos compartidos.

De alcanzarse esta articulación proactiva, el resultado no podrá ser otro que la obtención

⁷ Discurso de la convencionalista Luz María SARAVIA TOLEDO, 3° Sesión Ordinaria, 24° Reunión, 4 de agosto de 1994 (el resaltado es de mi autoría).

⁸ Cfr. FRÍAS, Pedro J., *El proceso federal argentino (De la decadencia a la recuperación)*, Córdoba, 1998, p. 26 –entre otras obras–, quien hace uso del término a partir de la década de 1950, de acuerdo al federalismo “cooperativo” norteamericano puesto en vigor luego del *New Deal*, que transformó el federalismo “dual” o “competitivo”. Para un análisis desde la óptica de las relaciones internacionales, ver SALVILOLO, Marcelo A., *Provincias y Convenios Internacionales. Una propuesta desde el Federalismo de Concertación*, ISEN, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2005, *passim*.

de beneficios materiales e intangibles para todos los actores involucrados en esta auspiciosa concepción del federalismo argentino.