

ARTÍCULO 121

121. Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

§ 1. Poderes “conservados” por las Provincias.

Se habla en forma indistinta de los poderes “no delegados” como los poderes “conservados” por las provincias, y la letra del art. 121 CN aparenta consagrar la excepcionalidad de los poderes federales. Y en muchos fallos de la Corte Suprema se ha presentado esa regla observando que “los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos”.¹

Pero lo cierto es que este principio aparece atenuado a la luz del desarrollo posterior de la jurisprudencia y la praxis gubernamental que asume la posibilidad de delegaciones implícitas a la Nación (tal como explicamos en el comentario al art. 126 C.N.).

En resumen, hay una zona mas “intangible” dada por los poderes provinciales que tienen una garantía expresa en la constitución como:

- *poderes constituyentes*, tanto en su parte “orgánica” como en su parte “dogmática”, conforme a la atribución y pautas de los arts. 5 CN y 123 CN;
- *poderes político-administrativos*, para regular y elegir sus propias autoridades y funcionarios, cfme. art. 122 CN, lo que implica naturalmente deferir una autonomía en el ejercicio de esa autoridad;
- *poderes derivados de su personalidad jurídica de derecho público*, para realizar tratados interprovinciales y regionales, y convenios en el orden internacional, cfme. arts. 124 y 125 CN;
- *poderes legislativos*,

¹ Modernamente se ha repetido este criterio en CSJN, *Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda*, Fallos 326:3899 (2003); *Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén*, 327:3187 (2004); *Cadegua S.A. c/ Municipalidad de Junín*, Fallos 327:4103 (2004); *Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar*, Fallos 329:976 (2006); *Entre Ríos c/ Estado Nacional*, Fallos: 331:1412 (2008); *Municipalidad de Resistencia c/ Llubricom S.R.L.*, Fallos 332:2108 (2009).

- *propriadmente locales* (los que conciernen a su derecho público interno y a las normas de policía local, reglamentarias de derechos),
 - *de complemento y desarrollo de derechos* (la Constitución explicita reglas especiales para las cláusulas ambientales, educativas y de tutela indígena, pero las provincias mantienen la potestad de desarrollar legislativamente todos los derechos y garantías de la Constitución Nacional en el ámbito de su jurisdicción)
 - *concurrentes* (incluyendo las normas de fomento autorizadas por el art. 125 in fine CN, y todas las que en general sean compatibles con poderes nacionales delegados).
- *poderes impositivos*, para establecer impuestos y tasas, y para concertar con el Gobierno Federal regímenes de coparticipación impositiva, conforme al deslinde y pautas del art. 75 incs. 2 y 3 CN);
 - *poderes judiciales*, para aplicar el derecho común en la medida en que las cosas o las personas caigan dentro de su jurisdicción, conforme art. 75 inc. 12 CN y en consecuencia dictar sus códigos de procedimiento, exigir la extradición de criminales cfme art. 8 CN, etc.).

§ 2. Sobre el “margen de apreciación provincial”.

En el caso “Castillo”, en relación a la educación religiosa en la provincia de Salta, el voto disidente del Juez Rosatti introduce por primera vez a nivel federal un conocido concepto del derecho internacional de los derechos humanos, la doctrina del “*margen de apreciación*”, desarrollado sobre todo en el sistema Europeo. López Alfonsín expone que esta doctrina se presenta “cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional. (...) Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante”.²

Ahora bien: ¿existe, en sistemas federales, una versión aplicable “por analogía” de este margen de apreciación? En el fallo al que aludimos el voto de Rosatti así lo entiende: toma nota de ciertas diversidades de la legislación educativa en las diversas provincias de nuestro país, para concluir que “la elección salteña (...) expresa un “margen de apreciación provincial” que no

² LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, *La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales*. En LEX N° 19 - AÑO XV – 2017, pp. 53-76. Disponible en <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i19.1370>. Razona este autor que “en el caso del Sistema Interamericano se trata por el momento de una figura muy débil, incluso residual debido a que, hasta la fecha, los casos que llegaban a la Corte eran de tal gravedad (lo que se conoce como *gross violations*, violaciones del derecho a la vida, integridad personal, etc.) que el *self restraint* no tenía ninguna cabida”.

confronta con el citado art. 5° sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes”.³

Por supuesto que se trata de una doctrina minoritaria, pero es pertinente intentar analizar críticamente su sentido y alcance, en la medida en que *mutatis mutandis* pueda ser extrapolable a otros derechos.

La doctrina tiene una semilla de verdad: en efecto, las provincias se han reservado el definir formas de implementación de un derecho, y por ello pueden en los planes de estudio establecer contenidos específicos vinculados con la jurisdicción propia. El amplio margen de posibilidades también se da en las opciones que puede adoptar un gobierno local en sus políticas públicas, que podrían priorizar válidamente diversos objetivos en función de sus intereses y necesidades, ya sea salud, vivienda o inversión educativa. La doctrina europea ha justificado una explicación funcional: las autoridades locales están mejor posicionadas que las supranacionales para calibrar la proporcionalidad de las restricciones.⁴ En ese punto cabe acotar que hay un diferencial más plausible en el contraste autoridad doméstica-tribunal supranacional, que el que puede haber en el contraste entre dos autoridades nacionales, una subfederal y otra federal. Además, el “margen de apreciación” cumple en cuerpos supranacionales la función política de maximizar la adhesión y la permanencia en un sistema de derechos humanos, cuestión que no debe estar en discusión en la relación Nación-Provincias. De ambas observaciones se deriva que cabe propiciar entonces un uso extremadamente cauto del margen de apreciación a nivel subfederal.

Pero de ello no se sigue que las provincias se hayan reservado un margen que las habilite a adoptar una visión idiosincrática y local de la fuerza normativa de los derechos de la Constitución nacional. Una visión progresiva del *margen de apreciación* aceptable siempre debe partir de una línea de base común que debe ser respetada en toda la República, un núcleo duro pero no “pétreo”, sino de “fronteras móviles” para dar cuenta de posibles avances en la realización y tutela de derechos. En este punto cabe aplicar el mismo análisis de razonabilidad que busca identificar el contenido esencial de los derechos, y un test de proporcionalidad o razonabilidad en lo que constituyan sus eventuales restricciones para luego tomar la diversidad verificable como un indicador de posibilidades de desarrollo. En relación al margen de apreciación nacional ha dicho Agustina Pérez que “la diversidad de regulaciones y sistemas jurídicos en la región debería ser, más que un motivo para en la práctica restringir derechos, una herramienta para pensarlos creativamente y mejorar su protección”⁵, y lo mismo se aplica a su eventual *acepción federal*.

³ CSJN, *Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*, Fallos 340:1795 (2017). Disidencia del Juez Rosatti, cons. 18.

⁴ Esta línea aparece primeramente en el caso *Handyside*. Cf. Corte EDH, *Handyside c. Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, § 48, Series A no. 24, y se replica en otros como *Irlanda c. Reino Unido*, del 18 de enero de 1978, § 207, Series A no. 25; *Gillow c. Reino Unido*, del 24 de noviembre de 1986, § 56, Series A no. 109; *Müller y otros v. Suiza*, del 24 de Mayo de 1988, § 35, Series A no. 133. *Lautsi c. Italia* (“Lautsi II”), de 18 de marzo de 2011, TEDH 2011/31, entre muchos otros.

⁵ PÉREZ. Agustina, *Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos?*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Vol. 15, No. 1, 2017, pp. 79-98.

Por lo demás, la inexistencia de un consenso generalizado intrafederal puede ser en verdad demostrativo de que una parte importante de los Estados no están adoptando en la práctica una legislación que tutele adecuadamente los derechos, y no puede invocarse tal circunstancia como una renuncia a la aplicación de los tests de proporcionalidad en orden a determinar la validez de una restricción o la configuración de una violación.

Sería así correcto hablar –con licencia literaria- de un *margen de apreciación* en la medida en que se trate de un plus *por encima* de ese contenido esencial: las provincias tienen efectivamente la potestad de decidir cuánto y cómo van a desarrollarlo *in meius*, y no se les puede reclamar homogeneidad ni se les puede imponer la legislación o la modalidad diversa de las provincias han querido y podido desarrollar otra versión hipotéticamente aún más superadora, o han calibrado de modo distinto un balance entre derechos en tensión.

Esto nos remite a otra cuestión. En el intento de evitar esa desigualdad intra-federal se ha invocado la lógica del principio *pro homine* según el cual ante una alternativa de normas coexistentes los particulares pueden invocar –y los jueces aplicar- la más beneficiosa para el sistema de derechos de la persona.⁶ El problema es que este entendimiento resulta incompatible con el sistema de distribución federal de competencias, ello en tanto se pretende atribuir una vigencia virtual a actos legislativos o reglamentarios de extraña jurisdicción.

Lo que, en efecto, no se puede –a riesgo de desbaratar la integridad del sistema federal- es invocar el margen de apreciación con un sentido regresivo, *in peius*, para darle a las provincias una fuente adicional para validar restricciones, para transformar en cuestión local un tópico que es evidentemente cuestión federal, o para asignar una presunción de validez *a priori* a las limitaciones fundadas en una preferencia o interés local.

Es por ello que la existencia de un criterio común y extendido en varias jurisdicciones puede iluminar sobre la irrazonabilidad de una disposición que resulte anómala o incongruente en el contexto del derecho público provincial.

Dicho de otro modo, este criterio implicaría un desplazamiento de las cargas probatorias en cuanto a la constitucionalidad del derecho local *sub judice*: aún sosteniendo –como dejamos en claro en los párrafos precedentes- la inaplicabilidad del llamado “derecho al mejor derecho”, el derecho “peor” en tal caso habrá de presumirse inconstitucional, y en función de ello cabría juzgarlo exigiéndole al Estado local una justificación robusta que valide el grado de restricción que se verifica en su territorio. Recordamos, a propósito de ello, que la apelación al “margen de apreciación” no puede ser un “sello de goma” o carta blanca para aplicar restricciones: en todo caso, quien pretenda valerse de él (o avalar su aplicación) deberá explicar con precisión *por qué* la autoridad local está “mejor situada” para efectuar un balance.⁷

⁶ Cf., por ejemplo, MANILI, Pablo, *El derecho procesal constitucional y el federalismo*, en Manili (Dir.) “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, Tomo I, La Ley, 2010, pp. 441-451, o JULIANO, Mario Alberto; GARCÍA, Nicolás Gerardo y PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo, *Derecho al mejor derecho y poder punitivo*, Del Puerto, Buenos Aires, 2011.

⁷ Advertencia que figura en la opinión disidente de Pinto de Albuquerque, suscripta por el Juez Sajo, en *Correia de Matos v. Portugal*. Cf. Corte EDH, Caso de *Correia de Matos v. Portugal*, Demanda N° 56402/12, 4 de abril de 2018, disidencia cit., en especial §§ 4-9. "

Esta es la lectura que mejor cuadra con la decisión de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de “Verbitsky”, fallo en el que el Tribunal establecía en el considerando 57 que “cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía”.

La Corte puntualizaba que “una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. ... por ello, se debe entender que, *sin pretensión de cancelar las asimetrías*, para la prisión preventiva -que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal- las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio”.⁸

En ese caso, recordemos, la Corte concluía *prima facie* que la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria parecía “alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional”, en virtud de lo cual exhortaba a los poderes de la provincia “a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, *a modo de ejemplo*, recepta la legislación procesal penal de la Nación” (el subrayado es nuestro).

Esto significa que para poder descalificar una normativa local no basta la mera comprobación con otra norma favorable, sino que debe comprobarse que esa norma está concretando ciertos “estándares internacionales”. Así lo hizo la Corte con claridad en “Verbitsky” (sosteniendo que “las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”) y también con la invocación a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (“Reglas de Mallorca”) en los casos “Llerena” y “Dieser” donde establece la necesidad de separación entre órganos de instrucción y órganos de juicio.⁹

Laura Clérico subraya la función *constructiva* del federalismo, un sistema que -dice- “requiere ser interpretado como facilitador del cumplimiento de los derechos”, por lo cual propicia que en ausencia de protección provincial eficaz se apliquen “los estándares que surjan de las normas federales y nacionales hasta que las provincias consoliden sus propios medios de protección que se acerquen y superen los estándares de fuente federal”. Ese parece ser, postula,

⁸ CSJN, *Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, Fallos 328:1146 (2005).

⁹ CSJN, *Llerena, Horacio*, Fallos 328:1491 (2005), y *Dieser, María G. y Fraticelli, Carlos A.* Fallos 329:3034 (2006). Este último caso (en el que la Corte se remite al dictamen del Procurador) es el que más interesa aquí porque viene a proyectar el criterio de “Llerena” a las jurisdicciones provinciales.

el camino iniciado por la Corte cuando ordenaba a las obras sociales provinciales no adheridas al sistema nacional de la ley 24.901 a asumir las prestaciones derivadas de los principios que sustentan esa norma, aludiendo al caso “Passero de Barrera” de 2007.¹⁰

§ 3. ¿Federalismo “dual” o “de torta marmolada”?

En Estados Unidos, notoria inspiración de nuestro sistema, ha surgido una interesante dicotomía para conceptualizar dos modelos de organización de competencias federales: o división estricta (modelo de federalismo “dual”, o torta en capas) o poderes entremezclados (modelo de federalismo de cooperación, o *marble cake*, de “torta marmolada”¹¹).

El federalismo de torta marmolada asume la posibilidad de coexistencia entre poderes locales y nacionales. Es el modelo propio del federalismo alemán, donde el Estado Federal establece leyes de base y los *Länder* las reglamentan y son su autoridad de aplicación.¹²

Esta coexistencia se refleja en mecanismos de coordinación institucionalizados (usualmente materializados a través de leyes-convenio, o de la adhesión provincial a leyes nacionales) y en la existencia de poderes concurrentes.

Nuestro sistema, en definitiva, presenta rasgos de ambos paradigmas. Es “dual” en algunos aspectos básicamente identificados en las prohibiciones del art. 126 CN (a cuyo comentario remitimos) y en las garantías dadas a las provincias en el art. 5 (correlacionándolo

¹⁰ CSJN, *Passero de Barrera*, Graciela N. c. Estado Nacional, Fallos 330:4160 (2007), citado en CLÉRICO, Laura., *¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad*, Revista Jurídica de Palermo, Año 11, Nro. 1-octubre de 2010, págs. 93-118, en p. 98.

¹¹ La expresión fue acuñada por Morton Grodzins en *Goals for Americans*, una obra de 1960 dedicada a presentar el Reporte de la Comisión Presidencial de Metas Nacionales. Dice Grodzins, “La forma de gobierno de los Estados Unidos es frecuentemente –y erróneamente- descrita como una torta de tres capas. Una imagen mucho más ajustada a la realidad sería el espectro de una torta marmolada ... como los colores están entremezclados en la torta marmolada, así lo están las funciones en el sistema federal americano-”. Cf. GRODZINS, Morton “The Federal System,” en *Goals for American*, (Englewood Cliffs, N.J.; Prentice-Hall, 1960, pp. 265–282. Cf. WRIGHT Deil S., *Para entender las relaciones intergubernamentales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997. Pp. 140-141.

¹² Es interesante apuntar que el modelo alemán ha seguido también una trayectoria centralizante desde la distribución originaria de competencias. Observa Antonio Arroyo Gil que de acuerdo con el artículo 30 GG, “los Länder disponen de una competencia general de carácter residual, mientras que la Federación, por el contrario, únicamente puede ejercer aquellas facultades que tenga expresamente atribuidas en la propia Ley fundamental o en virtud de ella (competencias tasadas)”. Y confronta ello con la evolución ulterior donde “la mayor parte de las competencias en el ámbito de la legislación se encuentran atribuidas también ahora a la Federación, expresamente o por medio de cláusulas constitucionales abiertas que han sido interpretadas de manera muy generosa por los órganos centrales competentes, con la aquiescencia del Tribunal Constitucional Federal. Es ésta precisamente la nota más característica del proceso centralizador del federalismo alemán a que se trató de hacer frente, sobre todo, en la reforma constitucional de 2006, si bien con no demasiado éxito, pues lo cierto es que en el terreno legislativo, a partir de esa modificación, sigue siendo la Federación la que ostenta el protagonismo principal”. Cf. ARROYO GIL, Antonio: “Fundamentos constitucionales del reparto de competencias en la República Federal de Alemania”, en AA.VV., *Cooperación y reparto competencial en los estados descentralizados*, Col·lecció Institut d’Estudis Autònoms, núm. 83, IEA-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, pp- 85-154, en p. 90.

con los arts. 122 a 125, subsiguientes a este que comentamos). Pero la evolución constitucional (a pesar de que el juego de los art. 121 y 126 parecen indicar a un constituyente que quiso un federalismo categóricamente “dual”), ha ido derivando en amplias zonas de concurrencia y ellas implican la posibilidad de zonas de regulación potencialmente mixta, simultánea, de Nación y de los poderes locales.

De hecho, vamos a ver que existe en cierta jurisprudencia moderna un reconocimiento explícito de la funcionalidad de este paradigma. Lo vemos ejemplificado en el caso “Nobleza Piccardo” de 2015, donde una tabacalera cuestionaba una ley de la Provincia de Santa Fe que restringía la publicidad de su producto y otros aspectos de su actividad. La Corte rechazó el planteo nos interesa aquí en particular el voto concurrente de Maqueda y Highton, enfatizando la existencia de una válida finalidad constitucional, ejercida razonablemente, y advirtió que “la materia sobre la que versa el caso es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial *puedan ejercerse conjunta y simultáneamente*, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno”.

Ello le dio pie para decir que

- “el contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre las provincias y la Nación, como rasgo propio del proceso federal (...) implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas intercomunales y en una línea de gestión intergubernamental”.
- que “bajo esta interpretación, las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en ordena la protección de derechos fundamentales”, y que
- “en la dinámica de la distribución de competencias en este campo, entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros -sus competencias exclusivas-, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes”.¹³

Finalmente, recordemos que en algunos casos la mixtura competencial se deberá articular a través de acuerdos interjurisdiccionales, soluciones que la Corte propició en la orden judicial de saneamiento del Riachuelo Matanza en su conocido precedente de 2008, y en casos como la demanda de La Pampa contra Mendoza por los usos del Río Atuel.¹⁴

§ 4. Poderes concurrentes.

¹³ CSJN, *Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 338:1110 (2015), de donde citamos o glosamos fragmentos de los considerandos 14 al 16.

¹⁴ CSJN, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros*, Fallos 331:1622 (2008), *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas*, Fallos 340:1695 (2017)

Aunque no figuran alusiones explícitas a este tipo de poderes ni en este artículo, ni en el capítulo relativo a los gobiernos de provincia (arts. 121 a 129 CN) en varias partes de la Constitución aparecen varios casos que prevén (o presuponen) pautas específicas de “conurrencia”.

Así ocurre en materia *ambiental* (cfme. art. 41 CN: la Nación puede dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y las provincias, las necesarias para complementarlas), *tributaria* (donde se establece la potestad concurrente en contribuciones indirectas), *educativa* (Art. 75 inc. 19, CN “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales”), en la legislación protectora de las *comunidades indígenas* (art. 75 inc. 17 CN¹⁵) y en las cláusulas de la *prosperidad* y del *desarrollo social* del art. 75 incs. 18 y 19 CN.

Otro indicio revelador aparece desde 1994 en el 75 inc. 30 CN, en el que al mismo tiempo que se le reconoce al Congreso la potestad de establecer establecimientos de utilidad nacional, se advierte que las provincias y municipios “*conservan sus poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos*” en tanto no interfieran en el cumplimiento de sus fines. Ello implica que a fortiori también tienen dichos poderes con una facultad inmanente, y documenta una pauta muy específica que nos terminará resultando familiar y muy funcional para interpretar el plexo federal: la *no interferencia*.

Debe aclararse que las facultades concurrentes no suponen necesariamente exclusión recíproca entre sí, pues cabe la posibilidad de que su ejercicio pueda conciliarse, coordinarse o complementarse. Por ejemplo, las cláusulas que surten la competencia del Congreso de la Nación (tanto la del comercio como las de la prosperidad y la del desarrollo –art. 75 incs. 13, 18 y 19 respectivamente-) no implican una automática anulación de las regulaciones locales, ya que provincias y municipios *pueden ejercer sus potestades propias en la medida en que no interfieran con la operatoria de una actividad comercial interprovincial o la prestación de un servicio público interjurisdiccional*. (remitimos pues a nuestro comentario a los incs. 13 y 18 del art. 75 CN). Lo mismo ha dicho la Corte en relación al carácter concurrente de la materia sanitaria: “es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, siempre que ambas actúen respetando las limitaciones que la Ley Fundamental les impone”.¹⁶

La concurrencia plantea la necesidad de encontrar paradigmas adecuados para hacer un administrado deslinde de los solapamientos competenciales entre nación y provincias, y a ello dedicaremos los dos acápite siguientes de este comentarios.

¹⁵ Dice el art. 75 inc. 17. “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. *Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*” (el subrayado es nuestro).

¹⁶ CSJN, *Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 338:1110 (2015), cons. 14.

Antes de ello empero es necesario advertir sobre la conveniencia (tanto práctica como hermenéutica) de que los arreglos competenciales no se definan sistemáticamente en los tribunales –una opción esencialmente traumática, que incrementa los costos de transacción, y que genera escenarios proclives a las soluciones “de suma cero”- sino que se articulen concertadamente mediante sistemas coordinados, flexibles y participativos de regulación y aplicación de políticas públicas.

Además de esa alternativa de *deslinde*, podemos imaginar la fertilidad de una alternativa *complementaria y coordinada*. En este orden de ideas Cicero ha propuesto también repensar las cláusulas comercial y del progreso y del bienestar a la luz del artículo 42 C.N. –que prevé, en materia de servicios públicos, una participación provincial en los organismos de control- para adoptar “un patrón dinámico de relación federal en punto a los servicios públicos, de modo que la intervención local no quede relegada a aquellos espacios propios o inherentes a las provincias y que en general nunca les fueron desconocidos, sino que por el contrario crezca para alcanzar protagonismo tanto en el diseño regulatorio del régimen de los servicios interconectados, como en su ejecución y control”.¹⁷

§ 5. La presunción de “conurrencia” y la primacía federal en caso de interferencia.

La concurrencia lleva de suyo la posibilidad de una colisión entre potestades provinciales y nacionales. Ante la necesidad de establecer una pauta de deslinde, el estándar fundacional de la jurisprudencia en la materia fue tempranamente enunciado por la Corte Suprema en el caso “Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis” de 1865¹⁸. Allí dijo la Corte que “*los actos de la Legislatura de una Provincia, no pueden ser invalidados, sino en aquellos casos en que*

- *la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, marcando la primera causal de invalidación: exclusividad expresa deferida a la Nación.*
- *o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; marcando la segunda causal de invalidación; exclusión expresa a las provincias;*
- *o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por éstas últimas; fuera de cuyos casos –agrega la Corte “es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso”.*

¹⁷ CICERO, Nidia Karina, *Servicios públicos y federalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2013, pp. 179-180.

¹⁸ CSJN, *Domingo Mendoza y otro c. Provincia de San Luis*, Fallos 3:131 (1865), considerando 2°.

El criterio de “Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis” de 1865 ha sido mantenido en diversas fórmulas en numerosísimos fallos que llegan hasta hoy.¹⁹

Nótese que

- no se trata de una compatibilidad hipotética, en abstracto o eventual, sino efectiva.
- que el carácter absoluto requerido para la incompatibilidad no se mantiene como nota uniforme en la jurisprudencia, existiendo otros criterios que traducen la incompatibilidad en términos de “ineficacia”, lo que implica una evaluación más propensa a darla por configurada y con el efecto de invalidación de la legislación local. En virtud de ello se reputa implícitamente prohibido a las provincias el ejercicio de una competencia que obstaculice o haga ineficaz el desenvolvimiento de una competencia del Gobierno Federal²⁰.
- la incompatibilidad no requiere una efectiva *contradicción normativa*, sino que aparece también ante un conflicto *funcional* o *teleológico* entre las normas en cuestión.
- como consecuencia necesaria de la presunción de concurrencia, la demostración de la incompatibilidad, en todo caso, es carga probatoria de quien pretenda su invalidación.
- esa interferencia puede devenir tanto de una disposición que directamente contradiga a una norma federal *en su texto mismo*, como de casos en donde la incompatibilidad se derive de los *efectos* de la normativa.

Nos interesará aquí glosar un criterio de orden general que adopta el tribunal en el caso “Boto” de 1997 en relación a la configuración de interferencia local sobre legislación nacional (fallo al que nos referimos en el comentario al art. 75 inc. 18 CN, en el que la Corte que invalida una ley bonaerense que establecía un salario mínimo para los médicos que trabajan en relación de dependencia).²¹

¹⁹ A título de ejemplo podemos mencionar: *Griet Hermanos contra Provincia de Tucumán*, Fallos 137:212 (1922), *S.A. Mataldi Simón Limitada c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 149:260 (1927), *Abbott Laboratories S.A. y otros c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 317:473, (1994), *Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús*, Fallos 320:619 (1997); *Operadora de Estaciones de Servicio S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda*, Fallos 321:1052 (1998), *Edenor c/ Municipalidad de Gral Rodríguez*, Fallos 322:2331 (1999); *Edesur S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 322:2624 (1999); *Adm. Nac. de Aduanas c/ Municipalidad de Bahía Blanca*, Fallos 324:933 (2001); *Gas Natural Ban S.A. c/ Municipalidad de Campana (Pcia. de Buenos Aires)*, Fallos 326:2653 (2003); *Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda*, Fallos: 326:3899 (2003), *Litoral Gas S.A. c/ Municipalidad Villa Constitución*, Fallos 327:1416 (2004), *Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional*, Fallos 331:1412 (2008); entre muchos otros.

²⁰ Línea jurisprudencial iniciada por la CSJN en *Procurador fiscal de San Juan c/ prior Convento Santo Domingo*, Fallos 10:380 (1898), y replicada en fallos como *Ferrocarriles del Sud c/ Municip. de Juárez*, Fallos 183:190 (1939)

²¹ CSJN, *Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros*, Fallos 320:786 (1997), cons. 13.

Allí se glosa la jurisprudencia norteamericana de *Pacific Gas & Electric* de 1983²², que nuestra Corte hace suya. La doctrina, contenida en el sustancial considerando 13 de “Boto”, consta de varias premisas que analizaremos por separado, marcando en orden sucesivo; (i) la deferencia a la intención expresa del Congreso de afirmar su exclusividad en la materia, (ii) la posibilidad de su determinación implícita, con igual resultado y (iii) la prelación federal que igualmente juega como criterio subsidiario en caso de un “conflicto de hecho” con la normativa local.

Así tenemos que:

- (i) *“El Congreso puede dictar -siempre que actúe dentro de sus poderes constitucionales- normas que prevalezcan sobre la normativa estadual, si el Congreso indica esta intención en términos explícitos”*. Este es el caso más “simple”, el de la normativa que el Congreso adopta con expresa afirmación de que la misma habrá de prevalecer sobre la normativa provincial.
- (ii) *“Cuando el Congreso no manifiesta de modo explícito dicha voluntad, la intención del Congreso de prevalecer sobre la normativa estadual puede ser inferida de la estructura de la normativa federal”*. En el fallo se reconocen dos modos “indiciarios” de determinar la vocación de exclusividad implícita del Congreso. Tal intención puede ser inferida:
 - (a) cuando *“a raíz de su minuciosidad y extensión, puede hacer razonable pensar que el Congreso no ha dejado espacio a los estados para suplementar dicha normativa federal”*, como
 - (b) *“porque el objetivo perseguido por dicha normativa federal, y el carácter de las obligaciones impuestas por ésta, puede revelar que el Congreso ha tenido la mencionada intención”*.
- (iii) Finalmente, *aun en el supuesto de que el Congreso no haya completamente desplazado el poder estadual de regular cierta materia, la normativa federal prevalece sobre la estadual, si ésta (la normativa estadual) entra en conflicto, de hecho, con la normativa federal*. Este conflicto puede originarse
 - *si es empíricamente imposible cumplir, al mismo tiempo, con las obligaciones establecidas por la normativa federal y la estadual;* o
 - *cuando las normas estaduales son, de hecho, un obstáculo para la ejecución de los propósitos y objetivos del Congreso.*²³

Debe decirse que “Boto” ha establecido un amplio espectro de criterios que redundan todos ellos en establecer la primacía federal como un contrapeso de la presunción de concurrencia.

²² Corte Suprema EE.UU., *Pacific Gas & Electric v. State Energy Resources Conservation Commission*, 461 U.S. 190 [año 1983]).

²³ CSJN, *Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros*, Fallos 320:786 (1997), cons. 13.

§ 6. Principio de compatibilidad con el interés nacional: se permite el poder local que no condiciona, menoscaba o impide.

El carácter abierto de las pautas de deslinde y atribución competencial genera margen para solapamientos. Para minimizar su intervención nulificadora y no retacear a priori potestades a cada uno de los órdenes involucrados, la Corte ha ido adoptando un criterio según el cual ante la duda presume que los poderes son *concurrentes*.

Así la Corte razona que “la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias” y postula con frecuencia una solución “compatibilizadora” cuando propicia que “las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa”.²⁴

Al respecto, en la casuística concreta vemos registrada en la jurisprudencia otra forma de enunciación que no nos habla de interferencia sino de su reverso, la compatibilidad. En el caso *Ambros-Palmeglani* de 1986 se reconoce en el considerando 6º) que “la supresión de la jurisdicción provincial debe limitarse a los casos en que su ejercicio interfiera con la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional”, y de allí se avanza en el cons. 7º al criterio positivo: “el criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en lugares sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional, es precisamente el de la compatibilidad con dicho interés”.

Allí la Corte reconoce que “el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en éstos”, de modo que la pauta no puede ser la simple incidencia, sino –dice– “su *compatibilidad* con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional, o con las actividades normales que la utilidad nacional implique”.

De vuelta, empero, el test aparece también funcionando *a contrario sensu*: rescatando un voto de Pedro J. Frías de 1980,²⁵ se concluye que hay tal compatibilidad siempre que la facultad provincial “no *condiciona, menoscaba o impide* el interés nacional”, fijando esa tríada de efectos censurados que “en cuanto disputan, en diverso grado, su primacía al interés nacional, indican que el ejercicio del poder provincial es incorrecto”.²⁶

²⁴CSJN, *Bco. de la Prov. de Bs. Aires c/ Nación*, Fallos 186:170 (1940); *Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén*, Fallos 302:1461 (1980); *Brizuela, Pablo César c/ S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata*, Fallos 296:43 (1976), *Disco Sociedad Anónima c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ APA*, Fallos 312:1437 (1989), y muchos otros: la línea llega hasta fallos contemporáneos como *Acuerdo para el Bicentenario c/ Provincia de Tucuman*, Fallos 340:914 (2017).

²⁵ Su voto en CSJN, *Vialco S.A. c/ Nación*, Fallos: 301:1122 (1979).

²⁶ CSJN, *Ambros-Palmeglani S.A. y Gennaro y Fernández S.A.*, Fallos 308:403 (1986)

Es importante observar una depuración conceptual. No se trata del “interés nacional” lato sensu, sino del interés específico del propósito al que sirve el establecimiento en cuestión, que es más acotado. Tal es el principio que adopta el constituyente de 1994 en la redacción del art. 75 inc. 30: la jurisdicción nacional queda limitada a la materia específica del establecimiento creado, sin afectar la potestad política de la provincia sobre el resto de la actividad cumplidas en el lugar cedido.

§ 7. El “poder de policía” y su naturaleza “local” como poder reservado.

Es pertinente señalar el caso especial del llamado *poder de policía* (aludiendo con ello a la reglamentación o fijación de límites para el ejercicio de los derechos).

En la reforma de 1994 se aclaró que en la hipótesis de que el Congreso instituya establecimientos de utilidad nacional en el territorio de las provincias tanto éstas como los municipios “conservarán” sobre ellos sus “poderes de policía e imposición” (art. 75 inc. 30 CN). La condición a la que la Constitución supedita esa consecuencia es la de que estos se conservan “en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”. Esta expresión que destacamos fue introducida en la reforma constitucional de 1994 que en este punto incorporó el criterio jurisprudencial adoptado por la Corte en casos como “*Municipalidad de Laprida c. UBA*”²⁷ y “*Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Mendoza*”.²⁸

La categoría de “poderes de imposición”, que concierne a la posibilidad de cobrar tasas y tributos locales vigentes en el territorio, no resulta problemática ni merece mayor tratamiento aquí aunque viene a resolver un tema disputado en doctrina y jurisprudencia.

Fuera de ello, la norma citada ratifica la idea de que existe un *poder de policía* inmanente y eminentemente local. Ya en un viejo fallo, “Plaza de Toros” de 1870, la Corte Suprema reconocía como uno de los poderes que las provincias se han reservado “el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”.²⁹

Ese poder -que también tienen los municipios en la medida en que se ejercite sobre el marco de sus competencias- es el que concierne al concepto “*estricto*” del poder de policía, por oposición al concepto “*amplio*” donde los derechos se limitan en orden al “bien común”

²⁷ CSJN, *Municipalidad de Laprida c. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Medicina e Ingeniería*; Fallos 308:647 (1986). Allí, la Corte dijo en el cons 10º: “la legislación propia del Congreso Federal, en los lugares adquiridos en las provincias para establecimientos de utilidad nacional, no autoriza a concluir que se pretende federalizar esos territorios en medida tal que la Nación atraiga toda potestad de manera exclusiva y excluyente; la supresión de la jurisdicción provincial debe limitarse a los casos en que su ejercicio interfiera con la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional”.

²⁸ CSJN, *Compañía Argentina de Teléfonos, S.A. c/ Provincia de Mendoza*, Fallos 257:159 (1963). Dijo la Corte que el Congreso Nacional puede, en ejercicio de sus facultades constitucionales, legislar aspectos de las actividades interiores de las Provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior, o perturbar el bienestar general en el orden nacional. “Tales atribuciones no excluyen necesariamente la subsistencia de poderes locales, compatibles con aquéllas, en la medida que no interfieran los fines que sustentan la jurisdicción nacional. Con esta reserva, no hay óbice para la subsistencia del poder local de policía, de las atribuciones impositivas y de los derechos de orden patrimonial contractual, en beneficio del Estado y de sus oficinas, en el ámbito local”.

²⁹ CSJN, *Empresa ‘Plaza de Toros’ c/ Gobierno de Buenos Aires*, Fallos 7:150 (1869).

entendido como el bien común *de la Nación* y que tiene –en cambio- una presunción de federalidad.

Con todo lo problemático y aproximativo de esta distinción, el criterio se mantiene como un patrón recurrente al momento de establecer pautas de distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias.

§ 8. Las “leyes convenio” y la adhesión local a leyes nacionales.

Lo dicho en el punto anterior tiene su concreción efectiva en este tema. Estos casos conforman una parte cuantitativa y cualitativamente muy importante del derecho público provincial y son el medio técnico por el cual se generan áreas de derecho común en sentido *impropio* pues entrañan regulación de áreas donde las provincias tendrían potestades “reservadas” para sí.

En el caso de la “adhesión”, la Provincia adhiere a una ley nacional asumiéndola como propia. La adhesión puede ser total o pueden hacerse “reservas” parciales sobre diferentes artículos. Como ejemplos de leyes que fueron ganando vigencia nacional a través de adhesiones locales tenemos la Ley de Tránsito 24.449 y la ley de Adopción 25.854. En estos y otros casos el Congreso de hecho incluye una previsión expresa por la cual “se invita a las provincias a adherir”, lo que es un reconocimiento de que sin esa adhesión las mismas no tendrían vigencia a nivel local. En algunos casos, como el de la Ley 24.464 que establece el Sistema Nacional de la Vivienda, la ley Nacional establece algunas condiciones específicas para la adhesión.

Es importante aclarar que del hecho de que se trabaja sobre un poder conservado por la provincia se siguen varias consecuencias: a) la adhesión a la ley no implica la adhesión a un reglamento del Poder Ejecutivo, salvo que se especifique ello expresamente; b) la adhesión no impide que la provincia incorpore nuevas reservas o sancione una nueva normativa propia para fijar un régimen diferente; c) si la ley nacional a la que se adhirió tiene modificaciones, para que esas nuevas normas rijan a nivel local deberá haber nuevas adhesiones que adopten y ratifiquen esos cambios (de lo contrario, la provincia en cuestión habrá hecho una inconstitucional delegación de poderes específicos a la Nación).

Distinto es el sistema de “leyes convenio” en el que ya no existe un paradigma de subordinación, sino un tipo de acuerdos que –conforme a la caracterización que ha dado alguna vez la Corte- “constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de 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”³⁰.

Vemos materializado ello -ya como exigencia constitucional- para la adopción del sistema de coparticipación de impuestos (así fue implementado en la ley está plasmado en la ley 23.548 y de hecho, la Constitución prevé que el establecimiento de un nuevo sistema siga el

³⁰ CSJN. *El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos 324:4226 (2001)

procedimiento de ley convenio en el art. 75 inc. 2 C.N., con la pauta específica de que se reclama unanimidad de todas las provincias).

Estos pactos fiscales, ha dicho la Corte así como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, “configuran el *derecho intrafederal* y se incorporan una vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional los ubica con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes”. Esa afirmación constituye el holding que adoptó la Corte en 2015 al resolver la demanda que contra la Nación habían entablado varias provincias por modificaciones en el régimen de coparticipación, en el mismo fallo donde destacó que “la esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados o renovados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes”.³¹

§ 9. Poderes reservados en “pactos especiales” al tiempo de su incorporación.

En el art. 121 CN vemos que, aparte de “todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”, y las provincias conservan todos los que “expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. La frase tiene un sentido retrospectivo claro, no cabe duda de que se está haciendo mención al Pacto de San José de Flores de 1859 del que derivó la incorporación de la Provincia de Buenos Aires –hasta entonces disidente- a la Confederación Argentina, previa revisión constitucional.

Esta cláusula tiene un campo limitado de aplicación práctico actual, derivado del art. 7º del pacto por el cual “Todas las propiedades del Estado [de Buenos Aires] que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires, y serán gobernados y legislados por la autoridad de la provincia”. Varios casos se han derivado de ello en relación al Banco de la Provincia de Buenos Aires, ya que en su Carta orgánica el Estado local homónimo declaró al Banco y a sus bienes, actos, contratos y operaciones como “exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza”. A partir de esa auto-exención, el art. 121 *in fine* CN fue la clave en sendos pronunciamientos, entre los cuales destacamos los relativamente recientes de 2007 y 2013 en los que la Corte reconoció la inmunidad fiscal de la entidad ante planteos tributarios del Fisco Nacional.³² Cabe acotar que también en un

³¹ CSJN, *Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 338:1389 (2015).

³² CSJN, “*Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Dirección General Impositiva*”, Fallos 330:4988 (2007) y “*Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Estado Nacional- Ministerio de Economía*”, Fallos 336:539 (2013), relacionados con el Impuesto al valor agregado y las tasas de justicia respectivamente. En otros precedentes podemos encontrar criterio similar en CSJN, “*Banco Provincia de Buenos Aires*”, Fallos, 186:170; id., “*Asociación Bancaria*”, Fallos, 276:432; “*Richardí*”, Fallos, 301:1010.; entre muchos otros.

pronunciamiento de 2014 la Corte aclaró que estos establecimientos provinciales no estaban exentos, por cierto, de las reglas del derecho común (y consecuentemente, validó las multas impuestas al Banco de la Provincia de Buenos Aires en virtud de las infracciones cometidas a las leyes consumeriles 24.240 y 25.065)³³

En la doctrina se ha pensado en la posibilidad de que la cláusula no se limite a esa aplicación retrospectiva del Pacto de San José de Flores, asumiendo que mantiene a futuro un interés *potencial* en tanto permite que nuevas provincias se incorporen a la unión federal reservándose algunos derechos especiales (y, al respecto, se ha sugerido esa vía como de contingente aplicabilidad en un escenario donde se incorpore a la República el territorio de las Islas Malvinas, con garantías de binacionalidad o doble idioma, etc.).³⁴

§ 10. Poderes de las provincias incorporadas luego de la sanción de la Constitución de 1853.

El constituyente de 1853-60 aceptó en el artículo 13 CN la posibilidad de admisión de nuevas provincias. Ni en esa norma, ni en esta, aparecen condiciones que supongan poderes diferenciales o criterios de *capitis diminutio* para las provincias “nuevas”, de modo que cabe asumir que las mismas tienen –salvo en lo “que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”- derechos iguales a las existentes al momento de sancionar la Constitución Nacional.

Esta afirmación –simple inferencia hermenéutica- nos lleva a la misma conclusión que la interpretación jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y adoptada también por nuestra Corte. Se trata de la doctrina del “*equal footing*” por la cual las provincias nuevas se incorporan en un pie de igualdad, adoptada en el caso de “La Pampa c. Provincia de Mendoza”, y utilizada también en “Total Austral S.A. c/ Tierra del Fuego” para afirmar la idea en su otra faceta: la de que una incorporación de una “nueva” provincia no podía redundar en perjuicio de las provincias preexistentes.³⁵

³³ CSJN, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”, Fallos: 337:205 (2014)

³⁴ Cf. SAGÜES, Nestor Pedro, *Derecho constitucional. 2 Estatuto del poder*, Astrea, 2017, pp. 500-502. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, t. I-A, p. 657. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 4ª ed., Zavalía, 2003, p. 750.

³⁵ CSJN, *Prov. La Pampa c/Prov. de Mendoza*, Fallos, 310:2527 a 2578 (1987), que declaró no vinculante para la Provincia de La Pampa el acuerdo entre la Nación y Mendoza, sobre el río interprovincial Atuel, suscripto cuando La Pampa era territorio nacional; *Total Austral S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa*. Fallos 326:3368 (2003), fallo que declara “inconstitucional el art. 81 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, en cuanto extiende la jurisdicción provincial en materia de explotación económica hasta donde la República Argentina ejerce su jurisdicción, pues es evidente el exceso en que incurre al pretender avanzar de manera indebida sobre atribuciones que le son adjudicadas exclusivamente al gobierno federal y, a la vez, prohibidas a las provincias (art. 75, inc. 15, y art. 126 de la Ley Fundamental)”.

§ 11. Aclaración terminológica: los “poderes compartidos”.

En la doctrina se suele utilizar la terminología de *poderes compartidos*, que se diferencia claramente de los concurrentes. En las competencias “compartidas” así definidos se trata de poderes que para activarse requieren el pronunciamiento integratorio de ambos órdenes de gobierno, el federal y el Nacional. Los ejemplos apuntados históricamente eran la fijación de sede de Capital Federal y la creación de nuevas provincias en el territorio de otra, la fijación de límites interprovinciales, al que podríamos agregar, luego de la reforma constitucional de 1994, la normativa sobre coparticipación de impuestos federales. En todos estos casos, la cuestión debe ser votada por el Congreso y aceptada por la Legislatura de las Provincias involucradas.