

## *CONSTITUCIÓN, FEDERALISMO Y RAZÓN PÚBLICA*

*Cristián Augusto Fatauros*

e-mail: cristian.fatauros@conicet.gov.ar

### *Resumen*

Los sistemas federales padecen problemas específicos que no afectan a los sistemas unitarios, por ejemplo, la desigualdad económica entre ciudadanos de diferentes entidades federadas. Además, pueden surgir otros tipos de problemas relativos a la distribución de competencias políticas y jurídicas, a la desigualdad de oportunidades para ejercer sus derechos y a la satisfacción diferenciada de estándares de derechos humanos que pueden observarse en las diferentes entidades federadas. El propósito de este trabajo es señalar las soluciones constitucionales que se han tomado y justificar éticamente estas decisiones. Para alcanzar dicho objetivo se llevarán adelante dos pasos. Primero, se describe la estructura institucional federal con la intención de precisar dos problemas normativos propios de la organización federal argentina. Segundo, se señala la forma en que se han resuelto dichos problemas en la organización federal argentina, y para ello se reconstruye una noción de razón pública federal. Palabras clave: Justicia distributiva, desigualdades económicas, derechos constitucionales, orden político federal.

### *Abstract*

Federal systems experience problems that unitary systems are not affected by, such as, striking economic inequalities between citizens of different federated entities. In addition, other types of problems may arise. The unequal distribution

of political and legal powers, the inequality of opportunities to exercise individual rights and the differentiated satisfaction of human rights standards are common features of federal political systems. The purpose of this paper is to point out the constitutional arrangements that have been taken to solve those problems and ethically justify those decisions. Two steps will be taken to achieve this goal. First, the federal institutional structure is described with the intention of pointing out two specific problems inherent to the Argentine federal organization. Secondly, the way in which these problems have been solved in the Argentine federal organization is pointed out and a notion of federal public reason is reconstructed. Key words: distributive justice, economic inequalities, constitutional rights, political federal order.

Original recibido / submitted: 03/2019

aceptado/accepted: 04/2019

## **Introducción**

Una de las decisiones políticas más trascendentes que una sociedad puede adoptar se refiere a la forma de organizar políticamente sus instituciones. Es a la vez una forma de responder a la pregunta sobre cómo distribuir el poder político entre los individuos. Cuando esta decisión se condiciona a la satisfacción de principios republicanos representativos y federales, la coordinación, cooperación y colaboración entre conciudadanos debe resolverse por apelación a dichos principios. Estos principios constituyen los pilares sobre los que se justifican las instituciones jurídicas y políticas de una sociedad democrática y constitucional. En los estados organizados federalmente, se generan problemas que no tienen lugar en estados unitarios organizados bajo una administración central. Esto es así debido a que los estados federales se caracterizan precisamente por la coexistencia de múltiples niveles de gobierno que, en última instancia, aspiran a realizar el ideal de una unidad indestructible conformada por unidades indestructibles. Además, una sociedad respetuosa de los valores democráticos se caracteriza por la multiplicidad de doctrinas religiosas y concepciones sobre el bien que no siempre son compatibles. En estos casos, el problema para consolidar y lograr la estabilidad de las instituciones de una sociedad federal y democrática es aún más agudo que en las sociedades organizadas unitariamente.

Ahora bien, uno de los más graves problemas que padecen los estados organizados federalmente es la tensión entre igualdad y autonomía (Bellamy y Castiglione, 1997; Føllesdal, 2001). Este problema es propio de las organizaciones federales, y no existe en las organizaciones unitarias, en donde las demandas de autonomía de los grupos no son normativamente relevantes. Entonces, el problema de los estados federales y de las federaciones es la desigualdad de oportunidades y de recursos que puede generarse entre ciudadanos de diferentes unidades componentes (*Länder* si hablamos de Alemania, *provincias* en el caso de Argentina, o *estados* si tomamos el caso de la Unión Europea)<sup>1</sup>.

A las desigualdades económicas se suman otro tipo de problemas que también provocan turbulencias e inestabilidad. En particular, existen dificultades relacionadas con la forma en que se protegen las libertades individuales y las estructuras de opciones que los ciudadanos tienen a su disposición (Ruibal, 2016; Smulovitz, 2010), Incluso la distribución de competencias políticas y la diferente satisfacción de estándares de derechos humanos de cada provincia es un grave problema (Azrak, 2016), En este trabajo abordaré la noción de federalismo para distinguir conceptos descriptivos de concepciones filosóficas normativas, y analizaré una determinada estructura institucional federal con la intención de precisar dos problemas normativos propios de la organización federal argentina. El primer problema a analizar es el de la justicia distributiva; y el segundo, la igualdad de derechos. Luego, para encontrar principios que puedan ayudar a la resolución de dichos problemas, será útil reconstruir una noción de razón pública federal. Para ello, se reconstruirá sintéticamente la noción rawlsiana de razón pública y se aplicará al sistema político argentino, con la finalidad de interpretar las posibles soluciones normativas que hallamos en el ordenamiento jurídico constitucional argentino.

## **1. Sistemas políticos federales, conceptos y concepciones**

Quizás convendría ahondar en lo que distingue a los sistemas unitarios y los federales. En la investigación en curso, no es mi intención ahondar en las raíces históricas en las que se forman los estados unitarios ni describir la formación de los estados federales. Pero, para distinguir un sistema de otro basta señalar que la característica saliente de los sistemas políticos federales es la multiplicidad de niveles de gobierno, con una mayor o menor autonomía para decidir autoritativamente sobre algunas cuestiones.

En los sistemas políticos unitarios, por el contrario, existe un sistema centralizado de toma de decisiones y a lo sumo cuando se descentraliza una competencia, se trata de competencias meramente administrativas, sin constituirse en autoridad final, ni puede concebirse como una forma de autogobierno. Las descentralizaciones administrativas en los sistemas unitarios pueden concentrarse nuevamente, mientras que en los sistemas federales, la

división de competencias suele estar cristalizada en una constitución cuya reforma es relativamente difícil<sup>2</sup>.

En un sentido muy general, una *organización política federal* es un acuerdo entre unidades independientes y soberanas que comparten un mismo espacio político (Norman, 2006: 77), Sobre esta noción se subraya la base consensual de las federaciones. Pero no siempre las federaciones surgen del acuerdo libre. En ocasiones, los estados son forzados a participar de una estructura federativa, como sucedió con Armenia, Azerbaiyán y Georgia, que fueron forzados a formar parte de la Unión Soviética (Stepan, 1999: 257), También se ha dicho que el núcleo de una organización política federal es la combinación de gobierno compartido y gobierno soberano (*self-rule & shared rule*) (Føllesdal, 2014; Karmis y Norman, 2016: 234), En este sentido, el concepto de *organización o sistema político federal* no debe confundirse con las formas federales que puede adoptar un estado o una organización. La *federación* constituye sólo una de las formas que puede adoptar un sistema político federal. Tampoco debería confundirse con el *federalismo*, porque éste último debe ser entendido como una doctrina o corriente de pensamiento que articula una defensa de los sistemas políticos federales en general.

La federación, que es una especie de sistema político federal, puede definirse como un acuerdo político según el cual ninguno de los niveles de gobierno, ni el federal ni el de las unidades miembros de la federación, se encuentran en un nivel de subordinación (Norman, 2006: 78), Hay una división de competencias que ha sido fruto de un acuerdo, pero en dicho acuerdo se refleja un estatus de igualdad en la distribución del poder político. Su característica central, y lo que la diferencia de otros sistemas políticos federales que presentan rasgos semejantes, es que los gobiernos regionales poseen competencias legislativas, ejecutivas y judiciales –incluso fiscales–, y se relacionan de manera directa con sus ciudadanos, y a la vez, el gobierno compartido es también un gobierno fuerte, con competencias legislativas, judiciales, ejecutivas y fiscales.

Los sistemas con mayores similitudes son: la confederación, en la que el gobierno compartido es más débil que el gobierno regional de las unidades componentes (la Unión Europea podría ser vista como una confederación); y las uniones constitucionalmente descentralizadas, en las que el gobierno compartido es más fuerte que los gobiernos de las unidades, los cuales tienen

las competencias determinadas por el gobierno “central”, y una autoridad reconocida para garantizar algún tipo de autonomía funcional (Watts, 2001), Sin embargo, no es correcto identificar estos diferentes modelos con variaciones a lo largo de una línea o espectro de variantes, ya que las categorías hacen referencia a la forma de la asociación (federación, confederación, asociación, unión, etc.) pero no hacen referencia a la extensión de la toma de decisiones compartidas (Karmis y Norman, 2016: 245), Una federación puede tener un nivel de concentración de poder menor que una confederación, pues todo depende de cuáles sean las competencias del gobierno compartido y cuáles sean las competencias de las unidades participantes.

## **2. Concepciones normativas de las organizaciones federales**

Así como el concepto de sistema político federal es básicamente descriptivo, y las formas y tipos de sistemas políticos federales que pueden existir son variados, existen diferentes elementos normativos que pueden dar lugar a diferentes concepciones de los sistemas políticos federales, según cuál sea el valor político que una teoría decida acentuar. Además, una defensa de los sistemas políticos federales, en su versión general, puede articularse de diferente manera y contar con una teoría más o menos desarrollada a nivel conceptual. Por ejemplo, algunos autores defienden una versión republicana del federalismo, y acentúan el valor instrumental que tienen los sistemas políticos federales para alcanzar objetivos caros al republicanismo. Es así que la defensa de sistemas políticos federales en ocasiones se apoya sobre la responsabilidad que tienen los gobernantes y su correspondiente deber de rendir cuentas frente a la ciudadanía que los ha elegido, o puede apoyarse sobre el valor de la transparencia y la difusión de los actos de gobierno, en la representación de las minorías y la satisfacción de preferencias locales, en el equilibrio de poderes y la protección de la libertad de los ciudadanos.

Asimismo se ha justificado moralmente a los sistemas políticos federales a la luz de su capacidad de promover el debate y el control democrático, ensayando un esbozo de federalismo republicano (González Bertomeu, 2008), Según este autor, al multiplicar los escenarios de participación, al generar una relación más cercana entre los ciudadanos y sus representantes locales, y al posibilitar

arreglos políticos novedosos, los sistemas políticos federales superarían el test evaluativo del republicanismo (González Bertomeu, 2008: 444 y ss.), Además, una versión del republicanismo que defienda la libertad entendida como ausencia de dominación también podría apoyar el establecimiento de instituciones federales. Sobre todo si además de evitar la dominación de una mayoría sobre una minoría, se disminuye la dominación individual (Jewkes y Gregoire, 2015)<sup>3</sup>.

El republicanismo, como sistema filosófico, puede adoptar diferentes formas. Cualquier versión del republicanismo debería tener en cuenta, al menos, la periodicidad en los cargos públicos, la transparencia en las elecciones, la rendición de cuentas de los gobernantes y quizás un sistema de gobierno abierto. Lo único que pretendo en el presente trabajo es mencionar que nuestra constitución nacional contempla principios republicanos de gobierno como límites a la autonomía de los gobiernos provinciales. El cumplimiento de los principios republicanos actúa como un límite a la intervención federal<sup>4</sup>.

### **3. Problemas típicos de una organización federal**

Las organizaciones federales pueden ser comparadas con alternativas que implican la secesión y la conformación de estados soberanos y completamente independientes, o como alternativa a un gobierno descentralizado frente a la alternativa de un estado unitario centralmente organizado. Estos argumentos se ofrecen como razones que podrían justificar normativamente la elección de un sistema de organización federal. Sin embargo, no siempre se hace mención de las desventajas y las razones filosóficas en contra de un sistema político federal. El argumento en contra que aparece de manera más obvia, es el que apela a la creciente desigualdad económica que va ligada a la tolerancia de diferentes formas de organización al interior de los sistemas federales, y a la diferente posición económica de los que están peor en una provincia respecto de los que están peor en otra (Azrak, 2016: 246-253), Pero existen trabajos que, ya en el siglo XIX, planteaban dudas respecto a las ventajas del federalismo como una forma de organización que pudiera dar satisfacción a las demandas de las minorías. Wayne Norman menciona críticas al sistema federal por la debilidad de la autoridad en comparación con los sistemas unitarios, por su inherente

conservadurismo, y la ineficacia que producía su espíritu legalista (Norman, 2006: 83).

Muchos problemas normativos que surgen al establecer una organización federal de gobierno se relacionan con diferentes actividades políticas tales como: delimitar adecuadamente las circunscripciones electorales, administrar correctamente los fondos comunes, distribuir de manera equitativa las competencias fiscales, promover suficientemente la responsabilidad fiscal, lograr arreglos institucionales en constituciones rígidas y que requieren mayorías calificadas para reformarse.

Por supuesto que los argumentos en favor de un sistema político federal no se agotan en razones de orden económico o distributivo. Hay razones estratégicas, razones vinculadas con la protección de las libertades individuales, con el control y prevención de la tiranía, con la reducción de los costos de comercio interno y la consiguiente prosperidad económica, con el fortalecimiento militar y la prevención de las invasiones extranjeras, con la posibilidad de experimentar diferentes modos de vida en las localidades y en las subunidades, con la protección de grupos que están relacionados con ciertos territorios, con el incremento en las posibilidades de participación ciudadana en el gobierno local. Amén de ello, en este trabajo, sólo se tendrán en cuenta aspectos vinculados con la distribución de recursos económicos, ya que adentrarnos en el análisis de las razones vinculadas con la distribución de poder político, requeriría una investigación de otro tipo y las conclusiones pertinentes para el argumento central<sup>5</sup>.

### **3.1. Primer problema: exigencias de justicia distributiva**

Los estados modernos se encuentran sujetos a exigencias éticas, no solamente respecto a la forma en que se distribuye el poder político y en la forma en que se distribuyen los recursos económicos. Una condición para considerar que el estado es justo es precisamente cumplir con principios de equidad e imparcialidad en la manera en que las instituciones reparten los bienes económicos que son generados socialmente.

En general, los problemas de justicia distributiva en un estado unitario se refieren a las diferentes posiciones distributivas de los *ciudadanos*. Sin embargo, en una organización federal, el problema se plantea entre las entidades



participantes. Así, una pregunta difícil de responder se refiere a qué tipo de principio debería aplicarse a la distribución para ser considerada justa. ¿Debería existir un principio de igualdad distributiva estricta entre las entidades federadas, de tal manera que las entidades más ricas deberían redistribuir su riqueza con las entidades más pobres, para lograr la igualdad económica entre provincias?

Como ha sido ya mencionado, otro de los problemas más comunes de los estados federales se conecta con la desigualdad en la redistribución de las riquezas al nivel de los ciudadanos<sup>6</sup>. En un análisis profundo sobre las características de la distribución de competencias fiscales y la coparticipación federal argentina, Federico Orlando aborda cuestiones normativas relevantes para esta investigación, a la vez que describe la situación actual en que se encuentra la doctrina sobre la coparticipación (Orlando, 2016). Según el autor, si tomamos como premisa la idea de que los arreglos institucionales federales se justifican porque promueven el diálogo, la deliberación política y el control ciudadano, entonces, no cualquier esquema institucional federal estaría normativamente justificado. La garantía de la efectiva participación, el desarrollo de la virtud requerida para el ejercicio de la deliberación pública, y el establecimiento de los mecanismos institucionales apropiados para el control responsable de los actos de gobierno se presentan como objetivos, pero a la vez como límites del federalismo. En particular, la distribución de competencias destinadas a la recaudación tributaria y el gasto público, cuando se entiende que éstas son decisiones de la comunidad política, deben satisfacer ciertos parámetros normativos en términos democráticos.

La noción de solidaridad fiscal y equidad fiscal, en Argentina, ha tenido una evolución histórica particular. Si bien en una primera etapa, la separación de fuentes de recaudación en el sistema federal argentino era absoluta esto fue cambiando paulatinamente. Originalmente el estado nacional recaudaba a través de los impuestos aduaneros y las provincias a través de impuestos “internos” (Orlando, 2016: 445). Parece obvio que cualquier transferencia desde las provincias hacia la nación o viceversa, hubiera causado un desequilibrio en la frágil e inestable relación con el gobierno central.

En una segunda etapa, desde el 1890 hasta 1935, existió una concurrencia de hecho con la aparición de impuesto al consumo y a la producción que llevó a una superposición de tributos. El problema que se debía evitar era la doble

imposición tributaria. Según la reconstrucción que hace Orlando, las características de la segunda etapa son: a) correspondencia entre el financiamiento y el gasto, es decir, responsabilidad fiscal; b) desigualdad de oportunidades para los ciudadanos de diferentes provincias de diferentes niveles de recaudación, c) inexistencia de un régimen de transferencias, excepto la facultad del gobierno central de acordar subsidios con las provincias menos capaces de autofinanciar sus gastos públicos. Éstos dieron origen a las llamadas “asignaciones del tesoro nacional”, que eran distribuidas de manera más o menos arbitraria. El tercer período se inició en 1935 con el dictado de la primera ley que unifica el sistema tributario y propone criterios distributivos de la recaudación (Ley 12.139 y otras), Finalizó en 1994 con el reconocimiento constitucional de los regímenes de coparticipación creados a través de leyes convenio.

La CSJN ha expresado que "el ordenamiento vigente en el país admite que las provincias puedan restringir convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos mediante acuerdos entre sí y con la Nación" (Fallos: 242: 280), Ello implica que esta facultad no es contraria a la protección de derechos individuales y no constituye una lesión a la autonomía provincial (Orlando, 2016: 444-447), Se abre un camino para la negociación de leyes convenios y para la determinación de criterios distributivos que sirvan para identificar el monto que les corresponde a las provincias y cómo deberá distribuirse entre ellas.

Es interesante subrayar que la norma constitucional permite diferentes excepciones al régimen general que establece. Por una parte, permite al estado nacional establecer impuestos con asignación específica. Estas asignaciones específicas, o bien tienen un propósito o destino determinado al momento de sanción de la ley, o bien están afectados a inversiones que se declaran de interés nacional por acuerdo entre la nación y las provincias. Además de establecer que la nación tiene la facultad de "*establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, y por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara*" (Art. 75, inc. 3. Constitución Argentina), Ello implica que las normas constitucionales no establecen demarcaciones absolutas y las fronteras entre las competencias de las provincias y la nación no son tan impermeables como podríamos pensar. Al respecto, Orlando afirma que la tarea de definir la masa a distribuirse

(“coparticipable”) queda en manos de los representantes políticos de la nación y las provincias (Orlando, 2016: 449).

Es razonable encontrar dudas al respecto. Aunque un federalismo de “concertación” se presente como una idea atractiva, es difícil que los resultados de la concertación sean equitativos. Esto es así, porque nuestro ordenamiento jurídico provee *criterios objetivos* de reparto que deben ser tenidos en cuenta y que una negociación debería respetar, lo que en la mayoría de las negociaciones no se respeta. En este sentido, suscribo la opinión de que los principios que configuran nuestra organización federal, limitan lo que las provincias y la nación pueden unilateralmente decidir. Incluso podría pensarse que los criterios objetivos contienen un fuerte componente normativo que limita no solo los actos unilaterales de la nación y las provincias, sino también los pactos y acuerdos que puedan celebrarse de manera bilateral, e incluso de manera unánime.

En una decisión sobre materia de distribución de recursos económicos que corresponde repartir entre todas las entidades federadas, la Corte Suprema ha señalado que permanece insatisfecho el deber constitucional de garantizar los principios del federalismo. Este deber pesa sobre los gobiernos nacionales y provinciales, y la Corte entiende que tiene el deber de controlar las relaciones federales y juzgarlas según los criterios incorporados en la constitución argentina, y que son considerados imperativos para todos los participantes, inderogables por la mera voluntad política o soslayado mediante artificios legales<sup>7</sup>.

En el articulado de la constitución argentina, se hacen explícitos ciertos criterios objetivos incorporados por la reforma constitucional del año 1994, y pensados para remediar los efectos centralizadores del orden jurídico federal imperante hasta entonces. La división de competencias fiscales importa reconocer la autonomía de las entidades federadas, pero la exigencia de compartir los recursos recaudados deriva del principio de solidaridad federal.

Existen competencias fiscales exclusivas para el gobierno federal sobre los tributos indirectos externos, competencias concurrentes entre las provincias y el gobierno federal sobre los tributos indirectos internos, y competencia excepcional para el gobierno federal sobre los tributos directos (art. 75 inc. 1º y 2º, Constitución Argentina), En este sentido existe una garantía de respetar la autonomía. Los tributos indirectos internos y los tributos directos que

excepcionalmente recaude el gobierno federal son coparticipables y esto implica que deben ser redistribuidos entre las provincias. ¿Según qué criterios deben ser redistribuidos? En principio según acuerdos entre el gobierno federal y los gobiernos de las entidades federadas. Pero estos acuerdos deben realizar una distribución directamente vinculada con una función, servicio o competencia que deba ser ejecutada por la provincia beneficiaria y siguiendo criterios distributivos objetivos<sup>8</sup>. Analizaremos estos criterios a continuación.

### **3.1.1. Criterios distributivos normativos**

Entre los criterios que han sido explícitamente incorporados encontramos:

*Indicadores de referencia que prohíben comportamientos arbitrarios de los participantes.*

Si bien la distribución debe ser fruto de un acuerdo, deberían descartarse acuerdos caprichosos o irrazonables. Además, implica descartar negociaciones basadas sólo en el autointerés de las partes. Se hace necesario dotar de contenido teórico a ciertos parámetros normativos que permitan excluir de antemano algunos resultados que serían moral o éticamente inadmisibles, y así establecer condiciones para la discusión, negociación y deliberación. En otras palabras, fijar ciertas condiciones procedimentales para asegurarse un resultado moralmente adecuado, i.e., “*equitativo*”.

*Exigencias de proporcionalidad adecuadas al nivel de gasto público.*

Federico Orlando afirma que los recursos financieros “...deben distribuirse en relación directa a los gastos públicos requeridos para cumplir con las funciones jurídicas de cada unidad política” (Orlando, 2016), Esto no parece ser suficiente, ya que si antes no se determinan si esas funciones jurídicas se ajustan al ejercicio de competencias exclusivas de las provincias no se pueden tomar como un parámetro para la distribución equitativa de los recursos. Adicionalmente, esas competencias deberían haber sido contempladas en el ordenamiento jurídico de la organización federal.

No cualquier función, competencia o servicio debería ser un fundamento válido para identificar un criterio objetivo de distribución. Por ejemplo, si las subunidades en ejercicio de sus competencias no delegadas deciden extender los derechos de sus habitantes, entonces aquellas subunidades que hayan

decidido mantenerse en un piso mínimo de suficiencia serán obviamente perjudicadas. Esto nos lleva a sostener que es necesario identificar un piso mínimo de derechos y que sólo ese piso mínimo debe tenerse en cuenta como parámetro objetivo de distribución secundaria.

*Criterios dinámicos.*

Estos criterios deberían poder adecuarse a necesidades genuinas de financiamiento y su flexibilidad debería ser sensible a las exigencias que razonablemente pueden presentar los ciudadanos ante sus gobiernos provinciales (Orlando, 2016: 454), Existe una zona de penumbra sobre cuáles son las competencias establecidas constitucionalmente, que las provincias deben llevar adelante, puesto que estas competencias pueden surgir de las propias constituciones provinciales o de la constitución nacional. En el caso que se tengan en cuenta las obligaciones generadas por las normas constitucionales provinciales, entonces pueden producirse desigualdades en la oferta de servicios públicos y en las oportunidades que los ciudadanos tienen a su alcance. La Corte Suprema en el reciente fallo sobre educación religiosa en las escuelas públicas de la provincia de Salta, ha declarado que cada provincia tiene un "*margen de interpretación*" dentro del cual puede experimentar y puede establecer programas específicos de derechos<sup>9</sup>.

*Criterios de justicia.*

Este es quizás el punto más importante, y en el cual es necesario distinguir exigencias ético-políticas de diferente naturaleza. La constitución señala que la distribución debe ser "*equitativa, solidaria*" y que debe dar "*prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.*" (art. 75, Constitución Argentina).

Por un lado, se establecen exigencias de equidad, por otro lado, exigencias de igualdad de oportunidades. En mi opinión este criterio necesita mayor especificación, ya que existen diferentes concepciones de lo que uno podría exigir en nombre de la *equidad*. Existen al menos dos versiones apropiadas para el ámbito jurídico: equidad como devolución en razón de las capacidades tributarias y recaudatorias de cada entidad, lo que produce desigualdades entre provincias, o equidad en la satisfacción de estándares de DDHH, tanto en su aspecto positivo como negativo (Orlando, 2016: 257), Por otro lado, tenemos

exigencias de solidaridad. El valor de la solidaridad puede colisionar con la equidad, en la versión devolutiva, porque las provincias pobres no necesariamente tienen capacidad recaudatoria para autofinanciarse. Pero, además, para desarrollar las exigencias institucionales de la equidad se necesita una teoría de la justicia distributiva y no basta simplemente con incorporar este concepto abstracto y genérico. En última instancia, depende de cuál teoría de la justicia se considere correcta.

Además, hay que considerar las exigencias de igualdad real de oportunidades que impone la constitución en su art. 75 inc. 23. Estas exigencias deben entenderse de manera armónica con lo prescrito por el art. 75 inc. 19 de la Constitución Argentina en cuanto se exige equilibrar el desigual desarrollo de las provincias y las regiones.

Aunque algunos autores entienden que la exigencia de desarrollo igual se dirige exclusivamente hacia las provincias, en tanto unidades políticamente relevantes, creo que es importante considerar que los sujetos que hacen uso de los esquemas de oportunidades son los individuos. Esto es así incluso aunque las oportunidades no puedan ofrecerse sin ser traducidas en esquemas institucionales aplicables por provincia o por región. Según Orlando, para satisfacer este criterio se pueden establecer diferentes mecanismos y de ningún modo se trata simplemente de derivar fondos a las provincias pobres. Una forma de implementarlo es "prever mecanismos de coparticipación adecuados" al cumplimiento de ciertos fines. Incluso se puede segmentar diferentes áreas de financiamiento del gasto público (Orlando, 2016: 257).

Orlando afirma que estos podrían ser los esbozos de una teoría preocupada por eliminar la lotería natural que determina los recursos de cada provincia y de cada ciudadano según la zona geográfica en la que haya nacido. Uno podría pensar en que la determinación de los bienes y recursos que les corresponden a los ciudadanos de una sociedad justa no dependa de factores arbitrarios como el lugar de nacimiento. Esta idea, eliminar la arbitrariedad, ha sido considerada como el elemento más atractivo del instrumental teórico de la concepción de la justicia de John Rawls. El principal problema y necesidad es la cautela necesaria para eliminar las desigualdades inconstitucionales e injustas, y por ello, moralmente inadmisibles, a la vez que no imponer esquemas institucionales que borren las diferencias que son el resultado de un ejercicio legítimo de autonomía

provincial, lo que la CSJN denomina “márgenes interpretativos”. Orlando reconoce la existencia de dos problemas, por un lado, la desigualdad en la recaudación y el diferente peso que tienen las transferencias del gobierno nacional; y por otro lado, la coparticipación y la desigual distribución que refleja el resultado de una negociación y un desequilibrio de poder, lo que ha sido analizado someramente algunos párrafos más arriba (Orlando, 2016: 459).

### **3.2. Segundo problema: desigualdad de derechos**

La Convención Americana de los DDHH impone a los estados la obligación de cumplir con sus disposiciones, pero además a los estados con una organización federal les impone obligaciones extras. En particular, la obligación de actuar inmediatamente para que las entidades federadas que los componen tomen las medidas necesarias para cumplir sus disposiciones en las materias sobre las que tengan jurisdicción o competencia exclusiva. Por ello, el “*margen de interpretación*” provincial se encuentra sustantivamente limitado.

La satisfacción de estándares de derechos humanos no solo se exige porque Argentina haya suscrito e incorporado en la Constitución Nacional muchos de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, sino porque estos estándares se derivan de los propios principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en la normativa constitucional que es vinculante a nivel federal. Estas exigencias constituyen además una condición para que el gobierno federal respete las autonomías provinciales y sea garante de sus instituciones (art. 5 de la Constitución Argentina), Si bien las provincias tienen el deber constitucional de asegurar la educación primaria, deben hacerlo bajo los principios republicanos y democráticos que sostienen la organización federal (art. 5 de la Constitución Argentina), Más importante aún, estos principios constituyen la base sobre la que el gobierno federal define las líneas más importantes que debe seguir la educación de los futuros ciudadanos. Las leyes federales organizan las bases que debe respetar la educación primaria provista por las provincias (art. 75. Inc. 19 Constitución Argentina).

Sin embargo, estas obligaciones no deberían eliminar las diferencias idiosincrásicas de cada unidad participante. Es más, la Corte Suprema, en el fallo “Chiara Díaz” articula un argumento basado en el valor de la diversidad para reconocer el valor de la pluralidad federal. “*La diversidad de diseños*

*[institucionales] configuran una fuente de vitalidad para la República, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales, desde su tradición, costumbres y experiencias”<sup>10</sup>.*

Las condiciones que se establecen en este cuerpo normativo podrían entenderse como una línea de base, un *umbral de suficiencia* que debe ser cumplido para poder lograr un estatus de igualdad, tanto de las provincias entre sí, como de las provincias y el gobierno nacional. Esta condición de legitimidad puede entenderse de varias maneras, una de ellas hace una lectura minimalista, en las que las exigencias son consideradas como un umbral de suficiencia necesario para categorizar un conjunto de instituciones como legítimas. Pero también podría entenderse como un estándar que agota las condiciones que deben cumplir las provincias. Esta condición opera tanto de manera positiva como negativa. Es un criterio positivo en el sentido de que todas las provincias tienen el deber de satisfacer estos criterios, y sólo así pueden presentarse como legítimas o como autónomas y dignas de respeto. Negativamente, porque eso es *todo* lo que deberían cumplir y nada más se les podría exigir.

En un reciente fallo, la CSJN estableció que es inconstitucional, por constituir una violación a los principios de neutralidad religiosa, principios de libertad de culto y conciencia, y contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación, la implementación de educación de contenido religioso en la escuela primaria estatal tal cual había sido implementada en una de las provincias del norte argentino (Salta), En particular, lo que se consideró inconstitucional fue la aplicación de una disposición que obligaba a los padres o tutores responsables a develar sus convicciones íntimas para decidir si se impartía educación religiosa y de qué tipo, a los niños y niñas bajo su tutela. Aunque las provincias tienen la competencia para determinar los planes de estudio, no pueden hacerlo violentando los derechos a la intimidad y a la privacidad de los padres o tutores, ni de manera tal que se discrimine a los niños y niñas que no asistan a la clase de educación religiosa (Fallo “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Pcia. de Salta s/ Amparo”), La decisión del máximo tribunal es importante porque nos provee pautas para determinar los límites de la razón pública que se aplica en nuestra organización política federal.



#### **4. Límites derivados de la razón pública**

Los problemas que hemos descrito deberían resolverse por apelación a ciertos principios normativos (entendidos como principios éticos o morales), Los principios a los que me refiero constituyen la razón pública de una sociedad la cual posibilita definir qué tipo de instituciones jurídicas y políticas regularán las relaciones de los ciudadanos. Además ofrece elementos para justificar las decisiones políticas que se tomen (Godoy Arcaya, 2001: 40), En ambos casos, la razón pública provee una base de apoyo filosófico-moral.

En el caso de sociedades democráticas y constitucionales, la razón pública se encuentra articulada sobre la base de procedimientos participativos democráticos y en la protección de derechos individuales (Rawls, 1993), Estos principios operan como justificación y criterio para evaluar las instituciones, las acciones y los discursos de los ciudadanos, pero especialmente, los discursos de funcionarios, jueces, legisladores y políticos. Esta exigencia de justificación y evaluación pública se ejemplifica en la actividad de control de los ciudadanos sobre los gobernantes (actividad que diferentes corrientes de pensamiento, entre ellas el republicanism, consideran una obligación cívica), Los principios de la razón pública operan como estándares normativos que tienen una triple función: de manera negativa: identificar cuáles son las razones que no serían accesibles para los ciudadanos de una sociedad democrática y liberal, y por lo tanto no se pueden utilizar como justificaciones de decisiones o políticas públicas. De manera positiva, identificar cuáles son las razones que podrían ser accesibles para cualquier ciudadano razonable, y también, para identificar cuáles de estas razones accesibles, serían las mejores razones a las que se puede apelar y que deberían considerarse la justificación de las políticas y decisiones públicas. Cuando se hace mención a la idea de razón pública, no me refiero a las razones que de hecho los ciudadanos utilizan para justificar sus decisiones políticas sino a aquellas razones que los ciudadanos *deberían* utilizar (Vaca y Mayans, 2014: 75)<sup>11</sup>.

Para avanzar y dejar aclarado la cuestión de cuál es el contenido de una razón pública caracterizada por sus límites democráticos y constitucionales, utilizaré la versión rawlsiana de razón pública. En esta versión, los principios filosófico-políticos asignan prioridad a los derechos, libertades y oportunidades de los

individuos por sobre cualquier pretensión fundada en una doctrina perfeccionista o que se base en el bienestar general. Además, importa llevar adelante una asignación equitativa de los medios y bienes públicos que permita hacer un ejercicio efectivo de los derechos, libertades y oportunidades de cada ciudadano (Rawls, 1993: 223).

Pero ¿cuáles son los problemas que la razón pública rawlsiana ayuda a resolver? Estas cuestiones son pensadas por Rawls como aquellas que refieren a los principios fundamentales que:

“...especifican la estructura general del gobierno y el proceso políticos: los poderes del legislativo, ejecutivo y judicial, la extensión de la regla de mayorías, y la determinación de los derechos básicos iguales y las libertades de la ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar: tales como el derecho a votar y a participar en política, la libertad de conciencia, libertad de pensamiento y asociación, así como las protecciones del estado de derecho.” (Rawls, 1993: 227)

Según esta concepción existe una urgencia mayor por resolver ciertas “cuestiones constitucionales esenciales”<sup>12</sup>. Estas cuestiones esenciales dan respuesta al interrogante de cómo se distribuye el poder político, cómo se adquiere y cuáles son los límites de su ejercicio.

Una concepción democrática, liberal y constitucional de la razón pública se construye como una manera de formular planes razonables y racionales, una manera de priorizar y definir los objetivos que se buscan alcanzar y tomar decisiones de acuerdo con ellos. Esta idea simple es la que está en la base de la teoría. Toda sociedad que define sus objetivos políticos, toma decisiones para alcanzarlos y establece instituciones para ello, hace uso de una capacidad para “razonar políticamente”. No toda forma de razonar políticamente es “pública” (Rawls, 1993: 212-213), Esto es obvio. Un gobierno dictatorial puede decirse que emplea una forma de razonamiento político, pero que, al no ser la razón de los ciudadanos, no puede considerarse que sea una capacidad de razonamiento “pública”. No es accesible públicamente, ni se corresponde con las ideas o valores políticos de los ciudadanos.

La razón pública, por definición, pertenece a todos los ciudadanos de una sociedad democrática. Por ello es “pública”. Además, es pública porque su objeto es el bien común y la justicia, y porque su estructura y contenido está determinado por los valores y principios de una concepción pública de la

legitimidad (Rawls, 1993: 213), Según Rawls, los límites de la razón pública están determinados por el tipo de cuestiones que se pueden resolver apelando a los valores y principios políticos subyacentes y porque no se aplican a discusiones sobre cuestiones políticas pero que se mantienen en el ámbito privado. Las cuestiones políticas importan por el modo en que se presentan los argumentos en el ámbito público (Rawls, 1993: 214)<sup>13</sup>.

Según esta concepción filosófico-política, la razón pública no debe reducirse a lo meramente legal (Rawls, 1993: 213), Es más bien una cuestión de filosofía política normativa, una concepción de la ciudadanía para una sociedad democrática constitucional y, por lo tanto, representa un modelo para juzgar y evaluar las condiciones sociales que se observan en las sociedades actuales. En este sentido la visión que aquí se intenta reconstruir es una concepción *liberal* de la razón pública. Ello implica concebir a las personas como ciudadanos que se relacionan bajo reglas que los tratan como *libres e iguales*<sup>14</sup>.

De acuerdo con las exigencias que se derivan de este ideal de razón pública, las acciones, los discursos y las instituciones deben apoyarse, i.e., justificarse, en consideraciones que sean aceptables para todos. Esta condición de aceptabilidad implica que los discursos, las acciones y las instituciones *no deben* apelar a consideraciones particulares o privadas, i.e., concepciones religiosas o antropológicas que sostiene solo un sector de la sociedad. Tomando el caso de la educación religiosa en las escuelas públicas, cualquier argumento en favor o en contra debería buscar apoyo en consideraciones que no sólo fuesen aceptables para quienes sostienen determinadas creencias religiosas. Las consideraciones deberían ser aceptables para la ciudadanía en general, independientemente de las creencias religiosas que cada ciudadano sostuviese<sup>15</sup>.

Además, uno puede interrogarse sobre si en aquellos ámbitos en los que los ciudadanos se forman, las exigencias de la razón pública deben aplicarse para excluir discursos y razones privadas. En este sentido el fallo “Castillo” mencionado precedentemente apeló a los ideales de libertad, pluralidad y tolerancia como bases del sistema democrático para resolver si el derecho de autodeterminación de los ciudadanos de la provincia de Salta permitía establecer la educación religiosa en las escuelas públicas de la provincia.

Otra de las funciones de la idea de razón pública es limitar sustantivamente la toma de decisiones ya que cualquier decisión o procedimiento democrático debe respetar, como cuestión de principio, los derechos individuales. Estos derechos están protegidos de manera especial en tanto y en cuanto están especialmente protegidos en una constitución. ¿Cuáles son las decisiones que quedan excluidas del procedimiento democrático por una exigencia de legitimidad fundada en la razón pública, y qué decisiones quedan excluidas en razón de una exigencia originada por reglas y principios constitucionales?<sup>16</sup>

## **5. Razón pública federal**

Dado que en un estado federal los diferentes niveles de gobierno poseen competencias para tomar decisiones políticas autónomas en la determinación y especificación de los derechos de cada ciudadano, cabe preguntarse si cada sujeto político que se autogobierna tiene una razón pública propia. La cuestión a la que me refiero es a la estructura de la razón pública en organizaciones federales<sup>17</sup>. Como se ha mencionado más arriba, estas organizaciones se caracterizan por una multiplicidad de niveles de gobierno, o al menos dos, en donde se despliegan ejercicios autónomos de poder político.

Pero, ¿por qué es importante cumplir con las condiciones que exige la razón pública? Básicamente porque una sociedad caracterizada por la diversidad de creencias fundamentales no puede lograr la estabilidad en la organización de sus instituciones, a menos que exista una base común desde la cual pueden deducirse conclusiones, principios, y valores para fundamentar las decisiones sobre cómo deben regularse las relaciones sociales. El objeto a evaluar no sólo son las decisiones colectivas sino también las acciones individuales que tienen un impacto político y que se dirigen a apoyar, defender o impulsar reformas políticas específicas.

Cada entidad federada, entonces, está definida por su razón pública. El que una organización política federal esté compuesta por unidades que han delegado ciertas competencias y que se han reservado otras, nos debería hacer pensar que a cada entidad participante le corresponde un ámbito en el que se ejercita una razón pública particular, que contiene elementos característicos y particulares. Las diferencias y los “*márgenes de interpretación*” deben ser

respetados como formas legítimas de proceder y deliberar, así como también deben respetarse los resultados de dichos procedimientos y deliberaciones.

Parece obvio que cada estado posee particularidades que necesariamente se reflejan en la estructura y contenido de su razón pública. Estas particularidades se refieren a, por ejemplo, qué tipo de consideraciones son legítimas para aceptar la objeción de conciencia y en qué casos puede oponerse dicha objeción<sup>18</sup>.

La Corte Suprema ha establecido que:

*“...el "margen de apreciación provincial", en materia educativa permite entender (y convalidar) que ciertas jurisdicciones de nuestro Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo, el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, entre otros.”* (Fallo “Castillo”, p. 64).

En Argentina, por ejemplo, la razón pública federal determina que cada entidad participante tiene responsabilidad sobre el tipo de educación que deben recibir los ciudadanos, o el tipo de requisitos que deben cumplir las personas para ser docentes de las escuelas públicas. Así también se configura el tipo de atención sanitaria que se da en los hospitales públicos y dispensarios provinciales.

Aunque un estado democrático constitucional aspira a realizar el ideal de libertad e igualdad para todos los ciudadanos, este ideal no necesariamente es compartido por todos los estados federales. Pero, en el sistema federal argentino, no se admite ninguna desigualdad en el esquema de derechos y libertades de cada ciudadano. Es irrelevante cuál sea la entidad participante en la que alguien esté radicado, todos los ciudadanos gozan de iguales derechos (art. 8 de la Constitución Argentina), Pero, el hecho de que cada participante dicte para sí una constitución, como ejercicio del derecho de autogobernarse, implica que la manera en que se determinen el esquema normativo de cada entidad puede adecuarse a sus propias particularidades y anhelos.

En particular, la Corte asume una postura de cautela porque “... la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus 'principios, declaraciones y

garantías' y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquella."<sup>19</sup>.

La comprensión de los elementos normativos y constitucionales propios de cada región implica que cada entidad pueda presentar una particular concepción política de ciudadano. En su noción más básica, no obstante, debería respetar los principios de la concepción política federal. Sobre esta cuestión se ha discutido si los ciudadanos de una federación tienen una personalidad dual que puede ser una fuente de inestabilidad o que podría incrementar la competencia interna<sup>20</sup>. El clásico ejemplo se presenta cuando una región o provincia tiene competencia para legislar sobre derecho de fondo y los ciudadanos podrían decidir cambiar su lugar de residencia a partir de estos cambios. Podría ocurrir que si la provincia de Salta implementase un régimen de educación pública que contenga educación religiosa, muchos ciudadanos argentinos que sostienen dicha religión se mudasen a Salta. En el caso argentino, la Corte Suprema y la propia Constitución impiden esto. Una provincia no podría despenalizar el consumo y la venta de estupefacientes, o prohibir el aborto en todos los casos. El articulado de la constitución expresamente establece un piso mínimo que debe ser compartido por todas las provincias (Ver "Castillo").

Asimismo, en Argentina, cada estado provincial tiene a su cargo el dictado de una constitución provincial que debe respetar la división de poderes y debe establecer una administración de justicia eficaz. Estos son límites que derivan de la constitución argentina, pero existen otros límites generados por la razón pública. El que la razón pública articule los valores políticos fundamentales sobre los que se apoyan las decisiones sobre políticas públicas, constituye una de las razones más fuertes en favor de afirmar la existencia de dos tipos de niveles apropiados para la razón pública: una razón pública federal y una razón pública provincial. Por supuesto que existen tensiones y límites en esta caracterización. Por un lado, existen condicionamientos que están dados por la Constitución Argentina que limita la manera en que los derechos constitucionales provinciales son formulados y garantizados. Por otro lado, los gobiernos provinciales tienen responsabilidades que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos, y del hecho que, a nivel internacional, un estado no puede excusarse

de cumplir dichos tratados sobre la base de su organización federal (art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales).

Por ello, teniendo en cuenta que toda organización política tiene una idea de razón pública y de un conjunto de condiciones que deben satisfacer los discursos y las decisiones de los funcionarios, jueces, y también los ciudadanos, de condiciones sobre las reglas de inferencia y de deliberación, es plausible afirmar que cada provincia expresa sus argumentos en consonancia con su propia razón pública provincial. Qué tan extensa sea, cuál sea el objeto y cuál sea su contenido, dependerá de cuál sea la cultura que sirve de trasfondo para articular los valores políticos correspondientes.

Esta concepción de la razón pública como algo inherente al ejercicio del poder político se corresponde con la caracterización rawlsiana de la razón pública en el siguiente sentido: su contenido se deriva de una “familia” de concepciones políticas sobre la justicia y sobre las cuestiones esenciales constitucionales que impactan en el modo en que se constituyen las relaciones cívicas entre los habitantes<sup>21</sup>. La relación que tienen los ciudadanos de cada provincia debe ser entendida del siguiente modo: es una relación fundamentalmente política que se canaliza a través de una estructura institucional básica. Una estructura que, pese a todo, es contingente, porque uno nace en una provincia determinada, pero puede mudarse y no necesariamente queda vinculado a ella. Es una relación entre conciudadanos de una misma provincia, que se superpone a la relación que se da entre conciudadanos de una misma organización federal, y cuya relación política es más profunda de la que existe entre los conciudadanos federales. Los conciudadanos provinciales son titulares de un poder político supremo que les pertenece en tanto grupo (Rawls, 1993: 445).

La razón pública en su versión rawlsiana se aplica en dos niveles: en el constitucional y en el de cualquier otra ley que se promulgue de acuerdo con la constitución. En el caso de las organizaciones federales, existiría un nivel adicional, ya que las constituciones provinciales no coinciden con la constitución nacional, pero deben respetar ciertos valores que están garantizados por la constitución nacional, so pena de generar razones que justificarían la intervención federal (art. 5 y 6 de la Constitución Argentina).

Negar que las provincias tengan autonomía o capacidad para tomar decisiones políticas vinculantes para sus ciudadanos, implicaría restringir el

contenido de la *razón pública* provincial de manera inaceptable, incompatible con la organización federal argentina. En particular, porque no sólo se estaría restringiendo el tipo de razones que se pueden articular y que se pueden aceptar, sino que además se estarían restringiendo las razones que podrían ser ofrecidas y podrían ser entendidas por los demás ciudadanos. Por ejemplo, en Salta, las razones públicamente aceptables podrían apelar a una interpretación de los valores políticos que sea diferente, y que sea incluso más conservadora, que la interpretación aceptable a nivel federal. Aunque ambas pueden ser ofrecidas y puedan ser entendidas por los demás ciudadanos, a nivel federal, existen mayores exigencias y se reduce el número de razones aceptables.

Como hemos visto, el contenido de la *razón pública* es dado por una familia de concepciones políticas de la justicia. Estas concepciones comparten un núcleo que puede ser visto como el criterio de reciprocidad adecuado para una democracia constitucional: define ciertos derechos y libertades, como básicos; asigna prioridad a las libertades por sobre las consideraciones de utilidad general; y garantiza una distribución de medios y recursos de tal modo que todos los ciudadanos puedan hacer un uso efectivamente equivalente de sus libertades, sobre todo de las libertades políticas<sup>22</sup>. Pero esta familia de concepciones políticas sobre la justicia y sobre la ciudadanía puede ser diferente según se coloque énfasis en diferentes aspectos de la libertad. Diferentes concepciones políticas de la justicia tienen diferentes interpretaciones de los valores subyacentes de igualdad, libertad, ciudadanía, y democracia. El particular modo en que las provincias entiendan, ordenen, y balanceen estos valores, determina las características propias de una concepción de la justicia particular. Así lo ha entendido John Rawls al afirmar que las diferentes interpretaciones de lo que significa tomar a los ciudadanos como personas libres e iguales, y de lo que significa considerar a la sociedad como un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo, expresan diferentes principios de justicia (Rawls, 1993: 450-451).

En la medida en que cada provincia tiene autonomía para ejercer un poder soberano y darse una constitución, nuestro sistema federal habilita una amplia gama de instituciones y no exige uniformidad. Lo que se discute en el trabajo, son los límites de esa autonomía, y si se puede o no concretar una formulación diferente de los valores políticos, que deben garantizarse. Por ej., la Constitución



Argentina afirma que deben respetarse los principios republicanos y representativos de gobierno. Por supuesto que existen diferentes versiones del republicanismo, unas más exigentes que otras. Dado que estas versiones pueden darle importancia a diferentes valores, pero todas ser “constitucionalmente” válidas, la diversidad es un resultado inevitable y admisible.

## **6. Conclusiones**

Si bien existen problemas para cualquier organización las respuestas podrían encontrarse apelando a los valores ético-políticos incorporados en su constitución. Sin embargo, la tarea exige una interpretación filosófica de dichos valores lo que en definitiva resulta en la exposición de la razón pública del sistema. En Argentina, cada estado miembro de la federación podría tener valores y compromisos que exigen articular los valores que comparten con los demás estados miembros de una manera particular y que den sentido a sus características económicas, históricas, culturales. Son estas características y el legítimo ejercicio por parte de cada provincia del denominado “*margen de interpretación*” que posibilita el orden federal lo que nos proporciona las claves para identificar las razones públicas operantes en una federación.

La conclusión innegable es que existen tantas razones públicas como estados miembros pertenezcan a una federación, además de una razón pública federal que contiene a todos los estados participantes. Sólo esta última es la razón pública que articula los valores subyacentes y las concepciones políticas de justicia y ciudadanía federal. Para interpretar a su mejor luz estos valores, la versión rawlsiana parece adecuada, fundamentalmente porque es una concepción que permite comprender cómo opera la razón pública de un estado democrático constitucional y federal como el nuestro. Pese a todo, quedan abiertas otras cuestiones.

Un problema posterior sería develar la naturaleza de la relación entre la razón pública federal y la razón pública provincial: subordinación o inclusión. Esto podría significar que los gobiernos provinciales no pueden distribuir los derechos o las libertades sino aplicando los principios del nivel federal. Una alternativa a la subordinación sería pensar que los gobiernos provinciales tienen autonomía e

independencia, esto es, *soberanía*, para tomar decisiones vinculantes para sus habitantes y que no siempre deben seguir los principios que se consideran aplicables a nivel federal. Otra alternativa es pensar en la necesidad un tercer nivel que cumpla la función de articular los otros dos niveles. Es así que alguien podría pensar que la Corte Suprema no puede resolver las contiendas jurídicas entre las provincias y el gobierno federal. Sería necesaria una Corte Constitucional que sea imparcial y que no esté sesgada en favor o en contra de ninguno de los niveles de gobierno. Estas otras cuestiones no pueden ser abordadas sino en futuras investigaciones.

## **Notas**

1. En Argentina el orden federal se compone de tres niveles de gobierno: el gobierno federal, los gobiernos provinciales y los gobiernos municipales. Dejo aclarado que otras posturas entienden que existe un cuarto nivel de gobierno al distinguir la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una entidad diferente de las provincias y los municipios. Ver (Hernández, 2009: 59-60).
2. Agradezco a la persona que realizó el referato anónimo la oportunidad para aclarar esto.
3. Otras defensas del federalismo apoyan sus argumentos en el valor de la igualdad y la equidad. Estas otras concepciones a su vez pueden clasificarse según los elementos a los que echan mano, por ejemplo, en contractualistas o en intuicionistas. El principal problema con las concepciones contractualistas que hacen hincapié en el consenso y en el acuerdo de voluntades es que no permiten zanjar las controversias de manera unívoca y las soluciones se alcanzan por intermedio de la negociación y la presión política. Es necesario destacar que no todas las teorías que colocan el acento en el consenso aplican los esquemas de teorías de los juegos. También es posible encontrar teorías normativas que apelan al consentimiento hipotético que podrían otorgar sujetos colocados en condiciones más o menos ideales (Boucher, 2015; Shorten, 2015).
4. Agradezco a la persona que realizó el referato anónimo por la oportunidad para introducir esta aclaración.
5. Agradezco a la persona que realizó el referato anónimo.
6. Gargarella sostiene que el problema de la desigualdad económica afectó a los estados constitucionales de América del Sur desde su nacimiento. Véase (Gargarella, 2015)
7. “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”), Estas decisiones fueron utilizadas como fundamento para dictar una medida cautelar al respecto para suspender los descuentos de la coparticipación federal de impuestos que se le hacían a la provincia de Córdoba “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otros/ medida cautelar).
8. El artículo 75, inciso 2º, párrafo 3ro. de la Constitución Argentina señala que “[u]na ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.” El párrafo 5to. indica “[n]o habrá transferencia de competencias, servicios o funciones

sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.”

9. Ver, “Castillo” CSJN.

10. Véase, “Chiara Díaz, Carlos Alberto c. Estado Provincial” (329:385), pero también en Fallos 311:460, 317:1195, 329:5814.

11. Agradezco a la persona que realizó el referato anónimo. Sus observaciones fueron útiles para entender la necesidad de realizar estas aclaraciones.

12. El término en inglés es “constitutional essentials”.

13. Debo advertir que para el argumento que se desarrolla en este texto, no creo necesario explicar cómo los ciudadanos construyen sus valores o de donde surgen. Se da por supuesto que una sociedad estructura sus instituciones y sus prácticas políticas sobre valores normativos, tales como, la igualdad, la libertad, la equidad, la solidaridad, la tolerancia. Le agradezco la observación a la persona que realizó el referato anónimo.

14. Una de las cuestiones más importantes es preguntarnos por la normatividad del concepto de razón pública. ¿Por qué deberían los ciudadanos respetar las condiciones de la razón pública? ¿Por qué uno debería no apelar a razones más profundas que pertenecen a doctrinas religiosas, o concepciones de la vida buena y en cambio apelar a los valores compartidos públicamente, a valores políticos, para resolver cuestiones sobre la vida en común? ¿Cuáles son las condiciones que impone la idea de razón pública? ¿Por qué respetar esos límites de la razón pública (el ámbito público y las cuestiones políticas fundamentales)?

15. Uno podría discutir qué tipo de cuestiones caen bajo las exigencias de la razón pública. ¿Sólo las decisiones que afectan el estatus jurídico de las libertades y derechos de los ciudadanos deben ser evaluadas o también aquellas decisiones colectivas que pueden promover o socavar las capacidades de participación ciudadana? El problema al que me refiero aquí está representado por aquellas posiciones que defienden ideas que no todos comparten, como por ejemplo, que la democracia debería ser tomada como un modelo a implementar en todos los ámbitos, incluso en los ámbitos laborales o educativos. Tanto el ámbito laboral como el educativo pueden ser vistos como espacios en las que los ciudadanos aprenden a ejercer sus capacidades sustantivas y formales para deliberar y tomar decisiones colectivas con incidencia política.

16. Algunas cuestiones problemáticas están más relacionadas con los fundamentos filosóficos de la idea de razón pública. En el caso de las provincias argentinas, uno podría afirmar que cualquiera de estos fundamentos podría ser considerado válido para justificar la idea y el uso de la razón pública. Los fundamentos que se han elaborado se relacionan con:

a) La naturaleza del discurso racional sobre la moralidad y las reglas sociales. Esta fundamentación de la razón pública se presupone toda vez que los ciudadanos aceptan involucrarse y argumentar políticamente sobre la legitimidad o justificación de las políticas y decisiones públicas. “Según esta perspectiva, la razón pública está fundada en la naturaleza de los argumentos morales razonados: uno no podría, sin caer en contradicción, evadir la idea de razón pública en tanto uno pretenda sostener una discusión política o moral con otras personas” “On this account, public reason is grounded in the nature of reasoned moral argument: one cannot, without contradiction, avoid the idea of public reason insofar as one wants to engage in reasoned moral or political argument with others” (Føllesdal, 2014).

b) Autonomía de los ciudadanos. Esta fundamentación de raíz kantiana y roussoniana exige que uno obedezca sólo las leyes y decisiones que uno mismo se impone. “Así, nosotros expresamos nuestra naturaleza como seres racionales y autónomos al actuar de acuerdo con máximas que podríamos querer que sean leyes universales, o bien, nosotros podemos expresar nuestra

autonomía política al actuar de acuerdo con aquellas leyes que apelan solamente al bien común, y por lo tanto, representan la voluntad general de todos los ciudadanos.” “We thus express our nature as rational and autonomous beings by acting in accordance with maxims that we could Will to be universal laws, or we express our political autonomy by acting in accordance with those laws that appeal only to the common good, and thereby represents the general Will of all citizens” (Follesdal, 2014).

c) Coerción y respeto mutuo. Esta fundamentación exige que los ciudadanos sean tratados de un cierto modo, tal que cualquier ley que los coaccione pueda ser justificada en razones aceptables para ellos. Sólo de este modo, serían tratados como “fines” y no como “medios”.

d) Lazos de comunidad y amistad cívica. Esta fundamentación apela a los valores morales más básicos de un grupo y sobre los cuales se estructura la relación social de sus miembros. Se exige que las consideraciones morales que justifican las decisiones políticas sean aceptables por personas que están dispuestas a tratarse recíprocamente como sujetos vinculados por lazos de amistad cívica. Cuando esta exigencia no se satisface, las decisiones no colocan a las personas en una posición que tenga valor cívico, es decir, no se reconoce a los ciudadanos un status moral equivalente.

17. La cuestión que me interesa responder no está referida al contenido de la razón pública, tampoco a su carácter público, ni a la cuestión de cuáles son las razones inaceptables por ser exclusivas o privadas (no-públicas), Tampoco abordaré la cuestión de porqué los ciudadanos deben honrar las exigencias de la razón pública, ni porqué deben tratarse como libres e iguales. Ni siquiera intentaré determinar mejor la idea de ciudadanía democrática y la idea de cómo la razón pública es una formulación articulada de valores políticos subyacentes.

18. La Corte Suprema, sobre el tratamiento de los casos de aborto no punible y la posibilidad de ser objetor de conciencia, en el considerando 29 del Fallo “FAL”, establece que “...deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio”. En las provincias se ha dado diferente recepción al derecho y a la posibilidad de ser un objetor de conciencia ya que mientras la provincia de Salta admite la objeción de conciencia para los enfermeros y para los médicos al momento de prescribir métodos anticonceptivos, (Ley 7311) y (Decreto 1140/12), la provincia de Córdoba no admite la objeción de conciencia para los profesionales que no intervienen en la operación (Resolución Ministerial 93/12).

19. En el fallo “Castillo” se menciona la opinión doctrinaria de Joaquín V. González al respecto.

20. El problema ha sido especialmente tratado por Daniel Weinstock, (Weinstock, 2001)

21. La concepción rawlsiana de razón pública representa un criterio de reciprocidad que sirve para evaluar la legitimidad de las decisiones políticas. Una decisión política satisface el criterio de reciprocidad toda vez que puede ser articulada y justificada sobre razones que un ciudadano de una sociedad democrática puede razonablemente esperar que sea razonablemente aceptado por cualquier otro ciudadano (Rawls, 1993, pp. 445-447).

22. Las libertades no tienen el mismo valor. Las libertades políticas son más importantes, porque afectan la condición de ciudadano libre e igual. Para el ejercicio de la ciudadanía libre e igual, las libertades no políticas no tienen la misma importancia que las políticas, por ej., la libertad de ejercer el comercio. Dada su importancia, la distribución de recursos debe tener en cuenta, prioritariamente, aquellas libertades tales como la libertad de informarse, de formar una opinión, de expresar sus convicciones políticas, etc. Nuevamente le agradezco a la persona que realizó la evaluación anónima del artículo.

## Referencias

- Azrak, D. (2016), "El Federalismo en la Constitución Nacional", en R. Gargarella y S. Guidi (Eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria* (Vol. I, pp. 245-268), Buenos Aires: La Ley.
- Bellamy, R., y Castiglione, D. (1997), "Building the Union: The nature of sovereignty in the political architecture of Europe", en *Constructing Legal Systems: "European Union" in Legal Theory* (pp. 91-115): Springer.
- Boucher, F. J. M. (2015), "Federal Distributive Justice: Lessons from Canada", en M. J. J.-F. Grégoire (Ed.), *Recognition and Redistribution*, Belgium: Leuven University Press.
- Føllesdal, A. (2001), "Federal inequality among equals: A contractualist defense", en *Metaphilosophy*, 32(1-2), 236-255.
- Føllesdal, A. (2014), "Federalism", en E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 ed.).
- Gargarella, R. (2015), *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires: Katz Editores.
- Godoy Arcaya, O. (2001), "Democracia y razón pública en torno a John Rawls", en *Estudios Públicos*, 81.
- González Bertomeu, J. F. (2008), "Notas sobre Federalism", en R. Gargarella (Ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: Democracia* (Vol. I), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández, A. M. (2009), *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Jewkes, M., y Gregoire, J.-F. (Eds.), (2015), *Recognition and Redistribution in Multinational Federations*, Belgium: Leuven University Press.
- Karmis, D., y Norman, W. (2016), *Theories of federalism: A reade*, Springer.
- Norman, W. (2006), *Negotiating nationalism: nation-building, federalism, and secession in the multinational state*, Oxford: Oxford University Press.
- Orlando, F. (2016), "Federalismo Fiscal", en R. Gargarella y S. Guidi (Eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria* (Vol. I, pp. 439-466), Buenos Aires: La Ley.
- Rawls, J. (1993), *Political Liberalism* (Expanded ed.), New York: Columbia University Press.
- Ruibal, A. M. (2016), "Federalism and Subnational Feminist Legal Mobilization in a Highly Unequal Federation: The Case of Salta, Argentina", en *Annual Meeting of the Law and Society Association*. New Orleans, USA.
- Shorten, A. (2015), "Federalism, Contractualism and Equality", en M. J. J.-F. Grégoire (Ed.), *Recognition and Redistribution in Multinational Federations*. Leuven: Leuven University Press.
- Smulovitz, C. (2010), *The Unequal Distribution of Legal Rights: Who Gets What and Where in the Argentinean Provinces?* Trabajo presentado en el Congreso de Latin American Studies Association, Toronto.

- Stepan, A. (1999), "Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Mode", en. *Journal of Democracy*, 10(4), 19-34.
- Vaca, Moisés and Mayans, Itzel (2014), "El triple estándar de la Razón Pública Crítica", en *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 65-91.
- Watts, R. (2001), "Models of federal power sharing", en *International Social Science Journal*, 53(167), 23-32. doi:10.1111/1468-2451.00289
- Weinstock, D. (2001), "Towards a normative theory of federalism", en *International Social Science Journal*, 53(167), 75-83.