

## Federalismo y distribución de competencias<sup>1</sup>

### 1.-) Introducción

El tema de que trata el fallo que se analiza se vincula con la distribución de los recursos económicos de la Nación, y dentro de ese gran capítulo, el fallo se refiere concretamente a la distribución de la potestad tributaria dentro del sistema político que corresponden a la especialísima relación del sistema federal.

La CN se ha ocupado de este tema y al respecto quisiera hacer una reseña como para dar el marco que tuvo en cuenta el fallo.

#### § 1. Potestad exclusiva del gobierno federal.

Corresponden al gobierno federal exclusivamente y de modo permanente los derechos de importación y exportación y las tasas postales. Esta afirmación no ha sido nunca discutida y resulta de los arts. 4, 9, y 75 inc. 1 de la CN<sup>2</sup>. Los derechos de aduana constituían hasta el siglo pasado la principal fuente de ingresos fiscales<sup>3</sup>.

#### § 2.- Potestad compartida con las Provincias.

2.a) En forma concurrente los impuestos indirectos internos. Es decir que ambas jurisdicciones están constitucionalmente habilitadas para imponer estos tributos sobre los mismos hechos imponible y en forma simultánea.

Esta competencia surge ahora claramente del inc. 2 del a. 75 cuando dispone que corresponde al Congreso de la Nación "imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias." Sin embargo, su imposición por la Nación por primera vez en la ley de presupuesto de 1891 nº 2774, no fué en absoluto pacífica y dio lugar a intensos debates parlamentarios y doctrinarios. El anclaje constitucional para la tesis de la concurrencia se encontró en la inteligencia dada al a. 4 que se refiere a "las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general". La tesis negatoria sostuvo en cambio que dicha norma no alcanzaba a las contribuciones *indirectas* sino solamente a las *directas*<sup>4</sup>. El

---

<sup>1</sup> .-) Inédito. Mayo de 1996.

<sup>2</sup> .-) Alberdi, Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, tercera parte, cap. IV p. IV.; De Vedia y Mitre, El régimen tributario de la Argentina, 1925, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, p. 297; CSJN, Fallos 3:131, 15:47, 51:349, 95:327, 106:294.

<sup>3</sup> .-) Por esta razón en su momento la Aduana de la Ciudad de Buenos Aires fué uno de los factores componentes del conflicto de la Provincia de Buenos Aires con la Confederación Argentina tal como resulta de las reformas que sufrió el a. 4 de CN en 1860 y 1866.

<sup>4</sup> .-) La tesis negatoria sostenía su doctrina en base a dos argumentos. El primero, el carácter necesariamente expreso que debe tener la atribución de potestad tributaria, y en este sentido, el a. 4 debía vincularse con el a. 67 inc. 1 según el cual el Congreso solamente estaba facultado para imponer tributos indirectos aduaneros o externos y contribuciones internas directas en las condiciones excepcionales establecidas en la norma. De modo que la mención del a. 4 solamente podía referirse a esas contribuciones, a las directas. El segundo argumento era que solamente los impuestos directos podían ser *proporcionales a la población*, no así los indirectos (Spisso, Derecho Constitucional Tributario, p. 65).

debate tiene hoy carácter histórico si atendemos a la norma surgida de la reforma de 1994 de la CN y que cito precedentemente. De todos modos antes ya había sido reconocida por la Corte esta facultad impositiva de la Nación<sup>5</sup>.

2.b) En forma transitoria y excepcional, los impuestos directos. Deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación. Facultad que resulta del a. 75 inc. 2 de la CN. Lo de la proporcionalidad se ha entendido en relación a la riqueza de la población y no al número de habitantes de cada provincia.

La Nación hizo uso de esta potestad extraordinaria por primera vez en el año 1932 al establecer el impuesto a los réditos, echando mano a un supuesto estado de emergencia nacional. Desde entonces, el gravamen se ha venido estableciendo en forma indefinida y permanente en clara violación al texto constitucional. Luego se estableció también el impuesto a las ventas.

### § 3. *El régimen de coparticipación de impuestos.*

La concurrencia de los impuestos internos, directos e indirectos cada uno a su forma, exigieron siempre la implantación paralela de algún sistema de distribución de estos recursos entre ambas esferas de gobierno. Al no haberse establecido en la CN las pautas para la distribución de la competencia misma, la realidad económica impuso la necesidad de distribuir los resultados del ejercicio de estas competencias a efectos de evitar iniquidades significativas y en suma un resultado negativo de la tributación derivados en cualquier caso de la múltiple tributación o el restablecimiento indirecto de las aduanas interiores que la CN había prohibido tan terminantemente (as. 9, 10, 11, 126)<sup>6</sup>.

Al respecto se sucedieron diversos proyectos y esfuerzos doctrinarios, incluyéndose una autorización concedida al Poder ejecutivo por el proyecto de ley de presupuesto de 1934, facultándolo a convenir con las provincias la distribución de diversos impuestos<sup>7</sup>. Hasta que la ley 12.139 de 1935 sancionó la unificación de impuestos internos y un sistema de leyes convenios que exigían para entrar en el sistema la adhesión de las provincias, con el imán irresistible de participar en la distribución del tributo recaudado por la Nación, y la carga de derogar en su jurisdicción los impuestos que se superpusieran. Más adelante, mediante las leyes 12.139 sobre impuesto a los réditos, y 12.147 de impuesto a las ventas, la Nación unilateralmente participó de la recaudación de dichos tributos a las provincias y a la Municipalidad de Buenos Aires. Luego por ley 12.956 se sancionó un régimen más estable y abarcativo de estos tributos directos coparticipables. En 1951 la ley 14.060 hizo lo propio al establecer el impuesto a la transmisión gratuita de bienes. En 1954 al caducar el régimen de unificación de impuestos internos sancionado por la ley 12.139, se sancionó la ley 14.390; y la ley 12.956 fué a su vez reemplazada por la ley 14.788. Ambos regímenes tuvieron vigencia hasta 1972, año en que se sanciona la ley 20.221 que recapituló el sistema de

---

<sup>5</sup> .-) Fallos citados en nota 1.

<sup>6</sup> .-) José O. Casás, Un importante hito en el proceso de refederalización de la República Argentina, en DF XLV-1

<sup>7</sup> .-) García Belsunce, Estudios financieros, p. 303.

coparticipación contenido en las leyes 14.060 (transmisión gratuita de bienes), 14.390 (impuestos indirectos), y 14.788 (impuestos directos). En 1984 se sustituyó la ley 20.221 por la ley 23.548 actualmente vigente.

El núcleo del sistema es la participación en la distribución de los recursos. No de la potestad tributaria, la que se mantiene en cabeza de la Nación. De modo que el principio de participación federal se da a través de la participación de las provincias en el Congreso de la Nación como cualquier otra decisión atinente al régimen de gobierno. Hay solamente un régimen especial en la resolución de los conflictos que puedan plantearse por interpretación y aplicación de las normas del sistema de coparticipación, que se resuelven en primera instancia en el marco de un organismo específico creado por el sistema, de cuya decisión se recurre a la Corte de Justicia por vía de recurso extraordinario (a. 10 ley 23.548).

La vigencia del sistema ha sido reconocido por la reforma constitucional de 1994 que lo ha legislado expresamente en el inc. 2 del a. 75 y en la cláusula transitoria sexta.

El a. 75 inc. 2 establece en orden a la coparticipación de impuestos, que:

- los impuestos coparticipables son los que recaude la Nación como directos o como indirectos
- la coparticipación no es optativa sino obligada, salvo asignaciones especiales por tiempo determinado y con mayoría agravada (inc. 3).
- el diseño del régimen de coparticipación es legal y complejo. Tiene como Cámara de origen el Senado y quórum agravado, y debe ser aprobada por las provincias para su vigencia.
- se crea un organismo fiscal federal con representación de las provincias y la ciudad de Buenos Aires para el control y la fiscalización del sistema.

A su vez la cláusula transitoria sexta establece que:

- el régimen de coparticipación debe establecerse antes de finalizar el año 1996 con creación del organismo fiscal federal.
- el régimen no podrá modificarse en desmedro de la situación de las provincias a la fecha de la sanción de la reforma constitucional.

No es tema de este trabajo analizar todos los interrogantes que plantean estas normas, ni reflexionar acerca de las soluciones posibles, pero queremos destacar que los interrogantes existen. Por ejemplo que pasa si algunas provincias aprueban una ley y otras no, en cuanto a la posibilidad de una vigencia parcial; que pasa a fin de 1996 si como parece no se aprueba el nuevo régimen de coparticipación; la garantía establecida en la cláusula transitoria debe interpretarse como formal o sustancial.

## **2.-) El principio de la inmunidad de los instrumentos de gobierno.**

Si bien por el principio jurídico del paralelismo de las formas, quien tiene la facultad de imponer, tiene la facultad de eximir, en el caso especial de la articulación de los poderes tributarios en el esquema federal, este principio se ve por decirlo así “contaminado” por otros principios con los cuales se enfrenta en ciertos casos, y en algunos supuestos cede como es el caso de la supremacía de la nación. Y este es el tema nuclear del fallo que comentamos, por lo que merece los prolegómenos que vamos a desarrollar a continuación.

Estrictamente cabe distinguir como lo ha hecho la Corte de los EEUU, entre exenciones tributarias e inmunidad tributaria de gobierno. En las exenciones, la propia autoridad que establece el impuesto establece una dispensa de pagarlo en función de determinadas consideraciones de bien público, pero el hecho o acto exento, se corresponde perfectamente con la estructura del hecho imponible definido por la ley. En cambio la inmunidad intergubernamental consiste en una disposición constitucional expresa o derivada según la cual determinados instrumentos de gobierno no pueden constituir hechos imponibles de otro gobierno, no son aptos para sustentar la base fáctica de los tributos.

La primera manifestación jurisprudencial de la doctrina de la inmunidad se debe a la legendaria lógica institucional de Marshall siendo Presidente de la Corte de los EEUU, en el caso *McCulloch v. Maryland* en 1819 donde se desarrolló la siguiente tesis: 1) un poder de crear implica un poder de preservar; 2) un poder de destruir, si es esgrimido por mano diferente, es hostil e incompatible con los poderes de crear y preservar; 3) cuando exista esta repugnancia, la autoridad que es suprema debe prevalecer y no ceder ante aquella sobre la cual es suprema<sup>8</sup>. En apretada síntesis puede describirse una cierta evolución de la doctrina de la inmunidad, desde este famoso fallo. Desde entonces se aplicó en algunos casos a la inmunidad de los estados y en otros a la inmunidad de la nación. En 1905 se observa un caso restrictivo rechazándose una inmunidad pretendida por el estado de Carolina del Sur respecto de un emprendimiento estatal de distribución de bebidas, en donde la Corte dijo que debía limitarse la inmunidad para el caso de funciones estrictamente estatales. Por el contrario, a partir de 1920 puede observarse un sentido extensivo de la inmunidad. Hasta 1938 en que a partir del caso *Helvering v. Gerhardt* se invierte la tendencia que se mantiene hasta nuestros días según la cual la inmunidad no debe ser admitida más allá de lo estrictamente necesaria para la existencia continuada del estado, no pudiendo ser admitida cuando la carga al estado constituyente del tributo es problemática e incierta<sup>9</sup>.

Entre nosotros, la Corte se ha pronunciado reiteradamente sobre el punto. El tribunal ha desarrollado sus fallos alrededor de la extensión del inc. 18 del art. 75 de la CN, también llamada “cláusula del progreso”, norma de inspiración alberdiana en nuestra constitución, y que está ausente de la Constitución de los EEUU. En un grupo de casos, los conflictos se plantearon en forma directa contra las diversas nor-

---

<sup>8</sup> .-) Corwin, *La Constitución de los EEUU y su significado actual*.

<sup>9</sup> .-) Spisso, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 126 y ss.

mas sancionadas por el Congreso que con distinta amplitud concedió exenciones tributarias alrededor de emprendimientos de todo tipo.

En base a la norma del a. 75 inc. 18, tanto el Congreso de la Nación como la Corte han sostenido en forma más o menos invariable, una doctrina amplia de la inmunidad federal. La doctrina fué inicialmente establecida en el caso Ferrocarril Central Argentino c/Prov. de Santa Fe, en donde se discutió la validez de una ley nacional que eximió al concesionario del Ferrocarril de impuestos locales, decidiendo la Corte a favor de la validez de la exención dispuesta por la Nación, sobre la base de los poderes del Congreso que no pueden ser entorpecidos por autoridades de los gobiernos de provincia porque de lo contrario serían vacuos<sup>10</sup>. En un fallo de 1941 sostuvo la Corte que dentro de la coordinación armónica de intereses entre la Nación concedente y el concesionario particular, no era posible concebir la intromisión de otra entidad soberana con facultades impositivas porque podría establecer impuestos que rompan el equilibrio existente y hagan imposible la continuación de los servicios<sup>11</sup>. Se trata de una doctrina en cierta forma absoluta en el sentido de que no repara si el gravamen provincial en cuestión afecta en concreto los fines nacionales, sino que postula la incompatibilidad formal y en abstracto de la imposición sobre la base de la supremacía de la Nación. Es sin duda una doctrina dominante en nuestro derecho público y con apoyo en ella se han sancionado innumerables normas<sup>12</sup>

En algunos casos sin embargo se ha sostenido en la jurisprudencia un criterio de caso concreto, es decir que la incompatibilidad de la inmunidad federal frente a las potestades tributarias provinciales debía juzgarse en cada caso atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien la invoca y la índole y envergadura del tributo. En diversos casos referidos a exenciones establecidas a favor de los bancos oficiales nacionales (Hipotecario, Nación y Desarrollo) en sus respectivas cartas orgánicas mediante leyes nacionales, la Corte entendió que la exención no comprendía a las tasas y contribuciones de mejoras por servicios prestados u obras realizadas en tanto ellas no sean extorsivas o abusivas, ello por cuanto las tasas retribuyen un servicio oneroso prestado con generalidad y sufragado por todos en proporción a dicho servicio, de modo que si los bancos integraban la sociedad que recibía tales servicios no podían quedar exentos, y un argumento similar se usó para la contribución de mejoras<sup>13</sup>. En otro grupo de casos, donde no había una exención nacional expresa, de todos modos se pretendió invalidar norma impositivas provinciales relacionadas con

---

<sup>10</sup> .-) CSJN, Fallos 68:227, en el que se sostuvo que si el congreso “*para los fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial o simplemente como medio de estímulo, cree conveniente acordar el privilegio de la exención de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importa sino el ejercicio de una facultad del Poder Legislativo, cuyas sanciones priman sobre cualquier disposición en contrario que pudieran contener las constituciones o leyes de provincia. Resolver lo contrario sería reconocer en los gobiernos de provincia la facultad de anular o entorpecer los efectos de la legislación nacional ... las provincias, haciendo uso de la facultad de imponer, podrían llegar a hacer imposible la realización de las concesiones y el goce de los privilegios que el Congreso acordara*”. La Corte citó luego este fallo y mantuvo la doctrina en numerosos fallos, entre ellos 104:73, 188:247 (En este fallo reforzó la argumentación con apoyo en el a. 75 inc. 13), 189:272.

<sup>11</sup> .-) Fallos 189:272

<sup>12</sup> .-) Giuliani Fonrouge, Derecho financiero, t. I, ps. 357 y ss.

<sup>13</sup> .-) Fallos, 199:20, 199:53, 234:663, 251:222, 267:176, 269:333, 270:427, 272:45, 279:76.

actividades reguladas por ley nacional, como el caso del azúcar. En estos casos, la Corte adoptó una posición no absoluta, sosteniendo que era preciso decidir en concreto si existía una insalvable contradicción entre el tributo provincial y los objetivos proteccionistas de la legislación nacional<sup>14</sup>.

### 3.-) El fallo en el caso Banco de la Nación c/Provincia de Córdoba<sup>15</sup>.

#### § 1.- Síntesis de los hechos.

El Banco de la Nación Argentina se vio compelido por el poder impositivo de la Provincia de Córdoba y debió abonar el impuesto territorial correspondiente a los ejercicios 1948 y 1949 en relación a un campo de su propiedad. Inició demanda de repetición contra la Provincia en razón de la exención tributaria consagrada en el a. 28 del dec. ley 14.959/46 ( carta orgánica del Banco de la Nación ratificada por ley 12.962), según el cual, *“Los inmuebles del banco ... están exentos de toda contribución nacional, provincial o municipal”*. Asimismo se trataba de un inmueble adquirido oportunamente por el Banco con fines de colonización conforme estaba autorizado por el a. 24 del cuerpo legal referido.

El argumento de la demandada fué muy estrictamente la contradicción de la pretensión con la estructura constitucional de las potestades tributarias, porque la exención importa crear un recurso no previsto en la Constitución (a. 4º), con desmedro de la propiedad de la provincia sobre sus rentas (a. 17) y violación de la soberanía provincial (a. 104) y en exceso de las atribuciones conferidas al Congreso en el a. 67 inc. 5 y 16. Esta referencia exigía o bien interpretar la norma invocada por el Banco en forma restringida en el sentido de que la exención tributaria debía estar en cada caso concreto vinculada a la posibilidad del cumplimiento de determinados fines y que en el caso ello no ocurría, o en caso contrario y de no admitirse una inteligencia de este tipo, contrastar directamente la norma invocada con la estructura constitucional y declarar la invalidez constitucional de la norma.

Tanto en primera como en segunda instancia, los fallos fueron favorables al Banco y ordenaron la devolución de lo pagado apoyados en la exención establecida en la norma citada. Llegado el caso a la Corte, produjo su fallo sin disidencias pero a través de tres votos distintos, y cuyas respectivas argumentaciones vamos a desarrollar y comentar. El voto mayoritario está firmado por Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Aberastury, Colombes e Imaz. A su vez Boffi Boggero y Oyhanarte se pronunciaron a través de sus propios votos.

#### § 2.- El voto de la mayoría.

Se apoya en la doctrina dominante acerca de las inmunidades de los instrumentos de gobierno, la que hemos denominado antes la doctrina absoluta. Los argumentos tienen el siguiente desarrollo:

---

<sup>14</sup> .-) Fallos, 137:212 y otros como el publicado en ED 1-401 in re Cía San Pablo de Azúcar c/Prov. de Tucumán.

<sup>15</sup> .-) De fecha 17 de marzo de 1961, publicado en La Ley t. 107, p. 339.

- las provincias no pueden gravar los medios o instrumentos de los que se vale el gobierno nacional para el desempeño de sus funciones pues de otro modo sería ilusoria la supremacía de la Nación. Se apoya en doctrina de fallos anteriores y en jurisprudencia de los EEUU que se cita (Fallos 23:560; EEUU casos Mc Culloch, Osborn y doctrina de Corwin en su conocida obra de 1953).

- el Banco Nación es una institución pública para fines de administración nacional cuyo régimen y sistema ha sido librado por la CN a la prudencia del legislador. De modo que el ejercicio razonable de esa atribución, al estar dentro de la constitución no puede agravar a las provincias porque son exenciones autorizadas por la constitución en función de las amplias facultades referidas que tienen como único límite la arbitrariedad.

- la decisión de colonización y su encargo al Banco de la Nación es instrumento de gobierno, y al formar parte de las “operaciones propias” del Banco Nación por dicha razón, los inmuebles afectados quedan incluidos en las exenciones generales del a. 28 de su carta orgánica.

### § 3.- *El voto de Boffi Boggero.*

Desarrolla la doctrina restringida o no absoluta de las inmunidades jurisdiccionales aunque concluye que en el caso concreto el gravamen provincial significa una obstáculo al instrumento nacional en este caso el Banco Nación, y por esta razón comparte la decisión de la mayoría. Su desarrollo es el siguiente:

- el a. 104 de la CN es un precepto fundamental. En él se apoyan los poderes que hacen a la esencia de los gobiernos de provincias, una de cuyas potestades es precisamente la impositiva, esencial e indispensable para la existencia misma del gobierno.

- el inc. 16 del a. 67 de la CN o “cláusula del progreso” ha de interpretarse cuidando que sus efectos sean compatibles con los demás derechos constitucionales.

- no basta invocar esta potestad de la cláusula del progreso para que la Nación actúe legalmente dentro de la esfera de las Provincias. Por el contrario cabe entenderlo con extremada prudencia, sin generalizaciones excesivas y riesgosas procurando que a su amparo no se invadan las autonomías provinciales.

- no obstante, la subsistencia de la Nación como tal exige que para ciertos fines, sus actos e instrumentos se hallen exentos de trabas que realmente los perturben y en esos casos el poder impositivo provincial debe ceder excepcionalmente.

- ello no significa que cualquier gravamen provincial pudiese obstruir la actividad nacional o que ningún gravamen provincial pueda hacerlo. Ambas son posiciones exageradas.

- para la primacía de la ley nacional es necesario no solamente que la potestad en cuya virtud se ha sancionado sea incompatible con una potestad provincial, sino que haya sido dictada en ejercicio razonable de esa potestad.

- el gravamen en cuestión obstaculiza según constancias de la causa al Banco Nación, por lo que se considera que el a. 28 de la ley es razonable.

§ 4.- *El voto de Oyhanarte.*

Se apoya en lo que denomina el principio omnicompreensivo de la supremacía nacional, dentro de cuyo marco está contenida la inmunidad de las instituciones del gobierno federal. La secuencia argumental es la siguiente:

- los as. 1, 4, 24, 27 y otros de la ley orgánica del Banco han extendido sus fines propios incluyendo dentro de ellos lo concerniente a los planes de colonización y necesariamente implicó extender la exención impositiva del a. 28 a las situaciones vinculadas a dichas funciones. Por lo tanto sólo cabe una inteligencia del a. 28 como comprensivo de los inmuebles destinados a colonización, y corresponde un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la norma.
  - según la jurisprudencia de la Corte, la constitución admite el ejercicio conjunto y simultáneo de la potestad legislativa nacional y provincial sobre un mismo objeto, siempre que entre ellas no medie incompatibilidad directa e insalvable<sup>16</sup>, ya que en caso contrario prevalece la potestad nacional<sup>17</sup>.
  - el principio de supremacía nacional es el que autoriza esta interpretación. Este principio traduce un claro pensamiento político contenido en el sistema federal argentino, que no es novedoso sino que está inspirado justamente en Alberdi según el cual *deben tener supremacía* (los actos del gobierno nacional) *sobre los actos de los gobiernos provinciales y su acción en los objetos de su jurisdicción no deben tener obstáculos ni resistencia*. Por lo que - sigue diciendo Oyhanarte -, las provincias argentinas no sólo están privadas del derecho de nulificación propio de las confederaciones, sino que carecen del derecho de trabar u obstaculizar las leyes nacionales a las que deben conformarse lealmente conforme al a. 31 de la CN.
  - el principio de supremacía nacional es omnicompreensivo y en consecuencia es operativo no solamente en los supuestos de cosas, bienes, instrumentos, medios y operaciones ligados a fines nacionales, sino aún cuando están en juego los planes trazados o la política adoptada por el Congreso teniendo en vista los intereses del país como un todo<sup>18</sup>.
  - remata la argumentación con apoyo en la cláusula del progreso demostrando que la política agraria y de colonización está contenida en las leyes cuestionadas con base en la norma del a. 67 inc. 16 de la CN y responde a una promoción de la prosperidad del país. De modo que una vez que el congreso ha asignado válidamente a órganos del Estado nacional un cometido de tan honda significación renovadora y de tan vastas proyecciones

<sup>16</sup> .-) Fallos 246:237 idem en La Ley 98 p. 508.

<sup>17</sup> .-) Fallos 173:128, 247:325, 183:181.

<sup>18</sup> .-) En el considerando 13 apoya esta afirmación en fallos de la Corte de los EEUU según cuya doctrina, las legislaturas provinciales no pueden adoptar medidas que contraríen la política del congreso, con citas de Tunc y del juez Stone en sus votos en distintos fallos de la Corte.



económico sociales, las provincias no pueden ejercer las facultades que en principio les pertenecen de manera que resulten impeditivas, frustratoria o tan siquiera entorpecedora de los fines nacionales perseguidos.

- finalmente señala que ambos extremos son aspectos procesalmente precluidos en los autos, esto es que el impuesto provincial es entorpecedor de los fines nacionales y que el inmueble fué adquirido con fines de colonización, ya que estos puntos no han sido cuestionados en el recurso extraordinario.

#### 4.-) **Análisis y comentarios del fallo.**

Según lo pusimos de manifiesto en el cap. 2, en la doctrina argentina es posible distinguir dos posiciones distintas en orden a la inteligencia que debe darse a la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno dentro del sistema federal. De un lado una jurisprudencia que podríamos denominar dominante, que se caracteriza por ser formal y absoluta en el sentido de que el acto federal desplaza al acto provincial “a priori” sin que se requiera el análisis de si en el caso concreto se presenta la oposición del instrumento provincial al acto federal. Del otro una doctrina excepcional sostenida en su mayoría por la doctrina especializada y seguida en algunos escasos fallos y disidencias, según la cual, el principio de supremacía nacional no opera “a priori” sino blanco sobre negro en el caso concreto, es decir que debe ponerse a prueba la contrariedad de los instrumentos en el caso que le toca actuar y según eso decidir acerca del obstáculo que significa la norma provincial para la operatividad del mandato nacional<sup>19</sup>.

Estas dos doctrinas aparecen claramente reflejadas en los distintos votos el fallo que comentamos.

§ 1.- El voto de la mayoría claramente sigue la línea tradicional de la doctrina dominante, tal como resulta de la afirmación de que las provincias no pueden gravar los medios o instrumentos de los que se vale el gobierno nacional para el desempeño de sus funciones pues de otro modo sería ilusoria la supremacía de la Nación, doctrina que expresamente en el fallo se apoya en la tradición del caso *Mc Culloch*.

Pero la lógica de las ciencias sociales y del derecho en particular es eficaz sólo cuando es una lógica de sentido, es decir cuando se sustenta en una orientación institucional compartida con la comunidad a la que pertenece<sup>20</sup>. El razonamiento jurídico es en definitiva un razonamiento histórico en el sentido de que su consistencia y fuerza de convicción descansa en que logre anclar en el lugar y en el tiempo. Una

---

<sup>19</sup> .-) En todos los casos de todos modos, debe destacarse, el principio de inmunidad es de carácter excluyente en el sentido de que la inmunidad de uno excluye la competencia del otro. Se trata de saber en cada caso de quien es la inmunidad. En general nuestra Corte ha decidido a favor de la inmunidad del gobierno nacional como lo vimos en el capítulo 2.

<sup>20</sup> .-) en el diccionario Etimológico de Corominas, se atribuye “sentencia” a un cultismo del siglo XIII derivado precisamente del verbo latino sentire. Llama la atención que los dictámenes de los jueces hayan llegado hasta nosotros con el nombre de sentencias, que deriva del “sentire” latino que tiene una connotación holística diríamos hoy, de “darse cuenta”, de percepción de la realidad

mirada en esta perspectiva enfoca a este voto alejado de este cuadro, con un sentido borroso. Cuando Marshall desarrolla su lógica, el objetivo institucional sobre el que disparaba era la construcción del estado central, que por entonces era vista por muchos como una entelequia frente a la contundencia de intereses de los estados individuales. Algo similar aunque de menor intensidad se podía advertir en los primeros años del estado federal argentino.

La situación histórica era diferente la Argentina de marzo de 1961 cuando se dicta el fallo que comento. Podríamos decir que era precisamente a la inversa. La tensión existencial que define al estado federal, entre el centro y los polos estaba claramente inclinada a favor del centro. Toda la constelación de poderes formales y no formales que toman las decisiones globales de una sociedad estaban en su mayoría en el centro y no en los polos. De allí que esta decisión se explica como una consecuencia de este estado de cosas y no como una prospectiva como era la razón de ser de la lógica de Marshall.

§ 2.- Boffi Boggero en cambio toma distancia de lo que hemos denominado la doctrina dominante y desarrolla una densa fundamentación acerca de la necesidad de la existencia de un conflicto real y efectivo entre los instrumentos en cuestión, y no solamente de una contradicción formal, para que pueda habilitarse la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno.

Ello surge a mi juicio del considerando en el que se expresa que el principio de supremacía de la Nación no significa que cualquier gravamen provincial pudiese obstruir la actividad nacional o que ningún gravamen provincial pueda hacerlo, y que ambas son posiciones exageradas.

En suma Boffi Boggero introduce en el tema nuevos horizontes que podríamos sintetizar en los siguientes paradigmas: a) no se refiere a supremacía de la Nación sino a la subsistencia de la Nación, que vis a vis tienen connotaciones inversas, ya que el primero hecha amarras en el centro y el segundo en los estados como eje de atribución de competencias; b) desmerece el contraste formal de potestades y enfoca el caso en su concreción existencial; c) en la palanca de lo existencial apoya una mayor injerencia del control judicial a través del principio de razonabilidad.

Esta estructura argumental me inspira dos reflexiones. La primera es que contrariamente al voto mayoritario, el argumento no es consecuencia de una circunstancia cultural, sino una estocada al futuro en un intento de abrir nuevos horizontes de razonamiento jurídico institucional. La segunda es que en esa línea, se llena de sentido en dos direcciones. Una en dirección a una íntima convicción del juez oponente, transmitida insistentemente a través de innumerables y famosas disidencias durante su paso por la Corte, cual es la pretensión de un mayor control judicial de los actos de gobierno, eliminando los viejos resabios de inmunidad de control (cuestiones políticas, discrecionalidad, etc.). Y la otra en dirección a invertir la tensión federal desde el centro hacia los estados provinciales.

§ 3.- Por último, el voto de Oyhanarte. Me atrevo a decir que se destacan dos notas distintivas.

Por un lado amplía fuertemente el contenido del principio de inmunidad como principio de supremacía de la Nación y sobre la base de la cláusula del progreso, a punto que en el considerando 13 lo caracteriza como “*omnicomprensivo*”. Con ello quiere significar que la inmunidad no solamente alcanza a los que pueden denominarse instrumentos de gobierno, tal la clásica doctrina, sino que los trasciende y abarca asimismo a los planes y fines políticos nacionales cuando ellos se deciden en función de la cláusula del progreso. Y no solamente hay una extensión de la doctrina en este aspecto digamos positivo, sino también en el negativo, ya que dice Oyhanarte que tales fines nacionales no solamente no pueden verse “*frustrados*” por acciones provinciales, sino ni siquiera “*entorpecidos*”. De un extremo se amplía el contenido del poder nacional, y del otro se vacía de contenido válido a cualquier acción provincial. La vieja fórmula de Marshall acerca de que lo que carecían los estados era de todo poder que implicara “*destruir*” el instrumento nacional queda de este modo ampliamente superada.

Es interesante vincular los axiomas de este voto con el pensamiento de Oyhanarte que fué siempre de intenso color político, no en el sentido partidario sino de poder sobre la sociedad, y que fuera tan bien expresado en su conocida obra *Cambio estructural y poder político en la Argentina*. En el considerando 15 del voto se traduce esta decidida convicción del publicista confiriendo un contenido político al postulado de la supremacía de la Nación en su nueva versión. Y es porque “*uno de los altos fines cuya realización ha sido encomendada al congreso argentino es la promoción de la prosperidad del país, dentro de la cual han de entenderse armónicamente incluidos el adelanto y bienestar de las provincias...*”. En definitiva, se trata de un mandato constitucional expresado en el a. 67 inc. 16 y por lo tanto es responsable de la prosperidad de las provincias la Nación según el mandato constitucional, y ni las provincias mismas pueden oponerse al ejercicio de ésa competencia. Y en función de ése mandato es claro que puede desarrollar políticas activas de promoción como diríamos hoy.

Convengamos que eran los tiempos florecientes del keynesianismo más desembozado, de las políticas activas en el promedio de los años del gobierno de Kennedy en los EE.UU. y su política de la Nueva Frontera<sup>21</sup> y a los que el gobierno argentino del presidente Frondizi estuvo estrictamente vinculado no solamente diplomáticamente sino por convicción. Y Oyhanarte fué sin duda la representación en la Corte de este pensamiento progresista. A partir de una cita de C. Friedrich (Teoría y realidad de la organización constitucional democrática) según el cual “*el constitucionalismo crea un sistema de limitaciones efectivas a la acción gubernamental*”, adhiere a la doctrina ya en boga que intentaba la superación teórica de los postulados ideológicos del estado negativo cuyo primer pensador fué quizá J.Locke, por el Estado positivo o activo como motor de la prosperidad. En palabras de Oyhanarte, *La historia del constitucionalismo democrático es la muestra de la transformación progresiva operada en la naturaleza y en la intensidad de las limitaciones efectivas que se impone a la acción*

---

<sup>21</sup> .-) Qué saben los economistas; Introducción a las políticas económicas del siglo XXI, Robert Carlson, Editorial Heliasta.

**gubernamental** como medio de asegurar la libertad del hombre. En este sentido el que plantea el constitucionalismodemocrático es un problema de equilibrio entre **lo que el gobierno debe hacer** para promover los intereses nacionales y populares confiados a su gestión y los que **el gobierno no debe hacer** si es que se desea que la libertad subsista con plenitud<sup>22</sup>. Su voto pues tiene - se comparta o no - un sentido institucional, una orientación de sentido, un rumbo tendido hacia adelante. al igual que el voto de Boffi Boggero que si bien se elabora desde otra estructura de pensamiento, ambos se diferencian por este intento del voto de la mayoría, conservador, insípido y distante.

Llama la atención sin embargo en el voto de que comento el prurito que demuestra en el considerando 18. Se esfuerza por demostrar en punto a los hechos en si mismos, es decir en el análisis existencial, los extremos fácticos que justifican la decisión son cuestiones precluidas y fuera de discusión, por lo que no cabe detenerse en ellas en esta instancia. Estuve tentado de extraer de este punto la conclusión de que a la nueva dimensión del principio de supremacía nacional le correspondía el equilibrio de que debía en todo caso ponerse a prueba en cada caso confiriendo de este modo al Poder Judicial el control existencial. Pero el pensamiento de Oyhanarte expresado en otros fallos permite dudar de esta interpretación del argumento. Porque nunca se inclinó por la ampliación del control judicial y más bien fué un defensor de la doctrina de las cuestiones políticas y se inclinó por cierta amplitud de discrecionalidad de los actos de gobierno. En todo caso no cabe conferirle otro sentido que evitar una contradicción con anteriores pronunciamientos de la corte sobre los cuales no quiere explayarse, tal como se menciona expresamente en el considerando.

ARMANDO J. ISASMENDI  
ABOGADO

---

<sup>22</sup> .-) Parte de este pensamiento se refleja claramente en el libro de Oyhanarte sobre La expropiación y los servicios públicos, Ed. Abeledo Perrot 1957 pag. 7.