

## **Declaración de inconstitucionalidad por omisión y la coparticipación federal**

**Por Eduardo R. Florio\***

ABSTRACT: El largo incumplimiento que lleva el mandato constitucional del art. 75 inciso 2, y vencido el plazo previsto en las disposiciones en las disposiciones transitorias nos hace analizar la posibilidad de plantear por parte de las provincias, vía de amparo o de la acción declarativa la inconstitucionalidad por omisión legislativa, propiciando que así se la declare en un “caso o controversia” y se emplace a los poderes renuentes a propiciar una ley marco para la efectivización de esas tratativas, diseñando representación de las provincias y de la Ciudad Autónoma, y del Gobierno Nacional; estableciendo tiempos para recepción de proposiciones en cuanto a criterios de distribución, información, datos; formalización y concreción de esas tratativas en un anteproyecto o iniciativa vinculante para el Poder Ejecutivo, no susceptible de ser modificada ya que tampoco podría ser reglamentada la sanción de la ley, y estableciendo un plazo para el envío del mensaje al Senado de la Nación.

\*PROFESOR TITULAR DE DERECHO POLITICO Y DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNLZ

## LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL

### INTRODUCCIÓN

La declaración de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de ejercicio del control de constitucionalidad, que tiene por finalidad lograr la efectiva actuación de la conducta de alguno de los poderes públicos constituidos con competencia para producir normas delegadas a ellos por la Constitución, ya que la inacción sobre todo del legislativo, puede crear una situación contraria a las mandas constitucionales. En paralelo puede asimilarse a la admisibilidad del amparo frente a una lesión por omisión de una autoridad pública o de un particular. En nuestro caso es un poder del Estado que omite y por tanto lesiona.

El control de constitucionalidad se extiende a normas, actos u omisiones.<sup>1</sup>

Trataremos de señalar que las provincias en el caso que nos ocupa tienen legitimación activa para acudir a este recurso procesal, desde que logren acreditar la relación causal entre la omisión y la situación violatoria producida por esta en razón de la lesión a un interés simple, legítimo o difuso, o bien de un derecho subjetivo; como es el caso de sus recursos financieros.

Este breve planteo del problema pretende llamar la atención sobre una norma incumplida, trascendental para la vivificación del federalismo. Como varias normas constitucionales requieren para su efectividad de la sanción de una ley especial.

Así fue por ejemplo con el Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento (arts. 114 y 115 de la Constitución, con la Comisión Bicameral Permanente y regulación de trámite y efectos de los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial conforme lo exigía el art. 99 inc.3 de la norma fundamental. Hemos visto la morosidad en su sanción y promulgación. Todas instituyen mecanismos

---

<sup>1</sup> Sabsay Daniel Eduardo, *Proceso y Constitución*. Buenos aires. Ed. Ediar, 2013, Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional, dirigida por Osvaldo A. Gozáini, pág. 306.

de control y hacían a la operatividad de las normas constitucionales que los implementaban.

En el caso que nos interesa, el art. 75 inc. 2 textualmente expresa: “Que las contribuciones previstas en este inciso( se refiere a las contribuciones internas indirectas y las directas, que tanto en forma concurrente o por circunstancias o necesidades especiales y tiempo determinado recauda la Nación, excepción hecha de las partes o el total de las mismas que tengan asignación específica, es decir, un fin preestablecido, son coparticipables”

#### **TRASCENDENCIA DE LA NORMA - OBJETIVOS DE LA REFORMA DE 1994**

La ley 23409 que declaró la necesidad de reforma de la Constitución nacional establecía que la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilitaba y así expresaba en el contenido del **Núcleo de Coincidencias Básicas** que detallaba en su artículo 2º: “ **La atenuación del sistema presidencialista**” que aunque parecía referido con exclusividad a la desdibujada figura del Jefe de Gabinete no la podemos limitar a una mera interpretación gramatical, textual y no contextualizada y entre los temas habilitados del art. 3º incluía el **fortalecimiento del régimen federal**. La norma que comentamos no es más que una forma de afianzar y fortalecer los poderes provinciales: tales como la propiedad de sus recursos naturales, el tercer senador, y así, el 75 inc. 2 “...Una 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. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias. No 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. Es decir, señala una naturaleza, caracteres, procedimiento para establecer dicha norma. Además, un *organismo fiscal federal* tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición. Obligación pendiente también de creación, por parte de los poderes públicos.

La contundencia de la norma no queda en los modos verbales, los constituyentes afirman su voluntad de cambio, cuando dentro de las normas transitorias, la Sexta, expresa: "Un régimen de coparticipación conforme a lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, *serán establecidos antes de la finalización del año 1996*"; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; *tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente* a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación... La norma exigida emplaza al poder legislativo por expresa voluntad del constituyente reformador. El plazo ha vencido hace dieciocho años. La norma no existe.

Señala Bidart Campos, con su habitual claridad señala que "cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento... (y)... que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido."<sup>2</sup>

Entendemos que la acción de amparo prevista constitucionalmente en el artículo 43 de la Constitución Nacional es el mecanismo idóneo para canalizar el mentado control.<sup>3</sup> Frente al apartamiento del orden y la normativa constitucional el Poder Judicial no

---

<sup>2</sup> Bidart Campos Germán J. "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en ED 78-785.

<sup>3</sup> Sagües, Néstor P. "Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial", en ED 124-957.

puede permanecer ajeno, debiendo preservarlo por intermedio de la función de control que le atribuye ese mismo orden constitucional en la asignación de competencias.

Podría definirse a la misma como la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.

Implica un incumplimiento a la norma fundamental, que no sólo puede producirse por la falta total de desarrollo del mandato constitucional, sino también por el desarrollo parcial de lo que aquella dispone. Entonces, debe tratarse de la inobservancia de normas constitucionales no auto-aplicativas, operativas, y, dentro de ellas, las que tengan un carácter de imperativas o de cumplimiento obligatorio. En definitiva, un mandato concreto.

Se deben dar dos recaudos: en primer lugar que la infracción constitucional sea producto de la inacción; y que esta inacción sea atribuible a cualquiera de los poderes constituidos o a cualquier funcionario público. La inacción a hacemos alusión, es a la omisión en el actuar. Es decir, “la inconstitucionalidad por omisión es producida por la inactividad, quiescencia, ocio, abstención, inercia, apatía, paro, indolencia, desidia, desinterés, molicie, dejadez, incuria, inmovilidad, displicencia, dejación de los poderes constituidos o funcionarios públicos, que produce la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.”

**La conducta humana puede manifestarse en una forma positiva, mediante una acción, realizando algo. Lo que el antiguo derecho romano llamaba “facere”. Pero puede manifestarse también en un aspecto negativo, como una inacción, como un dejar de hacer o no hacer. Así hay obligaciones de hacer, no hacer o dar. Son las prestaciones, y entendemos hay prestaciones institucionales.**

Todo país que se precie de vivir en un estado constitucional de derecho debe asegurar que en su territorio se cumpla con lo que dispone su Constitución, que sea el gobierno de la ley, y es para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución, que se ha

consagrado en los textos constitucionales y en la doctrina, el principio de la supremacía de la constitución.

En la actualidad, parte de la base de que, sin desconocer su carga política, la Constitución es fundamentalmente norma jurídica, que reclama plena vigencia y determina la vida en sociedad, con fuerza vinculante y no de mero recetario de principios programáticos.

El texto de las constituciones no agota las materias que regula. La obra del constituyente queda, en algunos aspectos, incompleta, y es por ello que la propia Constitución establece encargos u obligaciones concretas, dirigidas generalmente al legislador ordinario, para que complete la voluntad del constituyente. Si los mandatos imperativos de la Constitución, bien sean de carácter legislativo o de otra especie, no se cumplen, perjudican la fuerza normativa de la Constitución.

**Esa supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de *todos* los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario y de *todos* sus habitantes.**

Obviamente que es imposible concebir la supremacía de la Constitución sin el mecanismo de aplicación del Principio de Control del Orden Jurídico para prevenir la constitucionalidad de las leyes. Lo contrario sería sólo una declaración lírica. El control de constitucionalidad es parte de la operación de aplicar la ley, y que consecuentemente debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte. Es decir, que procede la declaración oficiosa de inconstitucionalidad por el órgano jurisdiccional.

Así como aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho, y esa aplicación incorrecta no se sana porque nadie haya discutido la inconstitucionalidad y tenemos pro válido que el juez tiene la obligación de suplir el derecho invocado, y en esa suplencia está obligado a fiscalizar de oficio la inconstitucionalidad. Tal como surge del art. 43 de la Constitución Nacional cuando faculta al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se fundare el “acto o la omisión lesiva”.

Si el juez puede declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de un hacer también puede oficiosamente declarar una omisión que incumpla al manda constitucional, sea ese incumplimiento del poder legislativo, ejecutivo o judicial como hemos afirmado más arriba. Se trata en todos los casos de una “autoridad pública” en los términos de nuestro rico art. 43.

La doctrina de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que como su nombre lo dice, tiene como finalidad controlar la regularidad del orden jurídico ante las omisiones en que incurren los órganos legislativos en franco incumplimiento de mandatos constitucionales para legislar y que, por tanto, no permiten que las normas de la carta fundamental desplieguen correctamente su eficacia jurídica.

Repasemos algunos tipos de manda constitucional susceptibles de incumplimiento por omisión:

**a) Cuestiones sobre las cuales debió legislarse y no se hizo**

Siendo el mandato claro preciso y contundente, tal el caso de la norma contenida en el inc. 2 del art. 75 de la Constitución Nacional, que estamos analizando.

“Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas.”<sup>4</sup>

**b) Cuestiones sobre las cuales debería legislarse**

Es el mandato al que se refiere el inciso 12 del mismo artículo cuando se refiere al juicio por jurados.

**c) Cuestiones sobre las cuales debía legislarse y luego de algún tiempo excedido y prolongado se legisló.**

---

<sup>4</sup> Carbonell, Miguel. *Presentación La Inconstitucionalidad Por Omisión Y Los Retos Del Estado Constitucional* [www.bibliojuridica.org/libros/2/544/2.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/2/544/2.pdf)

Así fue el caso del Consejo de la Magistratura, Jurados de Enjuiciamiento, y la Comisión Bicameral Permanente (arts. 114, 115, 99 inc.3). Advertimos sobre las restricciones que las normas referidas implican al poder del Ejecutivo. Las normas tenían la finalidad también de atenuar el presidencialismo.

**d) Cuestiones que no necesitaron legislarse, pues fueron plenamente operativas**

Como fue la reelección presidencial, operativa desde el inicio. En este sentido Bidart Campos caracteriza a las cláusulas operativas como aquellas susceptibles de inmediato funcionamiento y aplicación, que no necesitan de una norma ulterior que las determine. En lo que respecta a las cláusulas programáticas, el citado autor las define como aquellas normas que requieren necesariamente de leyes ulteriores que las determinen y a falta de éstas es imposible su aplicación inmediata.<sup>5</sup>

En nuestro país no contamos con un Tribunal constitucional sino que el control es difuso de una constitución rígida, que no tiene esta actividad legislada de forma concreta y que sólo el art. 43 de la Constitución surgida de la Convención Constituyente de 1994 permite avanzar fundadamente, en ese sistema de control. En su texto menciona como supuesto expreso que la omisión de un acto de autoridades públicas o de particulares puede ser declarada inconstitucional en tanto de forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Faltará determinar quién es el sujeto afectado, adelantamos que las Provincias lo son en tanto la norma exigida por la Constitución le impide tener los fondos coparticipables remitidos de modo automático y de acuerdo a los criterios establecidos en la misma.

La constitución no es un mero documento subordinado a la voluntad de los gobernantes de turno. Su fuerza normativa obliga, vincula. Las normas infra constitucionales y los hechos, sean actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos por la supremacía constitucional.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Valcarce Ojeda, Guadalupe. *Apuntes sobre las operatividad de las cláusulas constitucionales que requieren desarrollo legislativo posterior*. elDial.com - DC1CF0

<sup>6</sup> Bidart Campos, Germán J, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar, 1995. pág. 468.



Ahora bien, para que la participación en los tributos recaudados por la Nación, deseada por los constituyentes del 94, y que tenían por mandato el afianzar el federalismo y atenuar el presidencialismo, la Constitución establece que para el régimen de coparticipación federal la necesidad de la sanción de una ley convenio, *sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias*” La ley omitida, a pesar de la manda constitucional, debía tener por características destacables:

- El de establecer la **automaticidad** de los envíos de fondos recaudados, se terminarían así, los reclamos por demoras en las remisiones o los pedidos de inclusión en los tributos coparticipables de ciertos impuestos
- Establecer como dos **pautas en el reparto o distribución**: una objetiva y otra de equidad o de restablecimiento de equilibrios de solidaridad evitando o pretendiendo evitar la brecha entre provincias pobres y provincias ricas. El principio de Rawls nuevamente planea sobre la norma: no agravar la situación de los menos favorecidos, es decir las provincias que no pueden asumir mayores competencias y funciones por el hecho de carecer de ingresos genuinos o de fuentes propias o en la dimensión cuantitativa que manda la Constitución.

El sistema actual permite que la brecha se cristalice y aun se acreciente. Contradice la complementariedad de lo dispuesto en el art. 75 inc. 19 en tanto le corresponde al Congreso propender al desarrollo equivalente y crecimiento armónico de las provincias. El federalismo desde la perspectiva de la igualdad de trato, de goce y de posibilidades y oportunidades se ve lesionado por la omisión de un poder legislativo remiso a instar los mecanismos adecuados para que esas tratativas se lleven a cabo.

- La **no reglamentariedad** de esta ley, da la pauta de una fuerte limitación al Ejecutivo, y de los designios de que tuvieron en mira los constituyentes. Cabe recordar los objetivos de la ley que declaró la necesidad de reforma de 1994: atenuar el presidencialismo.
- Exige una **mayoría agravada**, pues debe ser absoluta, computada sobre el total de los miembros de ambas cámaras, es un claro llamado a un consenso necesario, fuerte, contundente, que se corresponde con la importancia y

trascendencia del tema. Una mayoría como las que se requiere para los temas fundamentales, y éste lo es, y así lo estimaron los constituyentes del 94.

Estos pronunciamientos, de hacerse efectivos, podrían implicar un avance hacia el reconocimiento de garantías idóneas tendientes a la tutela efectiva de derechos. Si bien muchas veces pueden plantearse reparos teóricos o doctrinarios, es necesario ahondar en el análisis explorando nuevas variables, y ampliar los márgenes clásicos del control. En este sentido, la solución nunca debe arbitrarse en desmedro de los derechos de los justiciables, en nuestro concepto justiciable también lo es una Provincia y de la eficacia constitucional, en cuanto ordena atenuar el presidencialismo y afianzar el federalismo. Y dentro de este marco, acordamos con el desarrollo de María S. Sagüés le diera a esta doctrina con referencia los derechos fundamentales y su operatividad.<sup>7</sup>

La Corte suprema a fines de 2015, se refirió de un modo muy “docente” al tema en “Provincia de Santa Fe c/ Gobierno Nacional S/Coparticipación Federal” el 24 de noviembre de 2015, en el marco de los autos caratulados: “Santa Fe, Provincia de c/ Estado

---

<sup>7</sup> Sagüés María S, “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho de la preservación de la salud”. Jurisprudencia Argentina. JA-2001-III-1270, Buenos Aires, 2001.

<sup>8</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) declaró inconstitucional la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables que el Gobierno nacional quita a las provincias para financiar a la ANSES, según lo previsto en un acuerdo federal de 1992. También se resolvió que la Nación deberá pagar a las provincias beneficiadas la suma de las cantidades retraídas desde 2006, sumado a los intereses. El fallo beneficia a las provincias de Santa Fe y San Luis, junto con Córdoba, aunque a esta última a través de una medida cautelar. El fallo resolvió que el presidente del Banco la Nación Argentina, Osvaldo Arceo, debe **suspender la detracción del 15% en el término de diez días**. A su vez, se fijó un plazo de 120 días para que la Nación negocie los términos y los plazos de pago de las sumas retenidas a las provincias.

**En 1992**, se realizó el “Acuerdo entre Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” para revertir las cuentas deficitarias de la ANSES, como se explica en esta nota. **Se acordó, entonces, una detracción del 15% a los impuestos coparticipables de las provincias para que, con esta suma, el déficit del organismo previsional** -ratificado luego con la Ley 24.130-. Un año más tarde, la Nación se comprometió a “aceptar la transferencia al Sistema Nacional de Previsión Social de las Cajas de Jubilaciones Provinciales”. **En los años siguientes once provincias** -entre las que se excluyen Córdoba, San Luis y Santa Fe- **transfirieron sus cajas jubilatorias a la Nación. En 2006, la Ley 26.078 extendió el acuerdo hasta que se sancionara una nueva ley de coparticipación federal, como exige la reforma de la Constitución nacional de 1994.**

**En los fallos sobre los casos de Santa Fe y San Luis, la Corte consideró que el artículo 76 de dicha ley es inconstitucional** “por tratarse de una modificación unilateral del derecho intra-federal”. Es decir que el Gobierno sancionó esta ley sin llegar a un acuerdo con las provincias y sin obtener de ellas el “respaldo necesario”, como demanda la Constitución en el art. 75.

Otro de los puntos del fallo recuerda que la situación en la que se estableció que las provincias debían destinar el 15% a la ANSES se había modificado. **El fondo para Seguridad social pasó a ser superavitario en estos años** que, Así, según la Corte, la ANSES se desempeña actualmente como un “inversor institucional” con fondos de las provincias.

**El fallo exige que haya un diálogo institucional para que se reglamente un nuevo Pacto Federal Fiscal**, y así se llegue a un nuevo régimen de distribución de recursos entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales. La nueva ley de coparticipación federal, exigida en el artículo 75 inciso 2 de la Constitución nacional,

<sup>9</sup> Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, ed. La Ley 2008, 4ta. edición, T. II, págs. 148-

Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 538/2009, obliga a realizar algunas breves consideraciones de los grandes temas del derecho constitucional y administrativo, vinculados específicamente con el sistema federal y la coparticipación. Instando o mejor dicho, recomendando un diálogo institucional que se viene postergando desde hace más veintidós años. Ello para poder modificar el régimen actual de coparticipación, , que data de 1988, conforme a la Constitución es necesario que todas las provincias aprueben la modificación.

Así es que hace referencia a la trascendencia de fijar el régimen de distribución de fondos en la propia Constitución Nacional, en la cual se regulan además aspectos instrumentales y sustanciales del citado régimen. En efecto, en el Constituyente del 94 se refirió expresamente al sistema de coparticipación, señalando en el art. 75, inc. 2, que el mismo se estructurará con el dictado de una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, estableciendo como características sobresalientes del sistema, la concertación; solidaridad; equidad; automaticidad y funcionalidad (en el cual se hace específica referencia al párrafo 5to del inc. 2 citado, en el cual se establece que no se transferirán competencias, servicios o funciones a las provincias o la Ciudad de Buenos Aires, sin la respectiva asignación de recursos)<sup>9</sup>.

El constituyente no sólo pretendía el dictado de una nueva ley de coparticipación – obligación primaria y esencial- sino también una regla que efectivizara el concepto de federalismo fiscal, permitiendo atender las desigualdades existentes entre las Provincias, que no es más que generar un sistema de contención de recursos para promover el desarrollo de los Estados Provinciales menos aventajados, con la finalidad última de hacer efectiva la cláusula del progreso y la igualdad de oportunidades entre los habitantes de las provincias, que no son sino los habitantes del país –v. art. 75, incs. 18 y 19-. Estos son los valores que ha querido resguardar la reforma constitucional de 1994, y que son destacados por la Corte Suprema de Justicia en el fallo en análisis. Para posibilitar así, la concreción del federalismo de concertación (v. cons. 5° a 7° de dicho fallo).

---

Es de crucial importancia destacar que la Corte Suprema exhorta a los órganos superiores de nuestra organización constitucional, a que realicen las convocatorias pertinentes, para superar este Estado de incumplimiento vivo y latente del mandato previsto en la cláusula transitoria VI, dictando finalmente la ley de coparticipación en los términos requeridos por la Constitución Nacional. Claro está que no emplaza a dichos órganos de gobierno.

### **LOS ASPECTOS TRIBUTARIOS Y LA SITUACIÓN ACTUAL**

En tanto persista la aplicación prorrogada de una ley de coparticipación que deja un fuerte decisionismo y discrecionalidad en el Ejecutivo Nacional para determinar tiempos, montos y oportunidades para la remisión de fondos generados por la recaudación de los impuestos internos coparticipables, cabe señalar que ello es propio de las democracias delegativas y no es la ideología que inspira a nuestra Constitución reformada, aunque haya institutos que puedan generar ese riesgo, pero cuyo análisis exceden el marco de este trabajo.

En la actualidad, los gobiernos provinciales o sus gobernadores son rehenes fiscales del gobierno nacional. Basta advertir los curiosos cambios de sentido del voto de algunos senadores y diputados nacionales al tratar las leyes de presupuestos y las alineaciones en el sentido del voto, en tiempos previos a las elecciones.

Podemos asimilar esta situación sin la norma exigida, a una suerte de intervención en los recursos de las provincias, que pone en riesgo el federalismo y las autonomías de las mismas.

Lo que se definiría en la norma inexistente son las posibilidades de cumplir sus fines los estados provinciales, con recursos coparticipados, que contribuyan a formar su actividad productiva y sus economías locales, logrando un desarrollo armónico entre las provincias.

A nuestro entender el no cumplir con la manda constitucional y persistir en la omisión legislativa, nos lleva a caracterizar el caso como una inconstitucionalidad por omisión, atacable conforme al mejor garantismo constitucional.

Basta para corroborar lo dicho y reafirmar la necesidad de la ley ordenada constitucionalmente, que hagamos un repaso de la situación actual y un diagnóstico normativo con relación al destino de la recaudación de los impuestos.

La Ley N° 23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos dispone la siguiente distribución primaria: **Un 42,34% al Tesoro Nacional**. De este porcentaje se destina un 0,70% a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, por el Decreto N° 702/99 y un 1,40% a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el Decreto N° 705/03. **El 56,66% a las Provincias y El 1% al Ministerio del Interior** (Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias – ATN). **Estos son de uso discrecional**.

No obstante, de la masa de impuestos coparticipables el *Estado Nacional retiene* por Leyes Nros. 24.130 y 26.078, el 15% para atender el pago de las obligaciones previsionales nacionales y otros gastos operativos.

Además, existe en algunos impuestos un mecanismo de distribución previo a lo señalado anteriormente, que se detalla en cada uno de ellos.

Así, en el **Impuesto a las Ganancias - Ley N° 20.628 (t.o. en 1997) y Ley N° 26.078** hay fondos que están destinados para la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y otros anuales para refuerzo de la cuenta especial 550, “Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las Provincias” (ATN); **reiteramos de uso discrecional**. Finalmente va el resto, al conjunto de las provincias, para distribuir entre ellas según las proporciones establecidas en la Ley N° 23.548.

En el caso del **Impuesto al Valor Agregado Ley N° 23.966, art. 5to. pto. 2 y Ley N° 26.078** de la recaudación del impuesto se detraen los reintegros a las exportaciones.

Caben señalar también que existen **impuestos no coparticipados tal como:**

**a) la Tasa de Estadística** de la Ley N° 23.664, Art. 1º) modificada por Ley N° 23.697, Art. 35) cuyo . 100% se destina al Tesoro Nacional.

**b) Derechos de Importación y Exportación** cuyo 100% se destina al Tesoro Nacional de conformidad con la Constitución, que lo dispone en el art. 75 inc 1 y 2 (este excluye de la coparticipación a los del inciso anterior que son los externos).

**c) Impuestos con asignación específica** tales como el Impuesto sobre los Combustibles líquidos y Gas Natural; Impuestos a la Energía Eléctrica de la Ley N° 23.681 que establece que el recargo del 6% sobre el precio de venta de la electricidad aplicadas a los consumidores finales se destinará al Fondo de la Empresa y otros como el producido del impuesto sobre las primas de los seguros que se contraten que se destina al Tesoro Nacional; el Impuesto sobre los Videogramas Grabados que se destina al Fondo de Fomento Cinematográfico; también el Impuesto a las Entradas de Espectáculos Cinematográficos; el que surge del Fondo Especial del Tabaco que debería ser destinado a subsidiar a los productores tabacaleros y otras actividades; también el Impuesto a los Pasajes Aéreos y el Impuesto a los Servicios de Radiodifusión cuyo producido del impuesto se destina: 27% al Comité Federal de Radiodifusión; 40% al Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales; 13% al Instituto Nacional del Teatro y el 20% al Tesoro Nacional (por leyes de presupuesto). Finalmente el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo) reciente modificado e incrementado se distribuye un 70% a la Administración Nacional de la Seguridad Social y el 30% restante a las provincias, de acuerdo a distribución secundaria prevista en la Ley de Coparticipación Federal.

Finalmente no es coparticipado, el tan reclamado para serlo, **Impuesto a los Créditos y Débitos en Cuenta Corriente Bancaria Ley N° 25.413 y modificaciones**, cuyo producido se destina en un 70% al Tesoro Nacional y lo administra el Poder Ejecutivo Nacional con destino a la atención de los gastos que ocasione la Emergencia Pública declarada por Ley N° 25.561, que fuera prorrogada sucesivamente y más recientemente hasta el 2011.

En síntesis, podrá advertirse cuántas son las detracciones que sufren los tributos que en esencia son coparticipables y cuánto se deja a la discrecionalidad del Ejecutivo Nacional de turno, sintiéndonos obligados a señalar la tan frecuente utilización de las sustracciones legales a los fondos coparticipables mediante la utilización de de los famosos A.T.N.

**Esto es lo que el constituyente ha querido eliminar de la vida institucional del país, y que persiste lesivamente por la morosidad del Congreso, que es el poder que debería actuar sancionando la ley de regularización del régimen financiero de la Nación y su participación a las provincias. Y creando el órgano de control federal de dicho régimen.**

Creemos junto con Sagüés que hay múltiples instrumentos de ataque a la omisión inconstitucional, que pueden ir desde la recomendación, exhortación, hasta la intimación al órgano renuente.<sup>10</sup>

Conforme la estructura de un Estado de Derecho el Poder Legislativo es el encargado de generar las normas que desarrollan los preceptos de la manda constitucional. Cuando el tiempo de incumplimiento de la misma es tan prolongado como el del art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional, obviamente hace necesario terminar con una omisión que torna ineficaz a la norma constitutiva del Estado, en tanto crea una situación jurídica contraria a los fines constitucionales, alterando el contenido normativo de aquella.

Cuando existe un precepto de concreto y obligatorio desarrollo, como es el del caso que examinamos, adquiere plena justificación del instituto frente al incumplimiento de un mandato imperativo de la norma básica.

Inclinarse por la negación de esta institución perjudica severamente el plan o proyecto de futuro diseñado por los constituyentes, deprecia el carácter normativo de la Constitución y puede constituir una mutación constitucional si persiste la omisión.

Es una cuestión constitucional y federal que se diferencia del llamado federalismo de concertación (Pacto federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento), que pertenece una vez ratificado al derecho público interno del estado provincial<sup>11</sup> aunque con diversa jerarquía dada su naturaleza de ley convenio.

---

<sup>10</sup> Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 2006. 2ª. ed., Edit. Lexis-Nexis, Capítulo X, pág. 129 y siguientes.

<sup>11</sup> Papel Misionero c. Pcia. de Misiones 05/05/2009. LA LEY-2009-C- pág. 687, que contraría la posición sustentada en el fallo referido

### **ASPECTOS NORMATIVOS A TOMAR EN CUENTA.**

El artículo 75 en su inciso 2, como hemos visto requiere que la Cámara de Senadores como cámara de origen, tenga un proyecto derivado de tratativas previas entre Nación y Provincias. Deviene entonces una dificultad operativa para que un senador formule la iniciativa, dejando esa acción en manos del arbitrio del Ejecutivo, como órgano convocante de aquellas.

Creemos que se debe dar una ley marco para la efectivización de esas tratativas, diseñando: representación de las provincias y de la Ciudad Autónoma, y del Gobierno Nacional; estableciendo tiempos para recepción de proposiciones en cuanto a criterios de distribución por parte de las provincias formalización y concreción de esas tratativas en un anteproyecto o iniciativa vinculante para el Poder Ejecutivo, no susceptible de ser modificada ya que tampoco podría ser reglamentada la sanción de la ley, y establecimiento de plazo para el envío del mensaje al Senado de la Nación.

Esto, obviamente es una mera sugerencia que el buen criterio legislativo podrá afinar. Creemos en síntesis, que *es necesario dar marco legal y plazo para esas indefinidas tratativas tengan concreción.*

Deberá ser objeto de esas tratativas también el diseño del órgano de control federal previsto en la Constitución.

Estos son aspectos normativos de una eventual iniciativa legislativa, pero, pero adelantamos, que ante la omisión persistente del Congreso, creemos correspondería la actuación en un “caso” del órgano cimero.

### **IMPACTO DE LA NORMA A CREARSE**

Obviamente la redefinición de un régimen de coparticipación tendrá un efecto importante en la política económica del Gobierno Nacional, obviamente la construcción institucional deseada por los constituyentes del 94 no va en el mismo sentido que el accionar de los gobiernos morosos desde 1996, en el cumplimiento del nuevo diseño financiero de la organización federal.



El llamado activismo judicial pone de manifiesto que los jueces han alcanzado un poder importante en el desarrollo de la vida económica y consecuentemente política de nuestro país, no solamente en el ámbito nacional sino también en el terreno de las relaciones internacionales.

En ese sentido, son de suma importancia los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la emergencia económica y su consideración acerca del régimen de distribución de la recaudación como lo demuestra la jurisprudencia, que más adelante, detallaremos.

Nos resultará claro que la función del juez en el encuadre de la división de poderes en la actualidad, ha variado, y así podemos esperar que el papel de los jueces sea proveer de decisiones previsibles y eficaces. La previsibilidad desde el punto de vista de la seguridad jurídica constituye un elemento esencial que se vincula con el ordenamiento jurídico y el poder de la decisión judicial, que redefinirá, insistimos, el esquema institucional nacional y federal, pues hay una estrecha relación entre las limitaciones actuales que surgen del régimen de la coparticipación tributaria y el hiperpresidencialismo argentino.

La omisión de la ley exigida por el art. 75 inc 2, no es inocua ni para el gobierno federal y su ejecutivo, ni para las provincias. Son necesarias decisiones que no sólo se basen en erudición de cuestiones legales sino que consideren también la necesidad de paz social, de solidaridad, de derechos y libertades básicos y de que se respete la garantía última y fundamental de nuestra organización institucional, conformada por la *libertad* y la seguridad jurídica.

Se deben encarar los aspectos económicos en la Constitución, entrando en la problemática económica y financiera que plantea, y es deber de los jueces demostrar que deben seguir siendo juristas aplicando la norma fundamental afianzando el federalismo, eliminando resabios autoritarios y caprichosos, dando margen a una norma

que asegure la igualdad de oportunidades y el desarrollo armónico y equilibrado de todas las regiones del territorio nacional.

**Es así que entendemos que el incumplimiento legislativo contraría los fines de la reforma de 1994: atenuación del presidencialismo y reafirmación de la organización federal.**

Reiteramos, que para que proceda la acción de inconstitucionalidad por omisión, debe existir una conducta renuente o dilatoria, de algún poder estatal en relación a su obligación de legislar, en la situación que analizamos se da claramente. Y también debe darse una causa en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional.

En nuestro caso la norma incumplida lo es con relación a la ley de coparticipación federal que produce en razón de ello se torna ineficaz la manda del art 75 inc 2., indispensable para la satisfacción de intereses tutelados por las provincias en el ejercicio de su autonomía las obligaciones que señala el art. 5 de la Constitución Nacional.

Se crea así una situación fáctica disvaliosa o contraria a la norma fundante de nuestro Estado y su organización federal.

Bidart Campos expresaba con la sencillez características de los maestros, allá por el año 1987 en su trabajo “Las obligaciones en el derecho constitucional”, dejando delineadas las patrones para la detección de las omisiones del poder público: “es imprescindible y prioritario, si apetece eficacia en el desarrollo de los derechos humanos que, ya desde su formulación doctrinaria o normativa, quede muy en claro quién es el sujeto pasivo que debe cumplir una o más obligaciones frente al titular de esos derechos, porque sin prestaciones satisfactorias (así sean de omisión) los derechos se frustran o se apocan en su goce y ejercicio. Las obligaciones constitucionales, entonces son correlativas de derechos- de capital importancia, porque son las que ayudan a que esos derechos funcionen en la dimensión sociológica (con vigencia sociológica) dentro del mundo jurídico. Claro está desde una perspectiva trialista, a la cual adherimos.

Si la obligación no se cumple, si no se puede compeler a que se cumpla, si el incumplimiento irreparable no se sanciona, el derecho insatisfecho queda burlado. De modo pues, que resaltar la trascendencia fundamental de las obligaciones constitucionales que frente al titular de los derechos tienen los sujetos pasivos, es una forma imprescindible de realimentar el movimiento ecuménico por los derechos de la persona humana” Estas aseveraciones las hacemos valer en tanto el federalismo y las autonomías de él resultantes tienen una significación importante en el control del poder, y la satisfacción de los fines que debe realizar el Estado.

“Si estudiamos obligaciones “constitucionales,” otra razón adicional concurre a estimularnos. ***Las obligaciones constitucionales provienen –directa o indirectamente, expresa o implícitamente- de la Constitución, y la Constitución es Ley suprema de la Nación*** en los términos del art. 31. La misma supremacía que nos sirve para decir que los derechos que la constitución reconoce alcanzan el nivel máximo de ella, nos lleva a afirmar que las obligaciones que impone tienen idéntico rango, y, por consiguiente, cuando se deja de cumplir un deber que la constitución manda cumplir, o se hace lo que la constitución obliga a no hacer, aparece una violación a la constitución y a su supremacía. Los mandamientos de ejecución (*writ of mandamus*) operan como vía procesal para ordenar que haga algo que inconstitucionalmente se ha omitido hacer.<sup>12</sup>

Si la omisión es inconstitucional: ¿por quién y contra quien debe plantearse judicialmente la acción de control de constitucionalidad? Para respondernos deberemos, más adelante analizar con detenimiento las normas que surgen de los arts. 43 y 117 de la Constitución Nacional.

Cuando una Provincia se queja de la no remisión de fondos coparticipables o de la morosidad de la remesa, o reclama la inclusión en dicho régimen de un tributo, obliga al poder que incumple, a que cese esa omisión, desde el momento en que se verifica un perjuicio concreto en tanto que la omisión se pone de manifiesto o bien una vez vencido el plazo fijado (si es que este existiera) para actuar la facultad reglamentaria sin que esto

---

<sup>12</sup> Bidart Campos German J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires. Edit. Ediar. 2000. Tomo I-A, pág.437.

hubiese sucedido, manifiesta la morosidad de los derechos de las provincias, plasmados en la Constitución para ser ejercidos desde ‘ahora’, desde que las necesidades se presentan en relación a esos derechos.

La obligación incumplida es claramente atribuible al Congreso que es el órgano al que el Estado, a través del poder constituyente derivado, le hubo delegado facultades de crear la ley exigida y aun incumplida., y que no actuó en el sentido requerido desde la norma constitucional.

En caso de incumplimiento relativo, podrá buscarse remedio a la situación a través de la integración de la norma, pero en nuestro caso la norma debe ser producida.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión derivarán en “recomendaciones o exhortaciones” a los poderes incumplidores de la Constitución, por omisivos, o en casos tan claros como este, por “intimaciones” a cumplir la conducta normativa en un período determinado, tomando o no medidas provisionales hasta la solución de la situación. Podemos recordar los casos Verbitsky con reparos<sup>13</sup>; Badaro<sup>14</sup>, y otros en los que la Corte exhortó a otros poderes y aún a estados provinciales.

### **CABRIA QUE LA CORTE LA DECLARASE DE OFICIO**

Tenemos dicho que la supremacía de la constitución tiene dos sentidos. En un sentido fáctico, propio de la constitución material, significa que dicha constitución material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico - político de un estado. Pero el sentido con el que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro.

---

<sup>13</sup> Walter F. Carnota, “Un problemático supuesto de habeas corpus colectivo (nota al fallo Verbitsky)”, en El Dial, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Suplemento de Derecho Público. Año VIII-N° 1811, 21/VI/2005; Copyright 2014 editorial albrematica - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ver también CSJN, Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus, Dictamen del Procurador General de la Nación, del 9 de febrero de 2004, considerando IV. El Procurador afirma que “reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva”.

<sup>14</sup> CSJN, Badaro, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2006, 219-34. Recordemos que el 26 de noviembre de 2007 la Corte dictó la segunda sentencia —“diferida”—, y ordenó actualizar en concreto los haberes provisionales del actor Badaro, con el mecanismo de variaciones salariales elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, al reputar insuficiente el aumento global de jubilaciones dispuesto por los poderes Ejecutivo y Legislativo

Apunta a la noción de que la constitución formal, revestida de suprallegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber - ser; todo el orden jurídico - político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución. Ello surge de la jurisprudencia de la Corte, ratificada más Recientemente en Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino.

La supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden jurídico derivado y de los actos que en su consecuencia se dicten, y todo el conjunto debe subordinar a la Constitución.

El principio de supremacía se vincula con la teoría del poder constituyente, y con la tipología de la constitución escrita y rígida. En efecto, la constitución es establecida por un orden constituyente, diferenciado de los órganos a constituir. Que luego de constituidos, deben subordinarse a las disposiciones del primero, fundante del pacto de convivencia.

Los actos que violentan de la constitución son inconstitucionales. Se debe establecer un remedio para restaurar la supremacía constitución violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales, como mecanismo que, verifica si están o no de acuerdo con ella, y en caso de no estarlo, los declaran inconstitucionales.

El sujeto que está legitimado para provocar el control puede ser:

- a) El titular de un derecho o un interés legítimo que padece agravio por una norma o un acto inconstitucionales.
- b) Cualquier persona, en cuyo caso la vía es directa y se llama acción popular.
- c) Un tercero que no es titular de un derecho o un interés legítimo personalmente afectado, pero que debe de algún modo cumplir la norma presuntamente inconstitucional, que no lo daña a él pero que daña a otros relacionados con él.
- d) El propio juez de la causa que la eleva en consulta al órgano encargado del control para que resuelva si la norma que ese juez debe aplicar en su sentencia es o no

constitucional. En Argentina la situación ha cambiado desde el punto de vista jurisprudencial y es motivo de estas consideraciones.

La ley 27, que en su art. 29 prohibió a los judicantes actuar de oficio, fue invocada por alguno de los seguidores de la corriente negativa, para aferrarse en su posición.

Además, no debemos dejar de recordar que el art. 39 del mencionado cuerpo declaraba y disponía que uno de sus objetivos era sostener la observancia de la Constitución Nacional, y por ende los jueces debían prescindir "de toda disposición de cualquiera otro de los poderes que esté en oposición con ella" -desde la misma vertiente, el art. 21 de la ley 48- (jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales- dispone que: "...los jueces nacionales procederán aplicando la Constitución como Ley Suprema de la Nación..."). Entonces si bien, no pueden de actuar de oficio en el sentido de hacerlas fuera de una causa, en razón de un conflicto, pueden y deben afianzar la supremacía constitucional.

Por lo expuesto llevado a la Corte una cuestión, causa, conflicto de una Provincia con el gobierno Nacional, resultaría procedente que el tribunal declarase la inconstitucionalidad por omisión y lo debería hacer, conforme lo expuesto, de oficio.

Son afirmaciones que hayan sustento legal. La primera en lo ya dicho en los párrafos precedentes, la que hace al motivo de este comentario será resuelto más abajo.

Señala Bidart Campos, con su habitual claridad señala que "cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento... (y)... que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Bidart Campos, Germán J.; *"La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión"*, en ED 78-785).Buenos Aires.

Entendemos que la acción de amparo prevista constitucionalmente en el artículo 43 de la Constitución Nacional es el mecanismo idóneo para canalizar el mentado control tendiente a garantizar la supremacía constitucional frente a las omisiones del legislador.<sup>16</sup>

Frente al apartamiento del orden y la normativa constitucional el Poder Judicial no puede permanecer ajeno, debiendo preservarlo por intermedio de la función de control que le atribuye ese mismo orden supremo.

### **LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fue evolucionando a favor del reconocimiento de esta forma de inconstitucionalidad. Así podemos mencionar el fallo “Loveira” de 1911 y “Ministerio Fiscal c/ Director del Diario La Fronda s/ desacato” de 1931. Estos antecedentes trataron sobre la no vigencia en nuestro sistema jurídica del “juicio por jurados” aunque la obligatoriedad de su instauración esté contemplada en la Constitución pero no de manera inmediata y explícita como es el caso que motiva este trabajo.

En el campo del derecho social y de la seguridad social “Badaro”<sup>17</sup> es uno de los fallos de la CSJN que declarara la existencia de una omisión legislativa en la falta de previsión normativa de la movilidad previsional estipulada en el art. 14 bis de la CN. Allí conminó la al Ejecutivo Nacional y a la Congreso de la Nación a corregir la omisión y subsanar la violación a la CN, en un plazo razonable.<sup>18</sup>

En fallo Rosza” respecto de los jueces subrogantes nombrados sin el procedimiento constitucional ante la emergencia provocada por la demora en cubrir los cargos por

---

<sup>16</sup> Sagüés, Néstor P., *"Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial"*, en ED 124-957, pág. 957). Buenos Aires.

<sup>17</sup> Ver nota 10

<sup>18</sup> CSJN, Sentencia del 26/11/2007"Badaro, Adolfo Valentín". en *El Derecho*, Buenos Aires, 2006, pags.219-34.

órgano específico, fijó un año para dictar un procedimiento para ratificar o reemplazar los jueces en esa situación.<sup>19</sup>

En el 2004 en Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata en la causa "Delledonne Marcela A. c/ Ministerio de Seguridad - Policía de la provincia s/ amparo " llega al órgano judicial ya que la amparista solicita el reintegro de los gastos por guardería que estando previsto en la ley, pero el órgano demandado utilizó para desechar el reclamo de la aquí actora la falta de reglamentación de la ley, requisito éste fundamental para su operatividad..., estándose a la espera de la emisión del pertinente decreto reglamentario por parte del poder Ejecutivo".

Todo ello llevó al citado organismo a tomar razón del reclamo, para darle tratamiento, una vez dictada la respectiva reglamentación.

Quedaba claro que el Poder Ejecutivo provincial no podía seguir demorando su aplicación con la excusa de la falta de reglamentación que a él mismo le correspondía hacer del beneficio. Frente al reclamo de la actora -que de acuerdo a la documentación acompañada se encontraría entre las beneficiarias de la norma- el Poder Judicial no puede permanecer ajeno por encontrarse en juego elementales principios constitucionales.

La inconstitucionalidad por omisión, se presenta en el caso porque la falta de reglamentación de la ley por parte del Poder Ejecutivo implicaba una violación al

---

<sup>19</sup> CSJN, caso Rosza, Carlos Alberto sentencia del 23/5/2007, "*Jurisprudencia Argentina*" Buenos Aires, 2007-III-414. Al momento de dictarse el fallo por la Corte Suprema, aproximadamente el 25% de los jueces federales en ejercicio padecía del vicio de designación al que alude la Corte. Así fue que declaró la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación, que dispuso un sistema de nombramiento de jueces federales suplentes o subrogantes que, violaba la Constitución. Sin embargo, el tribunal, contemplando las graves y caóticas consecuencias que derivarían de aplicar drásticamente esa declaración de inconstitucionalidad, estableció también que los actos realizados por los jueces así nombrados serían válidos, y que ellos continuarían en sus cargos hasta que cesaran las razones por las cuales fueron nombrados, o en todo caso por un plazo máximo de un año más, término en el que el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo debían sancionar un sistema de designación de dichos magistrados, compatible con la Constitución, según los lineamientos explicitados por la Corte. Esta sentencia exhortativa se enmarca por un lado dentro de las denominadas de "declaración simple de inconstitucionalidad", puesto que no nulificó a los nombramientos de los jueces designados inconstitucionalmente, ni a sus actos; y por otro, "exhortativa de delegación", porque estableció un plazo y fijó pautas de contenido a las cuales debían someterse los poderes Ejecutivo y Legislativo para elaborar la nueva norma



artículo 144 de la Constitución Provincial, que en su inciso 2° le atribuye competencia para facilitar la ejecución de las leyes. Es por ello que, además de incumplir la obligación de reglamentación que le impone la ley 11.501, también se incumple la Ley Fundamental provincial. Frente al apartamiento del orden constitucional el Poder Judicial no puede permanecer ajeno, debiendo preservarlo por intermedio de la función de control que le atribuye ese mismo orden (conforme principio que emana del artículo 57 de la Carta Magna Provincial.) luego de la confirmación por la Cámara el Gobernador Sola se vio obligado a dictar el Decreto 327/05 con fecha 27-03-05.

Jurisprudencialmente también se condena este tipo de conductas omisivas, ponderando que cuando la prestación debida no fue sometida por la ley a condición, modo, ni plazo alguno, la administración debe realizarla (reglamentando la ley) en un término “razonable”. Recordemos que nuestra Constitución Nacional estableció en nuestro caso un plazo para que el Congreso cumpliera con su obligación.

El art. 43 de la Constitución Nacional reconoce la viabilidad de la acción de amparo en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, siempre que tal omisión lesione, restrinja, altere o amenace, en forma actual o inminente, el ejercicio de derechos o garantías constitucionales con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; lo que se da con el transcurso del plazo previsto.

Deducido y admitido el amparo corresponde luego definir el alcance de la sentencia destinada a hacer efectivo el control de constitucionalidad que dicha garantía lleva implícita, a los fines de que la resolución a dictarse no se transforme en una declaración abstracta, sin efectos. Es decir, siendo este proceso una vía idónea para canalizar el control, corresponde determinar cómo se consuma el mismo: cómo se hace cesar a la omisión lesiva: Intimando emplazando al órgano renuente.

En cuanto a la competencia originaria queda clara la admisión en instancia originaria del tribunal cimero pues existen varios planteos de diferentes provincias ante la Corte Suprema. Y se implementa como vía procesal de la acción declarativa. Así en El

Cóndor Empresa de Transportes S.A. c. Provincia de Buenos Aires<sup>20</sup> - Es competente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en forma originaria para conocer en la acción declarativa por la que el actor solicita la declaración de inconstitucionalidad de un impuesto provincial que se pretende aplicar sobre la actividad que desarrolla -en el caso, ingresos brutos al transporte interjurisdiccional-, el que cuestiona como inconstitucional e ilegítimo a la luz de la ley de coparticipación federal 20.221.<sup>21</sup>

También aclaró que tanto el texto de la ley 22.916 como el del mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto, evidencian el carácter del impuesto que se crea en el ámbito de competencia que es propio del Congreso Nacional (art. 67, inc. 2), que tiene como propósito proveer al fisco nacional de los medios necesarios para satisfacer las erogaciones extraordinarias que requiere la atención de las zonas de ciertas provincias afectadas por inundaciones ocurridas en 1983.

No se trata de recursos otorgados a las provincias sino provistos al Tesoro Nacional para que atienda, en el marco de una política de emergencia, las necesidades de zonas perjudicadas por inundaciones; por lo tanto, los fondos no están afectados a los fiscos de esas provincias; la mención de éstas tiene como objeto acortar el ámbito geográfico donde se han producido los hechos que justifican las medidas adoptadas.

La mencionada ley 22.916, así como sus modificatorias, abarca de modo expreso el problema de las inundaciones litoraleñas, creando recursos destinados a atender las erogaciones de carácter extraordinario que demandaron las zonas afectadas por dichas inundaciones durante el año 1983, en seis provincias (art. 49, primer párrafo, de la ley 22.196).

Sostuvo el derecho subjetivo de dichas provincias, que encontraba fundamento en la misma ley, por tratarse de un impuesto excluido del sistema de coparticipación federal (ídem, segundo párrafo, y art. 7º, segundo párrafo, de la ley 20.221), toda vez que su finalidad es satisfacer una necesidad específica, y lo recaudado en tal concepto forma un

---

<sup>20</sup> LA LEY-2002-C, pág. 503., Fallos: 324:4226) Conflicto de Normas locales- Facultad de legislar- Materia impositiva local. (7-12-2001)Buenos Aires.

<sup>21</sup> Sabsay Daniel Eduardo, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, Buenos Aires. Edit. La Ley; 2010 Tomo I, Vol.3, pág.72.

"presupuesto aparte", que no puede fundirse con los demás ingresos del Estado para hacer frente a la totalidad de sus gastos, pues en ese caso transgrediría el art. 67, inc. 29, de la Constitución Nacional. (Hoy el inc. 2 del art. 75 de la Constitución nacional).

Es decir, no se trata de recursos otorgados a las provincias, *sino provistos al tesoro nacional* para que atienda, en el marco de una política de emergencia, las necesidades de zonas perjudicadas por las inundaciones del año 1983 en las provincias de Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones y Santa Fe. Nuevamente nos encontramos con una amplitud de facultades en orden a la coparticipación por parte del Ejecutivo.<sup>22</sup>

La acción iniciada por una provincia en procura de tutela jurisdiccional ante la actitud del Estado nacional de retener, de los fondos coparticipados, las sumas comprometidas durante la intervención federal de la misma mediante el dictado de leyes cuya inconstitucionalidad se plantea, configura una solicitud que no tiene mero carácter consultivo ni importa una indagación especulativa, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de actos en ciernes a los que se atribuye ilegitimidad.<sup>23</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de diciembre de 2005 en la causa "Provincia de Salta c. Estado Nacional" aquella en la que el Gobernador de la Provincia promovió amparo contra el Estado Nacional a fin de hacer cesar la arbitraria e ilegítima *omisión* en que habría incurrido respecto de su obligación de remitir los fondos previstos en la ley 24.049, desde marzo hasta agosto del año 2002, destinados al mantenimiento de los comedores escolares e infantiles que funcionan en su territorio. El Estado Nacional sostuvo que la garantía de financiamiento de la ley 24.049 no está vigente, que la recaudación de los meses de mayo, abril y agosto del 2002 no fue suficiente para aplicar el procedimiento del art. 14 de la ley 24.049 porque en esos períodos los impuestos fueron cancelados con títulos públicos y que por el decreto 1686/2002 realizó un adelanto transitorio de fondos coparticipables, en el cual estaban incluidos los reclamados. La Corte Suprema admite la acción de amparo y declara que

---

<sup>22</sup> Revista *Impuestos*, Año 1991-A-898.

<sup>23</sup> Ver *La Ley*.1997-E, pág. 142. Buenos Aires.

se encuentra vigente la garantía de financiamiento del art. 15 de la ley 24.049, y en consecuencia, *ordena al Estado Nacional que cese en la arbitraria e ilegítima omisión* en que incurrió respecto de su obligación de remitir los fondos previstos en la referida ley. Con costas por su orden (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 1 del decreto 1204/01).

El 27 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) en “Provincia de San Luis c. Estado Nacional y otra” La Provincia de San Luis, con fundamento en los arts. 4° y 7°, inc. b) de la ley 23.548 (Ley de Coparticipación Federal), promueve demanda, contra el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos a los fines de que se los condene a restituirle una suma de dinero en concepto de coparticipación tributaria que — según dice— le corresponde desde el 4 de noviembre de 2001. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la causa corresponde a su competencia originaria. En temas que hacen a una deficiencia del remisión de fondos a las provincias.

#### **A MODO DE CONCLUSIÓN.**

Cabe recordar que "omisión", el *Diccionario de la lengua española*, nos dice que proviene del latín *omissio, -onis*, que se refiere a la "abstención de hacer o decir"; "falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o no haberla ejecutado. Abstención de hacer o decir. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto."<sup>24</sup>

Entendemos que el Poder Legislativo, ha incurrido en omisión legislativa por inacción, al no haber procedido a impulsar y darle continuación al desarrollo legislativo de la Ley de Coparticipación Federal, instrumento legal que fuera, diseñada por los constituyentes reformadores en el año 1994 cuando acordaron aprobar dicho instrumento.

---

<sup>24</sup> *Diccionario de la lengua española (DRAE)* Madrid, 2001 edición 22ª.

Acorde a lo previsto en nuestro marco Constitucional, el Senado Nacional no ha, recibido la propuesta de Ley como iniciativa legislativa de manos de las Provincias y la Nación, y en este sentido tampoco se realizó ni se celebraron las consultas públicas en la que participaran representantes de diversos organismos públicos.

En materia constitucional, los Diputados y senadores tienen un rol protagónico, ya que el constituyente depositó en ellos, entre otras funciones, la responsabilidad de adecuar el ordenamiento jurídico a la nueva concepción del Estado, más federal y menos presidencialista. Ese hecho no genera sólo obligaciones morales, sino que además tales funcionarios se encuentran constreñidos a ejecutar directamente los mandatos de la Constitución.

La formación y desarrollo del concepto de Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la lucha contra el absolutismo, y por ello la idea originalmente se centraba en el control jurídico del Poder Ejecutivo, a fin de evitar sus intervenciones arbitrarias, sobre todo en la esfera de la libertad y propiedades individuales. Sin embargo, tal concepto fue evolucionando, y dentro de la división de poderes que conforman el Estado, en la actualidad el Estado de Derecho consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración; y parte de la esencia del concepto consiste en el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes.

La declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa presupone varias condiciones: “en primer lugar, el poder constituido debe haber dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o que las haya dictado en forma incompleta. Eso significa que dicha omisión en el ejercicio de las atribuciones y competencias que la Carta Fundamental le ha asignado, puede significar, por ejemplo, a la luz de la jurisprudencia, el incumplimiento del programa legislativo que el Constituyente de 1994 estableció en las disposiciones transitorias.

El presupuesto de hecho necesario será la abstención, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo

predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella. Y la caracterización jurídica de la omisión debe ser constitucionalmente relevante.<sup>25</sup>

La ausencia de desarrollo del precepto constitucional que, por ello, se haya hecho ineficaz al estar impedida su aplicación, podrá ser parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio. Parte de la doctrina citada, al referirse a los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo, considera que la misma debería llenar, transitoriamente, el vacío legislativo producto de la omisión, lo que otros consideran una invasión, por el poder judicial, de las atribuciones que la misma constitución otorga, con exclusividad, al poder legislativo. Ello se presenta como válido en la Constitución de Portugal y en la de Brasil. Que contemplan esta institución. Pero siguiendo a Robert Alexy, podemos afirmar que no puede ser un tribunal impotente frente a un legislador inoperante.<sup>26</sup>

La necesidad de dar cumplimiento al mandato constitucional invocado viene dada por cuanto su retraso perturba y lesiona el derecho de las provincias y sus habitantes, pues la capacidad decisoria del legislativo no es libérrima, sin que ello obste a la libertad de configuración que el mismo goza, para dar adecuada respuesta en tiempo razonable a un mandato constitucional plenamente fundado.

La existencia de una omisión legislativa debe ser remediada, a través de la orden al poder legislativo y también al ejecutivo para que pongan fin a esta situación.

La pretensión debería sustanciarse mediante el procedimiento del amparo, pues la ilegalidad surge en forma manifiesta ante la inacción del Poder y se declare la inconstitucionalidad por omisión del Congreso, procediéndose a fijar un plazo

---

<sup>25</sup> Fernández Segado, Francisco. *“El control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas”* en Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Dirigido por Pablo Manili. Edit. La Ley. 2010. Buenos Aires, Tomo 1, pág. 356

<sup>26</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Madrid, pág. 496.

suficiente y razonable a los poderes públicos para que procedan a la sanción, promulgación y publicación de la ley constitucional.

Ello, ya que la omisión, es la "falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa", y respecto de la omisión de deberes se dice que "el incumplimiento de los deberes activos impuestos a las autoridades, origina, por la abstención, la responsabilidad de las mismas cuando han de actuar de oficio y también si desatienden los justificados requerimientos de los particulares o autoridades públicas, o bien actúan sin celo o con malicioso retraso. La omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un "no hacer". la concepción durante mucho tiempo y no se aceptaba la idea de que un "no hacer" también pudiera violar la Constitución, pero como veremos, esta conducta pasiva del legislador, si es contraria al texto constitucional, cuando existe un mandato para legislar, para expedir cierta reglamentación, o bien que en términos específicos la norma constitucional delegue la reglamentación de alguna materia o hipótesis a la ley ordinaria, de modo que en ambos casos al no hacerlo así el legislador transgrede el texto constitucional, al no cumplir con su cometido, y con ello se impide que se le dé exacto y fiel cumplimiento a la normativa constitucional.

En síntesis. Son elementos configuradores de la omisión inconstitucional el incumplimiento o inobservancia de un deber constitucional de legislar, no bastando la mera inacción; transcurso del periodo o plazo establecido y si no hubiera sido fijado el mismo debe ser razonable; tiene que haber un efecto objetivo de violación, la omisión no debe ser inocua; el control de dicha omisión debe darse obviamente en un caso concreto; sin requerirse la intencionalidad en el incumplimiento, aunque reiteramos que la inactividad o silencio no vulnera por si solo a la Constitución.

La vía procesal para intentar el control que analizamos podrá ser, como ya dijimos, la del amparo<sup>27</sup> o la de la acción declarativa, que desde el fallo dado en Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales permite el adecuado

---

<sup>27</sup> Art. 43 Constitución Nacional Argentina.

contralor constitucional<sup>28</sup>, en el que por su naturaleza federal al suscitarse entre una Provincia, una repartición autárquica nacional y la Nación misma fue de competencia originaria.<sup>29</sup>

La resolución no debe constituir al órgano jurisdiccional en un legislador sustituto pues vulneraría el principio de división de poderes. Es el Congreso el que ejerce la opción política del diseño y configuración. Por eso, la Corte declarará la inconstitucionalidad de la omisión legislativa y deberá fijar compulsivamente un plazo al legislador a fin de que éste, dentro del mismo proceda a dictar la ley que falta y vulnera la Constitución. No obstante podrá, según nuestra opinión, dar pautas para dictar la ley debida, conforme lo anticipamos lo podría hacer un legislador nacional o el Ejecutivo.

Aspiramos que este pequeño e imperfecto aporte a modo de ejercicio de praxis política genere un debate que viabilice el cumplimiento de los fines de la reforma constitucional de 1994.

---

<sup>28</sup> CSJN, 20/08/85, ED.115-361 con comentario de G. J. Bidart Campos. “*Procedencia de la acción declarativa de certeza en jurisdicción federal*”

<sup>29</sup> Salgado Alí Joaquín y Verdaguer, Alejandro Cesar, *Juicio de amparo y Acción de inconstitucionalidad*. Buenos Aires Ed. Astrea, 2000, 2da edición, pág. 369..