Revista Jurídica de Buenos Aires - 2010

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado

Tomo I

quantum de "materialización" de los derechos constitucionales. Una interpretación del art. 31.2°, CE, desde la perspectiva de la efectiva protección de los derechos fundamentales de prestación y de la gradual actuación de los derechos económicos y sociales, en el nivel de realización constitucionalmente exigible en virtud de las *limitaciones* —pero también de las *posibilidades*— financieras del Estado, valdría para fundamentar la adopción por el Tribunal Constitucional de decisiones declarativas —más que generadoras— de gastos públicos que resultan constitucionalmente exigibles, para cubrir el "*minimum* constitucionalmente garantizado" (STC 103/1983, FJ 6°).

Nos enfrentamos así, en definitiva, a los problemas que plantea la "financiación" de un Estado social de Derecho que, si bien depende fácticamente —en sus posibilidades económicas— del Producto Interior Bruto, tal "dependencia" no puede interesadamente llevarse hasta el extremo de crear para las leyes de gasto una "zona franca", inmune al control de constitucionalidad. En efecto, las decisiones presupuestarias no son simples manifestaciones de la "función gubernativa o política"[30] del Estado, sino que constituyen uno de los instrumentos esenciales para la realización del Estado de Derecho querido por la Constitución, de forma que cuando la jurisdicción constitucional, en nuestro caso, "interviene controlando la constitucionalidad del presupuesto (o de las decisiones en materia de gasto público) está realizando la misma tarea que normalmente lleva a cabo: proteger los derechos constitucionales frente a las acciones y omisiones que los vulneran y, por ello, evaluando el derecho infraconstitucional desde el punto de vista de las exigencias constitucionales"[31].

Aunque la jurisprudencia constitucional no haya avanzado prácticamente nada en esta dirección, no nos parece posible negar la necesidad de un *minimum* de gasto (esto es, de "asignación equitativa" de recursos financieros) constitucionalmente exigible para garantizar el contenido esencial, el núcleo irreductible e indisponible de los derechos constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales de prestación.

Y ello por no aludir ahora al sistema de distribución competencial que en el bloque de la constitucionalidad se establece entre los diferentes entes públicos territoriales, y en particular a sus respectivos ámbitos materiales de competencias, en cuanto generadores de necesidades públicas cuya satisfacción demanda, asimismo, la ineludible asignación de recursos financieros proporcionados y suficientes. Pero hemos de dejar el tema aquí. Porque, además, en sí misma, ésa es ya otra historia.

[30] "La función estatal llamada de gobierno o política —escribe F. Unares—, es uno de los cauces por el que circula todavía, en el Estado de Derecho, el absolutismo y la "razón de Estado". El sistema republicano parece no poder subsistir sin ese recurso al absolutismo que reverbera en las situaciones de emergencia y en ciertos actos de necesidad que el Estado de Derecho debe dictar de tiempo en tiempo" (*Fundamentos de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 66 y ss.) (tomamos la cita de CORTI, Horacio G., *Derecho financiero*, cit., p. 242).

[31] CORTI, Horacio G., *Derecho financiero*, cit., ps. 245 y 246.

LEY DE PRESUPUESTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS FUNDAMENTOS DE UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO-FINANCIERO

Por HORACIO G. CORTI

El objeto de este trabajo consiste en exponer el *aspecto central* de la vinculación constitucional entre la ley de presupuesto y los derechos fundamentales, a la luz de un cambio actual de paradigma[1].

El vínculo entre presupuesto y derechos fundamentales, que no resultaba visible para la doctrina presupuestaria en lo que aquí llamaré el paradigma clásico, al estar organizado alrededor de la organización del poder del Estado, es el que ocupa el primer plano en el paradigma constitucionalista superador.

La primera parte de este ensayo se ocupa de ese salir a la luz de la relación entre ley de presupuesto y derechos fundamentales (*La visibilidad de la relación*).

Sin embargo, ese vínculo, aunque no reflexionado por la doctrina presupuestaria clásica, que no podía verlo en virtud del juego de luces y sombras del paradigma dominante, se encuentra problematizado en el desenvolvimiento histórico de la práctica jurídica. La segunda parte del ensayo se dedica a seguir, por el camino del análisis comparado, esa problematización, así como las respuestas jurídicas, jurisprudenciales y doctrinarias, surgidas de esas experiencias (*El carácter problemático de la relación*). Aquí tendré en cuenta algunos aspectos del derecho de Estados Unidos, Argentina, Alemania, Brasil y Colombia.

Finalmente, se recapitula lo visto desde la óptica de los principios constitucionales, en particular de la equidad, tal como él ha sido plasmado en las Constituciones de España y la Argentina, y desarrollado en la práctica constitucional argentina (*La justicia referida a la relación*).

La exposición que sigue puede verse como una reflexión (desde la periferia latinoamericana) sobre las complejidades del siguiente diálogo imaginario entre dos juristas europeos.

La pregunta es de Peter Häberle: — "¿Deben los derechos fundamentales darse sólo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado,

[1] Este trabajo es un paso más en una investigación que fue plasmándose en sucesivos ensayos, conferencias, clases universitarias y libros desde 1995 hasta hoy, y que expuse de forma sistemática en: *Derecho constitucional presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.

o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales?"[2].

La respuesta es de Robert Alexy: — "Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera"[3].

I. LA VISIBILIDAD DE LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE PRESUPUESTO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) La transformación del derecho presupuestario en el marco de la constitucionalización del derecho y del carácter expansivo de los derechos fundamentales

En este punto expongo lo esencial del cambio de paradigma en su faz conceptual más general (1.a]), así como la situación constitucional argentina a ese respecto (2.a]).

1. El enfoque conceptual en su faz general: el neoconstitucionalismo periférico

Referido al derecho, un paradigma comprende una variedad de elementos heterogéneos: las disposiciones jurídicas positivas (normas, definiciones, principios, etc.); los valores, ideas, concepciones y mitos subyacentes a esas disposiciones; nuestras actitudes a su respecto; el conocimiento jurídico; las teorías elaboradas para desarrollar ese conocimiento; la manera más general de entenderse ese conocimiento a sí mismo; incluso las imágenes involucradas y los sentimientos suscitados[4].

El paradigma se refiere, en otros términos, a la *práctica jurídica*, expresión de enorme amplitud utilizada para comprender la multidimensionalidad del fenómeno jurídico y el complejo entramado de narraciones, hechos, valores, normas, principios, conocimientos, sentimientos, imágenes, ilusiones y teorías que hacen a nuestra actividad[5].

[2] HÄBERLE, Peter, "Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar", en *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 213.

[3] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 495.

[4] El concepto de paradigma está tomado, claro, de Thomas Kuhn, quien la aplicó en particular a la investigación científica. Ver KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, así como los ensayos contenidos en *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, y *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Paidós, Barcelona, 2002. Su aplicación con respecto al derecho es habitual en los estudios jurídicos contemporáneos. Un ejemplo elocuente es NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2007, quien se refiere a un "paradigma renovador" referido a la práctica jurisdiccional.

[5] El concepto de *práctica jurídica* es característico de la teoría crítica del derecho, que es la forma singular que tomó en la Argentina la necesidad de ir más allá de las visiones positivistas y analíticas que dominaban, hasta no hace poco, las reflexiones generales sobre nuestra actividad. Me remito, entre otros textos, a ENTELMAN, Ricardo, "Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico", en MARÍ, Enrique y otros, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982. En el trasfondo está en juego el concepto de *dispositivo* tal como es usado por Foucault para designar conjunciones de actividades discursivas y no discursivas de carácter heterogéneo. Al respecto es esencial el ensayo de MARÍ, Enrique, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", en *Papeles de filosofía I*, Biblos, Buenos Aires, 1993, p. 219.

Según la clara visión de Robert Cover, que nos sirve de máxima metodológica general: "El derecho no es estrechamente un sistema de reglas a ser observadas, sino un mundo en el cual vivimos"[6].

Ese mundo está cambiando. Efectivamente, hoy vivimos un cambio de paradigma jurídico, que pone en juego nuestra manera de entender el derecho en general y que afecta a cada rama e institución jurídica en particular. Como señala Gomes Canotilho, "nuevos constitucionalismos y nuevos diseños para las instituciones políticas obligan a repensar los problemas del derecho constitucional"[7].

Diversas designaciones han sido propuestas, cada una con sus matices, peculiaridades e inevitables imprecisiones. Los términos *garantismo* (Ferrajoli) y *neoconstitucionalismo*, así como las expresiones *constitucionalización del derecho, derecho dúctil* (Zagrebelsky) y *nuevo derecho* son las más habituales[8].

Hablar de cambio de paradigma se justifica en la medida en que hay transformaciones en más de una dimensión de la práctica jurídica.

Hay al menos tres aspectos para destacar.

En primer lugar, considerar relevante a la práctica jurídica implica ir más allá de la visión jurídica dominante en el siglo pasado que pretendía seccionar uno de sus aspectos en términos, por ejemplo, de sistema normativo. Cambio

[6] COVER, Robert, "Nomos and Narrative", en *Narrative, Violence And The Law*, Michigan, The University of Michigan Press, 1995.

[7] GOMES CANOTLHO, José J., *Direito Constitucional e Teoría da Constitucao*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 17.

[8] Los debates sobre el asunto son recientes en el derecho comparado. Indico a continuación algunas referencias ilustrativas y referidas particularmente al neoconstitucionalismo. Brasil: BARROSO, Luis R., "Neoconstitucionalismo e constitucionalizacao do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", en QUARESMA, Regina - DE PAULA OLIVEIRA, Maria Lúcia - RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei Martins, *Neoconstitucionalismo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009; Colombia: BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009; Italia: COMANDUCCI, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel - GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010 y "Modelos e interpretación de la Constitución", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007; España: MORESO, José J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009; México: CARBONELL, Miguel, "El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis", en CARBONELL, Miguel - GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon...*, cit., p. 159. En la Argentina pueden verse las contribuciones de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005 y PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo", XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, Paraná, 2007.

de alcance, entonces, en cuanto a la consideración del derecho mismo como tal. Rechazo de los enfoques unidimensionales.

En segundo lugar, la ciencia jurídica ya no se considera a sí misma como una actividad neutra o puramente descriptiva del derecho. Ella participa en el desarrollo de la práctica a través de una lectura creativa, valorativa y política de los textos jurídicos. Cambio en cuanto al estatus de la ciencia jurídica, a la que cabe calificar de comprometida[9].

Estos dos aspectos implican que nos encontramos, ya, en una situación a la que cabe calificar de pospositivista[10].

Y, en tercer lugar, hay una profundización del proceso de constitucionalización del derecho[11].

De acuerdo con Ricardo Guastini, autor de un trabajo seminal en la materia "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano"[12]: "Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual resulta totalmente —impregnado— por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

La constitucionalización, según Guastini, es una cuestión de grado, de acuerdo a cuáles son las condiciones que se encuentren satisfechas. Las condiciones que señala Guastini son las siguientes:

a) *La existencia de una Constitución rígida*. Esto sucede si la Constitución no puede ser derogada o modificada por las leyes ordinarias. Hay dos niveles jerárquicos claramente distinguidos: la Constitución y las leyes.

b) *La existencia de una garantía jurisdiccional de la Constitución*. La rigidez sólo está asegurada si hay algún mecanismo de control de la conformidad de las leyes a la Constitución.

[9] Ver los debates contenidos en DOCKES, Emmanuel, *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoinages de juristes engagés*, Dalloz, París, 2007.

[10] Ver, entre otros, el trabajo de ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en *Para una teoría pospositivista del derecho*, Temis, Bogotá, 2009. Indudablemente, aquello que se encuentra traspasado es el espacio conceptual mismo que forman, como dos piezas de un mismo juego especular, el positivismo y su otro: el iusnaturalismo.

[11] Destaco el término "profundización" pues la constitucionalización del derecho es un proceso de larga duración (aun cuando a veces, de forma rápida, se lo vincule de forma estrecha a los procesos constitucionales europeos de posguerra). En la Argentina, con una Constitución rígida, dictada en 1853 sobre la base del texto norteamericano, y con un control difuso de constitucionalidad, también desarrollado a partir del siglo XIX y en estrecha relación con la práctica judicial norteamericana, la constitucionalización del derecho es un rasgo contemporáneo a la formación misma del Estado constitucional de Derecho.

[12] Incluido en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 49.

c) *La atribución de fuerza vinculante a todas las disposiciones jurídicas de la Constitución*, de forma "que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos". Esta condición implica dejar de lado las doctrinas, de enorme relevancia en la tradición europea, para las cuales "las Constituciones no son más que un 'manifiesto' político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales —carentes de cualquier efecto inmediato— sino sólo las normas que se recogen por las leyes"[13].

d) *La sobreinterpretación de la Constitución*, entendida como la ausencia de vacíos constitucionales, es decir: "no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes". No hay "vacíos constitucionales" en los cuales el legislador pudiera actuar con una discrecionalidad carente de control constitucional. Por otro lado, la forma habitual de sobreinterpretar la Constitución "es el de tratar a sus disposiciones como expresando no ya normas precisas sino principios generales de contenido indeterminado".

e) *La aplicación directa de las normas constitucionales*. La Constitución es aplicable a cualquier controversia, en la medida en que su función "es moldear las relaciones sociales".

f) *La interpretación conforme o adecuadora de la ley*. Dado que los textos jurídicos son susceptibles de múltiples interpretaciones, el juez está en condiciones de elegir la interpretación que haga perdurar la validez de la ley. Es decir, la ley será válida en los términos interpretados por los jueces.

g) *El ejercicio de un control sustantivo de la ley*. La discrecionalidad legislativa se encuentra limitada, de modo que las leyes deben superar un test de razonabilidad donde juega, como elemento clave, la ponderación de los plurales principios constitucionales.

De la multiplicidad de aspectos de ese carácter invasor de la Constitución destacamos ante todo uno, que se encuentra implícito en todas las condiciones indicadas por Guastini y que motoriza el poder de intromisión constitucional, al que nos dedicaremos en este ensayo: el carácter *expansivo* del sistema de los derechos fundamentales[14].

¿Qué se quiere decir con esta expresión? Que se trata de un sistema en proceso de ampliación, cada vez más extenso (en términos cuantitativos) y más inten-

[13] Sobre los dos modos, político y jurídico, de comprender una Constitución, ver: PIZZORUSSO, Alessandro, "La Constitución como documento político y como norma jurídica", en *Justicia, Constitución y pluralismo*, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005, p. 23.

[14] Esta cuestión ya la había destacado Lefort, desde la teoría política, al sostener que los derechos "exceden... a toda formulación producida: lo que también significa que su formulación contiene la exigencia de su reformulación o que los derechos están necesariamente llamados a sostener derechos nuevos". Ver LEFORT, Claude, "Derechos del hombre y política", en *La invención democrática*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1990, p. 25.

so (en términos cualitativos), y que, a la vez, avanza sobre todo el ordenamiento, forzándolo a éste a remodelarse y reconfigurarse a la luz de sus exigencias.

Los derechos se irradian, según otra expresión, característica del derecho constitucional alemán, a todo el ordenamiento[15].

Dentro de este marco general en el presente ensayo nos centraremos en las consecuencias que tiene el carácter expansivo de los derechos fundamentales con respecto al derecho presupuestario, teniendo particularmente en cuenta la situación de los derechos sociales, que son, a mi entender, uno de los elementos políticos cruciales que permiten evaluar el grado real de constitucionalización del derecho.

El carácter clave de los derechos sociales está vinculado a las características de sociedades como la argentina, basadas, de forma estructural, en la exclusión social, en la correlativa concentración de la riqueza y, por ende, en enormes desigualdades que cabe calificar de persistentes. La real efectividad de esos derechos es uno de los indicadores fundamentales para evaluar el grado de constitucionalización del derecho.

Estas circunstancias singularizan al proceso de constitucionalización latinoamericano y permiten identificar un *neoconstitucionalismo periférico*, de los márgenes, de los espacios políticos que se integran bajo las diferentes formas de la subordinación colonial, primero europea y luego norteamericana[16].

2. La situación jurídica argentina respecto del carácter expansivo de los derechos fundamentales

1) La apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos

En el caso argentino el carácter expansivo de los derechos fundamentales se percibe con nitidez al considerarse un aspecto político decisivo de la reforma constitucional de 1994: el otorgamiento de rango constitucional a un conjunto importante de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), que implica una inmersión del derecho interno en dicho sistema internacional, con todo el bagaje conceptual que éste trae consigo, de enorme envergadura y generosidad[17].

[15] Al respecto cabe remitirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en particular a partir de la clásica sentencia BverfGE 7,198 (caso "Lüth") del 15/1/1959, que puede consultarse en la recopilación efectuada por Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, p. 202. Puede verse, de una bibliografía abundante, la exposición, efectuada en el contexto del derecho constitucional latinoamericano, de ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

[16] Ver MIGNOLO, Walter, *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Akal, 2003 y *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2007.

[17] De acuerdo con el referido art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina, es atribución del Congreso la siguiente: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

De acuerdo con los elocuentes términos del Ministerio Público en una dictamen ante la Corte Suprema: "A mi entender, nuestro país ha vivido, en consonancia con esta evolución mundial, un cambio sustancial en la concepción de su ordenamiento jurídico, en virtud de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que comenzó por plasmarse en la jurisprudencia del más alto tribunal y que ha tenido su máxima expresión en la reforma constitucional de 1994. En efecto, es importante destacar que no sólo se ha operado en nuestro país un cambio de paradigma interpretativo de la Constitución, esto es un nuevo momento constitucional (conf. Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass. Harvard UP, 1991), sino que además, si alguna duda pudiera caber al respecto, dicha evolución ha hallado reconocimiento expreso en la reforma del texto escrito de la Constitución Nacional"[18].

Porque no se trata sólo de incorporar al derecho interno con máxima jerarquía tratados internacionales sino, más profundamente, de considerar relevantes para la práctica jurídica interna la vasta interpretación que de esos tratados efectúan los órganos internacionales de aplicación: cortes, comisiones o comités. Según la propia Corte Suprema: "Que la ya recordada 'jerarquía constitucional' de la CADH (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75, CN, 62 y 64, Convención Americana y art. 2°, ley 23.054)"[19].

No sólo, entonces, es preciso considerar, en el derecho argentino, los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, sino también las in-

[18] Corte Sup., "Simón", 2005, LL 2005-D-510.

[19] Corte Sup., 1995, Fallos 318:514.

terpretaciones que de ellos efectúan los órganos internacionales encargados de aplicarlos, vía hermenéutica que implica una *apertura* de la práctica jurídica nacional a la práctica homóloga internacional.

Más tarde, en el caso "Hernán Javier Bramajo", la Corte Suprema habrá de destacar lo siguiente: "Que la 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2°) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

"De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054 (conforme doctrina de la causa G.342.XXVI, "Giroldi, Horacio D. y otro s/recurso de casación", sentencia del 7/4/1995)"[20].

Dicha práctica ha elaborado una profunda y compleja doctrina sobre los derechos fundamentales que, ahora, pasa a ser el trasfondo hermenéutico para la comprensión del sistema interno de los derechos y, por ende, de todo el ordenamiento.

A ello hay que sumar que la Corte Interamericana ha señalado que le corresponde a los jueces nacionales efectuar el control de convencionalidad de su derecho interno[21]: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

En ese derecho internacional ocupan un lugar destacado los derechos sociales, que si bien en la Argentina, en comparación con otros países, tienen una

[20] Corte Sup., 1996, Fallos 319:1840.

[21] Puede verse, al respecto: LUCCHETTI, Alberto, "Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad", en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 131.

larga tradición jurídica, han encontrado un renovado impulso gracias a la apertura hacia aquella práctica internacional[22].

La relevancia de esta renovación es la de haber permitido dejar de lado algunas categorías (así las de normas programáticas) que se alegaban, en el contexto de una perspectiva conservadora de la juridicidad, para restarle contenido jurídico a los derechos sociales.

2) Los derechos sociales en la práctica jurídica internacional

A fin de apreciar la riqueza del referido desarrollo internacional es útil tener en cuenta alguna de las características de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos sociales, tal como se desprende de diversos documentos jurídicos, en la medida en que se trata de la base para reconceptualizar el derecho interno.

a) *La persona como sujeto*. Los tratados de derechos humanos son de un tipo especial en tanto no implican beneficios mutuos entre Estados, sino que éstos se comprometen con respecto a los derechos de las personas. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes" (Opinión Consultiva OC-2/1982).

b) *La indivisibilidad de los derechos*. Todos los derechos, más allá de sus singularidades en cuanto derechos civiles, políticos, sociales o culturales, se encuentran interrelacionados. Según los Principios de Maastricht "es indudable que los derechos humanos en su conjunto son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y de igual importancia para la dignidad humana. En vista de lo anterior, los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos".

Al tener una igual importancia valorativa pasan a segundo plano las eventuales diferencias en cuanto a la estructura jurídica de los derechos.

c) *La interpretación más favorable*. Los textos que expresan derechos deben interpretarse de la forma más favorable con respecto a su extensión sobre la base del principio interpretativo *pro homine*. Esto significa que entre varias interpretaciones posibles debe elegirse aquella que mejor favorezca al derecho.

[22] En la senda de la Constitución mexicana de 1917, la Constitución argentina de 1949 consagró una diversidad de derechos englobados bajo el concepto genérico de bienestar y como concreción de la justicia social. Como es sabido, el golpe militar de 1955 dispuso la derogación de aquella Constitución.

d) *El haz de las obligaciones correlativas*. Todos los derechos implican obligaciones de hacer y no hacer. El Estado no debe obstaculizar el goce de los derechos (obligación de respetar); debe prevenir y evitar las lesiones provenientes de terceros (obligaciones de proteger); y debe realizar acciones para hacerlos efectivos (obligación de cumplir). Esto último significa, de acuerdo con los Principios de Maastricht, "que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos".

e) *El contenido mínimo indisponible*. Todos los derechos tienen un contenido mínimo que debe ser asegurado por los Estados con independencia de los recursos disponibles. Al contenido mínimo le corresponde una obligación mínima, que no depende de decisión jurídica (así legal) o material del Estado. De acuerdo con los referidos Principios "un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina 'una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre, *prima facie*, en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza'. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad".

Es decisiva la aclaración siguiente, que explicita la cuestión presupuestaria y que expresa el principio de la primacía de los derechos sobre las razones presupuestarias: "la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales".

f) *Las obligaciones inmediatas*. Los derechos implican la obligación inmediata de tomar medidas encaminadas a su plena efectividad. De acuerdo con los Principios de Limburg "todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto".

A su vez, toda medida inmediata tiene la obligación de no implicar una discriminación y, por ello, privilegiar a los sectores más desfavorecidos.

g) *La prohibición de regresividad*. Los Estados no pueden dictar decisiones que ostensiblemente impliquen retroceder en el camino de la efectividad de los derechos. De acuerdo con los Principios de Maastricht se encuentra prohibida "la anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento", así como "la adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos".

h) *La exigibilidad*. Todos los derechos son judicialmente exigibles. Esto significa que allí donde hay un derecho hay también un remedio jurisdiccional.

Según la Declaración de Quito:

"23. Los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa. La postulación de casos judiciales referidos a estos derechos adquiere un mayor sentido en el marco de acciones integradas en el campo político y social, tanto nacional como internacional.

"24. Los instrumentos internacionales y constitucionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales son operativos y establecen derechos exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal. En tal sentido, los jueces están obligados a aplicar directamente estos instrumentos y a reconocer en los casos concretos sometidos a su jurisdicción los derechos que éstos consagran".

Esta vía abre la posibilidad del examen judicial de constitucionalidad de los factores que por hipótesis impiden el ejercicio del derecho, así las decisiones legales de carácter presupuestario.

i) *La operatividad*. La existencia postulada de obligaciones que nacen por el simple hecho de la existencia del derecho a través del tratado permiten dejar de lado la teoría, habitual en la doctrina argentina, de las normas programáticas.

Los tratados tienen efectos directos, aun sin mediación de la ley. Es éste un elemento decisivo en el cambio del eje jurídico general, que pasa de la ley a la Constitución.

La no previsión legal de obligaciones es una laguna que se colma por acción directa de la práctica internacional de los derechos humanos.

Este conjunto de elementos, aquí sólo señalados, tienen innumerables consecuencias para la práctica jurídica y, en particular, para la actividad financiera y presupuestaria. Tal es el objeto de este trabajo, expresado en los términos expuestos hasta aquí: "desentrañar, a partir del ejemplo argentino y en comparación con otras experiencias jurídicas, cuáles son las transformaciones del derecho presupuestario como consecuencia del cambio de paradigma que vivimos, caracterizado, entre otros aspectos, por la constitucionalización del derecho, por los efectos expansivos de los derechos fundamentales" y "por la inmersión del derecho interno en el derecho internacional de los derechos humanos, donde juegan un rol crucial los derechos sociales".

b) La superación de la visión presupuestaria clásica: de la ley a la Constitución

Ya expuesto el marco general y su incidencia en el derecho argentino, a continuación señalo lo esencial de la visión presupuestaria clásica (1) y el camino que comienza a recorrer la nueva visión superadora (2).

1. Las características de la visión presupuestaria clásica: la centralidad jurídico-política de la ley

La visión clásica sobre la ley de presupuesto se centra fundamentalmente, en sus aspectos formales, competenciales y procedimentales, sobre la base del llamado ciclo presupuestario: preparación, aprobación, ejecución, modificación y control de la ley.

En ese contexto se examina la distribución de competencias entre el Ejecutivo (presidentes, gobiernos) y el Legislativo (congresos, asambleas, cortes generales), así como la compleja relación entre ambos poderes del Estado, todo ello de acuerdo con la forma política (presidencialismo, parlamentarismo) y con las características particulares de cada historia nacional.

La visión clásica sobre la institución presupuestaria gira en torno a la figura política de la ley. Esto no debe extrañar, pues el presupuesto es una técnica jurídica singular, que nace con el propio Estado constitucional y liberal de Derecho, y a través del cual se consolida el poder relativo, al interior del aparato estatal, de los órganos parlamentarios.

La visión clásica se sostiene, por supuesto, en datos político-jurídicos de peso, que hacen a la historia de los Estados constitucionales de Derecho actuales.

Tal como han sostenido, entre otros, Eusebio González García, en su ya clásico libro de 1973 derivado de su tesis doctoral: "El concepto jurídico de presupuesto es una idea relativamente reciente y... su afirmación en el derecho público se corresponde al nacimiento del Estado liberal de Derecho"[23].

Consideración que puede ser completada con la siguiente reflexión jurídico-política de Michel Bouvier: "Los parlamentos, principalmente en Gran Bretaña y Francia conquistaron su estatus político a través de la reivindicación y afirmación de prerrogativas financieras"[24].

El presupuesto es una técnica que nace concomitantemente al Estado de Derecho europeo y como medio para que los órganos parlamentarios aumenten su capacidad de decisión política con respecto a los recursos estatales financieros. Visto históricamente, ello sucede, en primer lugar, con respecto a los poderes monárquicos, y luego, ante su declive, a veces gradual, a veces abrupto, con respecto a los órganos ejecutivos.

Esta situación puede verse en las diversas tradiciones políticas del Estado de Derecho.

Así, por ejemplo, con respecto al régimen parlamentario europeo son ilustrativos los términos empleados por el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 3/2003: "La competencia de aprobar los presupuestos del Estado, como referencia primera e inmediata de la configuración constitucional de nuestras Cortes Generales, tras atribuirles el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, revela la esencialidad de la institución presupuestaria para el Estado social y democrático de Derecho en que se constituye, en el mismo art. 1°.3 de la norma fundamental, la democracia parlamentaria española.

"A este respecto, conviene recordar que el presupuesto nace vinculado al parlamentarismo. En efecto, el origen remoto de las actuales leyes de presupuestos hay que buscarlo en la autorización que el monarca debía obtener de las Asambleas estamentales para recaudar tributos de los súbditos. Así, entre otros, baste recordar la garantía ofrecida por Pedro III, en 1283, a las Cortes Catalanas de Barcelona de no introducir nuevos tributos sin el consentimiento de ellas o, en un ámbito distinto al nuestro, la prohibición de la Carta Magna inglesa de 1215 que, en su art. 12, prohibía la existencia de tributos 'sin el consentimiento del Consejo común'. Como consecuencia directa de este principio de 'autoimposición', surgió el derecho de los ciudadanos, no sólo a consentir los tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban, derechos que recogió tempranamente la *Bill of Rights* de 1689, expresó claramente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 14) y estableció nuestra Constitución de Cádiz de 1812 (art. 131). Los primeros presupuestos, así pues, constituían la autorización del Parlamento al monarca respecto de los ingresos que podía recaudar de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y, en este sentido, cumplían la función de control de toda la actividad financiera del Estado.

"Así, la conexión esencial entre presupuesto y democracia parlamentaria debe ser destacada como clave para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad. El presupuesto es, como hemos visto, la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos".

Un juicio semejante hace Kate Stith en el contexto del derecho constitucional norteamericano, caracterizado por un régimen político de carácter presi-

[23] GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, *Introducción al derecho presupuestario. Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1973, p. 75. Eusebio González García comparte la opinión de Vitagliano, para quien en rigor la institución jurídica presupuestaria nace, luego de un extenso desenvolvimiento histórico, en Inglaterra durante el reinado de Carlos II, cuando la Cámara de los Comunes otorga una suma de dinero para llevar a cabo la guerra contra Holanda, especificando que la suma referida sólo puede gastarse en dicho objeto (ver p. 113, con cita de Vitagliano).

[24] BOUVIER, Michel - ESCLASSAN, Christine - LASSALE, Jean-Pierre, *Finances publiques*, 4ª ed., LGDJ, París, 1998. En igual sentido la doctrina italiana. Puede consultarse: RIVOSECCHI, Guido, *L'indirizzo político finanziario tra Costituzione Italiana e Vincoli Europei*, Cedam, Padua, 2007, donde se señala que "la historia de la asamblea electiva se caracteriza esencialmente desde su origen por la reivindicación del control parlamentario sobre el indirizzo político-financiero y, fundamentalmente, sobre el ejercicio del poder de imposición fiscal y sobre la gestión del gasto público" (p. 9).

dencialista, de fuerte incidencia en el derecho público latinoamericano[25]: "La Constitución ubica el poder sobre la caja (*the power of the purse*) en el Congreso: No puede devengarse dinero del Tesoro sino como consecuencia de una apropiación hecha por ley (art. I, § 9, cl. 7). Este empoderamiento de la legislatura es uno de los fundamentos de nuestro orden constitucional".

O de acuerdo, en fin, con lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-546/1996, que también se ha referido al asunto en una jurisprudencia por lo demás abundante en materia presupuestaria: "El principio de legalidad del gasto constituye uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. Según tal principio, corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana de gobierno. En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley sino que, además, deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas. No se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, regla que es la materialización del principio de la legalidad del gasto en el campo presupuestal. El presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos: de un lado, en el campo temporal, pues las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo; de otro lado, a nivel cuantitativo, pues las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y, finalmente, en el campo sustantivo o material, pues la ley no sólo señala cuánto se puede gastar sino en qué se deben emplear los fondos públicos. Por ello se considera que una obvia consecuencia de la legalidad del gasto es el llamado principio de 'especialización', donde se señala que no se podrá 'transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto'. Esta norma constitucional está prohibiendo que el Gobierno utilice una partida de gasto aprobada por el Congreso para una finalidad distinta de aquélla para la cual ésta fue apropiada".

Esto es: los conceptos de *ley*, *presupuesto* y *órgano parlamentario* forman, por su proveniencia histórica, un tríptico político inescindible. Es al momento de ejercer la potestad presupuestaria y decidir sobre los gastos públicos cuando los órganos parlamentario-legislativos revelan uno de sus mayores poderes dentro de la estructura política del Estado.

Lo dicho no significa, cabe aclarar, que toda la actividad presupuestaria quede en manos de los órganos parlamentarios. Por un lado, es lo *esencial* aquello que está reservado a la ley, de manera que los ejecutivos son, con las peculiaridades políticas y nacionales del caso, los encargados de la reglamentación (referida a los pormenores) y de la ejecución administrativa. Por otro, a los

[25] STITH, Kate, "Congress. Power of the Purse", *The Yale Law Journal*, vol. 97, nro. 7, junio 1988, p. 1343.

Ejecutivos, en cuanto expresión paradigmática del poder mayoritario de las sociedades, les corresponde fijar la orientación política de la función de gobierno y, por ello, habitualmente son los encargados de confeccionar el proyecto de ley y de remitirlo a los parlamentos, que, en algunos casos, son objeto de restricciones derivadas de la singularidad de aquel proyecto.

La relación entre el Ejecutivo y el Legislativo estructura el espacio político central de la problemática jurídica clásica del presupuesto.

Dicho de otra manera: a través de la reserva de ley lo esencial de la potestad presupuestaria queda en manos del órgano parlamentario, pero, a la vez, es el Ejecutivo quien tiene en sus manos la iniciativa legislativa sobre la base de la orientación política que le es concomitante.

Se revelan así las dos funciones políticas que progresivamente va adquiriendo el presupuesto en la historia del Estado de Derecho, que lo conectan con aquellos dos poderes: su función de *control* de los recursos públicos, donde gravita la potestad del Legislativo; y su función de *ordenamiento y planificación* de las finanzas públicas, que gira alrededor del poder del Ejecutivo[26].

La centralidad jurídica de la ley se desenvuelve en el espacio político de las relaciones entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Allí surgen los problemas particulares: hasta dónde llega la reserva de la ley y qué es lo que debe precisar la ley de presupuesto para ser formalmente válida; qué grado cabe acordarle a la potestad modificatoria de la ley durante su ejecución por parte del Ejecutivo a fin de no desvirtuar la legalidad; cuál es la forma adecuada de organizar los controles sobre la ejecución de la ley; cuáles son los mecanismos de excepción (medidas de urgencia, delegaciones legislativas) que resulta razonable admitir. Tales son algunos de los problemas clásicos, que se plantean con sus singularidades de acuerdo con cada contexto nacional.

¿Qué es lo ausente en este paradigma presupuestario basado en el concepto de ley y estructurado alrededor de la relación política entre ejecutivos y parlamentos?

Para apreciar a qué apuntamos, ese enfoque basado casi exclusivamente en competencias y procedimientos puede contrastarse con el que de forma también clásica ha recibido la tributación, donde, *además* de tales aspectos, se ha

[26] Tal como también lo resume el Tribunal Constitucional español en la mencionada STC 3/2003: "De lo anterior se deduce que, incluyendo los presupuestos generales del Estado —la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal— (art. 134.2, CE) y constituyendo el instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno, mediante su examen, enmienda y aprobación, las Cortes Generales ejercen, como hemos dicho, una función específica y constitucionalmente definida a la que hicimos referencia en la STC 76/1992, del 14 de mayo (FJ 4 a]). A través de ella, cumplen tres objetivos especialmente relevantes: a) Aseguran, en primer lugar, el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts. 9°.1 y 66.2, ambos de la Constitución); b) Participan, en segundo lugar, de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan; c) Controlan, en tercer lugar, que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el art. 31.2, CE, de una forma equitativa, pues el presupuesto es, a la vez, requisito esencial y límite para el funcionamiento de la Administración".

desarrollado una visión de carácter sustancial, basada, entre otros rasgos, en el respeto del principio de igualdad y en la no violación de los derechos constitucionales, en particular, dado el carácter patrimonial de la obligación tributaria, del derecho de propiedad[27].

En otros términos, el derecho constitucional tributario no se limita a analizar procedimientos y competencias sobre la base del principio de reserva de ley. Es éste un elemento central, pero no el único. A ello se le suma una perspectiva sustancial, que limita en su contenido mismo la potestad legal tributaria, en la medida en que ésta no debe dañar los derechos (de ahí la importancia del llamado principio de no confiscatoriedad) y, a la vez, no debe lesionar el principio de igualdad.

Tal peculiar circunstancia ha llevado a referirse a una *asimetría conceptual* entre los dos aspectos centrales del derecho financiero: el presupuesto, que sólo es objeto de un tratamiento formal, y los tributos, que son objeto de una consideración formal y material.

Según Julien Valls, que se refiere al derecho francés pero en términos que son generalizables a otras experiencias jurídicas nacionales, así la Argentina:

"La cuestión de la constitucionalidad material de los gastos públicos está poco estudiada por la doctrina francesa. Ésta se concentra sobre los principios relativos a los ingresos públicos, y más particularmente sobre las normas relativas a los impuestos. Los gastos públicos sólo son abordados por el sesgo de sus aspectos formales, con el conjunto de principios aplicables al derecho presupuestario. Si estos últimos justifican perfectamente ese interés, no es menos cierto que cierta asimetría se hace lugar entre estos dos aspectos de las finanzas públicas: los ingresos son aprehendidos a la vez formal y materialmente, en tanto que los gastos sólo lo son desde un punto de vista estrictamente formal"[28].

Indudablemente, son las regulaciones sustanciales las que limitan la discrecionalidad legislativa. Por tal razón, la discrecionalidad de las autoridades políticas es mucho mayor allí donde no se reconocen pautas constitucionales sustantivas, tal el caso del presupuesto en la visión clásica. Se da así la paradoja de reconocer una enorme restricción jurídica a la hora de obtener los recursos (a través de los límites sustanciales a la potestad tributaria sobre la base del principio de igualdad y del respeto a los derechos fundamentales), y una correlativa y enorme libertad al momento de disponerlos.

[27] Me remito a los estudios habituales de derecho constitucional tributario. Así, entre muchos otros, UCKMAR, Víctor, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Temis, Bogotá, 2002, quien expone las "disposiciones constitucionales comunes a más de un Estado" (p. 2) sintetizadas en tres principios: legalidad, igualdad y competencia.

[28] VALLS, Julien, *Le contrôle des normes législatives financières par les cours constitutionnelles espagnole et française*, LGDJ, París, 2002, p. 107 (todo ello en un capítulo que lleva el sugerente título de "La dificultad de juridizar los gastos públicos"). Me es interesante comprobar que en mi *Derecho financiero* (Abeledo-Perrot, 1997) también utilicé la expresión *asimetría conceptual* para referirme al asunto.

Dicha asimetría conduce, luego, a una falta de equilibrio entre los estudios dedicados a una y otra faz del derecho financiero, en la medida en que es habitual que la atención doctrinaria recaiga, no total pero sí preferentemente, sobre los institutos tributarios[29].

De ahí, también, que se incentive de forma práctica la tendencia doctrinaria a otorgarle autonomía al derecho tributario en cuanto rama jurídica y disciplina científica, desvinculando de esa manera, al nivel reflexivo de la teoría jurídico-financiera, los mecanismos recaudatorios y erogatorios del Estado[30].

Dicho globalmente, en el paradigma financiero clásico hay un constitucionalismo de dos velocidades, pues mientras el derecho tributario es un sector jurídico de alguna forma pionero en lo relativo a su constitucionalización, el derecho presupuestario se desvincula de ese derrotero y queda acantonado en el ámbito de la soberanía política de la ley.

Se ve entonces con claridad qué es lo ausente en el paradigma clásico del derecho presupuestario: *la relación entre ley de presupuesto y derechos fundamentales*.

La visión extrema de este paradigma clásico se concreta en la calificación de la ley de presupuesto en cuanto acto institucional, figura que reelabora, en el ámbito del derecho administrativo argentino, la noción francesa de acto de gobierno, con la consiguiente exclusión de esas decisiones del control jurisdiccional[31].

[29] Esta constatación es un tema recurrente en la doctrina comparada, así, por ejemplo, en España. Ver, por ejemplo, ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 13, quien señala que "resulta ya un tópico, al iniciar los estudios del gasto público, referirse al marcado desequilibrio a favor de las investigaciones sobre los ingresos públicos y concretamente de los tributarios, frente a la escasa atención que ha venido recibiendo el gasto público, mucho menos, incluso, que la prestada a los presupuestos públicos". O tal como también se dice en la Introducción a una completa monografía sobre un aspecto central del derecho presupuestario: "Tradicionalmente el estudio del objeto del derecho financiero se ha circunscripto, en mayor medida, a uno solo de los elementos que componen la actividad financiera: el ingreso. Por ello, y a pesar de la lógica de esta situación, el otro elemento del ciclo económico financiero —el gasto—, actualmente, no es objeto de tan frecuente investigación", ver MARTÍNEZ GINER, Luis A., *La hacienda pública deudora. Un análisis de derecho financiero con especial referencia al cumplimiento de las obligaciones públicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

[30] La autonomía del derecho tributario ha tenido gran predicamento en la Argentina en particular y en Latinoamérica en general. Pueden verse como ejemplo paradigmático las conclusiones de la primera jornada de la ILADT (Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario) realizada en Montevideo en 1956: "1°. El derecho tributario tiene autonomía dentro de la unidad general del derecho por cuanto se rige por principios propios y posee institutos, conceptos y objeto también propios".

[31] La caracterización del presupuesto como acto institucional puede verse en BARRA, Rodolfo, "Aspectos jurídicos del presupuesto", RAP 1986-98-7.

2. La constitucionalización del derecho presupuestario en cuanto etapa superadora

Es preciso desplazar el eje de atención de la ley a la Constitución, yendo más allá de las regulaciones referidas a competencias y procedimientos. Según uno de los tantos lemas posibles: "hay que pasar del presupuesto en cuanto institución legal-parlamentaria al presupuesto en cuanto técnica de la Constitución en su conjunto".

Ir más allá de la visión clásica del presupuesto implica, correlativamente, revitalizar los enfoques que sostienen la unidad del derecho financiero. Pero ahora, esa unidad ya no se sostiene en consideraciones metodológicas endógenas, interiores a la disciplina, sino en razones de raíz constitucional.

La unidad conceptual del derecho financiero se encuentra en la Constitución.

La actividad financiera pública tiene una unidad teleológica de sentido que surge del propio ordenamiento constitucional: hacer efectivas (empíricamente reales) las instituciones del Estado constitucional de Derecho[32].

De acuerdo con una definición general, que nos servirá de hilo conductor: *La finalidad de la actividad financiera pública (o de la Hacienda Pública, de las finanzas públicas, de la renta pública, del Tesoro, del derecho financiero o, en fin, del conjunto sistemático de las técnicas jurídico-financieras) consiste en otorgarle efectividad a las instituciones constitucionales*[33].

El derecho financiero es en su médula conceptual un mecanismo interior de la propia Constitución, en la medida en que ésta debe necesariamente pensar (y regular) cómo se financia lo que ella misma establece. En cuanto texto, la Constitución no es más que un conjunto de signos lingüísticos que requieren de actividad humana para plasmarse en la realidad. Allí, en ese pasaje del texto a la realidad empírica, aparece inevitablemente la exigencia de su financiamiento.

De ahí surge la unidad profunda del derecho financiero, ante lo cual queda como un excusa puramente formal la siempre alegada heterogeneidad de sus técnicas[34]. Se trata de técnicas jurídicas de diferente característica unificadas por medio del fin constitucional que les da sentido.

[32] La finalidad de la actividad financiera y la sujeción a principios jurídicos comunes entendidos como dos elementos unificadores ha sido destacada por FERREIRO LAPATZA, José J., *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, 25ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 41: "Las normas que regulan el ciclo ingresos-gastos-presupuestos tienen sus indudables elementos unificadores en el fin que persiguen, en los principios a los que obedecen, en las relaciones que disciplinan y en los medios de control y defensa de interés público de una parte y de tutela del administrado, de otra, que regulan".

[33] Se advierte cuál es el concepto habitual en el enfoque financiero-presupuestario clásico y ahora desplazado: las necesidades públicas. Pero éstas sólo pueden tener relevancia sí y sólo sí devienen un concepto constitucional. De esta manera, sostenemos enfáticamente que la finalidad de la actividad financiera pública *no* es satisfacer las necesidades públicas, sino darle realidad a la Constitución. Aquí se juega la *juridización* y *constitucionalización* completa de la actividad financiera del Estado. El concepto de necesidad pública se presenta, a la luz del nuevo paradigma, como un genuino *obstáculo epistemológico*.

[34] Esto significa seguir y profundizar las diferentes tradiciones que afirman la unidad y autonomía del derecho financiero. Para Italia, ver: AMATUCCI, Andrea, "Las raíces de la concepción sustancial del derecho financiero público en Nápoles y en la Italia meridional", en *Historia del derecho de la hacienda pública y del derecho tributario en Italia*, Temis, Bogotá, 2004; para España: SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de derecho financiero I. Introducción. Volumen Primero*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977, en particular cap. III "Derecho financiero"; para Francia: PHILIP, Loïc, *Les fondaments constitutionnels des finances publiques*, Económica París, 1995; para la Argentina: ASOREY, Rubén, "El derecho tributario dentro del derecho financiero", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (dir.), *Tratado de tributación*, t. 1, "Derecho tributario", vol. I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 25; para Colombia: PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, t. I, "Derecho de la hacienda pública", 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006.

Se ve que ante las discusiones clásicas, que veían la cuestión de la autonomía como un asunto metodológico interno a la propia disciplina específica, aquí se aprecia un cambio de perspectiva, pues las razones para sostener la unidad y autonomía del derecho financiero son de índole constitucional.

Es el pensamiento de la Constitución el que da respuesta a los límites y características de las ramas jurídicas particulares. Como destaca con claridad Luis Sánchez Serrano, "es en la Constitución y en el derecho constitucional donde puede encontrar unidad, sentido y fundamento el derecho financiero, al igual que cada una de las restantes ramas del derecho"[35].

Más aún, en ese camino de revitalización del pensamiento financiero en sentido unitario, adquiere centralidad metodológica la institución presupuestaria, pues es a través de ella que se percibe con claridad tanto la totalidad de la actividad financiera pública como la relación entre sus aspectos, en la medida en que la ley de presupuesto tiene una estructura jurídica dual, compuesta por una autorización para gastar (el aspecto singularmente normativo del presupuesto) y una estimación recaudatoria, que le da sustento a la faz cuantitativa de aquella autorización, y que permite visualizar el conjunto de los mecanismos a través de los cuales se obtiene la renta pública.

De acuerdo con lo expuesto por Rodríguez Bereijo en uno de los textos mayores de nuestra disciplina: "el núcleo central de la temática del derecho financiero no está constituido tanto por las relaciones jurídicas tributarias, sino más bien por la relación entre los ingresos y los gastos públicos, el verdadero eje central en torno al que gira el derecho financiero. Esta relación encuentra su expresión o se materializa en el Presupuesto del Estado; de ahí que se haya afirmado con razón (aunque luego la doctrina no siempre haya deducido las consecuencias que lógicamente se deducen de ella), que la institución presupuestaria es la que da unidad y coherencia a la actividad financiera del Estado"[36].

Esta revitalización tiene como correlato lógico extender la mirada sustancial a todo el derecho financiero y, en particular, a la institución presupuestaria.

[35] SÁNCHEZ SERRANO, Luis, *Tratado de derecho financiero y tributario constitucional*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 99.

[36] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *Introducción al estudio del derecho financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, p. 103.

Ahora observamos *todos* los institutos financieros desde el componente sustancial de las constituciones, uno de cuyos ejes vitales radica en el Sistema de los Derechos Fundamentales[37].

¿Cómo concebir cada instituto financiero dada la existencia de derechos fundamentales?

Se trata de ir incluso más allá de la perspectiva clásica sobre los tributos, cuando se tematizaba el asunto en término de límites, es decir: los límites que los derechos le imponían a la potestad tributaria del Estado.

Ya no es cuestión sólo de límites, sino de *inmersión*. Es preciso sumergir todas las instituciones financieras en el pensamiento de los derechos fundamentales, a fin de reconceptualizar aquellas instituciones en cuanto medios para la realización de los derechos (y de los restantes fines que cada Constitución establezca)[38].

Pues si la actividad financiera pública tiene su sentido en ser un medio para la realización del Estado constitucional de Derecho, ello significa que también lo es para otorgarle efectividad a los derechos fundamentales.

Los derechos son un fin y un sentido para todos los institutos financieros, entre ellos el tributo y el presupuesto[39].

Aquí se inserta la interrogación central de este ensayo: ¿cómo pensar la ley de presupuesto desde la perspectiva de los derechos fundamentales?

[37] De una forma aún más general se trata de configurar la ley de presupuesto desde una *Teoría de la Justicia* en cuanto narración político-valorativa que subyace a la Constitución. En ese sentido, en un anterior ensayo califiqué al tributo como *una técnica de la Teoría de la Justicia*. Ver CORTI, Horacio, "La controversia sobre la hospitalidad: interpretación de la Constitución y narraciones políticas sobre la justicia", *Revista Aequitas Virtual*, 2008, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador y "Metodología para el análisis del tributo: fundamentos de un enfoque constitucionalista", incluido en GARCÍA NOVOA, César - HOYOS JIMÉNEZ, Catalina (coords.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 31.

[38] La exposición más clara sobre la íntima relación conceptual entre el carácter expansivo de los derechos fundamentales y la necesidad de revalorizar la unidad del derecho financiero se la debemos a Mauricio Plazas Vega. Ver, entre otros textos: *Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2009, donde señala (p. 29): "La evolución de los Estados hacia el reconocimiento efectivo y la garantía de los derechos fundamentales de contenido económico y social ha sido otra de las razones esgrimidas por el autor de este libro para insistir en la importancia crucial que para las sociedades actuales, y consiguientemente para su expresión jurídica, representa la revisión de la tendencia, muy difundida en el mundo desde hace varias décadas a partir de la obra del notable maestro italiano Achile Donato Giannini, a desconocer la unidad científica y didáctica del derecho de la hacienda pública y prohijar exclusivamente la autonomía del derecho tributario". En cambio, una rehabilitación de la autonomía del derecho tributario es la que parece intentar GARCÍA NOVOA, César, *El concepto de tributo*, Tax, Lima, 2009, punto 4.2. "El particularismo del derecho tributario", p. 78.

[39] Indudablemente, no deja de ser cierto que los derechos fundamentales le imponen límites a los institutos financieros. Pero en el orden conceptual cabe pensar primero de qué forma el sistema de los derechos fundamentales le otorga un *sentido* a la actividad financiera pública, para luego sí dilucidar cuáles son los límites que tiene esa actividad por el hecho de estar inmersa en aquel sistema de derechos.

De la definición general antes vista (*la finalidad de la actividad financiera pública consiste en otorgarle efectividad a las instituciones constitucionales*) surge el horizonte a seguir. Basta hacer dos especificaciones y pasar de la "actividad financiera pública" en general a la "actividad presupuestaria" en particular, y de las "instituciones constitucionales" en general a los "derechos fundamentales" en particular.

Así reelaborada, la definición general queda especificada de la siguiente forma: *Una de las finalidades constitucionales de la actividad presupuestaria consiste en otorgarle efectividad a los derechos fundamentales*.

Se ve el camino de ida y vuelta que se va mostrando en el entramado conceptual de la Constitución.

Por un lado, no puede pensarse la ley de presupuesto sin su vinculación con los derechos fundamentales. El derecho presupuestario es ante todo un derecho constitucional presupuestario desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Por otro lado y de forma correlativa, no pueden pensarse los derechos fundamentales sin su vinculación con su aspecto financiero y presupuestario o, según el léxico de Cass Sunstein y Stephen Holmes, sin considerar su costo[40].

El vínculo conceptual va en los dos sentidos: la actividad financiera es de por sí un elemento del sistema de los derechos fundamentales y, a la vez, ese sistema le da sentido constitucional a aquella actividad.

El enfoque constitucionalista tiene consecuencias de diverso nivel conceptual. Lleva a superar el idealismo constitucional, que cree que se pueden pensar jurídicamente los derechos fundamentales sin tener en cuenta su dimensión financiera. Y también el pragmatismo o legalismo presupuestario, que cree que se puede conceptuar adecuadamente la actividad presupuestaria sin su referencia a los derechos fundamentales.

Dicho desde otro ángulo, las instituciones financieras, así el tributo y el presupuesto, son técnicas jurídicas constitucionales, internas a la lógica política de la Constitución. No son institutos infraconstitucionales susceptibles, luego, de un examen desde la Constitución, sino que ellas son de suyo, de por sí, técnicas constitucionales. Es éste uno de los puntos más relevantes de la constitucionalización del derecho, en la medida en que el núcleo significativo de las instituciones jurídicas es genuinamente constitucional.

El corazón del derecho financiero (y del derecho presupuestario) es el derecho constitucional financiero (y el derecho constitucional presupuestario).

[40] HOLMES, Stephen - SUNSTEIN, Cass, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton & Company, Nueva York, 1999.

II. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DE LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE PRESUPUESTO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La experiencia judicial comparada permite verificar, de manera práctica, la vinculación jurídica que en lo concreto de la vida social se da entre ley de presupuesto y derechos fundamentales.

Estos casos le plantean un desafío a la doctrina financiera y presupuestaria, en la medida en que ésta debe pensar dicha vinculación y profundizar en sus múltiples aristas.

Los casos judiciales, a su vez muy diferentes entre sí, nos exigen modificar la visión clásica de la ley de presupuesto. El cambio de paradigma ya se encuentra *en acto* en la práctica judicial comparada.

Por cierto, los casos ponen en primer plano no sólo la relación entre ley de presupuesto y derechos fundamentales, sino también el carácter problemático de esa relación, su punto álgido, crítico, circunstancia que calificamos en términos de cuestión presupuestaria. Es decir: la cuestión presupuestaria revela el anudamiento problemático de la relación entre la ley de presupuesto y los derechos fundamentales (y los estándares constitucionales sustantivos en general).

Las experiencias se encuentran agrupadas en dos grandes bloques. El primero reúne aquellas situaciones en las cuales se afirma, de forma nítida, la primacía de los derechos fundamentales sobre las razones presupuestarias (a]). Aquí consideramos los casos de Estados Unidos (1.a]) y la Argentina (2.a]). El segundo bloque reúne aquellas experiencias donde hay juicios más matizados, que derivan, de una u otra forma, en el ejercicio conceptual de la ponderación (b]). Aquí nos referimos a los casos de Alemania (1.b]), Brasil (2.b]) y Colombia (3.b]).

a) La primacía de los derechos fundamentales sobre las razones presupuestarias

1. Estados Unidos: la cuestión presupuestaria en el contexto del litigio estructural

Los litigios estructurales o casos institucionales se han desenvuelto en el derecho norteamericano en tanto derivación política-jurídica del famoso caso "Brown".

¿Cuál es la característica de estos casos? En ellos se pone en juego alguna institución pública (una organización administrativa) a la luz de una cláusula constitucional, situación que conduce, ante la verificación de una inadecuación entre aquella institución y estas disposiciones constitucionales, a decisiones judiciales que condenan al Estado a modificar sus estructuras.

Son casos institucionales porque involucran una institución, y también estructurales, en la medida en que los cambios son de gran envergadura.

Como ha señalado Gerald Frug al comentar estos casos: "El cumplimiento de las órdenes judiciales requiere masivos incrementos presupuestarios para las instituciones en cuestión" (p. 721).

Uno de los casos más relevantes (un hito, en realidad, en la historia judicial norteamericana) ha sido "Wyatt v. Stickney", proceso iniciado en 1970 y concluido exitosamente 33 años después, en 2003.

La situación, resumidamente expuesta es la siguiente. El punto de partida de la situación conflictiva fue de carácter tributario: la eliminación de un tributo a los cigarrillos destinado a financiar los servicios de salud mental del Estado de Alabama. Ello implicó reducciones presupuestarias y, para emplear una expresión típica de la experiencia latinoamericana, un ajuste presupuestario en el Hospital Estatal Bryce, en Tuscaloosa, con la consiguiente reducción de profesionales y de medios materiales. La situación implicó que 5200 pacientes vivieran en condiciones calificadas en ese momento de inhumanas. Wyatt, internado en el Hospital, inicia la demanda ante un tribunal federal que declaró que las condiciones de vida en la institución no respetaban los derechos constitucionales de los pacientes a recibir un trato digno y una atención médica adecuada. La condena, además, implicó detalladas condiciones para la reformulación institucional del Hospital y un largo proceso de ejecución.

Veamos el aspecto presupuestario. En una de sus decisiones, el juez Johnson destacó lo siguiente: "El fracaso de los demandados en cumplir con este fallo no puede ser justificado por una falta de fondos operativos".

Por su parte, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, al confirmar la decisión del juez Johnson, señaló que la falta de recursos (*the lack of resources*) no es una razón jurídica suficiente para justificar el incumplimiento del fallo.

Según el comentario de Eisenberg y Yaezell: "La Corte rechazó ordenar medidas específicas sobre el sustentamiento monetario para implementar los estándares, señalando que resultaba deseable la deferencia judicial frente a la prerrogativa legislativa en lo relativo al financiamiento. Indicó, sin embargo, que la falta de fondos no podía excusar un fracaso en el cumplimiento"[41].

Fórmulas similares fueron luego expresadas por diferentes jueces y tribunales en los diversos casos institucionales referidos a cárceles, prisiones, e instituciones hospitalarias y escolares[42]. Veamos de forma ilustrativa algunas de ellas:

[41] EISENBERG, Theodore - YAEZELL, Stephen, "The ordinary and the extraordinary in institutional litigation", *Harvard Law Review*, vol. 93, nro. 3, enero 1980, p. 465.

[42] Hay dos trabajos seminales sobre el asunto: FISS, Owen, "The form of justice", en *The law as it could be*, *New York University Press*, 2003, p. 1 y CHAYES, Abram, "The role of the judge in public law litigation", *Harvard Law Review* 89, nro. 7, mayo 1976, p. 1281. La literatura posterior es inmensa. Ver, por ejemplo: DIVER, Colin, "The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions", *Virginia Law Review*, vol. 65, nro. 1, febrero 1979, p. 43; HOROWITZ, Donald, "Decreeing organizational change: judicial supervision of public institution", *Duke Law Journal*, vol. 1983, nro. 6, diciembre 1983, p. 1265; FLETCHER, William, "The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy", *The Yale Law Journal*, vol. 91, nro. 4, marzo 1982, p. 635; STURM, Susan, "A normative theory of public law remedies", *Georgetown Law Journal*, vol. 79, junio 1991, p. 1355; SABEL, Charles - SIMON, Wi-

— Caso "Finney v. Arkansas": "La falta de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelación".

— Caso "Wyatt v. Aderholt": "El Estado no puede no proveer el tratamiento sólo por razones presupuestarias".

— Caso "Gates v. Collier": "La escasez de fondos no es una justificación para continuar denegando a los ciudadanos sus derechos constitucionales".

— Caso "Jackson v. Bishop": "Las consideraciones humanas y los requerimientos constitucionales hoy en día no pueden ser determinados o limitados por consideraciones basadas en dólares".

— Caso "Hamilton v. Love": "Recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales".

— Caso "Gates v. Collier" (esta vez la Cámara de Apelaciones): "Cuando las instituciones estatales se encuentran operando en condiciones y con prácticas inconstitucionales, la defensa de escasez de fondos y la incapacidad de la Corte de distrito para ordenar asignaciones de parte de la Legislatura del Estado, deben ser rechazadas por la Corte federal".

Estos litigios no se limitan a la época de mayor protagonismo de los movimientos norteamericanos por los derechos civiles, desde la segunda posguerra hasta mediado de los años setenta, sino que continúan hasta el día de hoy. Incluso hay una mayor variedad de situaciones posibles.

En efecto, mientras que en las casos antes mencionados la *cuestión presupuestaria* surge en el curso del litigio como eventual razón del Estado para no poder cumplir con un estándar constitucional o, incluso, una decisión judicial, hay otras causas donde lo que está en juego, centralmente y como objeto procesal, es la financiación presupuestaria de una institución.

Un ejemplo reciente de esta última situación lo muestra la larga historia del caso "CFE v. State of New York".

Iniciada casi a los comienzos de los noventa y aún en curso, en la causa se debate el sistema educativo de Nueva York a la luz de la Constitución de dicho Estado que consagra el derecho a una sólida educación básica[43].

En una decisión fundamental (del 26/6/2003) la Corte de Apelaciones se expidió en favor de CFE y consideró que la causa de la deficiente educación residía en el sistema de financiamiento. La Corte condenó al Estado a determinar el costo presupuestario de un sistema educativo acorde a la pauta constitucional

A partir de allí la causa tomó un curso interesante, pues ante el incumplimiento del Estado en hacer una propuesta, el juez nombró un panel de árbitros, que presentó un informe donde concluyeron que el sistema escolar necesitaba

lliam, "Destabilization rights. How public litigation succeeds", *Harvard Law Review*, vol. 117, febrero 2004, p. 1015; SCHLANGER, Margo, "Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation", *Michigan Law Review*, vol. 97, mayo 1999, p. 1994.

[43] Las decisiones judiciales, las principales presentaciones, así como una cronología detallada del juicio pueden verse en el sitio de la asociación actora: *www.cfequity.org*.

un financiamiento adicional de 5,63 billones de dólares de ayuda operativa y 9,2 billones para instalaciones. Dicho informe fue aprobado por el juez, quien ordenó al Estado proveer las sumas indicadas.

La Corte de Apelaciones, luego, consideró que correspondía diferir a la Legislatura la determinación presupuestaria de la suma adecuada para financiar el sistema y asegurar el derecho a una sólida educación básica.

Mientras que en ciertos casos judiciales la cuestión presupuestaria surge como argumento de la defensa del Estado a fin de justificar un incumplimiento (y allí surge el lema judicial: la escasez de recursos no justifica la violación de un derecho), en otros aquella cuestión se presenta como una discusión jurisdiccional directa sobre cómo financiar una institución y así proteger debidamente un derecho.

Ambas situaciones ponen en juego no sólo a la Administración en juicio sino al propio Poder Legislativo, quien es, en definitiva, el órgano competente en materia financiera y presupuestaria como derivación del principio de legalidad en la materia[44].

La práctica judicial, entonces, permite comenzar a individualizar tres situaciones generales que vinculan la ley de presupuesto con los derechos fundamentales y que merecen una respuesta:

a) *La cuestión presupuestaria como defensa durante el proceso*. El Estado alega, como justificación de un incumplimiento jurídico que redunda en la lesión de un derecho (o de un estándar constitucional), la insuficiencia de recursos presupuestarios.

b) *La cuestión presupuestaria como defensa en la ejecución de las sentencias*. El Estado alega, ante una resolución judicial que le impone una conducta que reestablece la vigencia de un derecho (o de un estándar constitucional) que tiene un costo concomitante, la insuficiencia de recursos presupuestarios.

c) *La cuestión presupuestaria como objeto procesal*. En esta tercer situación la insuficiencia presupuestaria es el propio objeto del juicio en cuanto a ella se le atribuye el hecho mismo de ser la causa de la lesión de un derecho (o de un estándar constitucional).

Las tres situaciones han generado en los tribunales norteamericanos una corriente jurisprudencial, cuyo sentido básico puede resumirse en el siguiente lema: "las restricciones presupuestarias no son por sí mismas una razón válida alegable por el Estado para justificar el daño a un derecho fundamental o el incumplimiento de un estándar constitucional".

[44] Ver SCHAPIRO, Robert, "The legislative injunction: a remedy for unconstitutional legislative inaction", *The Yale Law Journal*, vol. 99, nro. 1, octubre 1989, p. 231. Entre otros casos analizados se encuentra la controvertida decisión dispuesta en "Jenkins v. Missouri", donde ante el fracaso en obtener el financiamiento necesario para cumplir con una orden judicial, el juez Clark ordenó un incremento en el impuesto local a la propiedad e impuso una tasa adicional en el impuesto a las ganancias devengadas dentro del distrito.

2. Argentina: las carencias presupuestarias y la subversión del Estado de Derecho

En la Argentina, hay diversas decisiones judiciales en las cuales se revela el carácter problemático de la relación entre la actividad presupuestaria y los derechos fundamentales. Veamos alguna de ellas y el camino conceptual que sugieren.

En primer lugar es preciso tomar en cuenta el *leading case* de la propia Corte Suprema: "Rubén Badín"[45].

El caso tiene su origen en un incendio ocurrido en el penal de Olmos, situación en la cual fallecieron los actores, cuyos familiares demandaron al Estado por los daños y perjuicios causados, cuestión que la Corte encuadró en términos de falta de servicio.

La Corte describe con detenimiento las condiciones de vida en la cárcel. Da la sentencia muchos detalles de la situación, de los que cabe recordar lo siguiente, por mencionar los problemas presupuestarios: "La declaración indagatoria del jefe de la unidad resulta significativa demostración de las deficientes condiciones de la cárcel de Olmos. Allí se describen los sucesos del 5 de mayo y los trabajos realizados para sofocar el incendio y auxiliar a los internos pero, a la vez, se ponen de manifiesto las graves insuficiencias de la unidad, que albergaba para entonces aproximadamente 3.000 internos, excediendo notoriamente su capacidad, calculada en 1.000. La declaración destaca la precariedad de las instalaciones eléctricas, el uso tolerado de calentadores que se utilizaban para cocinar ante la falta de suministro adecuado de alimentos y, en particular, que 'con respecto a la carencia de elementos extintores y elementos contra incendio se ha insistido en reiteradas oportunidades, no solamente desde mi jefatura sino de jefaturas anteriores, la provisión de los citados elementos'. A fs. 1151 vta. se atribuye el incendio a 'un problema de estructura, edificio obsoleto, presupuesto y mantenimiento' y se afirma que en materia de control de incendios el personal solamente tenía un conocimiento básico. La ubicación del lugar del siniestro, la velocidad con que se propagó el fuego y la precariedad de medios hizo, según se expone, que el desenlace fuera irreversible".

La cuestión que nos interesa es la relación entre los derechos y la decisión presupuestaria. La existencia, en el caso, de derechos involucrados la destaca la propia Corte, que deja en claro que se está ante disposiciones constitucionales de carácter operativo, que, a su vez, generan deberes estatales. Dice la Corte: "Que resulta necesario recordar, a los fines de la solución del caso, que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida 'que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija' (art. 18, CN). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa

[45] Corte Sup., 1995, Fallos 318:2002.

tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral.

"La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario".

En este marco se inserta la referencia presupuestaria de esta sentencia, que es la clave conceptual del desarrollo posterior. Dice el consid. 9º: "Que estas dolorosas comprobaciones, que es deber del tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quien fue jefe de la unidad de Olmos.

"Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa.

"Por otro lado, las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5º, inc. 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos)".

Dado un derecho fundamental, no es una razón válida para justificar su lesión la existencia de carencias presupuestarias. Lo contrario implica, de acuerdo con la contundente expresión de la Corte, subvertir el Estado de Derecho.

Esta doctrina ha sido mantenida con posterioridad. Vale citar, como ejemplo, el caso "Verbitsky", donde a raíz de un hábeas corpus colectivo la Corte, diez años más tarde y con modificaciones en su composición, volvió a decir lo siguiente, en su consid. 28: "Que en este sentido, si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los

problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que 'estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales'... 'Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)' (Fallos 318:2002)"[46].

También podemos mencionar decisiones de otros tribunales, en particular referidos al derecho a la salud.

Tiene su importancia, por lo elocuente, una medida cautelar otorgada por una jueza federal, Claudia Rodríguez Vidal, en el caso "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social", el 5/12/1996[47].

Dicha causa se había originado en una presentación de la asociación actora, por vía de una acción de amparo, a fin de que se cumpla, entre otras cuestiones, con el suministro de medicamentos que requieren la personas que padecen las consecuencias del virus VIH/Sida en todos los hospitales y efectores sanitarios del país[48]. Lo central se encuentra en un último comentario que casi al pasar contiene el final de esta sentencia: "Que, por último, debo señalar que no puedo dejar de valorar al momento de acceder a la medida, que para el caso de que efectivamente el Ministerio se encontrara cumpliendo normalmente con la conducta que le requiere, la decisión que adopto sería inocua pues ningún gravamen podría causarse a la demandada, mientras que si por el contrario, y como resultas de los avatares presupuestarios, la provisión de los medicamentos no es regular y permanente, cobra toda su virtualidad la necesidad que esa situación se revierta en beneficio de la comunidad".

Destaquemos la idea central: los avatares presupuestarios pueden conducir a que se lesione un derecho fundamental.

Por último, cabe destacar un caso semejante al anterior, pero en el cual la Cámara interviniente se explaya aún más sobre la problemática presupuestaria. Se trata del caso "Roble, Mariana A." del 15/3/2007, dictado por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. También se trataba de la omisión estatal en suministrar medicamentos, ello en razón de la falta de recursos presupuestarios al efecto.

El Estado es condenado en primera instancia a suministrar los medicamentos. Entre sus argumentos, al apelar la sentencia de la Cámara, menciona el siguiente: "También se agravia [el Estado] por cuanto afirma que 'la cuestión presupuestaria y la distribución del ingreso constituyen cuestiones políticas no judiciables...' y que 'la distribución del ingreso es una cuestión discrecional a la que los magistrados están ajenos' (punto II, décimo primer y décimo cuarto párrafo, respectivamente); añade que el nivel de los recursos afectados está dado por la disponibilidad y las partidas asignadas a su parte en la Ley de Presupuesto, que 'de ningún modo puede ser revisada por el Poder Judicial' (punto II, penúltimo párrafo)".

A fin de contestar el argumento cabe citar dos extensos considerando, centrales para nuestro asunto:

"3. Que, respecto del segundo agravio, cabe señalar que 'en nuestro sistema constitucional la política financiera —fines económicos, sociales y jurídicos— no puede orientarse y menos aún determinarse con un criterio puramente científico, dogmático en lo económico, u oportunista en lo fiscal; esa política debe tener un *substratum* jurídico permanente: forman tal *susbstratum* los principios constitucionales, los cuales —por latos y flexibles que sean— son supuestos irreductibles de toda acción del Estado; trátase de principios que en cierto sentido tienen valor, jerarquía o preeminencia en toda la actividad del Estado y, por ende, también en la actividad financiera. Por eso una política financiera, cualquiera sea su orientación, y cualesquiera sus directivas o fines, será necesariamente concebida y realizada con referencia, y aun se diría mejor,

[46] Corte Sup., "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", LL 2005-E-39. Sobre los diferentes aspectos del caso, ver CASAS, Laura - ARIAS AMICONE, Marcos, "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tutela más inclusiva", DJ del 24/1/2007; REY, Sebastián - GOLDSMAN, Carolina, "La reciente jurisprudencia en materia de acción de amparo colectivo", LL Sup. Const. (agosto), p. 85; MILICIC, María de los Ángeles - CORVALÁN, Víctor, "Reflexiones sobre el rol de los jueces en el Estado de Derecho", LL 2005-E-91; SABSAY, Daniel, "Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales", LL 2005-E-35; BOICO, Roberto, "Los derechos humanos como nuevo paradigma de relación entre el Estado federal y provincial. Cuestiones suscitadas a raíz del fallo 'Verbitsky' de la CSJN", LL 2005-C-435; BASTERRA, Marcela, "Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del *corpus* colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso 'Verbitsky'", LL 2005-D-530; LORENTI, Pedro, "El hábeas corpus colectivo como acción de clase. A propósito del fallo 'Verbitsky'", LL 2005-D-542; SAGÜES, Néstor, "Las sentencias constitucionales exhortativas ('apelativas' o 'con aviso') y su recepción en Argentina", LL 2005-F-1461; ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, "Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional", LL 2006-B-1238; GRASSI, Adrián, "El fallo Centro de Estudios Legales y Sociales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Un llamado de atención sobre el régimen de excarcelación vigente en la provincia de Buenos Aires", EDPE 2005, p. 5; MOSCATO, Claudia, "La responsabilidad del Estado frente a las personas detenidas", JA 2006-I-1037.

[47] Un relato sobre la historia del caso puede verse en MAURINO, Ezequiel *et al.*, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 135. La causa finalmente llegó a la Corte Suprema, que confirmó la condena hecha al Estado, ver: Corte Sup., 2000, "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado nacional", Fallos 323:1339.

[48] Sobre el VIH/Sida en el ámbito jurídico argentino ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El sida en la jurisprudencia", Academia Nacional de Derecho, 1999, p. 132 y el Suplemento JA del 2/11/2005.

con subordinación a la constitución político-jurídica del Estado. Es decir, que toda política debe ser inspirada y limitada por los principios constitucionales, que son líneas —demarcadoras— de la política financiera' (Bielsa, Rafael, *Estudios de derecho público*, t. II, 'Derecho fiscal', p. 9 —en este texto y en los que siguen, la bastardilla es del original—).

"De este modo, 'las limitaciones constitucionales en cuanto son de índole jurídica no constituyen propiamente limitaciones políticas —en sentido amplio: sea política social, fiscal o económica—; pero ni el legislador ni el ejecutivo pueden prescindir de ese orden jurídico, sino por el contrario subordinar el propósito político —por loable que sea— al principio jurídico cuando éste se expresa en una regla de la Constitución, porque sólo entonces la ley impositiva o fiscal es constitucional'; 'en suma la política financiera y fiscal no se concibe sino dentro del ordenamiento constitucional de cada Estado, por lo que es evidente que aun cuando se pretenda que es una ciencia de fines —fines superiores o esenciales— ella tiene un *substratum jurídico*' (autor y obra citados, ps. 13 y 14).

"4. Que, sentado lo anterior, es pertinente indicar que la actividad financiera pública es la que está encaminada a la obtención de ingresos y realización de gastos a los efectos de hacer efectivos los procedimientos democráticos y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos (conf. Corti, Horacio G., *Derecho financiero*, p. 126).

"Existe, pues, una 'relación condicionante entre la ley de presupuesto —la ley de leyes— y la efectiva protección y operatividad de las garantías constitucionales' (Lamuedra, Agustina - D'Alessio, Ignacio, 'La Ley de Presupuesto y las garantías constitucionales. El derecho a la salud', ED Constitucional 2005, p. 526); con esto va dicho que es inadmisible afectar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales mediante la simple invocación de una insuficiente asignación presupuestaria (conf. Corti Horacio G., obra citada, p. 578).

"En esta línea de ideas, se advierte que 'el Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el quántum de recursos a criterio de su voluntad benévola, sino que está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a la atención de los derechos sociales' (Bidart Campos, Germán J., 'La Constitución Económica —un esbozo desde el derecho constitucional argentino—', JA 2002-II-1144).

"En consecuencia, frente a una lesión jurídica concreta no se puede oponer como causal exculpatoria la existencia de una insuficiencia o particular distribución en cuanto a los recursos financieros disponibles o presupuestados; lo contrario implicaría tanto como aceptar que la ley de presupuesto, en lugar de ser un medio de juridización, se convierta en un mecanismo para violentar a la propia Carta Magna. Esto conduce, en definitiva, a la sumisión de la actividad erogatoria pública concretada en la ley presupuestaria —esto es: el gasto público— a la jurisdicción constitucional (conf. Corti, Horacio G., obra citada, p. 572)".

Sin menciones expresas, la práctica judicial argentina parece coincidir, en líneas generales y más allá de las diferencias entre una y otra, con su homóloga norteamericana, al momento de sintetizar la forma jurídica de resolver la problemática presupuestaria. Según la expresión de la Corte argentina: "las carencias presupuestarias no justifican transgresiones a los principios consagrados en la Constitución y que definen al Estado de Derecho".

Puede traducirse lo visto en el siguiente esquema de argumentación, que abre, paso a paso, el camino de una serie convergente de problemáticas y eventuales reformulaciones conceptuales:

a) Los derechos fundamentales requieren de organización administrativa y de acción pública. Es decir, la vigencia o efectividad de los derechos supone, en mayor o menor medida, actividad estatal. Este punto conduce, por un lado, a considerar un aspecto nuclear del derecho administrativo (la organización y su acción) desde la óptica de los derechos fundamentales y, por otro, a reformular las visiones sobre los derechos fundamentales para hacer de las instituciones del derecho administrativo una dimensión de su propia existencia conceptual.

b) Aquella organización y acción administrativas requieren, a su vez, de recursos financieros para poder sustentarse. Tanto el derecho administrativo como la teoría de los derechos fundamentales tienen que referirse, en el curso del desarrollo de su estructura conceptual, a la reflexión financiera, que hace al costo de las organizaciones administrativas, del accionar administrativo y de los propios derechos.

c) Los recursos financieros se asignan por medio de la ley de presupuesto. Aquí viene a incidir toda la significación política de la ley sobre la base de la división de poderes en cuanto técnica central de la república y de la democracia.

d) De los puntos anteriores a), b) y c) se sigue, camino argumental que tiene que superar una serie escalonada de retos conceptuales jurídico-políticos de diferente nivel y alcance, que la ley de presupuesto debe asignar los recursos suficientes para que se desarrolle una regular organización y actividad pública que esté en condiciones de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales.

Por lo tanto y dicho en otros términos: "los derechos fundamentales limitan de forma sustancial (o material) la discrecionalidad legislativa en materia presupuestaria".

La anterior proposición adquiere aún mayor sentido si la observamos de acuerdo a la Declaración de Quito sobre la aplicación de los tratados de derechos económicos, sociales y culturales, punto 27: "Los derechos económicos, sociales y culturales fijan límites a la discrecionalidad estatal en la decisión de sus políticas públicas. La asunción de obligaciones en este campo establece un catálogo de prioridades que el Estado se ha comprometido a asumir, debiendo dedicar prioritariamente sus recursos a cumplir estas obligaciones".

a) El camino jurisprudencial de la ponderación

1. Alemania: la categoría de "la reserva de lo posible"

Cabe considerar, ahora, una objeción que, por su magnitud y evidencia, no puede eludirse: ¿acaso las referidas obligaciones correlativas a los derechos pueden implicar consecuencias presupuestarias ilimitadas? ¿No imponen los recursos efectivamente disponibles límites materiales que no pueden ser jurídicamente traspasados? ¿No cabe subordinar la vigencia efectiva de los derechos a los recursos presupuestarios en cada momento disponibles?

Una forma particular de enfocar el asunto es a través de la categoría de la reserva de lo posible (*Vorbehalt des Moglichem*), que ha nacido en el derecho alemán.

El punto de partida de la categoría de la reserva de lo posible se encuentra en la clásica decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán conocida como *numerus clausus* (sentencia BverfGE 33, 303), del 18/7/1972[49].

El objeto del juicio consistía en la valoración constitucional de las restricciones para la admisión de estudiantes que querían iniciar estudios en un campo de especialización determinado, debido al agotamiento de la capacidad para impartir una formación (*numerus clausus* para el estudio de medicina).

Luego de diversas consideraciones sobre los derechos fundamentales y el principio de igualdad, el tribunal efectúa la siguiente reflexión sobre el derecho a que se creen nuevas plazas en la Universidad, que por la relevancia que va a adquirir en el futuro cabe citar de forma extensa: "En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del art. 109, párr. 2° de la Ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico. A él le corresponde también la decisión sobre el alcance y las prioridades de la construcción de escuelas superiores, donde se debe tener en cuenta que la construcción y reconstrucción de universidades de conformidad con el art. 91a de la ley Fundamental pertenecen a las funciones que deben cumplir conjuntamente la Federación y los Estados. Para estas decisiones los órganos competentes se tienen que orientar, en primer lugar, con base en las tendencias identificables de la demanda por plazas de estudio, pues una orientación basada exclusivamente en un direccionamiento inadmisible y en un examen de necesidad, sin indagar por las necesidades, podría conducir a un recorte del significado de la libre autodeterminación como elemento constitutivo del orden

[49] El texto puede consultarse en la ya citada recopilación de jurisprudencia del tribunal alemán elaborada por Jürgen Schwabe en nota 15, p. 350.

liberal. De otra parte, el deber constitucional tampoco obliga a que para cada aspirante se deba tener a disposición, en todo momento, la plaza de estudio que él desea, y de esa forma hacer depender las inversiones aplicables en el campo de las universidades exclusivamente de múltiples factores usualmente fluctuantes e influenciables por la demanda individual. Esto llevaría a una comprensión errónea de la libertad, en el caso que se reconociera que en el tiempo la libertad personal no se realiza separadamente de la capacidad funcional y de la importancia del todo, y que una concepción subjetiva ilimitada a costa de la comunidad es incompatible con la concepción del Estado social. La Ley Fundamental —como en repetidas ocasiones lo ha subrayado el Tribunal Constitucional Federal con relación al derecho fundamental de la libertad general para actuar (véase BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351])— decide sobre la tensión individuo-sociedad en el sentido de la vinculabilidad y de la sujeción a la sociedad de la persona; el individuo debe aceptar, por tanto, aquellas restricciones a su libertad para actuar que el legislador, para la protección y promoción de la vida social en comunidad, prevé dentro de los límites de lo razonable, siempre y cuando se garantice la independencia de la persona.

"Estas consideraciones reclaman validez en el campo de la garantía estatal del derecho de participación. Aquí el mandato de la justicia social, que se concretiza en el principio de igualdad, se opone a los medios públicos de los que se dispone limitadamente en detrimento de otros importantes intereses comunes y que en forma prevalente favorecen una parte privilegiada de la población. Al legislador, por tanto, no le puede estar prohibido orientarse también con base en las fuerzas de la necesidad a favor de diferentes profesiones, en la medida que no tenga éxito la demanda individual y la necesidad de la sociedad pueda cubrirse mediante la asesoría a los estudiantes".

Esta intrincada argumentación puede dar lugar a diferentes formas de pensar el problema, incluso opuestas en sus valoraciones y resultados.

Una visión posible consiste en afirmar el principio de *la subordinación de los derechos fundamentales a las decisiones presupuestarias legales vigentes*. Se trata de una lectura legalista, restrictiva de los derechos, que vuelve a poner el eje del político en la soberanía de la ley.

Los derechos no pueden exigirse más allá de lo posible, y ello incluye lo financieramente posible. A su vez, la evaluación de este último extremo es competencia soberana (y discrecional) del legislador.

La reserva de lo posible se convierte en "reserva de financiación" o de "cajas financieras", cuya evaluación queda en las manos libres de los órganos legislativos.

Reserva de lo posible, discrecionalidad legislativa y subordinación de los derechos a las exigencias financieras son tres aspectos de una misma concepción del derecho.

Gomes Canotilho resume esta lectura de forma ejemplar al señalar que "en los comienzos de los setenta, P. Häberle formuló la idea de la reserva de las cajas financieras para expresar la idea de que los derechos económicos, sociales

y culturales se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado en la medida en que se trate de derechos a prestaciones financiadas con cargo a las arcas públicas. En la misma línea, otro iuspublicista alemán, W. Martens, reforzaba esa idea a través de expresiones plásticas que hoy son repetidas hasta la saciedad en los manuales: 'Los derechos subjetivos susceptibles de realización sólo pueden ser garantizados en el ámbito de lo posible y lo adecuado, y por este motivo se encuentran desprovistos de estatuto jurídico-constitucional'. Desde entonces la reserva de lo posible (*Vorbehalt des Moglichem*) logró centralidad dogmática hasta el punto de oscurecer cualquier intento de renovación en el capítulo de los derechos sociales".

Preguntándose luego qué significa en rigor la expresión reserva de lo posible, Gomes Canotilho indica cuatro aspectos: a) total desvinculación jurídica del legislador; b) tendencia hacia cero de la eficacia jurídica de las normas constitucionales que consagran los derechos; c) gradualidad sobre la base y a partir de los límites financieros; y d) no exigibilidad judicial de las opciones legislativas, en la medida en que los programas político-legislativos no son susceptibles de control jurisdiccional[50].

La reserva de lo posible es una vía para, por un lado, reforzar la primacía de ley y, por otro, para dar lugar a un principio de primacía financiera, según el cual hay una dependencia presupuestaria de los derechos. Este enfoque conduce a controvertir la tendencia jurisprudencial norteamericana y argentina antes indicada, de forma que las restricciones legales presupuestarias sí son, desde esta perspectiva, una razón válida para justificar el incumplimiento de un estándar constitucional o la lesión o no efectividad de un derecho fundamental[51].

Otra visión posible sobre la reserva de lo posible ha sido seguida en Brasil, en el camino interpretativo de la nueva Constitución de 1988, como modalidad singular de recepción de la categoría forjada por el Tribunal Constitucional alemán[52].

[50] GOMES CANOTILHO, José J., "Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 3, nro. 6, 1998, p. 33.

[51] Aun cuando tenga la apariencia de ser una visión democrática (pues privilegiaría al principio mayoritario representado en los órganos legislativos), se trata de un enfoque crudamente conservador y antipopular, que afecta al núcleo mismo de la autonomía política de las mayorías: los derechos sociales. Éstos son, sin dudas, un medio para proteger las condiciones materiales de la autonomía de las personas que dependen de un trabajo: es decir, las mayorías. El pueblo, en su sentido más enfático de pueblo llano. Afirmar, como ha hecho Anna Pintore, en un conocido ensayo sobre la visión de los derechos fundamentales de Ferrajoli, que los derechos son insaciables y que tienden a anular la democracia, sólo puede ser comprendido, desde la periferia latinoamericana, como una provocación. Ver PINTORE, Anna, "Derechos insaciables", en FERRAJOLI, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001.

[52] Sobre la relación entre las tradiciones jurídicas alemana y brasileña, ver MARMELSTEIN LIMA, George, *Protecao judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, monografía presentada en la Universidade Federal Fulmínense, 2007.

2. Brasil: la reinterpretación de la reserva de lo posible y el concepto de mínimo existencial

El punto de partida insoslayable de la práctica jurídica brasileña es la decisión del Supremo Tribunal Federal ADPF 45 MC/DF, del 4/5/2004, con el relato a cargo del ministro Celso de Melo[53].

En el caso se encontraba en controversia la constitucionalidad de un veto presidencial sobre la propuesta legislativa destinada a fijar las directrices pertinentes para la elaboración de la ley de presupuesto anual para 2004 en materia de servicios de salud. Dado que luego se modificó la llamada Ley de Directrices Presupuestarias, el conflicto devino abstracto. Sin embargo, el relator del Supremo Tribunal, Celso de Melo, consideró pertinente efectuar una serie de consideraciones, justamente centradas sobre cómo interpretar la cláusula de "la reserva de lo posible".

Destaquemos lo central de esta decisión. Luego de referir la posibilidad de omisiones estatales inconstitucionales y de que la Constitución no puede convertirse en una mera promesa inconsecuente, señala lo siguiente: "No dejo de comprobar, sin embargo, asentada tal premisa, una significativa relevancia de lo referido a la 'reserva de lo posible'... especialmente con respecto a la efectivización e implementación (siempre costosas) de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), cuyo otorgamiento, por el Poder Público, impone y exige de éste prestaciones estatales positivas que concreten tales prerrogativas individuales y/o colectivas. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales —caracterizada por la gradualidad de su proceso de concretización—, depende en gran medida de un ineludible vínculo financiero subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de tal modo que, demostrada objetivamente la incapacidad económica financiera de la persona estatal, de ésta no se podrá razonablemente exigir, considerada la limitación material referida, la inmediata efectivización de la directiva fundada en el texto de la Carta Política. No se mostrará lícito, en tanto, al Poder Público, en tal hipótesis —mediante indebida manipulación de su actividad financiera y/o político-administrativa— crea un obstáculo artificial que revele el ilegítimo, arbitrario y censurable propósito de defraudar, frustrar o tornar inviable el establecimiento y la preservación, en favor de la persona y de los ciudadanos, de mínimas condiciones materiales de existencia. Cabe advertir de ese modo que la cláusula de la 'reserva de lo posible' —salvo por la ocurrencia de un justo mo-

[53] La bibliografía brasileña es abundante sobre el asunto. Pueden verse, entre otros, los trabajos incluidos en SARLET, Ingo W. - BENETTI TIMM, Luciano (organizadores), *Direitos fundamentais: orcamento e "reserva do possível"*, 2ª ed. revista e ampliada, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2010 y las siguientes disertaciones presentadas en la Universidad Federal de Paraná: HONORIO, Claudia, *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, 2009; PRETTO PEREIRA, Ana L., *A reserva do possível na jurisdicao constitucional brasileira: entre constitucionalismo y democracia*, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, 2009 y LOPES OLSEN, Ana C., *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, 2006.

tivo objetivamente contrastable— no puede ser invocada, por el Estado, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, especialmente cuando, de esa conducta gubernamental negativa, pueda resultar la anulación o, incluso, la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentabilidad".

A ello agrega lo siguiente: "Para establecer los elementos fundamentales de esa dignidad (el mínimo existencial), se deben establecer exactamente los objetivos prioritarios de los gastos públicos. Justo después de alcanzarlos se podrá discutir, con respecto a los recursos restantes, en qué otros proyectos se deberá invertir. El mínimo existencial, como se ha visto, asociado al establecimiento de prioridades presupuestarias, es capaz de convivir productivamente con la reserva de lo posible. Véase, pues, que los condicionamientos impuestos por la cláusula de la 'reserva de lo posible', al proceso de concreción de los derechos de segunda generación —de implementación siempre costosa—, se traducen en un binomio que comprende, de un lado, (1) la razonabilidad de la pretensión individual/social deducida frente al Poder Público y, por otro, (2) la existencia de disponibilidad financiera del Estado para hacer efectivas las prestaciones positivas reclamadas. Es necesario enfatizar, considerando el encargo gubernamental de hacer efectiva la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, que los elementos que componen el mencionado binomio (razonabilidad de prestación + disponibilidad financiera del Estado) deben configurarse de un modo afirmativo y en situación de acumulativa ocurrencia, pues, ausente cualquiera de estos elementos, se limitarían las posibilidades estatales de realización práctica de tales derechos. Si bien la formulación y la ejecución de políticas públicas depende de opciones políticas a cargo de aquellos que, por delegación popular, reciben investidura en mandato electivo, cabe reconocer que no se revela absoluta, en ese dominio, la libertad de conformación del legislador, ni la actuación del Poder Ejecutivo. Si tales Poderes del Estado actuaran de modo irrazonable o procedieran con una clara intención de neutralizar, comprometiendo la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales, afectando, como resultado causal de una injustificable inercia estatal o de un abusivo comportamiento gubernamental, ese núcleo intangible que comprende un conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias de una existencia digna y esenciales a la propia supervivencia del individuo, allí entonces, se justificaría, como he enfatizado ya anteriormente —y asimismo por razones fundadas en un imperativo ético jurídico—, la posibilidad de intervención del Poder Judicial, a fin de viabilizar, a todos, el acceso a los bienes cuyo goce les ha sido injustificadamente denegado por el Estado".

Esta sentencia le da mayores precisiones a la visión genérica del tribunal alemán, que pueden resumirse, a mi entender, en las siguientes proposiciones:

a) la cláusula de la reserva de lo posible no puede ser articulada para justificar el incumplimiento de obligaciones constitucionales vinculadas a los derechos fundamentales que protegen las condiciones materiales mínimas para una existencia digna;

b) los derechos económicos, sociales y culturales de rango constitucional imponen prioridades presupuestarias a los gastos públicos;

c) en este ámbito, la libertad de configuración del legislador se encuentra acotada por la Constitución;

d) la invocación de la cláusula de la reserva de lo posible, en las restantes situaciones, requiere una comprobación objetiva de las incapacidades financiera del Estado;

e) la comprobada limitación presupuestaria sólo justifica, para esos casos, que la efectivización del derecho no sea inmediata;

f) el legislador actúa de manera irrazonable cuando por omisión (inercia) u acción afecta el núcleo intangible que hace a la sustancia del conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias para una existencia digna;

g) todos estos elementos son los que le permite decir a la sentencia que el mínimo existencial, asociado a unas respectivas prioridades presupuestarias, puede convivir con la cláusula de la reserva de lo posible.

A fin de ver de qué manera se concreta esta visión cabe considerar los derechos que han sido incluidos dentro de ese "conjunto irreductible de condiciones" que hacen al concepto de "mínimo existencial".

Ha habido hasta el presente al menos dos situaciones paradigmáticas: el derecho a la salud y el derecho al acceso a la educación inicial.

En cuanto al derecho a la salud, el Supremo Tribunal Federal se expidió en un caso pionero, RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, que abrió el camino para la jurisprudencia posterior: "El derecho público subjetivo a la salud representa una prerrogativa jurídica no disponible asegurada a la generalidad de las personas por la propia Constitución de la República (art. 196). Traduce el bien jurídico constitucionalmente tutelado, por cuya integridad debe velar, de manera responsable, el Poder Público, a quien incumbe formular e implementar políticas sociales y económicas idóneas que tiendan a garantizar a los ciudadanos, inclusive a aquellos portadores del virus HIV, el acceso universal e igualitario a la asistencia farmacéutica y médico-hospitalaria. El derecho a la salud además de calificarse como derecho fundamental que asiste a todas las personas, representa la consecuencia constitucional indisociable del derecho a la vida. El poder público, cualquiera que sea la esfera institucional de su actuación en el plano de la organización federativa brasilera, no puede mostrarse indiferente al problema de la salud del pueblo, bajo pena de incurrir, incluso por medio de una censurable omisión, en un grave comportamiento inconstitucional.

"El carácter programático de la regla inscripta en el art. 196 de la Carta Política, que tiene por destinatarios todos los entes políticos que componen, en el plano institucional, la organización federativa del Estado brasileño, no puede convertirse en promesa constitucional inconsecuente, so pena de que el Poder Público, traicionando las justas expectativas depositadas por la comunidad, sustituya, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber, por un

gesto irresponsable de infidelidad gubernamental, ante la propia Ley Fundamental del Estado.

"El reconocimiento judicial de la validez jurídica de programas de distribución gratuita de medicamentos a personas carentes, inclusive aquellas portadoras del virus HIV, le otorga efectividad a preceptos fundamentales de la Constitución de la República (arts. 5° caput, y 196) y representa, en la concreción de su alcance, un gesto reverente y solidario de aprecio a la vida y a la salud de las personas, especialmente de aquellas que nada tienen y nada poseen, salvo la conciencia de su propia humanidad y de su esencial dignidad".

En cuanto al derecho a la educación infantil es ilustrativa la sentencia AG REG Recurso Extraordinario 410.715-5 São Pablo, donde se dice: "La educación infantil representa una disposición constitucional indisponible, que, referida a los niños, les asegura, para su desarrollo integral, y como primera etapa del proceso de educación básica, atención en jardines de infantes y el acceso al preescolar (CF, art. 208, IV). Esta disposición jurídica, en consecuencia, impone, al Estado, por efecto de la enorme significación social que reviste la educación infantil, la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten de manera concreta, en favor de los 'niños de cero a seis años de edad' (CF, art. 208 IV), el efectivo acceso y atención en jardines de infantes y al pre-escolar, so pena de configurarse una inaceptable omisión gubernamental, capaz de frustrar injustamente, por inercia, el integral otorgamiento, por el Poder Público de la prestación estatal que le impone el propio texto de la Constitución Federal.

La educación infantil, por calificarse como un derecho fundamental de todo niño, no se expone en su proceso de concreción a decisiones meramente discrecionales de la Administración Pública, ni se subordina a razones de puro pragmatismo gubernamental.

Los municipios, que actúan prioritariamente en la educación fundamental y en la educación infantil (CF, art. 211, § 2°), no pueden renunciar a su mandato constitucional, jurídicamente vinculante, que les fue otorgado por el art. 208, IV de la Ley Fundamental de la República, y que representa un factor de limitación de la discrecionalidad político-administrativa de los entes municipales, cuyas opciones, tratándose de la atención de los niños en crecimiento (CF, art. 208, IV), no pueden ser ejercidas de modo de comprometer, sobre la base de simples juicios de conveniencia o de mera oportunidad, la eficacia de ese derecho básico de índole social. Sin perjuicio de que la prerrogativa de formular y ejecutar políticas públicas resida primariamente en los poderes Legislativo y Ejecutivo, es posible, sin embargo, que el Poder Judicial determine, si bien en situaciones excepcionales, especialmente en las hipótesis de políticas públicas definidas por la propia Constitución, que aquellas sean implementadas por los órganos estatales incumplidores cuya omisión —por resultar

un incumplimiento de los encargos políticos jurídicos que sobre ellos inciden con carácter obligatorio— se muestra apta para comprometer la eficacia y la integridad de derechos sociales y culturales de carácter constitucional.

En esta línea, como última referencia jurisprudencial brasileña, es sumamente ilustrativa la decisión de George Marmelstein Lima, juez federal de Ceará, quien señala: "La efectivización judicial del derecho a la salud implica muchas veces la llamada reserva de lo posible, que es un postulado según el cual el cumplimiento de las decisiones que impliquen gastos públicos se hace depender de la existencia de medios materiales disponibles para su implementación"[54].

La argumentación de la sentencia al respecto es la siguiente: "Los alegatos que niegan la efectivización de un derecho social sobre la base de un argumento de la reserva de los posible, deben ser siempre analizados con desconfianza. No basta simplemente alegar que no existen posibilidades financieras de cumplir una orden judicial; es preciso demostrarla. No se puede dejar que la invocación de la reserva de lo posible se convierta 'en una verdadera razón de Estado económica, que opere en verdad como una anti Constitución contra todo lo que la Carta consagra en materia de derechos sociales' (Farena, Duciran Van Marsen, 'A Saúde na Constituição Federal', p. 14, en *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública,* nro. 4, 1997, ps. 12/14).

En el presente caso, lo que se observa a través de las noticias de los diarios presentados por el Ministerio Público Federal es que las autoridades responsables están eludiendo cumplir la orden judicial, alegando que no poseen recursos para implementarla. Se llega a alegar, inclusive, que no hay recursos presupuestarios previstos para sostener en el tratamiento de los pacientes en hospitales particulares. Ese alegato es insustentable[55].

Esta interpretación fue luego sostenida por el propio Superior Tribunal, en la STA 278-6 Alagoas, del 22/10/2008, Relator Gilmar Mendes.

De las anteriores consideraciones se desprende, como señala Fernando Facury Scaff en su contribución al homenaje al profesor Ricardo Lobo Torre, que

[54] Justica Federal No Ceará, 3ª Vara, decisión del 23/4/2003, que figura como anexo de su disertación de Maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ceará, Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais, 2005.

[55] Consideraciones semejantes ya había expresado el magistrado en su *Curso de direitos fundamentais*, Atlas, San Pablo, 2008, "A pesar de que la reserva de lo posible es una limitación lógica a la posibilidad de efectivización judicial de los derechos socioeconómicos, se observa una banalización del discurso por parte del Poder Público cuando se defiende en juicio, sin presentar elementos concretos con respecto a la imposibilidad material de cumplir la decisión judicial. Por eso, los alegatos que niegan la efectivización de un derecho económico, social y cultural sobre la base del argumento de la reserva de lo posible deben ser siempre analizados con desconfianza. No basta simplemente alegar que no hay posibilidades financieras para cumplir una orden judicial; es necesario demostrarla. (...) Así, el argumento de la reserva de lo posible solamente debe ser acogido si el Poder Público demuestra suficientemente que la decisión causará más daños que ventajas a la efectivización de los derechos fundamentales. Vale enfatizar: la carga de la prueba de que no hay recursos para realizar los derechos sociales es del Poder Público. Es él quien debe traer al expediente los elementos presupuestarios y financieros capaces de justificar, eventualmente, la no efectivización del derecho fundamental".

la libertad de configuración del legislador en materia presupuestaria se encuentra limitada por los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Y que la cláusula de la reserva de lo posible no puede ser un obstáculo para el goce de las condiciones mínimas que hacen a una vida digna[56].

Se ve la riqueza de la práctica jurídica brasileña, donde hay variados aspectos que son tenidos en cuenta. Ante todo, hay un reconocimiento de que los derechos fundamentales limitan al legislador, incluso en materia presupuestaria. Como destaca Ana Paula de Barcellos: "las elecciones en materia de gastos públicos no constituyen un tema integralmente reservado a la deliberación política; al contrario, reciben una importante incidencia de normas jurídicas constitucionales"[57]. También tiene su lugar la reserva de lo posible, en cuanto limitación (externa) a los derechos, derivada de las restricciones financieras. Pero también juega el concepto de mínimo existencial, en cuanto núcleo de condiciones mínimas que hacen a la vida digna. Y tal como señala Ricardo Lobo Torres, "la protección positiva del mínimo existencial no se encuentra bajo la reserva de lo posible, pues su goce no depende del presupuesto ni de políticas públicas"[58].

En suma, el pensamiento aquí resumido se abre hacia el camino de la ponderación de varios principios y conceptos constitucionales, donde lo que queda claramente protegido, y sustraído con claridad de la discrecionalidad legislativa, es el mínimo existencial vinculado a la vida digna.

3. Colombia: la cuestión presupuestaria y el estado de cosas inconstitucional

La Constitución colombiana de 1991 (así como la Constitución brasileña de 1978 y la reforma constitucional argentina de 1994) ha dado lugar a una novedosa praxis jurisdiccional[59]. En ese camino la Corte Constitucional se vio enfrentada a la cuestión presupuestaria, central en una serie de casos vinculados a los derechos de los desplazados[60].

[56] FACURY SCAFF, Fernando, "Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos", en RODRÍGUEZ PIRES, Adilson - TAVEIRA TORRES, Heleno, *Princípio de direito financiero y tributario. Estudos em homenagem ao profesor Ricardo Lobo Torres*, Renovar, Río de Janeiro, 2006, p. 115.

[57] DE BARCELLOS, Ana P., "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", *Revista de direito administrativo*, nro. 240, abril/junio 2005, p. 83.

[58] LOBO TORRES, Ricardo, "O mínimo existencial, os directos sociais e os desafios de naturaza orcamentaria", en SARLET, Ingo W. - BENETTI TIMM, Luciano (organizadores), *Direito fundamentais...*, cit., p. 75.

[59] Sobre el proceso constituyente y la posterior actividad interpretativa judicial pueden verse, entre otros, los ensayos de CEPEDA ESPINOSA, Manuel J., *Polémicas constitucionales*, Legis, Bogotá, 2007.

[60] Una visión general sobre el asunto puede verse en LONDOÑO TORO, Beatriz - PIZARRO NEVADO, Rafael (comps.), *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*, Universidad del Rosario, 2005. En cuanto a los casos de la Corte que involucran una cuestión presupuestaria ver el cuadro general presentado por PLAZAS VEGA, Mauricio, *Del realismo al trialismo jurídico...*, cit., en particular su cap. I, "El nuevo derecho y el poder de los jueces en general y de la Corte Constitucional en particular", donde formula diversas preguntas que están en el centro de nuestro ensayo (ver fundamentalmente la enumeración de interrogantes de ps. 78 y 79).

Un caso al respecto decisivo es el testimoniado en la sentencia T-025/2004, donde se declaró el estado de cosas inconstitucional con relación a la situación de los desplazados y donde jugó un lugar central la problemática presupuestaria.

Veamos los puntos esenciales.

Una gran cantidad de desplazados solicitaron judicialmente la protección de sus derechos. Las instancias anteriores a la Corte habían rechazado las solicitudes, entre otras razones, porque "no existe disponibilidad presupuestal para atender la solicitud". Sostuvieron, además, que las limitaciones presupuestarias no se pueden salvar por medio de acciones de tutela, que los jueces no son ordenadores del gasto ni coadministradores de la gestión del Ejecutivo y que, en fin, los jueces no pueden ordenar a las autoridades públicas que lleven a cabo actos para los que no tienen los recursos necesarios.

La visión de la Corte, en cambio, se desarrolló por otros andariveles.

En primer lugar señaló que la causa de los bajos resultados de la respuesta estatal a la situación de las poblaciones desplazadas de forma forzosa son la precariedad institucional y "la asignación insuficiente de recursos". Según la Corte, el nivel de recursos asignados es insuficiente y muy inferior al necesario para proteger los derechos fundamentales de las personas desplazadas.

Es interesante ver que el legislador, por medio de la ley 387, había calificado a las políticas para solucionar el asunto como prioritarias, sin condicionar el cumplimiento de las prestaciones a la disponibilidad de los recursos. Así, el Consejo allí mencionado tiene como función la de garantizar la asignación presupuestal de los programas. Sin embargo, el posterior decreto reglamentario condicionó las prestaciones a la disponibilidad presupuestal. De igual manera, las leyes de presupuesto asignaron menos recursos de los necesarios. Ante ello, la Corte señaló que "la ley presupuestal carece de la especificidad material necesaria para poder ser considerada como una modificación de los mandatos concernientes a la ayuda a las víctimas de los desplazamientos y a los derechos judicialmente reconocidos".

También es muy claro el principio general sentado por la Corte: "Desde el punto de vista constitucional es imperioso destinar el presupuesto necesario para que los derechos fundamentales de los desplazados tengan plena realización".

Esto significa que las autoridades públicas deben hacer, "en un plazo razonable, y dentro de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal".

El carácter estructural del problema llevó a la Corte a declarar el "estado de cosas inconstitucional", uno de cuyos elementos es de carácter presupuestario. Según la propia elaboración de la Corte, se da un estado de cosas inconstitucional, si se presentan los siguientes factores: a) una vulneración masiva y

generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) una prolongada omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; c) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de acciones judiciales como parte de los procedimientos habituales para garantizar derechos; d) el no dictado de las medidas legislativas, administrativas o *presupuestarias* que sean necesarias para evitar la lesión de los derechos; e) la existencia de un problema social cuya solución compromete a varias entidades públicas y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional; f) si todas las personas afectadas acudieran a la vía judicial se produciría una mayor congestión judicial.

Según el relato de la Corte, en los casos en que se declaró el estado de cosas inconstitucional se ordenó, en lo que a nosotros ahora interesa y con respecto a los derechos vulnerados, que se "apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos".

Lo interesante para ver es que esto es el comienzo de la argumentación de la Corte, que es rica en matices y reflexiones.

Ante todo señaló que las acciones positivas vinculadas a los derechos pueden desarrollarse progresivamente, "siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados para todos".

Dos ideas convergen aquí: el desarrollo progresivo y el mínimo garantizado.

Claro que el desarrollo progresivo "no puede quedar indefinidamente aplazado en la agenda estatal", y, a la vez, no resultan legítimas las medidas ostensiblemente regresivas.

En el caso y según diversos informes que se citan en la sentencia, la situación de los derechos de los desplazados se ha ido agravando a lo largo del tiempo, produciéndose un claro retroceso que, *prima facie*, la Corte califica de inconstitucional.

En el curso de dicha argumentación, la Corte esboza un principio de coherencia entre derechos fundamentales, políticas públicas y recursos financieros: "La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dichos instrumentos, y, por lo tanto, se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que 'promete' el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específica por la vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar sus goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico" (punto 8.3.1.).

Ahora bien, sentado ello, y en términos que evocan la jurisprudencia alemana sobre la reserva de lo posible, la Corte no deja de reconocer que "en algunas circunstancias puede ser imposible lograr, aun en el mediano plazo, esa coherencia. De constatarse que ello es así, es necesario ajustar lo prometido a lo realizable, lo cual podría representar la adopción de una medida que reduzca el alcance de la protección previamente establecida. Sin embargo, dicha medida debe cumplir estrictos requisitos, en especial asegurar los mínimos de satisfacción del derecho limitado y no desconocer las áreas prioritarias que tienen mayor impacto sobre la población".

De forma análoga a la jurisprudencia brasileña, la Corte colombiana va de las restricciones (el ámbito de lo posible) a las exigencias basadas en la idea de mínimo garantizado y, agrega, en la consideración de áreas y/o personas prioritarias.

Como señala más adelante la Corte en un párrafo clave: hay una diversidad de aspectos a considerar que exige recurrir a una tarea de ponderación. Dice la Corte: "Sin embargo, dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer ese cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a las personas. Por lo tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento".

El argumento tiene varios pasos. Ante todo, hay derechos que deben ser asegurados en su ejercicio. Luego, la gravedad del problema y las restricciones (entre ellas presupuestarias) pueden justificar una menor protección y la fijación de prioridades. Sin embargo, tercer paso importante del argumento, "existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia".

La Corte señala, a su vez, varios elementos para definir ese mínimo. Así, en ningún caso se puede lesionar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas. También deben asegurarse los derechos de contenido prestacional que guarden estrecha relación con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos[61]. Estas consideraciones genéricas se concretan en un listado de "derechos mínimos" que integran "el mínimo prestacional que siempre debe ser

[61] Sobre las peculiaridades del concepto de derecho fundamental en el derecho constitucional colombiano, ver CHINCHILLA, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2009. Un enfoque más general puede verse en ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.

satisfecho por el Estado": los derechos a la vida; a la dignidad y a la integridad física; a la familia y a la unidad familiar; a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital (que incluye alimentos esenciales, agua potable, alojamiento y vivienda básicos, vestidos apropiados y servicios médicos y sanitarios esenciales); a la salud; a la protección frente a prácticas discriminatorias; a la educación básica hasta los quince años; de apoyo para el autosostenimiento; de retorno y reestablecimiento en su lugar de residencia.

En su decisión la Corte declara el estado de cosas constitucional y ordena el diseño de un plan para superar la discordancia entre los derechos reconocidos y los recursos financieros efectivamente destinados. En ese camino, las autoridades competentes deben "fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados", y luego, "realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre". Por otra parte, se debe prever un plan de contingencia y, a la vez, si no es posible asegurar el volumen de recursos establecidos se deberá redefinir la política y diseñar las modificaciones necesarias, todo ello asegurando el goce efectivo de los mínimos indicados con anterioridad.

Es de interés para nuestro trabajo la siguiente reflexión de la Corte, que se hace cargo de la eventual crítica de estar invadiendo las competencias (así las presupuestarias) de los otros poderes del Estado: "Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como la falencia en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco está delineando un política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia".

Por cierto, el problema de los desplazados, por su propio carácter estructural, ha generado un complejo proceso jurisprudencial que no se agota en la sentencia que comentamos.

De las diversas decisiones posteriores cabe señalar, por su directa vinculación con nuestro tema, lo resuelto en dos acciones de tutela donde la Corte

expresó, de forma nítida, "que resulta inaceptable, desde el punto de vista constitucional, que se aduzca insuficiencia presupuestal, en este o en otro caso, para abstenerse de proteger derechos fundamentales"[62].

III. LA JUSTICIA REFERIDA A LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE PRESUPUESTO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) La equidad en el gasto público en la Constitución española de 1978

Todo lo dicho en los puntos precedentes implica que al tradicional aspecto competencial y procedimental de la Constitución se le agregan, con respecto a la materia presupuestaria, disposiciones de carácter sustancial o material.

Se abre así el camino para darle contenido a la anhelada exigencia, siempre difícil de aprehender en su significación, de la justicia en el gasto público[63].

Hay al respecto un hito insoslayable en la historia constitucional comparada: la Constitución española de 1978 que, como es sabido, gracias a la intervención de Fuentes Quintana, quien defendió la enmienda solicitada por el Senado, contiene una expresa cláusula sobre la justicia en el ámbito de los gastos públicos[64]. En dicho propuesta se decía lo siguiente: "A continuación del apart. 1° se propone un nuevo apartado, el 2°, en el que se trata de constitucionalizar los principios a los que debe responder el gasto público. No resulta aceptable que la Constitución ignore los criterios a los que debe responder el gasto público cuando tantos artículos del texto constitucional habrán de traducirse prácticamente en aumentos de gasto del sector público. Por otra parte, la Hacienda Pública no es sólo una hacienda de ingresos a cuyo comportamiento se refiere la Constitución. Existen gastos públicos también —la otra mitad de la Hacienda Pública— cuya conducta debe orientarse por principios semejantes a los que tratan de gobernar el ingreso público, si no queremos correr el riesgo que la Hacienda con la mano de los gastos públicos anule lo que se ha construido con la mano de los ingresos orientada por los criterios constitucionales... Con el fin de conseguir una coherencia en los principios que gobiernan la imposición, según el texto constitucional, la enmienda que se propone pretende que el gasto público sirva al fin de la justicia (solicitando, por ello una asignación equitativa de los recursos públicos) y a los principios de eficiencia y economía (requisito obligado para justificar la racionalidad de todo gasto público)".

Fuentes Quintana, por su parte, destacó: "Si los principios de progresividad imperan en el campo del ingreso, deben tener la misma traslación o aplicación en el campo correspondiente del gasto público, es decir, ingreso y gasto

[62] Sentencia del 22/5/2003, dictada en los expedientes acumulados T-696168 y T-696652.

[63] Ver particularmente: SIMÓN ACOSTA, Eugenio, *El derecho financiero y la ciencia jurídica*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

[64] YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto, *Constitución financiera española. Veinticinco años*, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 230.

público deberían estar regidos por el mismo principio y de aquí que la enmienda propuesta afirme que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos".

De aquí la redacción del art. 31.2 de la Constitución: "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

La novedad de dicho texto ha sido señalado por la doctrina española. Como destaca Albiñaga García Quintana[65]: "También se ha de notar que por primera vez en nuestra historia constitucional se conectan los ingresos y los gastos en una versión global de la Hacienda Pública. Los dos flujos —entradas y salidas— propios del Tesoro Público en su restringida acepción quedan descriptos en los aparts. 1° y 2° del art. 31 que se comenta.

"Además, así se supera el contemporáneo fraccionamiento de la Hacienda Pública en sus dos fenómenos básicos: el financiero y el tributario, que permitía pasar al ciudadano la factura del tributo sin el paralelo descargo del gasto público. El gasto público se refugiaba en el presupuesto y en ese documento quedaban plasmadas todas las obligaciones de la Hacienda Pública por el empleo o asignación de los recursos públicos. La Hacienda Pública no comparecía constitucionalmente nada más que por una de sus caras: la de los tributos. Las decisiones sobre el gasto público se sometían al principio de legalidad y se evadían del postulado de equidad. La legalidad —formal— de nuestro siglo XIX también triunfaba en el campo del gasto público, a diferencia del tributo, que junto al principio de legalidad respondía al de justicia con las tradicionales expresiones de haberes, facultades y capacidad económica"[66].

A la vez, también es habitual considerar la dificultad en aprehender el contenido jurídico concreto del concepto de equidad aplicado al gasto público, así como la poca fecundidad que al menos hasta el presente ha tenido este aspecto

[65] ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, "Art. 31. El gasto público", en ÁLZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, arts. 24 a 38, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

[66] En igual sentido: QUERALT, Juan M. - LOZANO SERRANO, Carmelo - CASADO OLLERO, Gabriel - TEJERIZO LÓPEZ, José M., *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 117, donde, además de destacarse la novedad del texto español respecto de "la historia constitucional de los Estados europeos continentales" se señala (en concordancia con lo que antes llamamos constitucionalismo de dos velocidades, que plasma la asimetría constitucional entre tributos y presupuesto): "Tradicionalmente, la regulación constitucional del gasto público ha quedado confinada en la proclamación del principio de legalidad... Esta orfandad, siempre criticada por la doctrina, que ponía de relieve la diferencia de tratamiento entre la ordenación constitucional de los ingresos y gastos públicos, obedecía, en último extremo, a la arraigada convicción sobre la imposibilidad técnica de establecer unos principios que vincularan al legislador en el momento de aprobar las leyes presupuestales anuales. De forma mucho más acentuada en el ámbito tributario, la decisión sobre los fines a que se van a destinar los ingresos públicos aparecía como una decisión sustancialmente política, difícilmente reconducible a unos parámetros de generalizada aceptación. No existía en el ámbito del gasto público un principio de justicia que pudiera desempeñar un papel análogo al que, en materia de ingresos tributarios, desempeñaba el principio de capacidad contributiva". Luego se agrega que el principio de equidad no debe quedarse "en modo alguno en el marco de las declaraciones programáticas formuladas *ad pompan vel ostentationem*".

del texto constitucional. Luego de considerarse loable este aspecto de la decisión constituyente, el desarrollo dogmático del derecho presupuestario continúa, en general, por sus carriles clásicos. Como si entre la constitucionalización del principio y su concreción técnica se abriera una brecha difícil de salvar.

¿Es la equidad un concepto constitucional vacío o carente de consecuencias jurídicas?

Creemos que no. Para ello es preciso volver a la práctica constitucional argentina.

b) La equidad en el texto constitucional argentino

El término *equidad* no es ajeno a nuestro texto constitucional histórico de 1853 y, menos aún, al derecho tributario. De acuerdo con el art. 4° de la Constitución: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

Es decir, las contribuciones (esto es: los tributos) deben imponerse de forma equitativa.

La reforma constitucional de 1994, por su parte, además de mantener el referido art. 4°, incorporó nuevas referencias a la equidad, disponiendo, de forma expresa, que el Congreso, al fijar el presupuesto de gastos, debe hacerlo de forma equitativa, todo ello conforme lo dispuesto por el art. 75 del actual texto de la Constitución.

Veamos brevemente los textos[67]. El art. 75, que enumera las atribuciones del Congreso, tiene una significación clave en el texto de la Constitución. Su inc. 8°, que ahora podemos citar completo, dice que es atribución del órgano legislativo: "Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de

[67] Para comentarios sobre las disposiciones presupuestarias luego de la reforma constitucional de 1994, contenidos en obras generales, ver BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, parág. 517, "Ley de presupuesto", p. 1123; DALLA VIA, Alberto, *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, quinta parte, "El presupuesto y la deuda externa"; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional. Constitución de la Nación argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, t. IV (arts. 42 a 86), 2ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 2001, cap. IV, "Atribuciones del Congreso", p. 429; GELLI, María A., *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, comentario del art. 75, CN, p. 646; SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, "El presupuesto", 3ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 162; SOLA, Juan V., *Derecho constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, "Los efectos jurídicos de la ley de presupuesto", p. 684.

recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

La importancia de este inc. 8° es de tal magnitud que merece una designación específica, y entiendo que la más adecuada es la de "cláusula presupuestaria".

Más allá de las discusiones y debates que hacen a la interpretación del texto constitucional y de los cuales depende el alcance que finalmente se le asigne a la cláusula presupuestaria, no hay duda de que ella tiene, *prima facie*, los siguientes significados ineludibles:

a) se le otorga al Poder Legislativo la potestad presupuestaria, al enunciarse un principio de reserva de ley en la materia (ello sin perjuicio de las potestades de colegislación y administración que la propia Constitución le asigna al Poder Ejecutivo con respecto al proceso de formación y ejecución de la ley en sus arts. 99 y 100);

b) se delimita el ámbito temporal de validez de ley, que debe dictarse de forma anual;

c) la autorización para gastar debe ser correlativa a un cálculo de los recursos, como razón de ser de su aspecto cuantitativo;

d) la decisión presupuestaria tiene que estar enmarcada en un programa general de gobierno y en un plan de inversiones públicas;

e) la decisión presupuestaria está sujeta a pautas, establecidas por el propio texto constitucional por medio de una remisión a otro inciso del mismo artículo, referido a la Ley Convenio de Coparticipación; y

f) el Poder Legislativo debe evaluar si la ley de presupuesto ha sido ejecutada de manera correcta, a través de la aprobación o el rechazo de la cuenta de inversión.

El punto que ahora nos interesa es el e): "la sujeción de la ley a pautas. Este término cabe considerarlo equivalente a principio. Y, en la medida en que las pautas están contenidas, evidentemente, en la Constitución, se trata de principios constitucionales".

De aquí también se sigue que la decisión presupuestaria puede ser evaluada a la luz de dichos principios y, en caso de ser contraria a ellos, puede ser impugnada en sede judicial e incluso invalidada por inconstitucional.

Volvemos por esta vía a encontrarnos con la posibilidad del control judicial de constitucionalidad de la ley de presupuesto. Sin duda: principios constitucionales, límites a la discrecionalidad legislativa y control judicial de constitucionalidad son tres momentos jurídicos inseparables.

El segundo aspecto relevante de este inc. 8° es la remisión misma como técnica legislativa, porque el constituyente dispuso que a la decisión presupuestaria se le deben aplicar los principios referidos a la ley convenio de coparticipación. Sin entrar aquí en mayores desarrollos, cabe destacar que la ley convenio de coparticipación es un instrumento que regula y coordina las relaciones financieras entre las provincias y el Gobierno federal[68]. Según sus términos, hay tributos a cuyo respecto la potestad normativa queda en manos del Gobierno federal, quien debe efectuar a las provincias la transferencia de un porcentaje de lo recaudado. En pocas palabras: de los recursos que obtiene el Estado federal una porción debe ser, en razón de la ley convenio de coparticipación, transferida a los estados provinciales. Esto significa, a su vez, que la masa de recursos federales totales se debe disponer a través de dos instrumentos jurídicos: la Ley Convenio de Coparticipación y la Ley de Presupuesto.

Por ende, el gasto público federal total se vehiculiza a través de la Ley Convenio de Coparticipación y de la Ley de Presupuesto.

¿Qué hizo entonces el constituyente? Utilizó la técnica de la remisión y dijo que a la ley de presupuesto (art. 75, inc. 8°, CN) le son aplicables las mismas pautas a las que debe sujetarse la ley convenio (art. 75, inc. 2°, párr. 3°, CN).

Dado que ambas técnicas vehiculizan el gasto federal total se aprecia la racionalidad de sujetar las dos técnicas jurídicas a los mismos principios constitucionales.

En suma, el inc. 8° del art. 75 de la Constitución dispone que la ley de presupuesto debe efectuarse conforme a las pautas establecidas en el párr. 3° del inc. 2° del propio art. 75, donde se establece lo siguiente: "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".

Texto de enorme riqueza que no viene al caso analizar aquí. Sólo quiero detenerme en la expresión, que se encuentra en continuidad con todo lo aquí argumentado: la distribución será equitativa. Esto viene a significar, de acuerdo con la remisión, que en el derecho constitucional argentino la ley de presupuesto debe ser equitativa, justamente la misma fórmula contenida en el texto constitucional español de 1978.

Dicho resumidamente, la Constitución argentina expresamente dispone que las contribuciones (esto es: los tributos), el mecanismo de articulación del federalismo financiero (la Ley Convenio de Coparticipación) y la Ley de Presupuesto sean acordes al principio de equidad, todo ello conforme la letra misma de los arts. 4° y 75, incs. 2°, párr. 3°, y 8° del texto constitucional.

La equidad, por cierto, tiene una multiplicidad de significaciones y una larga historia que coincide, casi, con la propia historia de la filosofía política occidental. Aunque más acotadas, tan plurales son también sus significaciones jurídicas, como lo revelan los diferentes usos del término en el derecho civil

[68] Lo esencial del asunto puede verse en BULIT GOÑI, Enrique, "La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994", LL 1995-D-977.

argentino[69]. Esto puede parecer descorazonador y conducir a pensar que se trata de una expresión casi vacía, imposible de concretizar en una técnica jurídica precisa y manipulable en la práctica cotidiana del derecho.

Sin embargo, una expresión con esa presencia constitucional, que se refiere a los principales instrumentos financieros del Estado, no puede ser una fórmula sin ningún contenido jurídico preciso.

c) La equidad en la práctica jurídica argentina. Su equiparación semántica con el principio de razonabilidad

Es preciso recordar que la práctica jurídica argentina le ha otorgado, en el curso de su desarrollo, un significado concreto al concepto de equidad: su identificación con el concepto de razonabilidad, que tiene una recepción expresa en el texto histórico de 1853 (art. 28, CN) y que ha sido pensado, no en términos genéricos, sino bajo la óptica norteamericana de la garantía del debido proceso en su faz sustantiva.

De acuerdo con fórmulas habituales en la jurisprudencia y la doctrina argentinas: "una ley equitativa es una ley razonable". Por eso, un tributo equitativo es un tributo razonable.

En esta misma línea interpretativa: "una ley de presupuesto equitativa es una ley de presupuesto razonable".

Y la razonabilidad, en el derecho argentino, tiene un expreso fundamento constitucional y es el punto de partida de una extensa jurisprudencia de los tribunales, que permiten definir sus perfiles semánticos.

El control de razonabilidad de las leyes es una técnica central del control judicial de constitucionalidad y uno de los pilares del sistema judicial argentino[70].

Dice el art. 28 de la Constitución argentina: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

La razonabilidad es un elemento central del sistema de los derechos fundamentales. Los derechos pueden ser reglamentados por ley, pero las leyes no pueden alterar su ejercicio. De acuerdo con el léxico de la jurisprudencia argentina,

[69] La bibliografía argentina sobre la equidad es abundante. Pueden verse, entre otros: RABI-BALDI CABANILLAS, Renato, "Actualidad sobre la jurisprudencia 'De equidad' en la Corte Suprema de Justicia", LL 1999-F-1148; BUSTAMENTE ALSINA, Jorge, "Función de la equidad en la realización de la justicia", LL 1990-E-628; PESARESI, Guillermo, "Apuntes sobre los conceptos, clasificaciones y aplicaciones de la equidad en el derecho argentino", JA 2005-I-1353, así como la bibliografía allí citada.

[70] El texto clásico sobre la razonabilidad en el derecho argentino es el de LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 180. Actualmente puede consultarse: CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

las leyes no pueden afectar la sustancia de los derechos, no pueden desnaturalizarlos, degradarlos o aniquilarlos bajo la excusa de reglamentarlos. Se pueden fijar condiciones, pero ellas tienen un límite. Y una legislación irrazonable es aquella que ya no permite reconocer al derecho como tal luego del efecto que a su respecto tiene aquella legislación[71].

Claro está, la desnaturalización no debe efectuarse por acción (la decisión abusiva que daña) u omisión (el no hacer lo que se debe para poder gozar de un derecho). La lesión puede surgir por una reglamentación excesiva o por la ausencia misma de reglamentación. De acuerdo con el texto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, explícita sobre el punto en su art. 10: "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

El art. 28 de la Constitución argentina tiene su antecedente inmediato en el art. 20 del Proyecto de Constitución de Alberdi, con el que concluye el cap. II, referido al "derecho público argentino" y donde se consagran una serie de derechos. Dicho art. 20 establecía: "Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia".

Este artículo es comentado en diversos párrafos de las *Bases*, en particular en el capítulo XVI, donde dice lo siguiente, que expresa lo medular del principio de razonabilidad, cita que tiene el interés suplementario de tomar como ejemplo de reglamentación que altera el derecho a la legislación tributaria: "La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar o escamotear las libertades y garantías constitucionales. Por ejemplo: La prensa es libre, dice la Constitución; pero puede venir la ley orgánica de la prensa y crear tantas trabas o limitaciones al ejercicio de esa libertad, que la deje ilusoria y mentirosa. Es libre el sufragio, dice la Constitución; pero vendrá la ley orgánica electoral, y a fuerza de requisitos y limitaciones excepcionales, convertirá en mentira la libertad de votar. El comercio es libre, dice la Constitución; pero viene el Fisco con sus reglamentos, y a ejemplo de aquella ley madrileña de imprenta, de que hablaba Fígaro, organiza esa libertad, diciendo: Con tal que ningún barco fondee sin pagar derechos de puerto, de anclaje, de faro; que ninguna mercadería entre o salga sin pagar derechos de aduana; que nadie abra casa de trato sin pagar su patente anual; que nadie comercie en el interior sin pa-

[71] Aquí hago una exposición muy resumida del asunto, que tiene innumerables aristas. Por ejemplo, para nuestra tradición jurídica, el principio de razonabilidad también incluye, como otro de sus aspectos, el principio de proporcionalidad. Remito otra vez a mi *Derecho constitucional presupuestario*, donde hay extensas reflexiones sobre el tema.

gar derechos de peaje; que ningún documento de crédito se firme sino en papel sellado; que ningún comerciante se mueva sin pasaporte, ni ninguna mercadería sin guía, competentemente pagados al Fisco; fuera de estas y otras limitaciones, el comercio es completamente libre, como dice la Constitución"[72].

Este concepto es el que será en siglo XX asimilado por diversas Constituciones europeas y desarrollado con profundidad en las prácticas jurídicas de dichos países. Así, por ejemplo, el art. 19.2. de la Ley Fundamental alemana establece que "en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial". En igual sentido hay que considerar el art. 53.1 de la Constitución española, según el cual "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1, a)".

A partir de allí se desarrolló la idea de un contenido esencial de los derechos, que no puede ser vulnerado o desfigurado por las decisiones estatales[73].

En lo que se refiere a la práctica jurídica argentina, el enfoque de la legislación tributaria desde el ángulo de la razonabilidad es un lugar común del control judicial de constitucionalidad. De acuerdo con la especificación del principio con respecto a dicha decisión estatal: "La legislación tributaria no debe alterar los derechos fundamentales".

Especificado a su vez este subprincipio con respecto al derecho de propiedad resulta la siguiente proposición: la legislación tributaria no debe alterar el derecho de propiedad, es decir, la pauta habitualmente calificada de no confiscatoriedad.

Esto es, la no confiscatoriedad en materia tributaria no es más que una derivación lógica del principio de razonabilidad en cuanto es aplicado a un tipo de ley (la ley tributaria) y a un derecho en particular (el derecho de propiedad). Tal es el enfoque clásico en la doctrina argentina.

Veamos, como prueba, un clásico texto de la doctrina argentina que resume la jurisprudencia sobre el tema[74].

[72] ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, en *Obras completas*, t. III, Imprenta de La Tribuna Nacional, 1886, p. 439.

[73] De una bibliografía hoy inabordable puede verse, entre otros, el clásico texto de HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dyckinson, Madrid, 2003, y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999. En la jurisprudencia española ha habido un largo desarrollo que tiene su base en la STC 11/1981, "recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del real decreto 17/1977, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos del trabajo". Una extensa reflexión sobre esta sentencia y sobre el contenido esencial puede verse en PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, en particular el cap. 5, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades".

[74] GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Algo más sobre la no confiscatoriedad en la tributación", LL 1990-E-651.

El enfoque general es claro y se basa en la razonabilidad: "A esta altura cabe recordar que los derechos y garantías constitucionales no son absolutos, sino relativos, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14). Pero, esta relatividad encuentra una valla infranqueable en el art. 28 cuando éste preceptúa que los principios, declaraciones y garantías, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. La relación entre la restricción del derecho constitucional y el bienestar general o bien común, está dada por la razonabilidad de aquélla, que es la que nos da los límites de su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Cuando esa reglamentación altera, conculca o anula los derechos individuales en función de valoraciones no suficientemente superiores ni fundadas en el interés general o bien común, excepcional y transitorio, o que de otra manera se evidencia una desproporción o falta de relación adecuada y lógica entre el fin perseguido por la norma y el medio elegido para concretarlo, esa alteración es inconstitucional, porque cae bajo la sanción del art. 28. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que 'La reglamentación legal de las garantías constitucionales no puede alterar el derecho que se reglamenta, lo que significa que no puede degradarlo y muchos menos extinguirlo' (ED 194-189)".

Y en este marco se inserta con claridad la no confiscatoriedad: "La no confiscatoriedad de los tributos no es una expresa o explícita garantía constitucional, como lo son las de legalidad, de proporcionalidad, de equidad, de igualdad y de uniformidad. No obstante, la no confiscatoriedad de los tribunales es una garantía implícita de orden constitucional que surge de la aplicación de la garantía del derecho de propiedad consagrada en el art. 17 de la Carta Constitucional. Si la Constitución garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad no puede la ley reglamentaria —tributaria o no — cercenar so pretexto de su relativización dicha garantía y dándose un gravamen confiscatorio la propiedad queda cercenada. Juegan en el caso no sólo la disposición del art. 17 como garantía, sino también la del art. 28 que constituye el límite de la relativización de los derechos constitucionales, so pretexto de la cual no pueden ellos ser alterados"[75].

La cuestión queda cristalina en las conclusiones del ensayo: "Si la Constitución garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad, no puede la ley reglamentarla —tributaria en el caso— cercenar, so pretexto de su relativización, dicha garantía y dándose un gravamen confiscatorio la propiedad queda cercenada (arts. 17 y 28, CN)".

Volvamos sobre nuestros pasos. La Constitución dispone que la ley de presupuesto debe ser equitativa. Lejos de tratarse de una fórmula vacía, puede entenderse, con razones histórico-interpretativas de peso, que la equidad es semánticamente equivalente a razonabilidad. Y ésta es una pieza central del sis-

[75] De igual manera se expresa, según García Belsunce, Linares Quintana en tanto para éste "el eje en torno del cual gira todo el sistema jurisprudencial de la Corte Suprema, con respecto a la confiscatoriedad de las contribuciones, es la regla de que un tributo es confiscatorio cuando el monto de su tasa es irrazonable" (*Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 5, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, p. 343).

tema de los derechos constitucionales, que, a su vez, tiene una extensa historia argumentativa en el ámbito tributario con respecto, entre otros, al derecho de propiedad.

Dicho esto cabe preguntarse cómo pensar el asunto en el ámbito presupuestario. Pues bien, el principio general del derecho dice: "la ley de presupuesto debe ser razonable".

Esto significa que la ley de presupuesto no debe alterar el ejercicio de los derechos fundamentales. O sea, no debe desnaturalizarlos o afectarlos en sus sustancia.

En otros términos: "las decisiones presupuestarias no pueden tener tal entidad restrictiva en sus efectos que impliquen la alteración de los derechos fundamentales".

Indudablemente, las consideraciones presupuestarias pueden verse como una de las tantas condiciones jurídicas a las cuales están constreñidas los derechos fundamentales. En ese sentido son equivalentes a una reglamentación. Pero aquello que no puede hacer la ley de presupuesto es lo que no puede hacer cualquier ley que reglamenta un derecho: afectarlo en su sustancia. De lo contrario, la ley de presupuesto tendría un privilegio que las demás leyes no tienen.

Ese privilegio es el que le otorgaba, en el paradigma clásico, la teoría del acto institucional y de las cuestiones políticas no justiciables, pues estábamos ante una ley de contenido discrecional no sujeto a pautas constitucionales materiales o sustantivas.

Podemos distinguir así la *subordinación* (ilegítima) de los derechos fundamentales a las decisiones financieras, de *la fijación de condiciones* (legítimas), entre ellas presupuestarias, a los derechos fundamentales, siempre y cuando no se altere su ejercicio.

Dicho en una fórmula que sintetiza lo visto: "La inmersión de la ley de presupuesto en la Constitución material y en el sistema de los derechos fundamentales conduce a su sujeción al principio de razonabilidad: ésta es la clave interpretativa del principio de equidad presupuestaria en cuanto límite a la discrecionalidad legislativa y es la visión conceptual que subyace a la mejor lectura de la jurisprudencia comparada vista con anterioridad".

De acuerdo con otro lema articulador de la perspectiva aquí defendida: una ley de presupuesto respeta la equidad si y sólo sí asigna recursos financieros de manera compatible con aquel sistema.

Y dicho ahora de forma negativa y equivalente: la violación de un derecho fundamental como consecuencia de una asignación insuficiente de recursos torna inequitativa a la ley de presupuesto.

LINEAMIENTOS PARA EL PRESUPUESTO PÚBLICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MÉXICO

Por Gabriela Ríos Granados *

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Estado mexicano esta viviendo una de las épocas más difíciles en términos presupuestales, la crisis económica que se inició en 2008 en Estados Unidos, que se ha esparcido en la economía mundial, la baja recaudación tributaria la cual ha dependido de los ingresos petroleros desde antaño, y la cereza del pastel: la influenza H1N1 que mantuvo sin actividad productiva dos semanas en las distintas regiones de México, ha generado que los ingresos tributarios del Estado mexicano se vean mermados, para lo cual es necesario establecer instrumentos idóneos para optimizar la escasez de recursos públicos del Estado. Bajo esta panorámica general del los ingresos tributarios, el presupuesto mexicano tenderá a presentar reducciones importantes en todos los rubros. De tal manera, que el presente trabajo tiene como objetivo optimizar los recursos públicos en áreas vulnerables de la población, como lo son las mujeres de todas las edades y ámbitos económicos.

II. NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE PRESUPUESTOS CON PERSPECTIVAS DE GÉNERO EN MÉXICO

Los presupuestos con perspectiva de género forman parte de una de las grandes iniciativas, a nivel mundial, en la búsqueda de la tan anhelada igualdad real, de hecho y de derecho, entre los sexos. Igualdad no es identidad. Aplicándolo a los dos sexos que integran la especie humana, debemos afirmar, una vez más, que son naturalmente iguales, pero no idénticos. El concepto de sexo y el de género están desligados desde el momento que utilizamos "sexo" para referirnos a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres y "género" para referirnos al conjunto de ideas, percepciones y valores sociales sobre el comportamiento femenino y masculino; es decir, se entiende como la construcción

* Investigadora de Tiempo Completo Titular B del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coordinadora del área de Derecho Tributario. Correo electrónico: riosgra@hotmail.com.