SALUD
VIVIENDA
EDUCACIÓN
DERECHOS
CULTURALES

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA

DEFENSA PÚBLICA

DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Publicación propiedad del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. Edificio Dr. Arturo Enrique Sampay, México 890 (1097) CABA.

El contenido y las opiniones vertidas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Año 7
NÚMERO 11
JUNIO
DE 2017

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA **DEFENSA PÚBLICA** DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

DIRECTOR
DR. HORACIO CORTI

COORDINADOR DEL NÚMERO
DR. PABLO ANDRÉS DE GIOVANNI

Defensor General
Dr. Horacio Corti

Defensora General Adjunta
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario
Dra. Graciela Elena Christe

Defensor General Adjunto
Penal, Contravencional y de Faltas
Dr. Luis Esteban Duacastella Arbizu

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario
Defensoría ante la Cámara de Apelaciones Nº 1
Dr. Fernando Lodeiro Martínez
Defensoría ante la Cámara de Apelaciones Nº 2
Dra. Mariana Beatriz Pucciarello

Primera Instancia
Defensoría Nº 1
Dra. Alejandra Lorena Lampolio
Defensoría Nº 2
Dr. Pablo A. De Giovanni (I)
Defensoría Nº 3
Dra. María Lorena González Castro Feijóo
Defensoría Nº 4
Dra. Cecilia Gonzalez de los Santos
Defensoría Nº 5
Dr. Ramiro Joaquín Dos Santos Freire
Defensoría Nº 6
Dr. Javier Indalecio Barraza

Fuero Penal, Contravencional y de Faltas
Defensoría ante la Cámara de Apelaciones Nº 1
Dr. Gustavo Eduardo Aboso
Defensoría ante la Cámara de Apelaciones Nº 2
Dr. Emilio Antonio Cappuccio

Primera Instancia
Defensoría Nº 1
Dra. Patricia Beatriz López
Defensoría Nº 2
Dra. Silvina Noemí Nápoli
Defensoría Nº 3
Dra. María Andrea Piesco
Defensoría Nº 4
Dr. Sebastián Zanazzi
Defensoría Nº 5
Dr. Francisco J. Malini Larbeigt
Defensoría Nº 6
Dra. Marcela María Amelia Paz
Defensoría Nº 7
Dr. Marcelino N. Civitillo
Defensoría Nº 8
Dr. Matías Becerra (I)
Defensoría Nº 9
Dra. Andrea Demarco (I)
Defensoría Nº 10
Dra. María Florencia Zapata
Defensoría Nº 11
Dra. Mariana Salduna
Defensoría Nº 12
Dr. Federico Enrique Stolte
Defensoría Nº 13
Dra. Paula Lagos
Defensoría Nº 14
Dr. Sergio J. Pistone
Defensoría Nº 15
Dr. Miguel Talento Bianchi
Defensoría Nº 16
Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin
Defensoría Nº 17
Dr. Diego Calo Maiza (I)
Defensoría Nº 18
Dr. Juan Ignacio Cafiero
Defensoría Nº 19
Dra. Bibiana Marys Birriel Moreira
Defensoría Nº 20
Dra. Marina Recabarra
Defensoría Nº 21
Dra. María Lousteau
Defensoría Nº 22
Dr. Christian Federico Brandoni Nonell
Defensoría Nº 23
Dra. Claudia Analía Rodríguez
Defensoría Nº 24
Dra. María Laura Giusepucci

Secretaría General de Acceso a la Justicia
Dr. Mauro Riano
Secretaría General de Administración
Lic. Jorge Costales
Secretaría General de Coordinación Técnica
Dr. Javier José Telias
Secretaría General de Asistencia a la Defensa
Dra. Marcela Millán
Secretaría General de Planificación
Dr. Francisco M. Talento

ÍNDICE

7 **EDITORIAL**

9 **ARTÍCULOS**

11 **MÁXIMOS RECURSOS DISPONIBLES Y DERECHOS HUMANOS: INFORME ANALÍTICO.**
Ph.D Radhika Balakrishnan, Prof. Diane Elson, Ph.D James Heintz y Mg. Nicholas Luisiani

35 **DERECHO PRESUPUESTARIO Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES**
Dr. Jaime Rodríguez-Arana

43 **PLURALES PROCESOS HISTÓRICOS Y UN PROBLEMA GLOBAL: LEY DE PRESUPUESTO Y DERECHOS HUMANOS.**
Dr. Horacio Corti

78 **CFE C/ EL ESTADO DE NUEVA YORK: PASADO, PRESENTE Y FUTURO.**
Prof. Michael A. Rebell

94 **DIÁLOGO CON EL DR. MICHAEL REBELL**
Dr. Horacio Corti

103 **FINANZAS PÚBLICAS Y DERECHOS SOCIALES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA**
Dra. Claudia Marchese

122 **EL DERRUMBE DE UN MITO: LA VIVIENDA ES UN DERECHO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE RECONOCIDO Y EXIGIBLE JUDICIALMENTE. PROPUESTAS PARA SU MEJOR REGULACIÓN FUTURA EN ESPAÑA.**
Dr. Juli Ponce Solé

175 **POLÍTICA FISCAL Y DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: HACIA UNA PERSPECTIVA INTEGRADA.**
Mg. Sergio Chaparro Hernández y Lic. Andrés Castro Araújo

195 **EXPERIENCIA BRASILEÑA SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA PRESUPUESTARIA**
Dr. José Mauricio Conti

210 **LA INCIDENCIA FINANCIERA DE LAS DECISIONES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL**
Prof. Didier Ribes

219 **LA SAGA DE LOS CASOS "RICHMOND": EL COSTO PRESUPUESTARIO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS.**
Dr. Horacio Corti, Dra. Verónica M. Belmonte y Dr. Lautaro Furfaro

242 **POLÍTICA TRIBUTARIA Y DERECHOS HUMANOS: ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL "INFORME DE LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE POBREZA EXTREMA Y DERECHOS HUMANOS".**
Mg. Aldo Caliari

253 **LA PROBLEMÁTICA PRESUPUESTARIA EN LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A UNA JUSTICIA PRONTA Y COMPLETA.**
Dr. Óscar Nava Escudero

280 **EL DERECHO A LA VIVIENDA Y EL PRESUPUESTO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA**
Dr. Ramiro Dos Santos Freire

292 **LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA INFANCIA MEDIANTE EL PRESUPUESTO**
Dr. Diego Freedman

314 **NOTAS SOBRE LOS LITIGIOS ESTRUCTURALES**
Dra. María Eugenia Bianchi y Dr. Juan José Albornoz

337 **LAS CÁRCELES Y EL PRESUPUESTO. LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA ARGENTINA A LA LUZ DE LOS LITIGIOS ESTRUCTURALES.**
Dra. María Eugenia Bianchi y Dr. Juan José Albornoz

394 **LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO Y EL RESPETO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**
Dra. Fabiana Schafrik

441 **EL PLANTEO PRESUPUESTARIO EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES Y LOCALES**
Dra. María Soledad Alposta y Dra. Agustina Del Campo

453 **PRESUPUESTO DE ÁREAS SOCIALES. REGRESIVIDAD Y SUBEJECUCIÓN. CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.**
Lic. María Laura Barral

474 **PRESUPUESTO Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.**
Dra. Dalile Antúnez

494 **EL CONTROL PRESUPUESTARIO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.**
Dra. Lilia Goday

EDITORIAL

Horacio Corti
Defensor General de la CABA

Defensa pública, derechos humanos y restricciones financieras

La incidencia de las restricciones financieras es un tópico habitual al que se enfrenta la defensa pública en los procesos contenciosos.

Así sucede en los casos referidos al derecho a la vivienda. Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el caso "Quisberth Castro" (patrocinado por nuestra defensa pública), efectuó diversas consideraciones sobre uno de los argumentos del gobierno: las limitaciones presupuestarias del Estado local. La cuestión presupuestaria, por lo demás, ya había sido tratada por la Corte Suprema en otros precedentes, como surge del voto concurrente del ministro Petracchi en el referido caso.

Este número de nuestra revista institucional está dedicado a reflexionar sobre las restricciones financieras desde una multiplicidad de perspectivas.

Varios trabajos enfocan el problema desde el derecho internacional de los derechos humanos. Así lo hacen los ensayos de Radhika Balakrishnan, Diane Elson, James Heintz, Nicholas Lusiani, Aldo Caliari y Diego Freedman.

A nivel del derecho internacional de los derechos humanos se viene realizando una reflexión profunda sobre la política fiscal. Dicha reflexión estuvo, en un inicio, centrada en el aspecto presupuestario para extenderse, de forma paulatina, a otras manifestaciones de las potestades financieras, así el endeudamiento y la política tributaria.

El reciente dictado por el Comité de los Derechos del Niño de su Observación General 19 es una muestra clara de esas reflexiones.

Luego, hay ensayos que se adentran en una reflexión conceptual de mayor generalidad, así el trabajo de Jaime Rodríguez Arana y mi propia contribución a la revista.

El núcleo duro de la publicación está en la experiencia judicial comparada. Hay trabajos comparativos (como el de Didier Ribes) y otros dedicados a experiencias nacionales, ya sea a través de un enfoque general o con referencia a un caso judicial y/o a un derecho en particular. Michael Rebell se refiere al caso "CFE v. State of New York" (derecho a la educación); Claudia Marchese a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana; Juli Ponce Solé al derecho a la vivienda en la experiencia jurídica española; José Mauricio Conti

a la jurisprudencia brasileña; Sergio Chaparro y Andrés Castro Araújo a la experiencia judicial colombiana; Verónica Belmonte, Lautaro Furfaro y yo mismo, al derecho de defensa en la jurisprudencia norteamericana; Ramiro Dos Santos Freire, al derecho a la vivienda en la Corte Constitucional de Sudáfrica; María Eugenia Bianchi y Juan José Albornoz al sistema carcelario en la Argentina y en los Estados Unidos (con una nota suplementaria sobre los litigios estructurales).

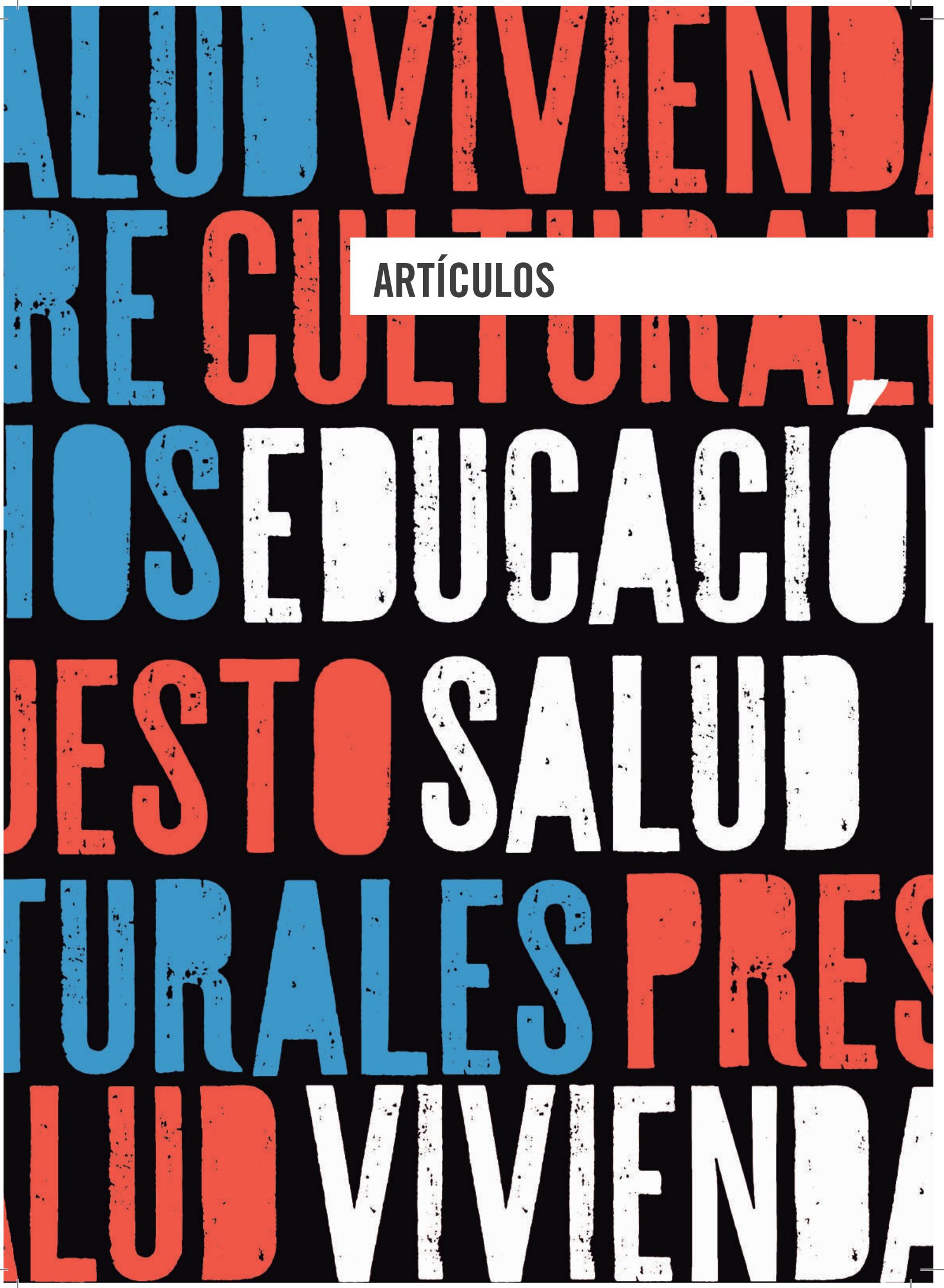
También hay trabajos sobre la ejecución de las sentencias en México (Óscar Nava Escudero), Argentina (Fabiana Schafrik) y en el ámbito internacional (María Soledad Alposta y Agustina del Campo).

Finalmente, hay una serie de trabajos sobre la Ciudad de Buenos Aires. En particular sobre la regresividad y la subejecución presupuestaria (María Laura Barral), sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales (Dalile Antúnez) y sobre el control presupuestario (Lilia Goday).

Como puede apreciarse, hay una diversidad de perspectivas y experiencias, que muestran la profundidad del debate actual sobre el tema.

Con esta publicación, la defensa pública se ubica en el centro de los debates actuales sobre los derechos humanos y las restricciones financieras.

Solo nos cabe decir, como síntesis conceptual de la mejor posición jurídico-política sobre el problema, que los derechos humanos deben primar sobre las restricciones financieras. Los recursos financieros están destinados a obtener la efectividad plena de los derechos humanos. Y no son los derechos los que deben subordinarse a las peripecias de las finanzas públicas.


ALUD VIVIENDA
RE CULTURALES
HOS EDUCACIÓN
UESTO SALUD
TURALES PRES
ALUD VIVIENDA

ARTÍCULOS

Ph.D Radhika Balakrishnan, Prof. Diane Elson, Ph.D James Heintz y Mg. Nicholas Lusiani*

Máximos recursos disponibles y derechos humanos: informe analítico.**

Sumario: I. *Introducción y objetivos del informe* II. *El gasto público* III. *Ingresos públicos* IV. *Asistencia para el desarrollo* V. *Deuda y financiamiento del déficit* VI. *Política monetaria y regulación financiera* VII. *Conclusiones*

*** Ph.D. Radhika Balakrishnan**
Ph.D en Economía de la Universidad de Rutgers. Integrante del Comité Asesor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y de la Comisión para la Equidad de Género de la Ciudad de Nueva York.

Prof. Diane Elson
Economista, socióloga y especialista en género y desarrollo. Profesora emérita de Sociología en la Universidad de Essex.

Ph.D. James Heintz
Profesor de investigación y director asociado en el Instituto de Investigación de Economía Política de la Universidad de Massachusetts, Amherst.

Mg. Nicholas Luisiani
Director del Programa de Derechos Humanos en Política Económica de CESR. Su labor se centra en el desarrollo de políticas económicas y de desarrollo centradas en los derechos humanos. Magíster en Asuntos Internacionales de la Escuela de Asuntos Internacionales y Públicos de la Universidad de Columbia, donde se especializó en derecho internacional de derechos humanos y macroeconomía.

** La versión original de este artículo *Maximum Available Resources and Human Rights: Analytical Report* fue traducida para este número por Sandra Pozzi.

I. Introducción y objetivos del informe

Los recursos son determinantes para la realización de los Derechos Económicos y Sociales. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece: "Cada Estado Parte en este Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto individualmente como mediante la asistencia y cooperación internacionales, hasta el máximo de los recursos de que disponga, parar lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la realización de los derechos reconocidos en el presente Pacto". Las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaran que un Estado incurre en violación del Pacto si falla en destinar el máximo de sus recursos disponibles para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos.

Este informe analiza los diversos modos en que los gobiernos pueden acceder a recursos financieros que les permitan cumplir con sus obligaciones de utilizar "el máximo de sus recursos disponibles" (MRD), tal como ese concepto se introdujo originalmente en el Pacto. Se basa en un conjunto de discusiones entre economistas y expertos en derechos humanos, que se reunieron en el Centro para el Liderazgo Global de las Mujeres los días 13 y 14 de diciembre de 2010. Aunque el Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; diversos relatores especiales de la ONU y otros expertos juristas han realizado avances notables sobre el tema en cuestión, se necesitan más aclaraciones sobre lo que significa el concepto de "máximos recursos disponibles" y sobre cómo los Estados pueden ponerlo en práctica. A menudo se adopta una interpretación limitada, al asumir que los recursos disponibles han sido fijados por decisiones políticas previas y que la tarea principal del gobierno consiste tan solo en administrarlos eficientemente. Por esta razón, en la aplicación práctica del concepto MRD, se ha tendido a limitar su análisis a los gastos presupuestarios y a la asistencia internacional, pasando por alto otros factores determinantes del conjunto de recursos disponibles para la realización de los derechos humanos, que incluyen la política monetaria, la política del sector financiero y el financiamiento del déficit.

En 2007, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas formuló una declaración titulada "Una evaluación sobre la obligación de adoptar medidas en base al «máximo de los recursos disponibles» de conformidad a un protocolo facultativo del Pacto". Sin embargo, tal declaración no definió en qué consisten los "recursos disponibles" más allá de establecer que se refieren "tanto a los recursos existentes dentro de un Estado, como a los que la comunidad internacional puede poner a disposición de este por conducto de la cooperación y asistencia internacionales". No obstante, al evaluar el cumplimiento de esta obligación por parte de los gobiernos, el Comité ha empleado los siguientes indicadores:

- Comparación de los gastos relacionados con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) con aquellos generados por sectores no vinculados a los DESC.
- Comparación de los gastos de un área (por ejemplo, salud, educación, etc.) con los gastos del mismo sector en países con niveles similares de desarrollo.
- Comparación de los gastos y asignaciones presupuestarias con indicadores internacionales, como el indicador del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PDNU), que establece que el 5% del PIB (Producto Interno Bruto) debe destinarse a gastos humanos (que para los países pobres se especifican como educación básica, atención básica de la salud y suministro básico del agua).[1]

Nótese que estos indicadores solo se refieren a gastos del gobierno y asistencia internacional.

Tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[2] como la

1- PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). (1991). Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD, Financiamiento del Desarrollo humano, disponible en: http://hdr.undp.org/en/reports/global/ hdr1991/chapters/.

2- Véase el Artículo 4: "Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y que fueren necesarias para la implementación de los derechos reconocidos en la presente Convención. Con respecto a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados parte adoptarán tales medidas utilizando el máximo de los recursos de que dispongan y, de ser necesario, dentro del marco de la cooperación internacional".

Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad[3] se han pronunciado explícitamente respecto de las obligaciones de los Estados Parte de adoptar medidas para utilizar el máximo de los recursos de que dispongan con el fin de garantizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el Comité sobre los Derechos del Niño ya incorporó ese concepto en una de sus Observaciones Generales,[4] así como en sus Observaciones Finales de diversos informes de los Estados Parte,[5] y celebró un Día de Debate General sobre el tema "Recursos para los Derechos del Niño — la Responsabilidad de los Estados: Inversiones para la Implementación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Niños y la Cooperación Internacional". Este Comité ha ampliado el significado sustantivo del concepto "recursos", al incluir dentro de este "los recursos humanos, técnicos, organizacionales, naturales y de información", y ha puesto especial énfasis en las obligaciones de los Estados de contribuir a la implementación global o extraterritorial de estos derechos.[6] Sin embargo, al igual que el Comité de los DESC, aún no ha identificado cuál es la gama completa de potenciales recursos financieros disponibles para el cumplimiento de los DESC.

Varios relatores especiales de las Naciones Unidas y expertos independientes también se han referido al significado de "máximos recursos disponibles". El ex relator especial sobre el Cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Danilo Türk, señaló que la aplicación de medidas impositivas progresivas (como opuestas a regresivas) pueden —con el apoyo de la maquinaria administrativa y de los mecanismos de aplicación adecuados— conducir a formas graduales y paulatinas de redistribución del ingreso dentro de los Estados, sin amenazar la estabilidad económica o los patrones de crecimiento, creando condiciones que permitan a una mayor proporción de la sociedad gozar de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[7]

Magdalena Sepúlveda, experta independiente sobre la Cuestión de derechos humanos y Pobreza Extrema, arribó a las siguientes conclusiones respecto de la obligación de los gobiernos de utilizar el máximo de sus recursos disponibles para garantizar el cumplimiento de los DESC:[8]

- Los gobiernos deben emplear el máximo de sus capacidades para movilizar recursos dentro del país.

3- Véase el artículo 4.2: "Con respecto a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado parte se compromete a adoptar medidas utilizando el máximo de sus recursos disponibles y, de ser necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, con miras a lograr progresivamente el pleno cumplimiento de estos derechos, sin perjuicio de aquellas obligaciones contenidas en la presente Convención que sean inmediatamente aplicables de acuerdo con el derecho internacional".

4- Observación General Nº 5 Medidas Generales de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003, disponible en: http://www2.ohchr.org/ english/ bodies/crc/comments.htm.

5- Véase, por ejemplo, CRC/C/KHM/2-3, CRC/C/SDN/ CO/3-4, CRC/C/15/ Add.216, párrafo 15, and CRC/C/15/ Add.205, párrafo 16.

6- Véase, por ejemplo, la Publicación Nº 3 del Grupo de Trabajo: "Obligaciones de los Estados parte: realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ¿Son los derechos del niño un lujo durante una crisis económica?", preparados para la Celebración del 20º Aniversario de la Adopción de la Convención de los Derechos del Niño, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/ crc/ docs/20th/BackDocWG3.doc.

7- TÜRK, D., "La realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Reporte Especial sobre los Derechos Económicos y Sociales", (E/ CN.4/Sub.2/1992/16), 1992, disponible en: http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/ %28Symbol%29/E.CN.4.Sub.2.1992.16.En?Opendocument.

8- SEPÚLVEDA, M., "La naturaleza de las obligaciones bajo el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Intersentia, 2003.

- Los gastos del gobierno deben ser eficientes (el "criterio de eficiencia" también es aplicable a la recaudación de ingresos).
- Los gastos del gobierno deben ser eficaces.
- La incapacidad de frenar la corrupción es un incumplimiento de la obligación de hacerlo.
- Los fondos presupuestarios asignados a los DESC no deben desviarse a áreas no relacionadas con estos.
- Los fondos asignados a los DESC deben ser totalmente empleados con ese propósito.
- Los gobiernos que introducen medidas regresivas, tales como recortes en gastos de los DESC, deben demostrar que han utilizado el máximo de sus recursos disponibles para evitar adoptar tales medidas.
- Los gobiernos deben hacer todo lo que esté a su alcance para asegurarse la asistencia internacional en caso de que los recursos nacionales resulten insuficientes para el cumplimiento de los DESC.

Su conclusión apunta a la importancia de la movilización de recursos, así como a la política de gastos y a la asistencia internacional.

En su informe de 2009 sobre Brasil, Olivier de Schutter, el relator especial sobre el Derecho a la Alimentación, se refiere al rol de los impuestos para el cumplimiento de la obligación de utilizar los "máximos recursos disponibles":

La estructura impositiva de Brasil sigue siendo altamente regresiva. Los impuestos son altos sobre los bienes y servicios y bajos sobre la renta y la propiedad, lo que produce resultados muy desiguales. [...] Aun cuando los programas sociales desarrollados bajo la estrategia de "Cero hambre" poseen un impresionante alcance, están básicamente financiados por los mismos beneficiarios, dado que el sistema fiscal regresivo limita seriamente el aspecto redistributivo de los programas. Solo mediante la introducción de una reforma fiscal que revirtiera la situación actual, Brasil podría afirmar que busca hacer cumplir el derecho a una alimentación adecuada, adoptando medidas sobre la base de sus máximos recursos disponibles.[9]

La comunidad de derechos humanos ha reconocido la importancia de los ingresos públicos, al incluir los impuestos y la ayuda oficial para el desarrollo dentro del concepto de máximos recursos disponibles. Los economistas coinciden en que los recursos disponibles para la realización de los derechos humanos dependen del gasto, de la ayuda económica y de los impuestos, e incluso señalan la posibilidad del endeudamiento y del déficit presupuestario. Al referirse a tales conceptos, algunos economistas hablan del "diamante del espacio fiscal".[10] Las cuatro puntas del diamante son éstas: repriorización del gasto y eficiencia; movilización de recursos nacionales mediante impuestos y otras medidas tendientes a incrementar los ingresos; subsidios por ayuda exterior (ayuda oficial para el desarrollo); y financiamiento del déficit. Además, agregamos el espacio monetario que depende de las políticas del Banco Central. Estas políticas influyen en la tasa de interés, en los tipos de cambio, en las reservas de divisas, en las reservas del sector bancario y en la regulación del sector financiero.

9- DE SCHUTTER, O., "Informe del Reportero Especial sobre el derecho a la alimentación, misión en Brasil", (A/HRC/13/33/Add.6), 2009, párrafo 36, disponible en: http://www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20100305_a-hrc-13-33-add6_country-mission-brazil_en.pdf

10- "El desafío del espacio fiscal y el financiamiento para los objetivos de desarrollo del milenio», Capítulo 5, disponible en: http://content.undp.org/go/cms-service/stream/ asset/?asset_id=2223965.

El espacio monetario también influye en los recursos disponibles para el cumplimiento de los DESC, por ejemplo, a través de su impacto en el nivel de empleo y en la utilización de los recursos productivos. Cuando la política del Banco Central no apoya el pleno empleo, los recursos disponibles disminuyen. Entre otros temas, consideramos cómo influye la política fiscal y monetaria sobre los recursos disponibles para el cumplimiento de los derechos, y cómo se pueden utilizar los instrumentos políticos —tales como no-discriminación, cumplimiento progresivo, participación, transparencia y responsabilidad— de conformidad con los principios de los derechos humanos. Para desafiar la distribución desigual de los recursos materiales y volver a imaginar el rol del Estado no como un mero administrador eficiente de los recursos existentes, sino como una institución que moviliza recursos para cumplir con las obligaciones de los derechos humanos fundamentales, se necesita hacer un desarrollo más exhaustivo del concepto de máximos recursos disponibles.

El informe está organizado en torno a cinco temas que son esenciales para maximizar en forma sostenible la disponibilidad de los recursos que permitan garantizar el cumplimiento de los derechos humanos: (1) gasto público; (2) ingresos públicos; (3) asistencia para el desarrollo (asistencia oficial para el desarrollo y flujo de recursos privados); (4) deuda y financiamiento del déficit;[11] y (5) política monetaria y regulación financiera. Juntas e interrelacionadas, estas áreas políticas se pueden representar en un diagrama con cinco nodos de vital importancia para la movilización de los recursos.

11- Las cuatro primeras áreas se conocen por lo general como el diamante fiscal. Véase: "El desafío del espacio fiscal y del financiamiento para los objetivos de desarrollo del milenio", Capítulo 5, disponible en: http://content.undp.org/go/cms-service/stream/ asset/?asset_id=2223965.

Figura 1: Estrella de los máximos recursos disponibles (MRD)

II. El gasto público

La asignación del gasto público se refleja en cómo se priorizan en el Presupuesto las distintas áreas de gastos. La repriorización de gastos del Presupuesto público, para hacerlos más eficientes y eficaces, es un elemento central para garantizar los recursos destinados al cumplimiento progresivo de los DESC. Hay varias cuestiones relevantes para ayudar a descomprimir esta área en el contexto de los MRD.

Preguntas clave:

- ¿Cómo podemos evaluar la adecuación del tamaño de los gastos públicos?
- ¿Cómo enfrentamos el hecho de que los recursos pueden ser movilizados, pero ser gastados por los gobiernos de modos que socavan los derechos humanos, en lugar de cumplirlos?
- Los reclamos por mejoras en la eficiencia, ¿ocultan frecuentemente los costos que

ocasionan en términos del incremento del empleo no remunerado en hogares y comunidades, y del retroceso del derecho a condiciones justas y favorables de trabajo?
- ¿Qué entienden los economistas por "eficiencia"? ¿Existe desacuerdo entre los economistas respecto del significado de "eficiencia"?
- ¿Qué implicancias tienen estos desacuerdos sobre cómo deberíamos interpretar lo que el Pidesc establece acerca de la eficiencia del gasto público para realizar los DESC?
- ¿Qué clases de políticas de asignación presupuestaria salvaguardan los Derechos Económicos y Sociales?

Indicadores del gasto público

Para juzgar en qué medida un gobierno ha asignado recursos adecuados dentro del gasto público, resulta útil examinar la relación existente entre el gasto total y el producto interno bruto (PIB). El PIB es una medida del valor total de los bienes y servicios producidos en la economía, aunque excluye servicios no remunerados dentro del hogar, tales como el cuidado no remunerado de niños que es brindado por miembros de la familia. Al evaluar si el monto del gasto resulta apropiado, se debería comparar la relación existente entre el gasto y el PIB en países similares.

Además de examinar el nivel total de gastos, debe tomarse en cuenta la asignación de éste a áreas especiales que financien el cumplimiento de derechos específicos como, por ejemplo, salud, educación y protecciones de ingresos y transferencias a hogares de bajos ingresos; y ser comparados con otras áreas de gastos no compatibles con los derechos humanos, como, por ejemplo, el gasto militar.

Sin embargo, es importante no limitar el análisis del gasto público al gasto social, puesto que el cumplimiento de algunos Derechos Económicos y Sociales, tales como el derecho al trabajo, requiere el análisis de otras áreas de gastos, como la inversión pública en infraestructura económica básica. Por lo tanto, el ámbito de los gastos de los derechos humanos es muy expansivo, e involucra no solo el servicio social, sino también la política agrícola, industrial y de empleo.

Consideremos un caso en que los esfuerzos por cumplir los derechos de los niños se han centrado exclusivamente en el gasto en salud y educación, y no en inversiones en infraestructura, como la construcción de carreteras y escuelas. Aunque el gasto en salud y educación puede reflejar resultados positivos en materia de derechos humanos, la falta de inversión en infraestructura puede privar a algunos niños del acceso a clínicas y escuelas. Por lo tanto, la definición de qué constituye una justificada inversión en Derechos Económicos y Sociales no debe limitarse exclusivamente a sectores sociales, sino que también debe incluir las inversiones realizadas en los sectores económicos.

Los indicadores —tales como la relación entre el gasto público y el PIB— deben considerarse como puntos de referencia generales para la evaluación de la política del gobierno: no representan objetivos prescriptivos. Pueden existir razones válidas por las que el gasto público como porcentaje del PIB varíe del parámetro de referencia. El propósito no es establecer objetivos precisos como, por ejemplo, que el cinco por ciento del PIB deba destinarse a educación. La finalidad, en cambio, es utilizar los indicadores para juzgar si existe motivo de preocupación sobre el cumplimiento de las obligaciones de medios, en comparación con países similares y con desempeños anteriores de un mismo país.

La participación del sector privado en la prestación de servicios que promueven la realización de los derechos complica aún más el panorama. En estas circunstancias, los Estados tienen el deber de supervisar y regular el suministro privado de dichos servicios para asegurar que se cumplan las obligaciones de los derechos humanos. Una regulación eficaz exige recursos públicos, aunque no en categorías de gastos típicamente asociados con los Derechos Económicos y Sociales. Por otra parte, las asignaciones presupuestarias a los sectores de servicios sociales pueden no representar la totalidad del monto de recursos necesarios para financiar el cumplimiento de los derechos, especialmente cuando el sector privado juega un rol importante. Por estas razones, los indicadores, tales como el gasto público en relación con el PIB, deben considerarse medidas preliminares de asignación de recursos para fomentar los derechos, pero no estándares definitivos para evaluar las políticas del gobierno.

Por ejemplo, Estados Unidos gasta mucho dinero en educación primaria y secundaria. En 2003-2004, se gastaron 472.300 millones de dólares, y esa cantidad se ha incrementado constantemente desde 1950.[12] En 2004, el gasto público en educación fue del 5,9% del PIB de Estados Unidos, y ese país ocupó el octavo puesto en cuanto a compromiso con el gasto público en educación, según el informe sobre desarrollo humano del PNUD de 2006. Superficialmente, esto parece representar un compromiso razonable con el gasto en educación. Sin embargo, dado que en Estados Unidos la mayoría de los fondos para educación se basan en impuestos locales a la propiedad, los barrios más ricos tienen mayores niveles de financiamiento para las escuelas públicas —de 15.000 dólares o más por alumno— que los barrios de bajos ingresos, que cuentan con menos de 4000 dólares por alumno. Los distritos escolares con el mayor porcentaje de estudiantes provenientes de minorías de raza reciben la menor cantidad de ingresos de la educación general, mientras que los distritos con el menor porcentaje de estudiantes provenientes de esas categorías reciben la mayor cantidad.[13] En todo el país, se gastan 614 dólares menos por alumno en los distritos que educan a más estudiantes de color, en comparación con los distritos que educan a las menores cantidades de estudiantes de color.[14]

Eficiencia y eficacia del gasto público

A menudo la eficiencia se define en términos del costo financiero de los insumos necesarios para producir un determinado resultado: mayor eficiencia implica que se puede producir más con una determinada cantidad de recursos financieros. Por lo tanto, desde la perspectiva de la utilización del máximo de los recursos disponibles, es importante examinar la eficiencia del gasto.

Sin embargo, se debe tener cuidado al evaluar dicha eficiencia: ¿Están todas los insumos debidamente contabilizados o hay recursos importantes que se ignoran (contribuciones del trabajo doméstico no remunerado u otras contribuciones no comerciales)? Por ejemplo, en el sector de la salud, la eficiencia normalmente se

12- Asociación Nacional de Escritores de Educación, "Asuntos de dinero: Guía de un reportero de la Escuela de Finanzas", 2003, p. 1.

13- Departamento de Educación de EE.UU., "Las desigualdades en los ingresos del Distrito Escolar Público", Centro Federal de Estadísticas sobre Educación, 1998.

14- El Fondo de Educación, "La brecha de financiación 2005: Estudiantes de grupos minoritarios y de bajos ingresos engañados por la mayoría de los Estados", 2005.

juzga en términos del costo financiero por tratamiento. Este se puede reducir acortando el tiempo que los pacientes transcurren en el hospital. No obstante, los pacientes siguen requiriendo atención no médica. Por lo tanto, estrechamente definida, la eficiencia parece mejorar al disminuir el costo de tratamiento por paciente. Sin embargo, hay enormes costos indirectos que recaen sobre los cuidadores no remunerados en los hogares, quienes pueden verse obligados a emplear su tiempo libre remunerado para cuidar a un miembro de la familia. En consecuencia, la mejora de "eficiencia" —reduciendo el gasto en insumos claves— bien puede no ser real, al imponer mayores cargas dentro del hogar a los familiares por cuidados no remunerados, con impactos desproporcionados sobre las mujeres.

Asimismo, es posible que la eficiencia parezca mejorar cuando los gobiernos reducen la indemnización a los trabajadores del sector público. Los Estados a menudo enfrentan presiones para reducir los gastos de salarios del sector público. Sin embargo, en estos casos, debemos considerar si tales acciones comprometen los Derechos Económicos y Sociales de los trabajadores. De ser así, entonces este tipo de tácticas serán menos eficientes de lo que parecen ser, ya que su impacto general sobre los Derechos Sociales y Económicos debe tener en cuenta el efecto particular que tienen sobre los trabajadores del sector público.

También es importante examinar la efectividad del gasto para lograr un resultado positivo en el goce de los derechos. Recobra importancia la *calidad*, así como la cantidad de egresos. Por ejemplo, el gasto en salud puede ser ineficaz si gran parte se destina a cubrir costos administrativos. Los servicios se deben ofrecer de modo que respeten la dignidad del individuo, lo que puede demandar más tiempo de interacción con las personas para brindarles una atención personalizada, así como más entrenamiento por parte de los empleados públicos sobre cómo tratar a las personas con respeto, especialmente a las personas pobres, a las pertenecientes a grupos minoritarios y a las mujeres. Las personas deben poder reclamar sus derechos sin ser estigmatizadas. Esto es especialmente importante para el caso de las transferencias de ingresos.

Direccionamiento[a] de contribuciones privadas a servicios públicos e infraestructura

Una forma de direccionar contribuciones privadas a los servicios públicos es a través de la corresponsabilidad, por la cual se solicita a las comunidades que presten servicios no remunerados para impulsar el cumplimiento de ciertos derechos, por ejemplo, mediante la construcción de escuelas. Esto no es necesariamente antitético a los derechos humanos, pero debemos considerar sobre quién recae la carga de llevar a cabo estas nuevas tareas dentro de la comunidad, y si tales servicios se suministran en forma voluntaria.

Una segunda forma de direccionar recursos es a través de asociaciones público-privadas (APP). Con las APP, un gobierno contrata a empresas privadas para llevar a cabo una inversión en infraestructura o el suministro de servicios. En el caso de las inversiones en infraestructura, la empresa privada reúne el dinero para la inversión —no lo hace el gobierno— y cubre sus costos mediante un contrato de arrendamiento de activos con el gobierno. Esto puede resultar ventajoso en el corto plazo, dado que el endeudamiento no se incluye como parte de la deuda del sector público. Sin embargo, en general, las empresas privadas enfrentan mayores tasas de interés que los gobiernos, por lo que

el costo de la inversión es superior. Además, es difícil responsabilizar a las empresas privadas por el incumplimiento de contratos complejos. Normalmente, los contratos transfieren los riesgos al gobierno, ya que si la empresa sufre una mala administración o la prestación está mal implementada, el sector público se ve obligado a asumir la responsabilidad de subsanar el problema. Con frecuencia, las empresas privadas contratan trabajadores con menos protecciones sociales de las que gozan los empleados del sector público, lo que implica un retroceso en cuanto a los derechos laborales. Teniendo en cuenta todo esto, un análisis equilibrado debe considerar si las APP realmente aportan recursos adicionales, así como explorar quién paga realmente el total de los costos, evaluar la sostenibilidad del acuerdo en el tiempo y determinar qué es lo que en verdad se gana con las APP.

Participación, transparencia y gastos públicos

Las asignaciones presupuestarias deben determinarse de forma participativa y transparente. Se debe considerar el tipo de participación, la etapa del proceso presupuestario en que se lleva a cabo y la proporción del Presupuesto abierta a esa participación. Las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las organizaciones de derechos humanos, están participando activamente en los presupuestos gubernamentales en muchos países. La participación de organizaciones de derechos humanos lleva a enmarcar el análisis de los presupuestos en términos de las obligaciones del gobierno, la no-discriminación, el cumplimiento progresivo, las obligaciones básicas y la no- regresión.

Es importante reconocer que el fortalecimiento de la participación y la transparencia exigen recursos. La recopilación y difusión de información oportuna demanda recursos. La información presupuestaria debe compilarse en categorías que resulten útiles para el control de prioridades del gasto en materia de Derechos Sociales y Económicos, y que sean accesibles a la población en general.

Austeridad fiscal

El gasto público total a veces necesita ser recortado para reducir los déficits presupuestarios insostenibles. No todo recorte presupuestario resulta necesariamente regresivo, pero el principio de no-regresión de los derechos humanos hace hincapié en que la dimensión y el alcance de los recortes del gasto deben ser cuidadosamente examinados. Los gobiernos tienen una obligación inmediata de garantizar los niveles básicos de los DESC para salvaguardar a los más desfavorecidos. Esto sugiere dos preguntas que deben ser respondidas. En primer lugar, el plan de austeridad fiscal, ¿está basado en un equilibrio adecuado entre la reducción de gastos y el incremento de impuestos? En segundo lugar, ¿cuál es el impacto que sufren por los recortes los sectores más pobres y necesitados, y cómo se pueden salvaguardar los derechos de estos grupos?

III. Ingresos públicos

Los gobiernos reciben ingresos de diversas fuentes, que incluyen: impuestos, regalías pagadas por la utilización de recursos naturales y ganancias de empresas públicas. Nos centraremos aquí en los impuestos, dado que constituyen normalmente la forma más importante en que los gobiernos movilizan recursos nacionales. En la siguiente sección, el informe

considera la asistencia internacional para el desarrollo, que incluye la ayuda oficial para el desarrollo (AOD).

Preguntas clave:

- ¿Qué cuestiones institucionales y distributivas se deberían tomar en cuenta al determinar la política fiscal? ¿Cómo afecta el nivel y composición de los impuestos (por ejemplo, el Impuesto a las Ganancias; el Impuesto al Valor Agregado [IVA]; los impuestos comerciales; los impuestos a la propiedad) a los máximos recursos disponibles y a otras obligaciones de derechos humanos?
- ¿Cómo debería responder la política fiscal en épocas de bonanza y crisis de las economías para reducir las consecuencias negativas de la caída drástica de ingresos que actualmente vemos ocurrir en el mundo?
- ¿Ha considerado el gobierno la introducción de impuestos a las transacciones financieras, que son impuestos de bajo nivel sobre la compra de activos financieros, como acciones, bonos, contratos de futuros y monedas, que potencialmente permitirían recaudar importantes recursos para el cumplimiento de los derechos humanos?
- ¿Existe un peligro real de que mayores impuestos reduzcan los recursos disponibles para la realización de los Derechos Económicos y Sociales por su impacto sobre los actores no estatales como las empresas? (Es decir, ¿hay circunstancias en las cuales la política fiscal reduce el crecimiento y el empleo futuros)?
- ¿En qué medida la recaudación fiscal ineficaz constituye un problema y cómo puede ser abordado?

El proceso de movilización[b] de los ingresos fiscales y el uso de esos recursos para proveer bienes públicos, servicios sociales y protección social es ampliamente aceptado como una responsabilidad central de un gobierno eficiente. Sin embargo, muchos economistas e intereses comerciales se refieren a "presiones tributarias" y "distorsiones" causadas por la política fiscal, usando como referencia una economía libre de impuestos. En nuestra opinión, ese no es un punto de referencia apropiado, y preferimos hablar de "contribuciones impositivas" y "asesoría fiscal".

Indicadores de la movilización de los ingresos fiscales

Para analizar la adecuación de la movilización tributaria, es útil hacer referencia a la relación impuestos-PIB, conocida a veces como tasa efectiva de impuestos. El esfuerzo fiscal es otro indicador útil que mide ingresos fiscales reales en comparación con ingresos fiscales potenciales. Los ingresos fiscales potenciales se definen de diferentes formas. Un enfoque consiste en definir los ingresos potenciales como el total de ingresos fiscales que se podrían recaudar conforme al Código Tributario vigente, si se cobrara el 100% de los impuestos. El esfuerzo fiscal puede utilizarse para evaluar cuántos ingresos adicionales se podrían movilizar mejorando la eficacia de la recaudación, sin cambiar las leyes impositivas.

Estos indicadores poseen algunas limitaciones que deben considerarse al utilizarlos como parámetros: los diferentes países cuentan con distintas fuentes de ingresos; varía la naturaleza de la recaudación de ingresos por parte del gobierno; y existen diversos grados de centralización de la política fiscal. Por esta razón, se

los puede considerar útiles para obtener primeras instantáneas del rendimiento, pero que deberían ser aumentadas mediante análisis más detallados para tener un panorama completo. Al usar estos indicadores es fundamental comparar países similares. Los países de bajos ingresos, por ejemplo, tienden a tener una menor relación impuesto-PIB que los países de altos ingresos. Consideramos que los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de los tratados de derechos humanos y otros referentes serían remisos a no considerar realizar un análisis comparativo apropiado de estos indicadores, como herramienta esencial para analizar el esfuerzo de los gobiernos de movilizar sus ingresos fiscales.

Elusión, evasión fiscal y debilidades institucionales

La elusión y evasión fiscal conducen a una pérdida sustancial de ingresos para los gobiernos. El soborno y la corrupción son también problemas frecuentes. Es vital fortalecer los procesos de recaudación de impuestos. El recorte presupuestario de las Oficinas Recaudadoras se traduce en menor cantidad de personal disponible para reducir la elusión y evasión impositivas, lo que constituye un falso ahorro.

La existencia de paraísos fiscales, con impuestos muy bajos, facilita la elusión y evasión fiscal. Para evitar pagar impuestos, las empresas multinacionales adoptan medidas para declarar sus ganancias como procedentes de paraísos fiscales. Una forma de hacerlo es a través de la manipulación de los precios de los bienes y servicios que se transfieren entre distintas sucursales de la misma empresa que funciona en diferentes países. Al establecer una sucursal en un paraíso fiscal, y luego manipular el precio de las importaciones y exportaciones desde y hacia otras divisiones y filiales de la misma empresa en distintos países, se transfieren bienes y servicios entre las distintas sucursales de la misma empresa ubicadas en países diferentes, lo que les permite a las empresas declarar sus ganancias como provenientes de sucursales radicadas en paraísos fiscales, en lugar de países con impuestos más altos. Los ingresos fiscales anuales estimados que los países en desarrollo pierden debido a la manipulación comercial oscilan entre 98.000 y 106.000 millones de dólares.[15] Esta cifra es comparable a la cifra total de 83.500 millones de dólares[16] destinada en 2009 para brindar asistencia exterior al desarrollo por parte de los países del Comité de la Asistencia para el Desarrollo, pertenecientes a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

En la medida en que la política fiscal de un país afecte la capacidad de otros para establecer un sistema tributario eficaz, se puede establecer un proceso de cooperación entre Estados con el objeto de eliminar las estrategias de "empobrecer al vecino" y de evitación de impuestos transfronterizos.

Resultados distributivos de los regímenes fiscales

La política fiscal debe cumplir con los principios de no-discriminación e igualdad. Consideremos el caso del aumento de las tasas

15- HOLLINGSHEAD, A., "La pérdida implícita de ingresos fiscales por manipulación del comercio", Integridad Financiera Global, Washington, D.C., 2010.

16- Las estimaciones corresponden a datos de la OCDE (http://stats.oecd.org). Los países miembros del Comité de Asistencia al Desarrollo (CAD) incluyen a Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Japón, Italia, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Corea del Sur, España, Suecia, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos.

del IVA. Este incremento hará que suban los precios de los bienes y servicios brindados a los hogares, lo que tendrá un impacto desproporcionado sobre los hogares de menores ingresos. Tal situación se debe a que las familias de bajos ingresos gastan una mayor proporción de éstos en bienes y servicios que los hogares de altos ingresos, que pueden darse el lujo de ahorrar parte de ellos. El resultado es que los pagos del IVA representan una mayor proporción de recaudación proveniente de los hogares de menores ingresos en comparación con los hogares de altos ingresos.

El análisis de incidencia examina las contribuciones de impuestos de diferentes hogares en función de sus ingresos. Puede usarse para analizar las contribuciones fiscales por hogar, ya sea examinando los impuestos individualmente (impuesto sobre las ventas, IVA, impuesto a las ganancias, etc.) o fusionándolos y determinando qué proporción del ingreso se destina al pago de éstos. Este tipo de análisis puede mostrar cuánto pagan las familias de bajos ingresos en impuestos como porcentaje de sus ingresos en relación con los hogares más ricos, y cuánto pagan los hogares con características diferentes de género (por ejemplo, el sexo del jefe del hogar, el sexo de la principal fuente de ingresos, etc.).[17] Los regímenes fiscales regresivos, que exigen a los sectores pobres y desfavorecidos pagar una mayor parte de sus ingresos que a los ricos, son cuestionables desde la perspectiva de la no-discriminación, mientras que los regímenes fiscales progresivos, que hacen más uso del impuesto a las ganancias y a la riqueza, tienen, por lo general, una mayor capacidad de movilizar ingresos nacionales en forma equitativa a través de los hogares.

17- Para investigaciones sobre impuestos e igualdad de género, véase GROWN, C. y VALODIA, I., "Impuestos y equidad de género: Estudio del impacto de los impuestos directos e indirectos sobre el género", disponibles en: http://www.idrc.ca/cfp/ev-154694-201-1-DO_TOPIC.html.

Implicancias de tasas de interés más altas en el crecimiento económico

Una preocupación generalizada es que la existencia de impuestos altos a las empresas y hogares ricos contribuye a reducir las inversiones y, por ende, el crecimiento y el empleo. Tal impacto podría llegar a limitar la generación de los recursos de que se necesita disponer para el cumplimiento de los Derechos Económicos y Sociales.

Sin embargo, las menores tasas de impuestos y los diversos tipos de desgravaciones fiscales pueden convertirse en extraordinarios beneficios para los negocios y hogares ricos que hubiesen invertido de todos modos. Las principales razones por las que las empresas invierten (por ejemplo, el acceso a los mercados, la disponibilidad de fuerza de trabajo educada, las plataformas de exportaciones estratégicas o la presencia de recursos naturales) pueden tener poca relación con los niveles impositivos.

La movilización de los ingresos fiscales para inversiones en infraestructura económica y social puede tener mayor influencia para generar un crecimiento económico sólido a largo plazo. La existencia de una fuerza laboral altamente educada y productiva, y de infraestructura económica de calidad (por ejemplo, servicios y transporte) puede constituir un incentivo mucho más atractivo para las inversiones del sector privado que una baja de impuestos. La prosperidad y las tasas altas de impuestos en relación con el PIB, ciertamente, van de la mano en los países de altos ingresos que son miembros de la OCDE. El impuesto promedio de acuerdo con el PIB en estos países aumentó del 30,1% en

1970 al 35,5% en 2000. En los países en desarrollo, el porcentaje promedio de impuestos no tuvo cambios significativos, aumentó del 16,2% en la década de 1970 al 17,0% en 2000.[18]

Ciclos económicos, política fiscal y obligaciones de derechos humanos

Para mantener el principio de no-regresión, toda política fiscal centrada en los derechos humanos debe ser capaz de manejar las épocas de bonanza y crisis de las economías capitalistas modernas para reducir las drásticas consecuencias negativas de la caída en la recaudación durante las recesiones, que dificultan a los Estados sostener el gasto durante las crisis. Una opción es crear un fondo de reserva, a veces llamado "fondo para días lluviosos", en el que se colocan los ingresos adicionales durante épocas de bonanza. Estos fondos pueden utilizarse para mantener el gasto y evitar retrocesos en tiempos de crisis.

Por supuesto, durante crisis graves como las recesiones, es apropiado introducir programas de estímulo. El diseño de tales programas, que incluyen un equilibrio entre los recortes impositivos y los gastos adicionales, debería tener en cuenta los principios y obligaciones de derechos humanos. Desde la perspectiva de los derechos humanos, las medidas que generan más poder adquisitivo en manos de los pobres y de la clase media —a través de recortes en el IVA, por ejemplo, o de gastos adicionales en infraestructura y servicios públicos, que crean puestos de trabajo— resultan más equitativas que la reducción de impuestos a las ganancias para los grupos más ricos.

18- BIRD, R., "Gravación impositiva y desarrollo", *Premisa Económica Nro. 34*, Banco Mundial, 2010.

IV. Asistencia para el desarrollo

La Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) es otra fuente que puede aumentar los recursos disponibles del gobierno de un país con ingresos bajos o medios. Se otorga tanto en forma bilateral, es decir de un gobierno a otro, como por parte de instituciones multilaterales, como el Banco Mundial, los bancos de desarrollo regional y la Unión Europea (UE). Sin embargo, es importante comprender que la AOD puede hacerse en forma de préstamos o de subvenciones. Los préstamos obligan a pagar un interés y deben ser finalmente cancelados. Debido a esos pagos, sumados al servicio de la deuda y la amortización de los préstamos, no toda la AOD que llega a un país en un año se convierte en un adicional neto a los recursos disponibles para el gobierno. Es importante distinguir entre los ingresos brutos y netos de la AOD. Las entradas netas de capital pueden llegar a sobredimensionar la cantidad de nuevos recursos disponibles, ya que la reducción de la deuda se cuenta como parte de la AOD neta. Sin embargo, la condonación de la deuda simplemente elimina deuda, no genera nuevos recursos disponibles.

La AOD puede financiar proyectos específicos, como la construcción de un hospital o un puente, pero cada vez hay mayores cantidades de AOD que no están ligadas a un proyecto específico. Se otorgan para aumentar el presupuesto de ministerios específicos ("apoyo a un sector") o al Ministerio de Hacienda para financiar el Presupuesto en conjunto ("apoyo presupuestario"). La AOD que no está vinculada a un proyecto generalmente impone condiciones políticas, como la liberalización del comercio, un creciente papel del sector privado en la prestación de servicios, o techos a pagos del sector público. No toda la AOD otorga recursos adicionales al gobierno; algunas formas de AOD

omiten al gobierno y se destinan directamente a organizaciones no gubernamentales.

Preguntas clave:

- ¿En qué medida los gobiernos de los países más desarrollados reconocen sus obligaciones extraterritoriales de brindar asistencia internacional?
- ¿En qué medida la AOD incrementa los recursos disponibles?
- ¿Existen límites respecto de la cantidad de AOD que un país puede absorber?
- ¿Con cuánta eficacia utilizan los países la AOD para promover los DESC?

Indicadores del impacto de la AOD sobre los recursos disponibles

Un indicador útil de la asistencia internacional brindada por los gobiernos es el valor de la AOD como porcentaje del PIB. Un punto de referencia ampliamente utilizado es que los países de ingresos altos deben proporcionar una AOD equivalente al 0,7% del INB (ingreso nacional bruto).

Según la Dirección de Cooperación al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en 2010 los flujos netos oficiales de la AOD otorgados por los miembros del Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE (CAD) alcanzaron los 128.700 millones de dólares, lo que representa un aumento del 6,5% respecto de 2009. Este es el nivel de la AOD real más alto que se haya registrado, superando incluso el volumen otorgado en 2005, que fue impulsado por una reducción excepcional de la deuda. La AOD neta como porcentaje del INB de los miembros de la CAD fue del 0,32%, al igual que en 2005 y superior a cualquier otro año desde 1992. Aunque representa un considerable aumento, no alcanza a cubrir la mitad del prometido 0,7%.[19]

En 2010, los mayores otorgantes en volumen fueron los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, Alemania y Japón. Solo Dinamarca, Luxemburgo, Holanda, Noruega y Suecia cumplen el objetivo de la AOD establecido por las Naciones Unidas del 0,7% del INB. Australia, Bélgica, Canadá, Japón, Corea, Portugal y el Reino Unido registraron el mayor aumento en términos reales de AOD entre 2009 y 2010. Cabe destacar que las obligaciones extraterritoriales son generalmente más polémicas bajo la ley internacional de derechos humanos que las obligaciones de un Estado hacia su propia población. La asistencia y cooperación internacional se pueden identificar fácilmente en los tratados, pero la cuantificación y asignación de responsabilidades entre los países resulta más compleja.

El impacto de la AOD sobre los recursos disponibles se verá reducido si la AOD está ligada a compras de importaciones desde los países otorgantes de la asistencia, que tengan un costo superior a los bienes y servicios disponibles localmente o en el mercado internacional. El porcentaje de ayuda bilateral que se encuentra formalmente desvinculado aumentó del 46% en 1999-2000 al 76% en 2007; sin embargo, la investigación refleja que, en la mayoría de los proyectos de inversión, el contrato principal y la asistencia técnica provienen de los países otorgantes, por lo tanto, una parte de la AOD que ha fluido hacia un país receptor circula casi inmediatamente de regreso hacia el país otorgante.[20]

19-Disponibleen:http://www.oecd.org/document/35/0,3746,en_2649_34447_ 47515235_1_1_1_1,00.html.

20- CLAY, E.; Geddes, M. y NATALI, L., "Desvinculación de la asistencia: ¿Está funcionando?", Instituto para el Desarrollo Internacional, Londres, 2009.

A veces se argumenta que los países receptores no pueden absorber cantidades adicionales de AOD porque carecen de la capacidad para gastarlo con eficacia. Sin embargo, si este es el caso, la AOD se puede destinar a incrementar esa capacidad. Otro argumento es que si los países gastan su AOD adicional, esta los conducirá a procesos inflacionarios en lugar de a una movilización de recursos reales. El FMI, por ejemplo, sostuvo que los países de bajos ingresos deben mantener gran parte de la AOD adicional en sus reservas de divisas, en lugar de gastarlo, a menos que tengan muy bajas tasas de inflación.

Otra preocupación es que la AOD puede reemplazar la recaudación fiscal en lugar de aumentar los recursos disponibles. Grandes sumas de ayuda podrían desincentivar a los gobiernos a aumentar la eficacia de sus sistemas de recaudación fiscal. Sin embargo, las condiciones políticas impuestas al otorgarse la AOD pueden tornar más difícil la recaudación de impuestos. Por ejemplo, la liberalización del comercio es a menudo un requisito político que exige la reducción de impuestos a las importaciones.

Efectividad en el uso de la AOD para financiar los DESC

El uso eficaz de la AOD para promover los DESC no depende solo de los gobiernos que la reciben, sino también de los gobiernos otorgantes. Gran parte de la AOD se distribuye sobre la base de criterios que coinciden más con los intereses políticos de los países otorgantes que con las necesidades de los DESC de los países receptores. Por otra parte, las instituciones y los gobiernos otorgantes fijan condiciones políticas para el otorgamiento de la AOD con la creencia de que esto conllevará a un uso más eficaz de ésta, pero a menudo tales condiciones han probado ser contraproducentes.

Better Aid ha realizado un llamamiento a introducir un cambio radical en la asistencia internacional para el desarrollo y en el sistema de gobierno global, basado en un nuevo enfoque centrado en la eficacia del desarrollo más que en la eficacia de la ayuda. Defienden los siguientes pilares fundamentales como "arquitectura" de una cooperación justa:

- Un nuevo marco jurídico internacional que haga cumplir una concordancia entre las políticas, esfuerzos y enfoques respectivos para promover la cooperación internacional para el desarrollo;
- Que los órganos pertinentes creados por la Carta de la ONU sean los legítimos actores clave del sistema. Esto asegurará el cumplimiento del enfoque para el desarrollo basado en derechos, destacando los derechos de las mujeres, la igualdad de género, las normas laborales y el programa de trabajo decente;
- Que el CAD de la OCDE ajuste su programa estratégico para centrarse en sus funciones originales: principalmente, el control de los flujos de ayuda para el desarrollo;
- Que el FMI y el Banco Mundial revisen su misión y objetivos, y que éstos se basen en un genuino compromiso con la justicia social y una mayor cooperación internacional. Que sus programas y políticas sean monitoreados y revisados por un organismo incluyente y democrático patrocinado por la ONU.[21]

21- Disponible en: http://www.betteraid.org/en/betteraid-policy/betteraid- publications/policy-papers.html.

V. Deuda y financiamiento del déficit

Cuando el gasto público excede el total de ingresos públicos, hay un déficit presupuestario y los gobiernos tienen que endeudarse para compensar la diferencia. Los gobiernos se endeudan tomando préstamos de otros gobiernos, bancos comerciales e instituciones financieras internacionales, como el FMI y el Banco Mundial, y mediante la emisión de bonos a los inversores.

Los bonos estipulan las condiciones bajo las cuales el gobierno debe devolver el dinero que pide prestado. Es decir, especifica el monto de los pagos a los tenedores y el plazo de tiempo en que debe hacerse efectivo ese pago. Estas condiciones de pago son fijas para cada bono. Los bonos a corto plazo se pagan rápidamente, a menudo dentro del plazo de unos meses, mientras que los bonos a largo plazo se pagan durante un período mucho más largo, frecuentemente de muchos años. Se compran y venden en el mercado de bonos, y una vez emitidos por el gobierno, pueden negociarse entre los inversores en los mercados mundiales. El precio de los bonos varía con las condiciones del mercado de títulos públicos. Si un gobierno tiene dificultades para encontrar inversores que quieran tener sus bonos, el precio de éstos cae hasta que se venden. Desde el punto de vista del gobierno, cuando baja el precio de los bonos, el préstamo se encarece, dado que su venta genera menos recursos. Desde el punto de vista de los inversionistas, los precios más bajos representan una mayor tasa de retorno, ya que el inversor tiene que pagar inicialmente menos dinero a cambio de recibir los futuros pagos que el gobierno deberá efectuar conforme a lo estipulado en los bonos emitidos.

Es importante reconocer la diferencia existente entre los conceptos de déficit y deuda pública. El déficit representa el monto recibido en calidad de préstamo para cubrir la brecha existente entre los ingresos y gastos en un presupuesto particular. La cantidad total que un Gobierno pide prestado a lo largo del tiempo, es decir, el saldo total adeudado a los tenedores de bonos, constituye la deuda pública. La deuda pública representa un gasto o exigencia para los futuros presupuestos, dado que genera intereses que deben ser abonados.

En algunos casos, existen limitaciones formales que constriñen la capacidad de los gobiernos de pedir préstamos. Estas limitaciones pueden provenir de las leyes o ser constitucionales y aplicables solo a un determinado nivel del gobierno, por ejemplo, nacional, provincial o local. También pueden existir restricciones impuestas por los otorgantes del préstamo a los gobiernos, como condiciones vinculadas al apoyo financiero brindado.

Preguntas clave:

- ¿Cómo juzgamos si los préstamos contribuyen de modo sostenible a la movilización de recursos o si simplemente añaden a una montaña de deuda que reducirá los recursos disponibles para el cumplimiento de los derechos humanos en el futuro?
- ¿Cuáles son los impactos distributivos de la financiación de los gastos del gobierno mediante préstamos?

Deuda y activos

Para responder las preguntas anteriores, tenemos que mirar los dos lados de la hoja del balance general: los pasivos de un lado (es decir, endeudamiento) y los activos del otro. Para decidir si el endeudamiento puede contribuir

al cumplimiento de los derechos humanos u obstaculizarlo, es fundamental considerar si el gobierno está usando la deuda para financiar la creación de activos que ayudarán a garantizar el ejercicio de los Derechos Económicos y Sociales. Con frecuencia, los argumentos convencionales por los que considera que la deuda constituye una carga carecen de validez al enfocarse del lado de los activos. En otras palabras, si un gobierno recurre al endeudamiento, ¿qué activos sería capaz de crear que no hubieran podido crearse de otro modo? Por ejemplo, los préstamos para construir una escuela generan beneficios sociales y económicos para las futuras generaciones.

Al definir qué activos contribuyen a la realización de los derechos humanos, se podría afirmar que deben incluirse tanto las inversiones en capital humano como en capital físico. No tiene sentido construir una escuela si no se la provee de maestros. Adicionalmente, este tipo de inversiones tienden a aumentar la productividad de las inversiones privadas. El incremento de la productividad es compatible con un crecimiento más rápido y mayores ingresos que, a su vez, aumenten los ingresos fiscales y permitan a los gobiernos pagar el préstamo inicial con el tiempo. Las inversiones públicas en educación, salud e infraestructura, asimismo, atraen más inversión privada y suelen influir más en las decisiones de inversión que el simple otorgamiento de incentivos fiscales a las empresas. Estas inversiones apoyan el crecimiento a largo plazo y podrían generar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones de la deuda en el futuro, así como fomentar el cumplimiento de los derechos humanos.

Surgen dos preguntas clave al considerar si el endeudamiento afecta positiva o negativamente a los derechos humanos. En primer lugar, ¿hasta qué punto contribuyen con los derechos humanos los activos construidos a través de préstamos? Si los bienes no están mejorando los resultados o procesos de los derechos humanos, obviamente, la necesidad de tal endeudamiento debe ser cuestionada. En segundo lugar, ¿esos activos generarán ingresos a través de actividades económicas que directa o indirectamente paguen la deuda o, por lo menos, los intereses de ésta? Las inversiones en nutrición y educación, por ejemplo, vuelven más productivas a algunas personas, lo que incrementará los niveles de producción. Siempre que exista una forma de gravar esa producción, la deuda podrá pagarse mediante la generación de mayores ingresos fiscales.

Otra consideración a tener en cuenta es el estado general de la economía. Es muy distinto tomar préstamos durante una recesión que endeudarse en épocas de bonanza. Durante una crisis, el gasto del gobierno representa un importante instrumento político para estimular la actividad económica y lograr que la economía se reactive. El uso del financiamiento de déficit financiero para sostener el gasto público durante los períodos recesivos juega un rol central, al permitir que los gobiernos aumenten los gastos en las recesiones, debido a que el ingreso público cae durante éstas. Sin la capacidad de tomar préstamos, los gobiernos tendrán que recortar el gasto en respuesta a la disminución de los ingresos, empeorando la recesión. Durante los períodos de crecimiento estable, estos déficits pueden devolverse al recuperarse los ingresos del gobierno. El uso del financiamiento del déficit para sostener el gasto público durante las recesiones y el posterior pago del endeudamiento al recuperarse el crecimiento se conoce como "política fiscal anticíclica".

Los pagos del servicio de la deuda también dependen de variables macroeconómicas, tales como los tipos de interés y de cambio

imperantes. Asimismo, la clase de bonos que emiten los gobiernos y la naturaleza del mercado de títulos públicos tienen una influencia directa sobre los costos de endeudamiento.

Por último, la sostenibilidad de la deuda depende de qué tan bien está funcionando el sistema fiscal y de la moneda en que esta se encuentra nominada. El endeudamiento no reemplaza a un equipo de instituciones fiscales nacionales; además, el tipo de cambio tiene un efecto directo sobre el costo del servicio de la deuda cuando esta se encuentra contraída en moneda extranjera.

Implicancias distributivas de los préstamos

Por lo general, los pagos de intereses sobre la deuda los reciben los tenedores de los bonos. La tenencia está altamente concentrada; por lo tanto, el servicio de la deuda a menudo representa una transferencia regresiva de ingresos hacia los segmentos más ricos de la economía mundial. Comprometerse a pagos grandes de la deuda implica futuras transferencias del gobierno a los dueños de la riqueza. Si el gobierno tiene que recaudar impuestos de los hogares de bajos ingresos y de clase media para pagar ese interés, entonces, existe una redistribución de los sectores pobres hacia los ricos. Estos impactos regresivos deben ser analizados y pueden demandar políticas alternativas como, por ejemplo, la aplicación de medidas fiscales progresivas.

Auditoría de la deuda nacional para determinar qué es deuda onerosa, odiosa e ilegítima

Los conceptos de deuda gravosa, odiosa e ilegítima proporcionan herramientas con las que analizar las implicancias de la deuda acumulada.[22] El concepto de "deuda onerosa", generalmente, se refiere a situaciones en las cuales las obligaciones vinculadas a ésta —por ejemplo, los pagos del servicio de la deuda— resultan excesivas en relación con los beneficios recibidos al asumirla. En estas circunstancias, el costo del servicio de la deuda puede limitar considerablemente la capacidad del Estado de cumplir con los derechos en forma progresiva. El concepto de "deuda odiosa e ilegítima" se refiere a situaciones en que la deuda nacional fue contraída por un régimen que no responde a los intereses de la nación, por ejemplo, la deuda asumida para enriquecer a las élites económicas o para financiar guerras o represiones. Otra vez, las deudas elevadas que no promueven los derechos humanos comprometen la capacidad del Estado para avanzar hacia la realización de esos derechos en el futuro.

La creación de comisiones de auditoría sobre deuda pública, como la creada en Ecuador[23], es un buen ejemplo de una práctica adecuada para determinar la legitimidad de la deuda de un país. Además, se necesita una mejor regulación financiera entre jurisdicciones para ocuparse de las deudas odiosas con el objeto de recuperar esos fondos.

22- Para más información, léanse los informes del experto independiente de la ONU sobre deuda externa y derechos humanos, disponible en: http://www2.ohchr. org/english/issues/development/debt/index.htm.

23- La Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público (CAICP) convocó a expertos nacionales e internacionales de diferentes ministerios gubernamentales y a organizaciones de la sociedad civil. El informe final de la Comisión se encuentra disponible en: http://www.auditoriadeuda.org.ec/images/stories/documentos/Libro_CAIC_ English.pdf.zip.

Déficits presupuestarios, solicitud de préstamos públicos y crisis económicas

La sostenibilidad de la deuda depende también, en gran medida, de los acreedores. Las opiniones y expectativas de los acreedores pueden ser volátiles, especialmente en tiempos de crisis económica. Las medidas de austeridad que algunos gobiernos europeos se vieron obligados a adoptar en 2010-11 son un intento de restablecer la confianza de los tenedores de bonos con el fin de convencerlos de seguir en posesión de estos. Sin embargo, los tenedores de bonos han exigido tasas más altas de retorno a cambio de acordar sostener la deuda de algunos gobiernos. Tal situación eleva los pagos que los gobiernos deben efectuar por el servicio de la deuda. En el contexto de una crisis económica, cuando los ingresos del gobierno ya están bajo presión, los pagos más elevados de la deuda generan presiones sobre otras áreas de gastos. Se corre el peligro de que las obligaciones con los acreedores agobien la obligación de los gobiernos de proteger y abogar por el cumplimiento progresivo de los derechos humanos. En estos casos, se puede necesitar de la cooperación internacional para financiar la realización progresiva de los derechos humanos.

VI. Política monetaria y regulación financiera

La política monetaria, llevada a cabo por los bancos centrales, afecta directamente los recursos disponibles para la realización de los Derechos Económicos y Sociales, especialmente el derecho al trabajo. Lo hace al influir en las tasas de interés, los tipos de cambio y la cantidad de crédito disponible en la economía. Las tasas de interés más altas desalientan el endeudamiento y encarecen el crédito; en consecuencia, la actividad económica disminuye cuando los bancos centrales aumentan las tasas de interés y hay menos creación de empleo. De hecho, las tasas de interés muy altas conducen al desempleo, dado que las empresas no pueden costear el capital de trabajo necesario para mantener el empleo y la producción.

El tipo de cambio afecta la competitividad de la economía y el nivel de exportaciones e importaciones. Por ejemplo, si se devalúa la moneda nacional en relación con otras monedas (es decir, se necesita más de la moneda nacional para comprar un dólar, un euro, etc.), las exportaciones se vuelven menos costosas (y más competitivas), en tanto que las importaciones se vuelven más caras. En muchos casos, pero no en todos, esto alienta las exportaciones y limita las importaciones, resultados que promueven el crecimiento de la economía nacional.

Los bancos centrales también ejercen un rol regulador sobre el sector financiero, al plantear interrogantes acerca de su obligación de proteger los derechos de las acciones de terceros, por ejemplo, las instituciones financieras privadas.

Contrariamente a lo que ocurría en el pasado, cuando los bancos centrales estaban más enfocados en el empleo, hoy la política monetaria prioriza casi universalmente la estabilidad de los precios (a veces, a través de una política "inflacionaria") por sobre el crecimiento estable y el pleno empleo.

Cuando los bancos centrales intentan mantener la estabilidad de los precios, afectan las tasas de interés y los tipos de cambio, lo que tiene consecuencias importantes para la realización de ciertos derechos. Por ejemplo, las tasas de interés afectan el acceso a la vivienda y su asequibilidad. El tipo de cambio puede tener un impacto considerable en los precios de los alimentos, el combustible y otras importaciones

esenciales y en los resultados del empleo a través de efectos comerciales. Asimismo, los bancos centrales pueden tener y han tenido en décadas anteriores importantes efectos sobre el empleo, al influir en el nivel global de demanda e inversión en la economía.

En el pasado, la política del Banco Central estaba frecuentemente formulada para respaldar el objetivo de apoyar el empleo. Cuando hay desempleo generalizado, se desperdician los recursos, lo que constituye una importante fuente de ineficiencia que compromete el derecho al trabajo. Por otra parte, cuando el empleo cae por debajo de su nivel potencial, los ingresos fiscales también decrecen, lo que afecta a los recursos de que dispone el gobierno para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos.

En la mayoría de los países, hoy los bancos centrales son instituciones gubernamentales independientes. Además de influenciar en las tasas de interés y los tipos de cambio, los bancos centrales son responsables de muchas normativas financieras.

Preguntas clave:

- ¿Cómo se aplica el concepto de "máximos recursos disponibles" a las políticas del Banco Central?
- Las decisiones en materia de política monetaria a menudo se describen como necesarias para equilibrar la relación inversa entre el empleo (es decir, el derecho al trabajo) y la inflación (que puede afectar los ingresos y la calidad de vida, dependiendo del contexto). ¿Cómo pensamos en tales criterios comparativos en términos de "máximos recursos disponibles"?

Políticas del Banco Central y máximos recursos disponibles

Algunos economistas piensan que existen ventajas comparativas inversas entre la estabilidad de los precios y la expansión del empleo y la producción. Las políticas que intentan lograr el pleno empleo —a menudo se argumenta— conducen a presiones inflacionarias. En qué medida esto es así depende de una variedad de factores, entre los que se encuentran aquellos que son determinantes de la inflación en un país; las instituciones que fijan los salarios (por ejemplo, ¿está la negociación centralizada allí?); y las políticas imperantes en el mercado de trabajo (por ejemplo, las políticas activas que les permitan a los trabajadores acceder a las oportunidades disponibles en él y a las instituciones aumentar la productividad pueden ayudar a mejorar los resultados del empleo sin crear presiones inflacionarias). Además, la distribución de los costos de la inflación varía de un entorno a otro. Algunos sostienen que la estabilidad de los precios es necesaria para evitar la erosión de la calidad de vida. Sin embargo, si una tasa de inflación baja se traduce en la ausencia de oportunidades de trabajo, entonces, no están dadas las condiciones para garantizar el nivel de vida adecuado. Por otra parte, si los ingresos aumentan con la tasa de inflación, el impacto en la calidad de vida será insignificante, especialmente en casos en que los ingresos permanecen relativamente fijos. También se deben tomar en cuenta las fuentes de presiones inflacionarias. En muchos países, la inflación no es causada primariamente por la política del Banco Central. En estos casos, la inflación no es un problema de crédito excesivo que eleva la demanda, sino un problema de infraestructura, baja productividad o del poder monopólico de algunas empresas que tienen suficiente control del mercado como

para elevar los precios. El aumento de los precios en los mercados mundiales de bienes esenciales, tales como alimentos y energía, también puede contribuir a la inflación por el costo de las importaciones. En otras palabras, la inflación puede estar relacionada con otros temas diversos, ajenos a la política monetaria.

Equidad y no-discriminación

Las ventajas comparativas existentes entre la inflación y el empleo también difieren según los diferentes grupos, con beneficios consecuentes. Como ya discutimos, la política monetaria que trata de reducir la inflación elevando las tasas de interés también puede reducir el empleo. Sin embargo, los costos de perder un trabajo no se distribuyen igualmente. Los sectores más marginados de la población, que incluyen mujeres y diversos grupos étnicos y raciales, a menudo experimentan en forma desproporcionada las consecuencias negativas de tales decisiones políticas. Por ejemplo, la investigación ha demostrado que las políticas del Banco Central adoptadas durante períodos de reducción inflacionaria en los países en desarrollo tienen diferentes impactos en el empleo.[24] Se deben tomar en cuenta estas dinámicas cuando se evalúan las decisiones de políticas monetarias desde la perspectiva de los derechos humanos.

Además, la política monetaria influye en la cantidad de crédito disponible en la economía. Cómo se utilizan estos recursos y en qué medida financian el cumplimiento de los Derechos Económicos y Sociales dependen de la naturaleza de las instituciones financieras y de cómo se regula el sector financiero. Las políticas de este sector pueden constituir incentivos para los inversores y afectan el modo en que se direcciona el crédito. Por ejemplo, en lugar de fomentar la especulación financiera, las regulaciones financieras pueden apoyar los préstamos a pequeñas y medianas empresas o los préstamos para mejorar el acceso a la vivienda.

Estructuras institucionales de los bancos centrales

Los bancos centrales tienen obligaciones de derechos humanos relacionadas con la puesta a disposición de los máximos recursos disponibles. Si vamos a desarrollar un marco para asegurar el máximo de los recursos disponibles para los Derechos Económicos y Sociales, debemos pensar en términos más generales sobre el rol que cumplen los bancos centrales en la movilización de recursos para la creación de empleos, y no solo en lo que atañe a la estabilidad inflacionaria y de precios. Al hacer esto, la clave es explorar las estructuras institucionales y los programas estratégicos de los bancos centrales, ya que afectan los objetivos y las herramientas disponibles, y establecen qué obstáculos exógenos y endógenos los gobiernos deben enfrentar para movilizar el máximo de los recursos disponibles.

Por ley, muchos bancos centrales tienen un estricto cometido de lograr la estabilidad de precios, con poca o nula discreción para participar en la creación del empleo. Numerosos bancos centrales del mundo han adoptado formalmente una política "antiinflacionaria" y anuncian como objetivo el establecimiento de tasas de interés muy bajas, sin cuantificar explícitamente ni tomar en cuenta los costos que éstas generan en términos de pérdida del empleo y del crecimiento. La meta inflacionaria a

24- BRAUNSTEIN, E. y HEINTZ, J., "Prejuicios de género y política del Banco Central: empleo y reducción de la inflación", *Revista Internacional de Economía*, *22(2)*, 2008, pp. 173-186.

menudo se justifica en pos de mejorar la rendición de cuentas del Banco Central, pero no deja margen para una mayor transparencia y participación en la fijación de objetivos y conducción de políticas. Raramente se considera en qué medida el programa estratégico y las políticas del Banco Central, como institución perteneciente al gobierno, falla en abordar cuestiones centrales de derechos humanos. Sin embargo, no existe ninguna razón por la cual los bancos centrales no deban rendir cuentas sobre los mismos principios de derechos humanos que otros organismos gubernamentales.

Reservas de divisas

Para protegerse contra las crisis mundiales, muchos bancos centrales de países de bajos ingresos tienen reservas en moneda extranjera, que se denominan "reservas de divisas". Por lo general, estas reservas están nominadas en una moneda internacional fuerte, como el dólar o el euro. En las últimas décadas, la rápida movilidad de las finanzas a través de las fronteras internacionales ha aumentado los riesgos de crisis financieras. Los ingresos de capital a corto plazo —para comprar acciones, bonos y otros productos financieros— se pueden revertir rápidamente, ejerciendo presión sobre la moneda de un país, su sector financiero y la economía nacional. En casos en que se produzca este tipo de salida rápida de capitales, un país puede recurrir a sus reservas de divisas para proteger su moneda y proporcionar cierto aislamiento contra las consecuencias negativas de una crisis. Muchos países comenzaron a acumular grandes cantidades de reservas de divisas después de la crisis financiera del Este Asiático en 1997.

En muchos aspectos, estas grandes cantidades de reservas de divisas representan recursos ociosos. Hay costos reales asociados con la política de desviar recursos para la acumulación de reservas en moneda extranjera, en vez de utilizarlos para financiar el desarrollo.[25] Desde una perspectiva de derechos humanos, la acumulación de reservas podría justificarse como un seguro contra una crisis financiera que podría ocasionar recortes que afectasen los Derechos Económicos y Sociales. Sin embargo, cabe preguntarse si estas salvaguardias podrían formularse de otras formas, en cuyo caso las reservas inactivas podrían movilizarse para la realización de los derechos, es decir, formarían parte de los máximos recursos disponibles. Las restricciones explícitas a las entradas y salidas de capital a corto plazo, a menudo llamadas controles de capital, son una alternativa a la acumulación de reservas extranjeras. Al limitar la libre circulación de capitales, particularmente de flujos financieros de carácter especulativo, los países pueden abrir espacios para adoptar políticas que faciliten la realización de los derechos fundamentales.

Regulación del sector financiero

Los bancos centrales pueden desempeñar un rol regulador clave en relación con el sector financiero, al fijar las normas e incentivos y establecer la forma en que ese sector canaliza y asigna sus recursos. Al cambiar las normas, los bancos centrales de países de todo el mundo pueden ayudar a movilizar recursos financieros y dirigirlos hacia usos que apoyen la realización de los derechos. Por ejemplo, los bancos centrales podrían fortalecer las exigencias reguladoras sobre los bancos comerciales que no brinden

25- CURZ, M. y WALTERS, B., "¿Es la acumulación de reservas internacionales buena para el desarrollo?", *Diario de Economía de Cambridge*, *32*, 2008, pp. 665-681.

cierta cantidad de crédito a áreas prioritarias como vivienda, inversiones para la creación de empleos o créditos de pequeña escala a personas informalmente auto-empleadas. También, se podrían poner en marcha incentivos positivos. Si los bancos no ofrecen préstamos por el riesgo percibido, se podrían extender garantías gubernamentales a áreas prioritarias de Derechos Económicos y Sociales. Asimismo, se podrían crear bancos de desarrollo público que pudieran tener mayor responsabilidad e interés en facilitar inversiones que mejorasen el bienestar público.

Problemas de gobernabilidad, corrupción y clientelismo pueden emerger y debilitar la eficacia de tales instituciones. Sin embargo, la dificultad no reside en el concepto de que los bancos públicos o las regulaciones financieras puedan usarse para apoyar los derechos humanos. Por el contrario, el desafío consiste en diseñar instituciones eficaces para movilizar y dirigir los recursos financieros de un país con fines socialmente productivos.

VII. Conclusiones

Este informe ha propuesto diversos modos de clarificar, elaborar y ampliar el concepto de "máximos recursos disponibles". Para ello, ha desafiado el enfoque habitual de los máximos recursos disponibles que —sobre la base de parámetros de políticas generales— determina los recursos de que se dispone para financiar los Derechos Económicos y Sociales. Existen diversos modos en que los gobiernos pueden acceder a recursos financieros que les permitan usar los máximos recursos disponibles (MRD), tal como ese concepto se incorporó originalmente en el Pacto. La movilización de recursos se extiende al análisis del financiamiento de la deuda, a la política monetaria, a la reforma financiera y a los impuestos. El objetivo de este informe es presentar nuevos modos de analizar estas cuestiones.

El informe destacó numerosos cuestionamientos que deberían formularse al evaluar si un Estado está usando los máximos recursos de que dispone para el cumplimiento de los Derechos Económicos y Sociales. En la mayoría de los casos, las preguntas y temas son generales y solo representan un punto de partida para repensar el concepto de máximos recursos disponibles. Una aplicación detallada de estas ideas exige tomar en cuenta las situaciones económicas, sociales y políticas específicas país por país. Sin embargo, el informe ha comenzado a sentar las bases de una consideración mucho más amplia de lo que significa usar los máximos recursos disponibles para la realización de los derechos humanos.

Participantes del encuentro del Centro para el Liderazgo Global de las Mujeres

Edward Anderson
Universidad de Anglia del Este
Radhika Balakrishnan
Centro para el Liderazgo Global de las Mujeres (CLGM) Universidad Rutgers
Margot Baruch
Centro para el Liderazgo Global de las Mujeres (CLGM) Universidad Rutgers
Ann Blyberg
Programa Internacional de Pasantías en derechos humanos Instituto de Educación Internacional
Natalia Cardona
Centro para el Liderazgo Global de las Mujeres (CLGM) Universidad Rutgers
Marina Durano
Alternativas de Desarrollo con Mujeres para una Nueva Era (Admne)
y Centro de Investigación para el Desarrollo de las Mujeres
Diane Elson
Universidad de Essex
Jerry Epstein
Instituto de Investigación Político Económica (IIPE) Universidad de Massachusetts
Sakiko Fukuda-Parr
Universidad La Nueva Escuela
Caren Grown
Universidad Americana
James Heintz
Instituto de Investigación Político Económica Universidad de Massachusetts
Nicholas Lusiani
DESC-Net
Gillian MacNaughton
Programa de derechos humanos y la Economía Global (PDHEG)
Universidad Northeastern
Yana Rodgers
Universidad Rutgers
Ignacio Saiz
Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES)
Stephanie Seguino
La Universidad de Vermont

Los autores también agradecen a Paul Hunt, de la Universidad de Essex; a Mac Darrow, de la Oficina del Alto Comisionado sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, y a Stephanie Seguino, de la Universidad de Vermont, por sus comentarios sobre el primer original.

NOTAS DEL TRADUCTOR

(a) Direccionamiento: traducción al español del término en inglés "leveraging", que se emplea en el campo de las finanzas para referirse a un "aprovechamiento óptimo de recursos", que en sentido amplio se traduce como "apalancamiento", y que en términos financieros consiste en utilizar algún mecanismo (como deuda) para aumentar la cantidad de dinero de que se dispone para destinar a una inversión. Aquí el término se emplea en sentido más estricto para describir el proceso por el cual se utilizan finanzas o instrumentos financieros del sector público para movilizar o direccionar capitales´del sector privado que serán destinados a financiar proyectos o emprendimientos del sector público.

(b) Traducción al español del término inglés "mobilization". Hace alusión a los recursos de que se dispone (especialmente en los países en desarrollo) para aumentar los ingresos públicos, por ejemplo mediante políticas fiscales más justas y eficientes.

Dr. Jaime Rodríguez-Arana*

Derecho presupuestario y derechos sociales fundamentales**

El Derecho Presupuestario es una parte básica del Derecho Público. Hasta el punto de que sin la existencia de un presupuesto razonable las políticas públicas y la operatividad del Derecho Administrativo serían una quimera. Es más, el modelo del Estado social y democrático de Derecho, asentado sobre la centralidad de la dignidad humana y sus derechos inalienables, sociales e individuales, individuales y sociales, no sería jurídicamente posible si el presupuesto público no reflejara de manera concreta los objetivos y valores constitucionales fundantes de este modelo de Estado con trazos concretos y definidos. Trazos concretos y peculiares de la situación social, política y económica de cada país, de cada nación.

Si el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado, el Derecho Presupuestario, que es, ha sido, y debe seguir siendo parte elemental del Derecho Administrativo, ha de traducir en cifras concretas, con participación social, los contenidos propios del Estado social y democrático de Derecho en función, así debe ser, de las prioridades de los electores. Prioridades que parten de la existencia de una serie de mínimos que han de estar recogidos en la ley de presupuestos, así como los principios

*** Dr. Jaime Rodríguez-Arana**
Doctor en Derecho y catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de esa universidad. Profesor visitante y honorario en diversas universidades europeas y americanas.

****** Este artículo fue publicado en RODRÍGUEZ-ARANA, J. ***Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales,*** Colección de cuadernos universitarios de Derecho Administrativo (Bolsillo), Serie Roja, Sevilla, 2015.

de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales fundamentales y de promoción y progresión de estos derechos.

El contenido del presupuesto ha de definirse y realizarse al servicio objetivo del interés general. Y de una forma muy especial, el gasto público ha de atender, como señala la Constitución española en su artículo 31, a los principios de economía, eficiencia y equidad puesto que la principal norma jurídica que disciplina los ingresos y gastos del Estado si no atiende a la cohesión social, a la equidad, a los derechos sociales fundamentales, no cumpliría con los postulados de la forma del Estado que hoy, con algunas excepciones, domina en todo el mundo: el Estado social y democrático de Derecho. Es más, si el gasto público no se ordena a las necesidades públicas, al interés general, sería ilegítimo.[1]

El gasto público se proyecta también sobre las nuevas generaciones[2] por lo que muchas de las prácticas de endeudamiento que en este tiempo asumen Gobiernos de uno y otro signo son abiertas y claras contravenciones del elemental principio de solidaridad intergeneracional, corolario directo del principio de solidaridad que caracteriza esencialmente el Estado social y democrático de Derecho. Es lo que se denomina principio de solidaridad intergeneracional, lesionado y preterido en este tiempo como pocos.

El gasto público, siendo una cuestión directamente vinculada al modelo de Estado, suele abordarse desde la perspectiva de las obligaciones del Estado en relación con las cuales se estudia su fuente, las condiciones de validez. Su exigibilidad, las competencias para obligar al Estado, los sujetos pasivos o activos, y, fundamentalmente, su cumplimiento o incumplimiento. Pero, como señala Pascual García, tratándose como se trata el gasto público en su totalidad, no se brinda un instrumento de análisis que permita apreciar su conexión con los mismos principios que lo informan, economía, eficiencia o equidad, ni se estudia en su singularidad, atendiendo a la estructura de las distintas relaciones de gasto que se establecen entre el Estado y sus acreedores.[3]

El Derecho Presupuestario, parte integrante del Derecho Administrativo, ha quedado, pues, desenganchado del marco constitucional, y como tantas instituciones del Derecho Público, camina aislado y al margen de los postulados constitucionales. Es verdad que el gasto público atiende a la economía general del país y por ello, porque los gastos sociales son gastos de desarrollo es fundamental que entre las prioridades del presupuesto ocupe un lugar apropiado la exigencia presupuestaria que en sí misma trae consigo la dimensión social del Estado moderno. Es decir, el gasto público también ha de orientarse a alcanzar finalidades sociales y sustancialmente redistributivas de la riqueza nacional. En el presupuesto deben tener acomodadas las políticas públicas, todas, también las de orden social.

No es casualidad que en la Constitución española de 1978 el artículo 31 señale que los principios de la realización del gasto público son la economía, la eficiencia y la equidad. Principios que deben integrarse armónicamente desde la perspectiva del pensamiento compatible y complementario. Esto quiere decir, lisa y llanamente, que en el marco de la economía y la eficiencia, como dice Troya Jaramillo, el gasto

1- VILLEGAS, H. *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, 2000, p.128.

2- AHUMADA, G., *Tratado de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, 1969, p.78.

3- PASCUAL GARCÍA, L., *Régimen jurídico del gasto público*, Madrid, 2002, pp. 48 y 49.

público es instrumento principal para priorizar el gasto social y para distribuir la riqueza.[4]

Los principios de eficiencia, equidad y economía del gasto público, de rango constitucional entre nosotros, deben estar presentes en la elaboración, aprobación y ejecución de la norma presupuestaria. Hoy la consideración de los ingresos y los gastos públicos deben realizarse desde el pensamiento complementario, por lo que definitivamente, como reza el artículo 31.2 de la Constitución española de 1978, el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

El problema es que, como acontece, esta asignación equitativa se queda en pura retórica. Es decir, en este punto existe otra asignatura pendiente que debiera afrontarse para dar contenido a los principios constitucionales en materia de gasto público. Queda, pues, un largo trecho por recorrer en lo que se refiere a dotar de contenido concreto a las exigencias constitucionales tanto por lo que atañe al gasto público y por lo que concierne a la articulación de los mecanismos del tutela jurídica de los derechos públicos de los ciudadanos a una asignación equitativa de los recursos públicos.

Tal asignación equitativa dispone de una dimensión general y particular. La general se proyecta sobre la generalidad de las políticas públicas. Pero la concreta no se nos ocurre otra forma de exponerla que no sea la personal, de forma que con base en este precepto constitucional hasta se podría encontrar fundamento para deducir el fundamental derecho al mínimo vital. En este sentido, Bayona de Perogordo propone tres exigencias fundamentales para alcanzar la asignación equitativa. Primera, garantizar la satisfacción mínima de las necesidades públicas. Segunda, principio de justicia materia del gasto público y correlativa prohibición de las discriminaciones en sentido absoluto de unas necesidades respecto de otras y en sentido relativo entre diferentes situaciones con una misma necesidad pública. Y, finalmente, en tercer lugar, interdicción de la arbitrariedad en el gasto.[5]

La relación entre equidad en el gasto público y realización de los derechos sociales fundamentales es obvia y, como sabemos, ayuda a comprender el mismo sentido de la naturaleza de esos derechos, ordinariamente prestacionales. Derechos cuya efectividad tienen un coste que debe traducirse en los presupuestos en función de las peculiares circunstancias sociales y económicas de los diferentes países. Por eso, en esta materia, como apuntamos en el capítulo dedicado a los derechos sociales fundamentales, hay dos grandes cuestiones que hay que abordar desde la perspectiva de la primacía constitucional; la suficiencia de la dotación presupuestaria por un lado, y, por otra parte, el control constitucional de la suficiencia presupuestaria y sobre el derecho subjetivo fundamental, sobre el derecho social fundamental de que se trate en cada caso.

Los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales y por eso deben contar con la misma protección jurisdiccional que los derechos fundamentales, porque eso son. Tal aserto, realizado en reiteradas ocasiones a lo largo y ancho de estas líneas reclama un cambio constitucional para ubicar en su lugar a los derechos fundamentales sociales. Sin embargo, mientras ello no sea posible, que el

4- TROYA JARAMILLO, J.V., *El derecho del gasto público*, Bogotá, 2014, p.20.

5- BAYONA DE PEROGORDO, J.J., "Notas para la construcción de un derecho del gasto público", *Presupuesto y gasto público*, 1979, p.30.

Tribunal Constitucional, como ya ha sucedido en Alemania, se arme de arrojo constitucional e impida que la dignidad del ser humano siga siendo pisoteada por razonamientos de estricta legalidad incompatibles con la primacía constitucional. Para ello no tiene más que echar mano de la argumentación racional a partir de los pilares del Estado social y democrático de Derecho y realizar congruentemente su tarea de máximo intérprete de la Constitución.

La tarea de defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas que caracteriza la principal misión estatal, nos conduce inexorablemente, como ya comentamos con anterioridad, a la afirmación de asegurar los mínimos imprescindibles para que los ciudadanos no queden reducidos a la cosificación o a la consideración puramente animal. Los principios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los principios del Maastricht, reconocen la progresividad de los derechos sociales fundamentales y la prohibición de regresión en materia de derechos fundamentales de la persona de orden social. La exigibilidad de estos derechos sociales fundamentales está vinculada a la existencia de condiciones materiales que permitan su realización, a la existencia de presupuestos que contemplen estas necesidades.

En realidad, los derechos fundamentales de la persona, individuales o sociales, son de aplicación directa, y derivan directamente, sin intermediarios, de la dignidad del ser humano. Por eso, porque son el centro y la raíz de la Constitución, la organización administrativa, los procedimientos administrativos, los presupuestos públicos y las normas infraconstitucionales de orden administrativo, habrían de estar ordenadas a su plena realización, lo que supondría un cambio sustancial del entendimiento hasta ahora dominante. Claro que la reserva de lo posible es un dato de la realidad, el problema radica en que tal justificación se esgrime tantas veces para impedir la efectividad o exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, pero no para otras políticas públicas. Ese es el problema, que las estructuras y las normas son y se justifican en la medida en que defienden, protegen y promueven la dignidad humana.

La cuestión es bien sencilla, ¿deben los derechos fundamentales de la persona, los individuales y sociales, promoverse en función de las capacidades financieras, o habrá que adaptar las capacidades financieras a la efectividad de los derechos fundamentales de las personas? La respuesta en un Estado que se define como social y democrático de Derecho en sede de principios es bien clara y no merecería comentarios especiales. El hecho, sin embargo, de que reflexiones de este tenor puedan ser enjuiciadas como música celestial o cantos de sirena, puras especulaciones de *lege ferenda*, explica a las claras la necesidad y pertinencia que adecuar también el Derecho Presupuestario a las bases materiales del Estado social y democrático de Derecho.

Desde otro punto de vista, la cuestión puede plantearse como hace Alexy, señalando que los derechos fundamentales de las personas tienen más peso, más relieve, más relevancia que las razones de política financiera, por importantes que estas sean. En este sentido, Corti señala que todos los derechos tienen un contenido mínimo que debe ser asegurado por los Estados con independencia de los recursos disponibles y que de acuerdo con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1967, existe una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos. De ahí que incurriría *prima facie* en una violación del Pacto el Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privadas de

alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación o vivienda mínima o formas básicas de enseñanza. Es más, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en aplicación de estos derechos.[6]

Con independencia de las teorías que se manejen acerca de la relación jurídica del gasto público o de la función pública del gasto público, si partimos de la base de que en un Estado social y democrático de Derecho la participación es esencial para que el interés general sea democrático, entonces tendremos que convenir que los ciudadanos, los sujetos pasivos de esa relación jurídica, han de disponer de alguna suerte de capacidad jurídica para participar en el proceso de determinación de determinadas partidas presupuestarias dirigidas a la efectividad de los derechos sociales fundamentales de mínimos.

Es verdad que son los parlamentarios quienes participan, en nombre del pueblo, en la elaboración de la norma presupuestaria que es donde han de constar estas partidas presupuestarias. Pero también es verdad que en la formulación del anteproyecto de ley presupuestaria anualmente debiera establecerse la norma en cuya virtud existan determinadas partidas dirigidas a atender los mínimos vitales o existenciales para cuya elaboración debería contarse con la participación de cuantas organizaciones sociales puedan colaborar a este fin.

La relación entre la actividad administrativa y la Constitución es cada vez más intensa. La legalidad administrativa adquiere consistencia y congruencia jurídica en la medida en que está anclada en el marco constitucional. Las teorías acerca de la vinculación positiva o negativa de la Administración al Legislativo no pueden entenderse al margen, o peor, contra la Constitución. Adquieren su pleno sentido en la medida en que la legalidad administrativa está en consonancia y vinculación con los contenidos propios del Estado social y democrático de Derecho, y muy especialmente en la medida en que defienden, protegen y promueven los derechos fundamentales. Por eso los actos administrativos son nulos de pleno derecho cuando lesionan derechos fundamentales de la persona.

La actividad financiera es la actividad administrativa. Por tanto, como toda actividad administrativa que se precie, debe propiciar la plena realización de los derechos fundamentales de la persona, los de orden individual y por supuesto también los de orden social, aquellos que implican prestaciones ordinariamente, cuando la sociedad no es capaz, de naturaleza pública. Además, si hoy en día resulta que la protección de los derechos fundamentales de la persona está en íntima conexión con los llamados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entonces habremos de colegir que también la actividad administrativa financiera debe ser diseñada en función de estos parámetros. Por eso, Corti acertadamente afirma que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incide en la actividad presupuestaria al ser esencial en la configuración de la institución el sistema de los derechos fundamentales de la persona[7]. En otras palabras, el Derecho Público en su conjunto, el Administrativo y el Financiero especialmente, hoy han de aplicarse y estudiarse desde la centralidad de los derechos fundamentales de la persona.

Ciertamente, una situación de estabilidad social y económica es diferente que una época de crisis económica. Pero con carácter general, sea

6- CORTI, H., "La naturaleza de la ley de presupuestos: hacia un nuevo paradigma jurídico-financiero", *Estudios en homenaje a Andrea Amatucci*, vol. III, Bogotá-Napoli, 2012, p.284.

7- H. CORTI, Derechos Constitucional Presupuestario, Buenos Aires, 208, pp. 709 y 733.

cual sea la coyuntura social y económica, el derecho al mínimo existencial o vital es, debe ser, un dogma, y como tal, inamovible, invariable, intangible. Y, como señala Corti, la actividad financiera pública debe ser razonable, es decir, debe ser un medio adecuado para asegurar el habitual ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.[8]

En este sentido, es menester que en el presupuesto, en función de estudios que señalen las principales necesidades sociales, se establezcan partidas concretas para atender los más elementales gastos sociales vinculados al derecho fundamental al mínimo existencial o vital. Las denominadas preasignaciones en estas materias en los presupuestos, desde luego, pueden ser una buena técnica aunque en puridad la clave está en conformar los derechos socioles fundamentales, porque lo son, como derechos fundamentales de la persona, con todas las consecuencias, de forma y manera que pudieran ser defendidos, protegidos y promovidos a través de los recursos de amparo del Ordenamiento jurídico español.

A pesar de la limitación de fondos o incluso de su falta, cuando nos encontramos ante casos de reclamación de derechos sociales de naturaleza fundamental, la jurisprudencia, con algunos matices, se ha inclinado por atender las demandas. En Estados Unidos, Argentina, Alemania, Brasil y Colombia encontramos, siguiendo a Corti, algunos fallos relevantes.[9]

En Estados Unidos de Norteamérica, el caso Wyatt-Stickney concluyó que la falta de presupuesto, la falta de recursos, no es razón suficiente para justificar medidas de recorte presupuestario. El supuesto de hecho se refería a la supresión de un tributo a los cigarrillos dirigido a financiar los servicios de salud mental del Estado de Alabama. Para ello se procedió a los ajustes presupuestarios pertinentes, entre ellos la reducción de medios personales y materiales en el hospital estatal Bryce de Tuscaloosa. Consecuencia de las reducciones presupuestarias fue que 5.200 pacientes empeoraron considerablemente sus condiciones de vida hasta alcanzar condiciones infrahumanas. Entre ellos, Wyatt interpone una demanda ante el Tribunal Federal que reconoció que las condiciones de vida en el hospital no respetaban el derecho fundamental a recibir un trato digno y una atención médica adecuada. En este caso, parece que la decisión judicial reconoce la centralidad del derecho a un mínimo vital en relación con la salud y por tanto actúa dentro del marco de las competencias que tiene el Juez Constitucional para la defensa, protección y promoción de derechos fundamentales de las personas.

Por su parte, el caso CFE vs. State of New York trata del derecho a una educación sólida regulado en la constitución del Estado. Pues bien, la Corte de Apelaciones resolvió el 26 de junio de 2003 que la razón de que la educación fuera deficiente, de escasa calidad en el Estado, era precisamente la falta de financiación para impartir una educación sólida. El contenido del fallo condenaba al Estado a determinar el coste de un sistema de financiación que permitiera el cumplimiento del precepto constitucional. Ante el incumplimiento del Estado, el Juez nombró un panel de expertos que evaluaría el coste del sistema de financiación de una educación de calidad estatal. Una vez realizada la evaluación, cifrada en 5.63 billones de dólares de ayuda operativa y 9.2 billones para instalaciones, el Juez la aprobó y ordenó al Estado que dotara presupuestariamente las partidas correspondientes.

8- H. CORTI, *ibíd*., p.750

9- Vid. H. CORTI, "Ley de presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financiero", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2011.

En este caso, el Juez Constitucional entiende que la educación que se imparte por cuenta del Estado no responde a la solidez y calidad a que se refiere el mandato constitucional y por tanto ordena al Estado a que dote presupuestariamente los fondos necesarios. Desde luego es una decisión polémica porque el Poder Judicial asume funciones gubernativas al seleccionar los expertos que elaborarían la evaluación financiera. Quizás, si hubieran recomendado al Poder ejecutivo, sobre datos e indicadores reales, la necesidad de proceder a una mayor financiación del sistema educativo, no habrían invadido las funciones del Gobierno.

Otro supuesto al que también hace referencia Troya Jaramillo se refiere a un asunto penitenciario, al caso Finney v. Arkansas, donde se plantean las condiciones de encarcelación. En concreto, el Tribunal sentenciador señala que la falta de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelación. En el caso Wiatt v. Aderhot se establece que el Estado no puede no proveer un tratamiento médico por razones presupuestarias y en Gates v. Collier se sienta que la escasez de fondos no es justificación para seguir denegando a los ciudadanos los derechos constitucionales. En Jackson v. Bishop se afirma que las consideraciones humanas y los requerimientos constitucionales hoy en día no pueden ser limitados por consideraciones basadas en dólares. En Hamilton v. Love, el Tribunal señaló que los recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales.[10]

Es decir, la primacía y centralidad de la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales, individuales y sociales, no depende de los procedimientos, de la organización o de los presupuestos, más bien la cuestión es al revés. Los procedimientos, las estructuras, los medios personales y los presupuestos han de confeccionarse y diseñarse en función de la dignidad humana y sus derechos inalienables.

En Argentina, la Corte Suprema tuvo ocasión de sentar en Rubén Badín que dado un derecho fundamental, no es una razón válida para justificar su lesión la existencia de carencias presupuestarias. Lo contrario, dice la Corte, sería subvertir el Estado de Derecho. Duras palabras que expresan bien gráficamente el valor jurídico que tienen la dignidad humana y los derechos fundamentales. El caso, como es sabido se refiere al fallecimiento de unos internos en una cárcel. Si el Estado, dice la sentencia de la Corte Argentina,

> no puede garantizar la vida de los internos […] indica una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa […]. Privilegiarlas (las carencias presupuestarias) 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…

En Alemania, como hemos tenido ocasión de estudiar al tratar los derechos sociales fundamentales y sus formas de reconocimiento es crucial la labor del Tribunal Constitucional a partir de la ponderación racional y a través de la doctrina de la reserva de lo posible. Una doctrina, por cierto, que debe criticarse porque efectivamente la racionalidad presupuestaria

10- TROYA JARAMILLO, J.V., *op cit.,* p. 134.

en un Estado social y democrático de Derecho parte de la primera racionalidad, que es la que parte de la dignidad humana y sus derechos inviolables, entre los que se encuentran también los denominados derechos sociales fundamentales. La doctrina de la reserva de lo posible es razonable cuando están cubiertos los mínimos vitales o existenciales pues lo contrario sería dotar de consistencia jurídica a las razones presupuestarias frente al mínimo de dignidad imprescindible para que un ser humano sea tal y no una cosa o un animal irracional.

En Brasil, la sentencia del Supremo Tribunal Federal del 4 de mayo de 2004 enmarca atinadamente la doctrina de la reserva de lo posible cuando señala, en materia de directrices a las que debe ajustarse el presupuesto, que tal cláusula, salvo por la concurrencia de un justo motivo 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 los derechos constitucionales de un sentido de esencial fundamentalidad.

El profesor Corti, a partir de la doctrina sentada en la sentencia brasileña referida en el parágrafo anterior, sostiene, como recuerda Troya Jaramillo, varias tesis. Primera, que la reserva de lo posible no puede ser esgrimida para justificar el incumplimiento de obligaciones constitucionales vinculadas a los derechos fundamentales que protegen las condiciones materiales mínimas para una existencia digna. Segunda, los derechos económicos, sociales y culturales de rango constitucional, de rango fundamental entiende quien escribe, imponen prioridades presupuestarias a los gastos públicos. Tercera, en este ámbito, la libertad y configuración del legislador se encuentra limitada por la Constitución. Cuarta, la invocación de la cláusula de la reserva de lo posible, en las restantes situaciones, requiere una comprobación objetiva de las incapacidades financieras del Estado. Quinta, la comprobada limitación presupuestaria solo justifica, para esos casos, que la efectividad del gasto no sea inmediata. Sexta, el legislador actúa arbitrariamente cuando por acción u omisión afecta al núcleo intangible que hace a la sustancia del conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias para la existencia digna del ser humano. Y, séptima, a partir de estos elementos la sentencia del Supremo Tribunal Federal brasileño sostiene que el mínimo existencial asociado a unas respectivas prioridades presupuestarias puede convivir con la reserva de lo posible.[11]

11- TROYA JARAMILLO, J.V., *op.cit,* pp. 137-138.

Dr. Horacio Corti*

Plurales procesos históricos y un problema global: ley de presupuesto y derechos humanos.

I. Presentación

En el año 2012 un conjunto de Estados europeos suscribieron el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, comprometiéndose a adoptar normas destinadas a promover la disciplina en el gasto público a través de un pacto presupuestario. También se comprometieron a incorporar las normas de dicho pacto al derecho nacional mediante disposiciones preferentemente de rango constitucional. Ese mismo año, Italia reformó el artículo 81 de su Constitución, reforzando el principio del equilibrio presupuestario. También España modificó el artículo 135 de su Constitución para incorporar el principio de estabilidad presupuestaria. La exposición de motivos de esta última reforma señaló expresamente que dicho principio adquiere un valor estructural y condicionante del mantenimiento y desarrollo del Estado social.[1]

En 2015 el Tribunal Constitucional español, en el marco de un recurso de constitucionalidad en el que se discutía un ajuste en el sistema de pensiones, reitera su doctrina, según la cual

*** Dr. Horacio Corti**
Dr. en Derecho Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).
Defensor General de la CABA.

1- Ver: infra punto 5, "Los desafíos de las *fiscal rules*".

los derechos prestacionales, como los de la seguridad social, dependen de "las disponibilidades del momento", decisión mayoritaria que generó un fuerte voto en disidencia con diversas reflexiones sobre la función de los presupuestos públicos (STC 49/2015).[2]

En 2016 el Comité de los Derechos del Niño emitió su Observación General Nº 19 sobre gasto público y los derechos del niño (artículo 4°) donde se señala que todos los derechos de los niños pueden ser afectados por los presupuestos públicos.[3]

A fines de 2016, a través de una polémica reforma se modificó la Constitución de Brasil, a fin de incorporar un nuevo régimen fiscal en el ámbito de los presupuestos fiscal y de la seguridad social, por un término de vigencia de 20 años.[4]

A inicios de 2017 se aprobó la Constitución de la Ciudad de México. Su artículo 5.A.3. dispone que "el ejercicio de la hacienda pública se orientará al cumplimiento efectivo de los derechos", mientras que su artículo 21.A.1. establece que "el ejercicio pleno de los derechos se sustenta en el cumplimiento general de las obligaciones en el marco de la hacienda pública".

Son solo algunos ejemplos recientes tomados del derecho comunitario europeo, el derecho constitucional comparado, la experiencia judicial también comparada, y el derecho internacional de los derechos humanos. En todos ellos se ve con nitidez la tensión entre las restricciones financieras, vehiculizadas a través de las leyes de presupuesto, y los derechos humanos.[5] Tensión que no reconoce fronteras ni niveles jurídicos.

Aquí sostendré que la problemática jurídica actual referida al vínculo entre la ley de presupuesto público y los derechos humanos tiene su nudo conceptual en la confluencia de plurales procesos histórico-jurídicos, ejemplificados en la enumeración precedente.

En la doctrina clásica del presupuesto, la relación con los derechos ocupa un lugar altamente ambiguo. En la superficie, la doctrina se limita a estudiar competencias y procedimientos. De ahí, como veremos, la llamada asimetría conceptual entre gastos y recursos públicos. Pero, simultáneamente, en la profundidad de las elaboraciones doctrinarias late la relación problemática entre la Ley de Presupuesto y los derechos, como puede

2- Ver: infra punto 4, "Restricciones financieras y derechos en la experiencia judicial comparada".

3- Ver: infra punto 3, "Restricciones financieras y derechos en el derecho internacional de los derechos humanos".

4- Ver: CONTI, J.M., "Vinculações orçamentárias não são a panaceia dos problemas", en *Levando o direito financeiro a sério* (2016). FACURY SCAFF, *F.* "O Plano Temer e a ausência de teto para arrecadação" y "PEC do Teto de Gastos também deveria limitar arrecadação de impostos", ambos en www.conjur.com.br. DE GIOIA, F.H., "O novo regime fiscal veiculado pela emenda constitucional 95/16: reflexos no custeio da educação no Brasil", *Cadernos de Dereito Actual* N° 5 (2017). CYNARA MONTEIRO, M., "Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre", *Revista de Investigaçoes constitucionais* vol. 4, N°1 (2017). SULPINO VIEIRA, F. y PUCCI DE SÁ E BENEVIDES, R. "O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado", *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas* vol.10 N° 3 (2016).

5- En el texto utilizo de forma indistinta las expresiones *derechos humanos y derechos fundamentales*. Me inclino por la expresión *derechos humanos* por su significación política en Argentina, dado que son un símbolo de la resistencia a la dictadura cívico-militar del período 1976-1983. En términos conceptuales ambas expresiones se refieren a los derechos plasmados en textos jurídicos positivos de máxima importancia (constituciones y tratados internacionales de derechos humanos) y que protegen los valores políticos de mayor peso en nuestras sociedades, tales como la igual dignidad de todas las personas, la autonomía personal y el autogobierno democrático. Por supuesto, en los diferentes derechos positivos la expresión *derechos fundamentales* puede tener un alcance diferente al aquí estipulado, de acuerdo con las tradiciones jurídicas nacionales, como sucede, por ejemplo, en Colombia o en España.

apreciarse cuando se sigue la intrincada y apasionante controversia en torno a la distinción entre ley formal y material, presente desde el origen mismo de la doctrina jurídica presupuestaria, que tiene un hito en el texto de Paul Laband de 1871.[6]

De acuerdo con la doctrina clásica, el presupuesto solo tiene efectos al interior del Estado. Por esa razón, el vínculo con los derechos subjetivos no figuraba en el primer plano de las construcciones teóricas. Aquí afirmamos, en cambio, que en el derecho positivo contemporáneo hay un vínculo conceptual entre ley de presupuesto y derechos humanos. Ese vínculo, además, es problemático.

Como sostuve en otros lugares, el problema puede plantearse a través del siguiente diálogo, protagonizado en los años 80 del siglo pasado.[7]

Peter Häberle: —"¿Deben los derechos fundamentales darse solo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales?".[8]

Robert Alexy: —"Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera".[9]

Otro aspecto del mismo problema está sugerido en este segundo diálogo, ya de fines del siglo pasado:

Luigi Ferrajoli: —"Nada impide que las Constituciones asignen cuotas mínimas de presupuesto a los gastos sociales, haciendo posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiamiento del Estado".

Anna Pintore: —"Solo nos cabe esperar que esta propuesta no salga del círculo de los filósofos políticos que afortunadamente (al menos por ahora) carecen de poder de decisión".[10]

La cuestión central que considero en este trabajo es determinar cuáles son las condiciones *actuales* para pensar ese vínculo.

Aquí sostengo que esas condiciones surgen de cuatro procesos decisivos:

> (a) la construcción de una Teoría General de la Constitución Financiera como horizonte teórico;
> (b) el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos;
> (c) la activa intervención de los tribunales en el derecho comparado, y
> (d) la importancia creciente de las llamadas reglas fiscales (*fiscal rules*).

El desafío actual para la doctrina jurídica presupuestaria consiste en pensar simultáneamente estos cuatro procesos.

6- LABAND, P., *Derecho presupuestario*, 2012. Con un estudio preliminar de Álvaro Rodríguez Bereijo: "Una lección de derecho constitucional. La formación del concepto de ley y el conflicto presupuestario-constitucional prusiano 1862-1866". Ver también RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., *El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario*, 1970. En particular, su capítulo II, "La naturaleza jurídica del presupuesto del Estado. Diversas doctrinas", p. 39. GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Introducción al derecho presupuestario. Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*, 1973. En particular, su capítulo III, "Naturaleza jurídica de la Ley de presupuesto", p. 121.

7- CORTI, H., "Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en Horacio Corti (dir.), *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, tomo I, 2010, p. 637.

8- HÄBERLE, P., *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, citado por la traducción al castellano: *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, 2002, p. 213.

9- ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, citado por la traducción al castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 495.

10- Estas intervenciones forman parte de una polémica de mayor alcance suscitada por un ensayo de FERRAJOLI, L., "Diritti fondamentali", *Teoría Política*, XIV/2, 1998. El ensayo de Anna Pintore es "Diritti insaziabili", *Teoría Política, XVI/2*, 2000. El dossier del debate puede encontrarse en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello), Trotta, 2001.

Veamos ahora por qué calificamos al problema de *global*.

Para la comprensión adecuada del asunto, no es suficiente dedicarse a un derecho positivo en particular, para luego, en un eventual segundo paso, efectuar una comparación. La comprensión misma del problema exige una visión simultánea del derecho nacional comparado, del derecho comunitario europeo y del derecho internacional de los derechos humanos.

El conjunto de elementos que componen el problema solo se aprecia en la dimensión global. Y esto en dos sentidos. Por un lado, cada experiencia jurídica muestra con profundidad algún aspecto del problema, a la vez que deja otros en la sombra. Imaginemos un juego de ajedrez, que en vez de venir armado de una vez, se compone de piezas surgidas de ámbitos diversos. Por otro lado, las diferentes respuestas a un mismo interrogante permiten captar con mayor riqueza el carácter polémico del asunto. Para seguir con la metáfora anterior, podemos imaginar una variedad de movidas realizadas por la misma pieza.

El adjetivo *global* afecta al problema aquí enfocado, no al derecho positivo, cuestión que llevaría a debatir la existencia y características del derecho global como un ámbito jurídico específico, más allá de los niveles jurídicos que habitualmente manejamos: derecho nacional, internacional, y de la integración, debate que por el momento excede la especificidad de nuestra investigación.[11]

Por cierto, sí puede reconocerse un fondo cultural mínimo común, más allá de las notorias diferencias culturales existentes, que permite armar las piezas de un mismo problema jurídico, como dijimos: el vínculo entre derecho presupuestario y derechos humanos.

En este trabajo presento sucintamente los aspectos más salientes de cada uno de estos procesos históricos, con sus intersecciones, tensiones y conflictos.

Cabe aclarar, por último, que estos procesos tienen múltiples facetas, pues involucran realidades de diferente naturaleza. En primer lugar, el derecho positivo como tal, dato básico de toda indagación jurídica. Luego, la doctrina referida a ese derecho positivo. Estas dos dimensiones hacen a la práctica del derecho, que se expresa en datos positivos surgidos de fuentes formales y que es objeto de reflexión por parte de una doctrina institucionalizada. Y, en tercer lugar, las condiciones políticas y sociales en las que se desarrolla dicha práctica jurídica en su doble aspecto positivo y doctrinal. Pues si bien el derecho occidental contiene en sí mismo tendencias a encapsularse como una actividad autónoma, ella resulta incomprensible sin considerar las dimensiones políticas y sociales de su desenvolvimiento histórico. Esto último es un asunto largamente conocido por la doctrina financiera, dada la compleja relación mantenida con la ciencia de las finanzas, en sus vertientes política y económica.[12]

El marco más general del contexto histórico-político del problema consiste en la reestructuración del sistema económico mundial, uno de cuyos aspectos negativos es el progresivo desmantelamiento del Estado de bienestar. Este fue construido, de muy diversas maneras y de acuerdo con cronologías también diversas, hasta los años setenta del siglo pasado, momento

11- CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democracia oltre lo Stato,* 2009. DOMINGO, R., *¿Qué es el derecho global?,* 2008.

12- Sobre la formación de la ciencia del derecho financiero y su compleja relación con la ciencia económica de las finanzas, ver: SAINZ DE BUJANDA, F., *Sistema de derecho financiero,* I. Introducción, Vol. I, "Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero", 1977, y BOURGET, R., *La science juridique et le droit financier et fiscal. Étude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIX et XX siecles),* 2012.

de inicio de aquella reestructuración. Dicho Estado, resultado de un acuerdo subyacente entre las fuerzas sociales, plasma las condiciones institucionales que garantizan el efectivo goce de los derechos fundamentales de las mayorías. Su desmantelamiento es consecuencia del quiebre de aquel acuerdo social en beneficio, en el plano jurídico, de los derechos propietarios y las libertades económicas, como si la historia pretendiera regresar un paso atrás de lo que Polanyi llamó la gran transformación.[13]

II. La Teoría General de la Constitución Financiera como horizonte teórico

Junto a los dos pilares que clásicamente se consideran esenciales en las Constituciones modernas, la organización del poder y las declaraciones de derechos, hay que computar un tercero, de igual magnitud política que los restantes: la Constitución Financiera.[14]

La Constitución Financiera es el subsistema de la Constitución que regula cómo se financian las instituciones que aquella establece. Esta visión implica pensar a las Finanzas Públicas al interior de la lógica conceptual de las Constituciones.

La expresión surge en la tradición constitucional alemana (*Finanzverfasung*) para referirse a las cláusulas financieras de la Ley Fundamental de 1949, en lo esencial reguladoras del federalismo financiero del Estado.[15]

Ella luego se difundió a otras tradiciones nacionales, con una diversidad de significados. Se podría decir que la expresión o fórmulas similares están en el aire de nuestro tiempo.

En España es empleada por Álvaro Rodríguez Bereijo, quien destaca la centralidad constitucional de la hacienda pública: "La Constitución financiera o Constitución fiscal es una pieza de primordial relevancia en la arquitectura constitucional, pues los fines del Estado social de Derecho se realizan, en gran medida, mediante la actividad financiera del Estado y requieren una cierta predisposición de su Hacienda".[16]

13- POLANYI, K., *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, 1992.

14- Esta visión clásica es aún en general dominante. Entre muchos ejemplos, ver: PÉREZ BARBERÁ, G., "Dogmática de los derechos fundamentales", en RIVERA, J. C. (h); ELÍAS, J. S.; GROSMAN, L. S. y LEGARRE, S. (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo I, 2014, p. 81: "La Constitución Nacional consta básicamente de dos partes… De modo similar han sido legisladas otras constituciones modernas, como la alemana y la española, aunque con un orden y una sistematización de las normas más prolijo. En función de dicha división, la enseñanza del derecho constitucional en las universidades alemanas se divide, por lo general, en un curso sobre derechos fundamentales y otro sobre organización del Estado".

15- "El término 'Constitución Financiera' —*Finanzverfassung*— abarca el conjunto de preceptos de la Ley fundamental de Bonn en los cuales se establece el reparto de competencias financieras entre los distintos poderes territoriales, así como los principios rectores de las mismas y cuyo contenido se encuentra básicamente en los artículos 104 a 115. El término 'Constitución financiera' surgió originariamente de la mano de la doctrina alemana en un sentido diverso al actual, ya que se utilizó inicialmente para referirse a la compensación de las desigualdades interterritoriales o *Finanzausgleich*. El legislador lo emplea por vez primera en la Ley del 23 de diciembre 1955, mediante la cual se operó una importante reforma constitucional en esta materia, y a partir de este momento se empezó a utilizar en el sentido actual. El Tribunal Constitucional alemán ha sido también uno de los principales responsables del asentamiento de esta terminología". GARCÍA FRÍAS, Á., "La financiación de los Länder", en *Revista catalana de dret públic*, Nº 32, 2006, p. 234. Ver también: LAPATZA, F., "Hacienda pública y autonomía en la Ley Fundamental de Bonn", en *Revista de Derecho Financiero*, Nº 13, Civitas, 1978. YEBRA MARTUL-ORTEGA, P., *Constitución Financiera Española. Veinticinco años*, 2004, p. 65.

16- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., "Constitución económica y Constitución fiscal", en LÓPEZ GARRIDO, D. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (directores), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria, 2013*, p. 101. Ver también: RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., *La constitución fiscal*

En Francia se utiliza la expresión *bloc de constitutionnalité des finances publiques*. Tal como señala Loïc Philip:

> [L]os fundamentos constitucionales de las finanzas públicas son el conjunto de principios y de reglas de valor constitucional aplicable al régimen financiero de las diferentes personas y organismos públicos. Se trata de normas ubicadas en la cima de la jerarquía y cuyo respeto se impone a las autoridades públicas: a la administración, al gobierno y al Parlamento, esencialmente en la preparación y la adopción de los textos legislativos (en particular, las leyes de finanzas y las medidas fiscales). Si las disposiciones legislativas desconocen esos principios y reglas, que forman el bloque de constitucionalidad de las finanzas públicas, ellas pueden ser acusadas de inconstitucionalidad, lo que impediría su entrada en vigor.[17]

En Brasil Heleno Taveira Torres ha subtitulado uno de sus textos *Teoría da Constitução Financeira*, quien define a esta como:

> [L]a parcela material de normas jurídicas integrantes del texto constitucional, compuesta por los principios, competencias y valores que rigen la actividad financiera del Estado, la unidad entre la obtención de los recursos, el presupuesto, la realización de los gastos de todas las competencias materiales, el financiamiento del federalismo, el costo de los derechos y libertades, la gestión del patrimonio estatal, así como la intervención del Estado.[18]

En Italia, Andrea Morrone moviliza la expresión *Costituzione Finanziaria* para sintetizar el punto neurálgico de la política europea actual. Según Morrone, "la Constitución Financiera es un concepto descriptivo y elíptico, que evoca una necesaria imbricación entre la dimensión política y la dimensión económica-financiera, al interior de una misma cultura científica y en una concreta experiencia constitucional. Constitución Financiera designa entonces una nueva alianza entre economía y política en el marco de la integración europea". Concepto aquí de carácter polémico, símbolo de "la construcción de un discurso científico que ponga en el centro el derecho público y el Estado constitucional europeo como baluarte contra la fuerza disgregadora de la globalización y lo económico".[19]

Finalmente, para concluir esta serie de referencias que ilustran lo ubicuo de la expresión *Constitución Financiera*, un reciente texto que narra la historia del endeudamiento público en los Estados Unidos incluye en su título la expresión *Fiscal Constitution*.[20]

Varias distinciones aquí se imponen en favor de la claridad y la precisión conceptual.

Puede hablarse de Constitución Financiera

de España, 2015.

17- LOÏC, P., *Les fondaments constitutionnels des finances publiques,* Economica, 1995, p. 5, y *Droit fiscal constitutionnel,* 1990.

18- TAVEIRA TORRES, H., *Direito constitucional financiero. Teoría da Constitução Financeira,* 2014, p. 26.

19- MORRONE, A. (director), *La costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, 2015, introducción del director, p. X. Ver también del mismo autor: "Teología económica v. teología política? Appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale", *Quaderni costituzionali,* XXXII, Nº 4, 2012, p. 829.

20- WHITE, B., *America's Fiscal Constitution. It's triumph and collapse, 2014. Ver también "The evolution of America's Fiscal Constitution", en TUSHNET, M.; GRABER, M. y LEVINSON, S. (ed.), The Oxford Handbook of The U.S. Constitution,* 2015, p. 321.

en un sentido débil y uno fuerte, conceptos que se distinguen y, a la vez, se entrelazan.

En un sentido débil, es un término que se limita a designar las disposiciones constitucionales referidas al derecho financiero. Aquí son posibles, a su vez, dos técnicas de composición constitucional. Aquellas disposiciones pueden estar dispersas en el texto o, en cambio, ya encontrarse reunidas en un capítulo específico del texto constitucional. Lo primero sucede, habitualmente, en las Constituciones de los siglos XVIII y XIX, mientras que lo segundo es propio de los siglos XX y XXI.

Dicha cláusulas se refieren, en general, a las diferentes instituciones financieras (presupuesto público, tributos, deuda pública) y regulan un sinnúmero de aspectos.

En un sentido fuerte, la Constitución Financiera es el pensamiento que una Constitución contiene sobre su propia financiación y que se expresa, claro, en conceptos, principios y reglas jurídicas. Es una visión política más profunda, que pone de manifiesto una arquitectura jurídico-constitucional financiera.

Las disposiciones positivas (sentido débil), que pueden estar sistematizadas o dispersas en los textos, expresan una visión política sobre cómo financiar la Constitución (sentido fuerte).

Por supuesto, dicha arquitectura solo es perceptible si el texto constitucional es leído desde una perspectiva determinada, justamente la doctrina en cuanto teoría que permite una interpretación racional y justificada de los textos jurídicos.

Las disposiciones constitucionales financieras (sentido débil) revelan una arquitectura constitucional financiera (sentido fuerte) a partir de la grilla interpretativa que aporta la Teoría de la Constitución Financiera.

En un nivel de mayor generalidad aun, la Teoría de la Constitución Financiera se inserta en una Teoría de la Justicia, entendida como la visión conceptual filosófico-política a través de la cual es posible leer jurídicamente una Constitución positiva.[21]

De forma complementaria a la distinción entre los sentidos débil y fuerte de Constitución Financiera, es necesario tener en cuenta, en favor de la claridad, dos posibles puntos de vista. Una perspectiva descriptiva, que se limita a constatar si en un derecho positivo determinado está, o no, presente en la referida Constitución Financiera. Y una perspectiva normativa, externa, que se interroga sobre si resulta justificado que una Constitución incluya una Constitución Financiera.

En cuanto al primer plano, empírico, referido a los derechos positivos, cabe constatar que las Constituciones modernas habitualmente contienen disposiciones financieras expresas y, a partir de ellas, es posible reconstruir en cada caso la Constitución Financiera. En general, los redactores de las Constituciones modernas han sido conscientes de la importancia de la financiación y, por ende, han incorporado una multiplicidad de cláusulas sobre la hacienda pública.

Su importancia es de tal magnitud que resulta necesario hacer una clasificación racional de esas cláusulas, a fin de sistematizar las diferentes posibilidades de acuerdo con los variados derechos positivos.

Un primer bosquejo de clasificación es el siguiente:

a. Cláusulas que expresan el deber de contribuir a los gastos públicos de acuerdo con la capacidad contributiva, como los artículos 53 de la Constitución de Italia y 31.1 de la Constitución de España.

21- CORTI, H., "La controversia sobre la hospitalidad: interpretación de la Constitución y narraciones políticas sobre la Justicia", en *Revista Aequitas,* Nº 2, año II, 2008, y "La verdad en la doctrina constitucional", en *Derecho y verdad*, Vol. III, Tirant lo Blanch, 2015, actualmente en prensa.

b. Cláusulas que expresan el principio de reserva de ley respecto de los diferentes institutos financieros, como los diferentes incisos del artículo 75 de la Constitución de Argentina.
c. Cláusulas que flexibilizan la reserva de ley respecto de los diferentes institutos financieros, por ejemplo, posibilitando el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, o habilitando la delegación legislativa.
d. Cláusulas que complementan la reserva de ley y establecen competencias y procedimientos. Son estas las disposiciones más tradicionales en materia presupuestaria, que indican las competencias de los poderes Ejecutivo y Legislativo, así como los procedimientos que deben seguirse.
e. Cláusulas referidas al texto que contiene la decisión presupuestaria. Se trata de disposiciones que disponen qué debe o no debe contener el texto jurídico que vehiculiza aquella decisión. Ejemplos paradigmáticos son las disposiciones que prohíben legislar sobre otras materias o que expresan condiciones para esa legislación, tal el caso de la Constitución de España.
f. Cláusulas referidas a los documentos que deben acompañar a la ley de Presupuesto.
g. Cláusulas referidas a otras leyes que son conjuntas o enmarcan a la ley de presupuesto.
h. Cláusulas referidas al ámbito de validez temporal de las normas financieras. En materia tributaria puede verse la plasmación expresa del principio de irretroactividad. Pero también son importantes respecto del presupuesto, dada la singular validez temporal que lo caracteriza. Así, por ejemplo, cuando se establece su carácter anual o plurianual.
i. Cláusulas que establecen reglas financieras (*fiscal rules*), que fijan límites a diferentes aspectos de las decisiones financieras sobre la base de razones puramente económicas.
j. Cláusulas que establecen órganos de control, así como sus funciones y competencias.
k. Cláusulas que regulan los efectos financieros de las leyes que implican gastos públicos (el principio de cobertura del derecho constitucional italiano).
l. Cláusulas que establecen mecanismos participativos o de democracia semidirecta, como los presupuestos participativos o la consulta popular.
m. Cláusulas que distribuyen potestades financieras entre diferentes niveles de gobierno (federalismo, regionalización, haciendas locales).
n. Cláusulas que establecen principios jurídicos sustantivos. En general, hay disposiciones referidas a los tributos y al presupuesto, tales como la igualdad y la equidad.
o. Cláusulas que vinculan de forma específica gastos públicos y derechos fundamentales. Son, a su vez, de varios tipos: i) disposiciones que fijan gastos prioritarios; ii) disposiciones que fijan porcentajes para ciertos gastos referidos a derechos.

Por cierto, esto es solo un esbozo de una clasificación de las diferentes disposiciones constitucionales financieras, sobre la base de las constituciones vigentes en el derecho comparado. Estas cláusulas, a su vez, se enmarcan en los dos tipos de textos antes mencionados, según contengan o no un capítulo sistemático dedicado a la hacienda pública.

Señalado el aspecto empírico del asunto (¿contienen, efectivamente, las constituciones una Constitución Financiera?), pasemos a lo segundo, el plano normativo (¿deben las constituciones contener una Constitución Financiera?).

Propongo el siguiente argumento.

Uno: es racional suponer que toda Constitución incluye una pretensión de realización. Esto es: a las constituciones les es inherente la voluntad de plasmarse en la realidad que intentan justamente constituir.

Dos: dicha pretensión es tan básica que puede calificarse sin dudas de fundamental. O sea: uno de los aspectos fundamentales de las Constituciones es su pretensión de realizarse en la vida social.

Tres: una de las condiciones materiales para que una Constitución se realice es su financiación.

En otros términos: si una Constitución pretende ser real, viviente, efectiva en el mundo social, ella tiene que pensar cómo se financia.

Cuatro: si la pretensión de realización es fundamental, también lo es especificar una de sus condiciones materiales imprescindibles como es la financiación.

El marco general que define cómo se debe financiar una Constitución es una decisión que tiene un peso político lo suficientemente fuerte como para ser tomada por los constituyentes y no para ser diferida al legislador ordinario.

De todo ello, se deduce que resulta racional que las Constituciones incluyan una Constitución Financiera.

Como ya observamos, los constituyentes, en general, han sido políticamente conscientes de esta situación, de ahí que en las Constituciones positivas encontremos una diversidad de disposiciones financieras.

En la Argentina es notable el ejemplo de Juan Bautista Alberdi, cuyo pensamiento tuvo un peso considerable en el proceso constituyente que dio lugar a la Constitución de 1853.

Alberdi sugiere dos cuestiones entrelazadas, pero que hacen a dos ámbitos epistemológicos diferentes. Por un lado, las Constituciones tienen que regular su financiamiento. En términos de Alberdi, deben regular la institución del Tesoro. Hay que financiar los fines de la Constitución. Y de forma complementaria: la hacienda pública (el Tesoro) tiene como objeto financiar aquellos fines. Según expuso en uno de sus textos canónicos:

> El gasto público de la Confederación argentina, según su Constitución, se compone de todo lo que cuesta 'constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad'; en una palabra, el gasto nacional argentino se compone de todo lo que cuesta conservar su Constitución y reducir a verdades de hecho los objetos que ha tenido en mira al sancionarse como lo declara su Preámbulo.[22]

Destaquemos dos ideas decisivas: las Constituciones cuestan y de ahí se desprende el significado constitucional del gasto público, por añadidura de la ley de presupuesto que es la técnica que lo vehiculiza. Asimismo, la finalidad del gasto público es convertir en hechos las declaraciones constitucionales.

Por otro lado, Alberdi también señala que un factor central para todo Estado consiste en prever cómo se financia. La primera cuestión, resumida en la cita precedente, hace a la Teoría de la Constitución. La segunda, a una teoría

22- ALBERDI, J. B., "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", en *Obras completas*, tomo IV, 1886, p. 460.

sociológica del Estado (esto es: cuáles son los rasgos que permiten identificar un Estado) o, eventualmente, al arte de gobernar (cuáles son las reglas prácticas que debe seguir un gobernante para gobernar bien o de forma eficaz). Para una teoría sociológica, no hay realmente un Estado, monopolio legítimo de la fuerza sobre un territorio y una población, sin una hacienda pública. Para el arte de gobernar son esenciales las reglas sobre cómo conducir la hacienda. De ahí, por ejemplo, si el gobernante desea construir un poder político autónomo deberá (regla prudencial) construir una hacienda autónoma. Volvamos al texto de Alberdi, dada la claridad de su visión:

> El Tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su gobierno no puede existir como nación independiente, porque no es más el gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su gobierno es exactamente no tener medios de ejercer su soberanía; es decir, no poder existir independientemente, no poder ser libre. Todo país que proclama su independencia a la faz de las naciones, y asume el ejercicio de su propia soberanía, admite la condición de estos hechos, que es tener un gobierno costeado por él, y tenerlo a todo trance, es decir, sin limitaciones de medios para costearlo y sostenerlo; por la razón arriba dicha, de que el gobierno es la condición que hace existir el doble hecho de la independencia nacional y el ejercicio de la soberanía delegada en los poderes políticos. Desconocer este deber es hollar el juramento de ser independiente y libres, es abdicar la libertad y entregar el gobierno del país al extranjero, o a cualquiera que tenga dinero para costearlo.[23]

Sin perjuicio del interés de estas últimas perspectivas (teoría del Estado y arte del buen gobierno), aquí destacamos la centralidad de la hacienda pública al interior de la lógica constitucional, es decir, como pieza de un Teoría de la Constitución.

Recapitulemos lo dicho. Toda institución constitucional que pretenda ser efectiva en la realidad social requiere de algún grado de financiamiento. Dicho de forma general: si una Constitución pretende realizarse empíricamente en la sociedad, tiene que pensar cómo ella se financia. Esta simple idea hace de la financiación de la Constitución un aspecto básico de cualquier proyecto constitucional. A las dos columnas vertebrales de las Constituciones contemporáneas (las declaraciones de derechos y la organización del poder), hay que añadirles una tercera: la relativa a la financiación de esas propias columnas. Cómo se financian los derechos y cómo se financia la organización estatal del poder son cuestiones ineludibles. Y por añadidura: cómo se financian los diferentes fines que son considerados relevantes por las Constituciones vigentes. Es decir: fines, órganos y derechos constitucionales requieren de financiación.

Sin embargo, la doctrina constitucional, a diferencia de los propios constituyentes y por ende de las prácticas constitucionales positivas que son las que cabe comprender, muchas veces no parece darle a esta cuestión el peso que se merece. Un ejemplo: la edición de un reciente *Manual de derecho constitucional* con los expertos

23- ALBERDI, J. B., "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", en *Obras completas,* 1886, p. 318.

hoy más reconocidos no dedica ningún capítulo a las cuestiones constitucionales financieras.[24]

De acuerdo con nuestro enfoque, la finalidad de las Finanzas Públicas, más allá de su contenido económico y político, es de índole constitucional: ser un medio para otorgarles efectividad a las instituciones de la Constitución.

¿Cuál es la importancia de esta visión?

Son múltiples las consecuencias, que aquí brevemente menciono.

Primero, hacer de la financiación de las diferentes instituciones constitucionales un tema propiamente jurídico (no solo político-económico) y constitucional. Cómo se financian los derechos; cómo se financian los poderes públicos; cómo se financian los fines públicos son cuestiones constitucionales centrales.

Segundo, esta visión permite tener un enfoque jurídico y constitucional unificado sobre todo el derecho financiero. Es decir: permite superar la llamada asimetría conceptual entre gastos y recursos públicos.[25] ¿Qué significa esta asimetría? A través de un larguísimo proceso histórico se fueron configurando una serie de garantías constitucionales ante la tributación. Garantías que han ido más allá del principio de legalidad, para consagrar pautas materiales de justicia tributaria. El concepto de capacidad económica o contributiva, consagrado en la Constitución italiana de 1947 y en la Constitución española de 1978, es un ejemplo de ello.[26] Más aún, los tributos deben ser acordes con el principio de igualdad y no discriminación. Y, a la vez, no deben lesionar el derecho de propiedad.[27] Este conjunto de principios y garantías ha dado lugar a un derecho constitucional tributario de carácter sustancial, que permite luego un control judicial.[28]

El presupuesto, en cambio, durante un extenso período solo fue objeto, en lo esencial, de un estudio jurídico en términos de competencias y procedimientos. Su foco ha sido la ley, la potestad legislativa y, en todo caso, los conflictos de competencia entre ejecutivos y legislaturas.[29] Esto implica que las decisiones presupuestarias sobre los gastos públicos han sido consideradas discrecionales para el sistema político. De ahí que se hable en general de una decisión puramente política, sujeta a evaluaciones políticas (o económicas), pero no jurídicas. Es decir: forma jurídica (ley) y sustancia política (las elecciones legislativas sobre cuánto y en qué gastar). Y las referencias a los derechos efectuadas en el marco del debate clásico sobre la naturaleza de la ley de presupuesto no llegaron a construir una teoría sustancial sobre su contenido.

Se aprecian luego las consecuencias. Si una

24- ROSENFELD, M. y SAJO, A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013.

25- VALLS, J., *Le contrôle des normes législatives financières par les cours constitutionnelles espagnole et francaise, 2002, p. 107.*

26- Para un desarrollo histórico: ESCRIBANO, F., *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales,* 1988. Una visión conceptual: CASALTA NABAIS, J., O *deber fundamental de pagar impostos. Contributo para a comprensão constitucional do Estado fiscal contemporâo,* 2009. De la enorme bibliografía italiana, ver: MOSCHETTI, F., *Il principio della capacitá contributiva,* 1973. FALSITA, G., *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione republicana,* 2014. En España: HERRERA MOLINA, P., *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán,* 1998. En el actual derecho comunitario europeo: DOMÍNGUEZ CRESPO, C. A., *Incidencia y perspectivas del principio de capacidad económica en el derecho tributario de la Unión Europea,* 2012.

27- MANGIAVILLANO, A., *Le contribuable et l'Etp. L'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne-France),* 2013.

28- UCKMAR, V., *Principi comuni di diritto costituzionale tributario,* 1958.

29- STITH, "Congress power of the purse", en *Yale Law Journal,* Vol. 97, Nº 7, p. 1343. Quien destaca la importancia de las potestades presupuestarias del Congreso. SIDAK, "The President's power of the purse", en *Duke Law Journal,* noviembre de 1989, (donde se discute el ensayo anterior).

decisión es discrecional, no hay lugar para el control judicial de constitucionalidad. En todo caso, habrá una sanción política, pero no jurídica, a través del sufragio.[30] De ahí que de acuerdo con la visión clásica sobre el presupuesto, no son los tribunales un lugar institucional para debatir sobre el gasto público. O en una fórmula correlativa: dada la naturaleza política de las decisiones sobre gasto público, no corresponde que los jueces intervengan.[31]

El desafío de la Teoría General de la Constitución Financiera consiste en pensar de forma sustancial, unitaria y coherente la totalidad del derecho financiero, fundamentalmente aquellas decisiones que con mayor intensidad inciden en la esfera de los derechos: el tributo y el presupuesto.

En ese proceso, un hito histórico, de alcance universal, es la Constitución española de 1978, que, además de establecer el deber de contribuir sobre la base de la capacidad contributiva, consagró en su artículo 31.2. "La equidad de los gastos públicos". Es decir, allí se plasmó un principio de justicia material de los gastos públicos.[32]

Obviamente, la equidad es un estándar muy genérico, pero semejante a muchos otros en el ámbito del derecho constitucional, que han adquirido precisión gracias a la práctica tanto de los tribunales como de la doctrina.

Aquí podemos adelantar muy brevemente y en relación con el problema que nos ocupa que un gasto público equitativo es aquel acorde con el sistema de los derechos fundamentales. El presupuesto público respeta la equidad si asigna recursos suficientes para que puedan ejercerse los derechos fundamentales consagrados por el propio ordenamiento constitucional.

Si la financiación es una condición necesaria para el ejercicio de casi todos los derechos (pues todos los derechos tienen un costo), entonces la equidad ordena que se asignen los recursos suficientes para darles efectividad.[33]

Se trata entonces de un concepto que se mueve en el campo semántico de las expresiones que se refieren a los límites constitucionales de las potestades legislativas de regulación de los derechos, tales como la garantía del contenido esencial, la razonabilidad, la proporcionalidad o el *due process of law*. La ley debe garantizar la suficiencia presupuestaria.

Adelantándonos al próximo punto, es pertinente señalar que la obligación de asignar recursos *suficientes* para asegurar los derechos es destacada por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité de los Derechos del Niño.[34]

30- Esta es la posición clásica en la Argentina, expresada con claridad por LUQUI, J., "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", LL 142-891.

31- Cabe recordar la afirmación de Hamilton, según la cual los tribunales no tienen ninguna influencia sobre la espada o el presupuesto *(the purse)*.

32- Sobre el artículo 31.2. de la Constitución de España ver, entre muchos otros, CASADO OLLERO, G., "La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público" y GARCÍA NOVOA, C., "Constitución y principios presupuestarios. Especial referencia al Principio de Estabilidad Presupuestaria", ambos en CORTI, H. (dir.), *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, tomo I, 2010, p. 619 y p. 457.

33- Sobre la relación entre costos y derechos, HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *The cost of rights, 2000*.

34- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 19 "El derecho a la seguridad social" (art. 9º), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, punto 14. Observación General N° 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, punto 52. Observaciones finales sobre el informe inicial de Uganda, E/C.12/UGA/CO/1, 7 de julio de 2015, punto 8. Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador, E/C.12/SLV/CO/3-518, junio de 2014, p. 21. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones

Fructífero link para desarrollar: interpretar el concepto de equidad, que figura en textos constitucionales, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Este, claro, es el primer paso en el camino de la constitucionalización completa de los gastos públicos, pues luego cabe ver, entre otros plurales aspectos, cómo juegan respecto del presupuesto otros principios, tradicionales en materia tributaria, así la igualdad y la no discriminación.

Considero que este es uno de los horizontes teóricos para la comprensión de la relación entre ley de presupuesto y derechos fundamentales: una visión doctrinaria jurídica, sistemática, de toda la hacienda pública del Estado, sobre la base de una óptica sustantiva constitucional.

Y esta Teoría, en fin, expresa el grado actual de desarrollo de la doctrina financiera y tributaria. Es decir, la forma más fructífera hoy en día de hacer doctrina en materia financiera y tributaria consiste en desarrollarla a partir de la Teoría General de la Constitución Financiera.[35]

Cabe aclarar, por último, que esta visión jurídico-constitucional de la hacienda pública no implica desconocer las dimensiones políticas y económicas del fenómeno financiero. Hay una realidad económica, en la medida en que se moviliza la riqueza de una sociedad, y un plano político, pues está en juego el poder. En síntesis, la actividad financiera redistribuye la riqueza social a través de sus diferentes técnicas (tributos, endeudamiento, presupuesto), tarea que involucra una fuerte lucha de poder. Justamente, dada la magnitud política de esta actividad resulta racional que exista una fuerte regulación constitucional.

La Constitución Financiera es una regulación jurídica de la riqueza y el poder.

III. Restricciones financieras y derechos en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, ocupa un lugar central la reflexión presupuestaria.

En el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCRI) se establece la obligación de los Estados de asignar el máximo de los recursos que dispongan para lograr la plena efectividad de los derechos consagrados (artículo 2.1).[36] La interpretación de esta cláusula generó una doctrina, construida tanto por el comité ESCR, a través de observaciones generales, observaciones sobre informes de los Estados y otros documentos, como por relatores

finales sobre el informe inicial en Uganda, CRPD/C/UGA/CO/1, 12 de mayo de 2016, punto 17 a). Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19, 2016, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4º), CRC/C/GC/19, 20 de julio de 2016, punto 11.

35- Esta es una tesis epistemológica sobre la historia del derecho financiero y tributario que aquí solo señalo. De forma muy resumida. Hay una historia de la doctrina que tiene un posible punto de partida en el derecho público alemán, para luego ser continuada, profundizada y reelaborada por las doctrinas jurídicas italiana, francesa, española y latinoamericana. Esto sucede tanto respecto del Presupuesto como de los tributos. La línea de desarrollo general consiste, luego de su sujeción al Principio de Reserva de Ley, en el proceso de constitucionalización sustantiva de ambos institutos, limitándose así de forma progresiva la discrecionalidad de los órganos políticos, sean Legislativos o Ejecutivos. Esta historia, central en el derecho tributario en el pasaje del siglo XIX al XX a través de la construcción de los conceptos de relación jurídica tributaria y de capacidad contributiva, es el que viene desarrollándose desde hace algunas décadas respecto del presupuesto, a través, entre otros, de los conceptos de equidad y suficiencia.

36- Esta cláusula juega de forma independiente a la cláusula de la limitación. Ver: ALSTON y QUINN, "The nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Human Rigths Quarterly,* Vol. 9, Nº 2, mayo de 1987, p. 156.

especiales temáticos de las Naciones Unidas y expertos, en el ámbito del *soft law*, que conceptualiza, en síntesis, cuál es la relación que debe haber entre el presupuesto y los derechos humanos.

También ha sido importante la elaboración efectuada por otros comités, así por el Comité de los Derechos del Niño, que, como ya señalamos, recientemente ha dedicado una observación general exclusiva al tema presupuestario.[37]

Un camino paralelo se ha desarrollado en el ámbito de los derechos civiles y políticos, al interpretarse el pacto internacional que correlativamente los consagra.

La profundidad de esa reflexión ha conducido a la elaboración de un enfoque *general* sobre los presupuestos públicos basado en los derechos humanos, hoy en plena elaboración y debate. Más aún, dicha reflexión, desde hace algunos años, ha empezado a dirigirse a los restantes aspectos de la hacienda pública, en particular a los tributos y a la deuda pública.[38]

Se ve la diferencia de dirección entre los dos procesos histórico-jurídicos hasta aquí mencionados. En el ámbito de la constitucionalización sustantiva del derecho financiero, en una historia de muy larga duración, el proceso jurídico sustantivo se ha centrado en la tributación para luego comprender, situación que vivimos hoy a través de la Teoría General de la Constitución Financiera, a los presupuestos públicos. En cambio, la doctrina construida en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en su comparativa muy breve historia desde la posguerra, ha recorrido un camino opuesto, desde la reflexión sobre el presupuesto público hacia el actual enfoque de toda la política financiera desde la óptica de los derechos humanos.

A esa diferencia debe sumarse otra circunstancia que complejiza el asunto: la relativa independencia entre ambos procesos, donde las referencias mutuas son escasas.

Uno de los desafíos actuales consiste en conectar la teoría de la Constitución Financiera (y sus conceptos: el deber de contribuir, la capacidad contributiva, la igualdad y la no discriminación, la equidad) con la reflexión financiera realizada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos para su mutuo enriquecimiento. En esta conexión resultará esencial enfatizar la relevancia del deber de contribuir a los gastos públicos, que se encuentra consagrado en diversas constituciones, pero *también* en documentos internacionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXXVI.[39] El

37- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4º), CRC/C/GC/19, 20 de julio de 2016. Ver en este mismo número el ensayo de FREEDMAN, D., "La protección especial de la infancia mediante el presupuesto". Ver también: MUJICA PETIT, J., *Investing in Children's Rights. Considerations on the scope of article 4 of the Convention on the Rights of the Child regarding budgetary aspects aimed at guaranteeing children's rights*, 2014.

38- NOLAN, A.; O'CONNELL, R. y HARVEY, C., *Human rights and Public Finance. Budget & the promotion of economic and social rights*, 2013. BALAKRISHNAN, R.; HEINTZ, J. y ELSON, D., *Rethinking economic policy for social justice. The radical potential of human rights*, 2016. O'CONNELL, R.; NOLAN, A.; HARVEY, C.; DUTSCHKE, M. y ROONEY, E., *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations. Rights and Resources*, 2014. Fundar, International Budget Project e International Human Rights Internship Program, *Dignity Counts. A guide to using budget analysis to advance human rights*, 2004. QUB Budget Analysis Project. *Budgeting for Economic and Social Rights: A Human Rights Framework*, 2010, "Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona", 22 de mayo de 2014, (A/HRC/26/28), p. 2: "Dado que los gastos gubernamentales han sido objeto de un considerable análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos, la Relatora Especial se centrará en la faz recaudatoria de la política financiera, especialmente en la tributación".

39- "Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos

deber de contribuir de todos los ciudadanos de acuerdo con su capacidad contributiva no solo implica una protección para los contribuyentes, es asimismo la base justificatoria para que todos contribuyan con la riqueza de que disponen. He ahí el sustento jurídico de la tributación progresiva. De esta forma, hay una conexión conceptual entre derechos humanos y un deber en particular, que organiza jurídicamente la política financiera: el deber de contribuir.[40]

De la abundante doctrina elaborada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que además se encuentra en continuo desarrollo (donde cabe suponer que pronto tendremos una observación general del Comité ESCR sobre la política financiera), solo destacaré aquí una serie de pautas que se desprenden de un análisis concordante de diferentes documentos.[41]

a) Los derechos civiles y políticos deben ser asegurados con independencia de los recursos disponibles. El Comité de Derechos Humanos consideró que la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos no admite reservas, es inmediata, sin que pueda justificarse el incumplimiento de esta obligación con razones de carácter económico dentro del Estado.[42] Señaló, en particular, que "tratar a todas las personas privadas de libertad con humanidad y respetando su dignidad es una regla aplicable fundamental y universal. Consecuentemente, la aplicación de esta regla, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado parte".[43]

Es decir, no resulta legítimo, en ninguna circunstancia, alegar restricciones presupuestarias para justificar la lesión de los derechos contenidos en el Pacto.[44]

Esto no significa que estos derechos no dependan, en los hechos (de forma causal), de los recursos presupuestarios. Los derechos civiles y políticos implican obligaciones negativas y positivas del Estado, y todas ellas, en diferente grado claro, requieren recursos presupuestarios. Los derechos civiles y políticos son también costosos. Todos los derechos son presupuestariamente dependientes; en todo caso, hay una variación de grado, desde los derechos (civiles, políticos o sociales) poco costosos (así la libertad de pensamiento y el derecho de huelga) hacia los derechos más costosos (la tutela judicial efectiva, los derechos políticos, la seguridad social o los derechos a la salud y a la vivienda). Como señalé en el apartado anterior: ¡toda la Constitución es costosa!

Lo que está prohibido, según el Comité, es

establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos".

40- Además de los textos de Francisco Escribano y de José Casalta Nabais, ya mencionados, ver: RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., "El deber de contribuir como deber constitucional: su significado jurídico", en *Revista Española de Derecho Financiero,* Nº 125, Civitas, 2005, p. 5. PAUNER CHULVI, C., *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, 2001.*

41- Una visión general puede verse en: ALSTON, P. y GOODMAN, R., *International Human Rights,* 2013, "The problem of resources", p. 315. DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law*, second edition, 2014. "Public budget analysis", p. 572. SAUL, B.; KINLEY, D. y MOWBRAY, J., *The international Covenant on economic, social and cultural rights,* 2014, "3. Article 2(1): Progressive realization of ICESCR Rights", p. 133. CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development,* 2002.

42- Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 31 [80] Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, punto 14.

43- Human Rights Committee, General Comment 21, Article 10 (Replaces general comment Nº 9), (Forty-fourth session, 1992), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9, Vol. I, p. 4.

44- SEPÚLVEDA, M., *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,* 2003, p. 179.

limitar, reducir el alcance o cercenar los derechos por razones presupuestarias. Y dicha prohibición es absoluta.

b) Con respecto a los restantes derechos contenidos en los otros tratados, los Estados están obligados a adoptar medidas en sus procesos presupuestarios para generar ingresos y gestionar los gastos de una manera que sea *suficiente* para dar efectividad a los derechos. Es central aquí la ya mencionada idea de suficiencia.[45]

c) Los Estados tienen la obligación inmediata de planificar, confeccionar, ejecutar, seguir y controlar sus presupuestos con enfoque de derechos humanos. Se trata de una profundización, en la faz presupuestaria, de la obligación inmediata de tomar medidas.[46]

Todo el ciclo presupuestario debe ser objeto de una reingeniería institucional desde la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.

d) Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia y el hecho de estar involucrados recursos públicos no es un obstáculo para garantizar la justiciabilidad.[47]

e) Los Estados tienen la obligación de asegurar mecanismos de participación popular al momento de efectuar sus presupuestos.[48]

f) Los Estados tienen la obligación inmediata de no discriminar a través de los mecanismos fiscales, tanto presupuestarios como tributarios. Así, el Comité señaló que una asignación inadecuada de recursos puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta.[49] Por otra parte, ante la existencia de grupos desventajados, serán necesarios recursos adicionales para asegurar la igualdad.[50] En cuanto a las políticas fiscales, señaló que deben aplicarse políticas distributivas en la lucha contra la desigualdad.[51] También ha señalado que no debe haber discriminación en la asignación de recursos al nivel territorial.[52]

Aquí, claro está, hay un amplio campo para conectar estas elaboraciones acerca de la no discriminación con los abundantes desarrollos constitucionales sobre la igualdad tributaria,

45- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19, 2016, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4º) CRC/C/GC/19, 20 de julio de 2016, puntos 11 y 57.

46- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 4 "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño" CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, punto 12; Observación General N° 5, 2003, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" (artículos 4º y 42, y párrafo 6º del artículo 44) CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, punto 51. Comité DESC, Observación General N° 12 "El derecho a una alimentación adecuada" (art. 11), E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, punto 21. Comité DESC, Observación General N° 15 "El derecho al agua", E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, punto 47. Compilación de Directrices de 2009 (HRI/GEN/2/Rev. 6), p. 43.h. *Day of general discussion on* "Resources for the rights of the child – responsibility of states", 21 de septiembre de 2007, *Recommendations,* pp. 22-23 y 26.

47- Comité DESC, Observación General N° 9, "La aplicación interna del Pacto", E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, punto 10.

48- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, p. 51. *Day of general discussion on* "Resources for the rights of the child – responsibility of states", 21 de septiembre de 2007, *Recommendations,* puntos 35, 36 y 37.

49- Observación General N° 14, punto 19. También: Observaciones finales sobre Colombia punto 31, (E/C.12/1/Add. 74).

50- Observación General N° 5, punto 9.

51- Comité DESC, Observaciones finales sobre el informe inicial de Namibia E/C.12/NAM/CO/1, 22 de marzo de 2016.

52- Comité DESC, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Italia E/C.12/ITA/CO/5, 27 de octubre de 2015.

tanto en el nivel nacional como en el ámbito comunitario europeo.[53]

g) Los Estados tienen la obligación de asegurar las obligaciones básicas o mínimas de los derechos. Aun cuando hubo un desarrollo con vacilaciones, para la actual doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, hay un nivel mínimo de los derechos que no se encuentra sujeto a restricciones financieras. De acuerdo con el vocabulario de algunos documentos, se trata de una obligación no derogable.[54]

h) Garantizado el mínimo, los Estados tienen la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles para seguir avanzando en el cumplimiento pleno de los derechos.

Para verificar si el Estado ha cumplido la obligación cabe, entre otros aspectos: a) comparar los recursos asignados por varios Estados de igual desarrollo económico; b) comparar gastos vinculados a derechos con gastos vinculados a otras finalidades; c) analizar el grado de ejecución de los recursos asignados a derechos (lesión por subejecución presupuestaria); d) analizar la política tributaria, a fin de verificar que, efectivamente, se han hecho todos los esfuerzos para captar por medio de la tributación los recursos disponibles en la sociedad.

Se ve que en este último caso se está al borde de utilizar una serie de conceptos propios del derecho constitucional financiero: el deber de contribuir, el principio de capacidad contributiva y el principio de generalidad. Es decir, todos los ciudadanos, sin indebidos privilegios, deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la riqueza de que dispongan.

El Comité está a punto de decir: un Estado no cumple con la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles si hay riquezas disponibles en la sociedad, que revelan capacidad contributiva y no están sujetas a la tributación.

Ahí resulta entonces esencial analizar la estructura tributaria, el espacio fiscal disponible y la presión fiscal.[55]

La obligación de utilizar los recursos disponibles es ante todo un deber jurídico, no una

53- PÉRIN-DUREAU, A., *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fundamentaux*, 2014. RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, 2011. CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, capítulo XIX, punto IV: "Los principios de igualdad y solidaridad en materia financiera", 1997, p. 845.

54- Comité DESC, Observación General N° 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, punto 47. Observación General N° 15 "El derecho al agua", E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, punto 40. Comité de los Derechos del Niño, Recomendaciones, punto 48: "Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones relativas al núcleo de un derecho no debe depender de la disponibilidad de los recursos", 2007. Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: obligación mínima esencial (punto 9) y disponibilidad de recursos (punto 10).

55- Comité DESC, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto 38º Período de Sesiones E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007. Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda, E/C.12/IRL/CO/3, 7 de julio de 2015, punto 11.d. Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay E/C.12/PRY/CO/4, 19 de marzo de 2015, punto 10. Comité DESC, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador, E/C.12/SLV/CO/3-5, 18 de junio de 2014, p. 8. Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala, E/C.12/GTM/CO/3, 9 de diciembre de 2014; aquí señaló que la recaudación fiscal era aún insuficiente y limitaba sobremanera los recursos destinados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En estas Observaciones, el Comité alienta al Estado parte a que desarrolle una política tributaria suficiente, progresiva y socialmente justa que mejore la recaudación para garantizar recursos suficientes para la implementación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También recomienda que cualquier reforma fiscal y plan de asignación de recursos se realicen de manera transparente y participativa. Informe del Relator Especial sobre Derecho a la Alimentación, Olivier De Schutter, misión a Brasil, p. 35. Sobre el concepto de espacio fiscal ver, entre otros: ROY, R. y HEUTY, A., *Fiscal Space. Policy options for financing human development*, 2009. LÓPEZ DÍAZ, A., "Crisis económica y desajuste de las cuentas públicas. La necesidad de un mayor espacio fiscal", en Luis Malvárez Pascual y Salvador Ramírez Gómez (dir.), *Fiscalidad en tiempos de crisis,* 2014, p. 19.

puerta abierta para justificar las acciones de los Estados. Estos deben, en primer lugar, justificar que cumplieron con esa obligación. Es un segundo paso lógico, analizar si se encuentra justificado el incumplimiento, bajo estrictas condiciones.

i) Los Estados tienen la obligación de no dictar medidas deliberadamente retroactivas, que requieren, para ser justificadas, una justificación rigurosa.[56] Es decir, hay una presunción de inconvencionalidad, que debe ser refutada por el propio Estado, teniendo en cuenta la totalidad de los derechos en juego.[57] Esta obligación es crucial, pues los planes de austeridad para enfrentar las crisis se caracterizan por recortar gastos destinados a derechos ya reconocidos y que, de esa forma, ven menguado el grado de efectividad ya conseguido.[58]

Esta brevísima reseña muestra que la reflexión financiera, y en particular presupuestaria, está en el centro de la práctica internacional de los derechos humanos, y ella resulta indispensable para pensar la relación entre derechos y restricciones financieras.

IV. Restricciones financieras y derechos en la experiencia judicial comparada

A pesar de que según la visión clásica, el gasto público, al ser una cuestión política discrecional, no debía ser conocido por los jueces, lo cierto es que los tribunales sí vienen debatiendo sobre el gasto público y dictando decisiones con impacto presupuestario desde hace varias décadas.

La experiencia comparada es abundante, más allá de los métodos, concentrados o difusos, de control de constitucionalidad. En los Estados Unidos, la cuestión ha sido tratada por la Corte Suprema, los tribunales federales inferiores y por los poderes judiciales estaduales. En América Latina, hay decisiones de los tribunales de la Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Perú, México, entre otras máximas instancias judiciales de control de constitucionalidad. En Europa también hay decisiones de las Cortes constitucionales de Alemania, España, Italia, Francia y Portugal, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En África es un asunto tratado por la Corte de Sudáfrica.

Es preciso efectuar una presentación racional de ese enorme acervo de decisiones judiciales. En trabajos anteriores propuse efectuar una primera clasificación sobre la base de la intensidad que cada tribunal le otorga al control de constitucionalidad de las restricciones financieras.[59] Identifiqué cuatro modelos de control judicial, que se ordenan entre dos límites, caracterizados

56- NOLAN, A.; LUSIANI, N. J. y COURTIS, C., "Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights", en Aoife Nolan (ed.), *Economic and social rights after the global financial crisis,* 2014.

57- CESCR, General Comment No. 13 (Twenty-first session, 1999), The right to education (article 13 of the Covenant), E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, p. 45. CESCR, General Comment No. 19, The right to social security (art. 9º), E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, p. 42.

58- CESCR, Letter by the Chairperson of the Committee on austerity measures, Substantive statement, 4 de junio de 2012. Sobre la actual crisis financiera europea: "Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights", E/2013/82. Council of Europe, Commissioner for Human Right, Safeguarding human rights in times of economic crisis, noviembre de 2013, CommDH/IssuePaper(2013)2. MALVÁREZ PASCUAL, L. y RAMÍREZ GÓMEZ, S., *Fiscalidad en tiempos de crisis,* 2014. CECCHERINI, E., *Stato di Diritto e crisi delle finanze pubbliche,* 2016.

59- Esta primera clasificación es complementada por otras que tienen en cuenta: a) el derecho que está en juego; b) el momento procesal en el cual surge la cuestión financiera (al inicio mismo del litigio; en el curso del litigio; al momento de la ejecución); c) el tipo de proceso (litigio individual, colectivo o institucional); d) la presencia en las sentencias de referencias al derecho comparado y al derecho internacional de los derechos humanos.

por el estilo de argumentación. Por un lado, la argumentación basada en la primacía del derecho; por otro, la argumentación basada en la primacía de la restricción financiera.[60]

Partiendo de la argumentación basada en la primacía del derecho identifico un modelo judicial de control fuerte y otro de control judicial semifuerte. Desde el otro extremo, la restricción financiera, identifico un modelo de deferencia y un modelo de control judicial moderado.

Al igual que en los puntos anteriores, aquí me limitaré a señalar los puntos más salientes, con referencia a algunas de las mencionadas experiencias judiciales, a fin de poder apreciar el paisaje de la problemática en su conjunto.

Cabe efectuar dos aclaraciones metodológicas, de diferente alcance.

En primer lugar, se trata de modelos descriptivos, que permiten captar la experiencia judicial empírica, no modelos normativos que dicen cómo debe resolverse un caso. Por cierto, la variedad de soluciones judiciales existentes es un insumo imprescindible para cualquier propuesta normativa.

En segundo lugar, aquí considero decisiones judiciales en particular de diversos tribunales, sin hacer un examen de los desarrollos jurisprudenciales de cada tribunal.

a) El modelo de control judicial fuerte

El modelo de control judicial fuerte concretiza de manera directa la primacía de los derechos fundamentales, o de las pautas constitucionales en juego, respecto de las restricciones presupuestarias.

Aquí los tribunales afirman el derecho o el estándar constitucional sin otorgar un lugar conceptual en sus argumentos a las defensas de los Estados en términos de escasez de recursos.

Veamos algunos ejemplos.

La Corte Suprema de la Argentina sostuvo que las carencias presupuestarias no son una excusa para justificar las deplorables condiciones de una institución penitenciaria (el penal de Olmos), que generaron un incendio con víctimas fatales. Esto lo señaló en un litigio en el que se reclamaba una indemnización por los daños sufridos.[61]

Allí destacó (considerando 9):

> 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

60- CORTI, H., "Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", en *Lex Social,* Revista jurídica de los derechos sociales, Vol. 7, Nº 1, 2017, p. 144.

61- "Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 19 de octubre de 1995.

> 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 aquella (art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Idéntico criterio aplicó en un litigio estructural sobre las condiciones inconstitucionales de detención de las personas privadas de libertad en el Sistema Penitenciario de la provincia de Buenos Aires.[62]

Esta regla general tajante es también aplicada por la Corte Suprema argentina en los casos referidos al derecho a la salud, que implica obligaciones positivas para el Estado.[63]

El mismo criterio ha sido utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver sobre la posibilidad de modificar una decisión judicial (*decree*) dictada en un litigio institucional referido a condiciones de detención. Allí señaló que las restricciones financieras no pueden usarse para justificar violaciones constitucionales (*financial constraints may not be used to justify constitutional violation*).[64]

En la práctica jurídica norteamericana, esta regla ya había sido establecida por diferentes jueces federales en litigios institucionales referidos fundamentalmente a dos situaciones: condiciones de las personas con padecimientos mentales internadas en instituciones públicas y condiciones de las personas detenidas en el Sistema Penitenciario.[65]

De acuerdo con la reseña en su momento efectuada por Gerald Frug, pueden verse los estrictos estándares judiciales fijados en los casos "Finney v. Arkansas Bd. of Correction", 505 F.2d 194, 201 (8th Cir. 1974): "La falta de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelamiento"; "Wyatt v. Aderholt", 503 F.2d 1305, 1315 (5th Cir. 1974): "El Estado no puede dejar de proporcionar el tratamiento —que el tribunal consideró constitucionalmente necesario— por razones presupuestarias"; "Gates v. Collier", 501 F.2d 1291, 1320 (5th Cir. 1974): "La escasez de fondos no es una justificación para continuar denegando a los ciudadanos sus derechos constitucionales"; "Jackson v. Bishop", 404 F.2d 571, 580 (8th Cir. 1968): "Las consideraciones humanas y los requerimientos constitucionales hoy en día no pueden ser determinados o limitados por consideraciones basadas en dólares"; "Hamilton v. Love", 328 F. Supp. 1182, 1184 (E.D. Ark. 1971): "Recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales"; "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

62- "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", 3 de mayo de 2005.

63- "Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional", 1º de junio de 2000.

64- "Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail", 502 U.S. 367, 1992.

65- Sobre la jurisprudencia acerca de las condiciones de detención, ver en este mismo número el trabajo de María Eugenia Bianchi y Juan José Albornoz, "Las cárceles y los presupuestos. La situación en Estados Unidos de América y la Argentina a la luz de los litigios estructurales".

ser rechazadas por la Corte federal".[66]

Esta visión también ha sido sostenida por diversos tribunales estaduales estadounidenses, en ocasión de los litigios referidos al financiamiento educativo.[67]

También los tribunales estaduales estadounidenses sostuvieron este enfoque en casos relativos al derecho a la defensa pública.[68]

Finalmente, con respecto a la ejecución de sentencias, este es el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sostiene que las autoridades estatales no pueden alegar la carencia de fondos para no cumplir con una deuda fundada en una decisión judicial.[69]

b) El modelo de control judicial semifuerte

El modelo del control judicial semifuerte es una flexibilización del tajante criterio anterior.

Aquí se conjuga una regla general con la posibilidad de una excepción. La regla general es la primacía del derecho o del estándar constitucional en juego. Pero los jueces admiten que el Estado alegue, como excepción, las restricciones financieras, aunque bajo estrictas condiciones argumentales y probatorias.

Este modo de argumentar ha sido expuesto por la Corte Suprema de México en un caso referido al derecho a la salud.[70]

La Corte condenó al Estado a construir un pabellón hospitalario adecuado para el tratamiento del VIH/sida. Aquí el Tribunal sostuvo que el derecho a la salud es justiciable, que genera obligaciones positivas para el Estado y se remite a diversos documentos internacionales de derechos humanos, en particular a la Observación General Nº 3 del Comité ESCR y a la ya mencionada Directiva de 2007. Luego de la reseña, afirmó que cuando el Estado aduzca falta de recursos para justificar que no puede cumplir con el nivel más alto de salud, debe, en primer lugar, probar la situación. Es decir, no bastan las declaraciones genéricas. Y, en segundo lugar, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición, que ha tomado en cuenta la situación de los grupos vulnerables y que ha actuado de manera igualitaria, sin discriminaciones. En el caso, cabe destacar, nada de ello fue cumplido por el Estado.

Es decir, la regla es la primacía del derecho, pero se abre la posibilidad para que el Estado, como excepción, alegue restricciones financieras, bajo estrictas condiciones probatorias y argumentativas.

En cuanto a la experiencia judicial de la Corte Suprema argentina, cabe mencionar el

66- FRUG, G., "The Judicial Power Of The Purse", *126 U. Pa. L. Rev. 715*, nota 71 (quien tiene una visión crítica sobre estas decisiones judiciales).

67- Ver REBELL, M., "Safeguarding the right to a sound basic education in times of fiscal constraints", *75 Alb. L. Rev. 1855 (2011-2012)*, en particular "III. The constitutional right must be enforced regardless of State fiscal constraints", p. 1869. Ver, en este mismo número, una síntesis del caso efectuada por el propio Michael Rebell, así como la conversación que complementa ese artículo.

68- Ver también, en este mismo número, el ensayo escrito junto con Verónica Belmonte y Lautaro Furfaro, "La saga de los casos «Richmond»: el costo presupuestario del derecho de defensa en la jurisprudencia de los Estados Unidos".

69- Société de gestión du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France, Nº 57516/00, § 62, 26 de septiembre de 2006; Tchokontio Happi c. France, Nº 65829/12, §50, 9 de abril de 2015. Ver, en este mismo número, el trabajo de ALPOSTA, M. S. y DEL CAMPO, A., "El planteo presupuestario en la ejecución de sentencias internacionales y locales".

70- Amparo en Revisión 378/2014, ponente Alberto Pérez Dayán. Caso conocido como "Pabellón 13". Traté este caso con más extensión en "Omisiones estatales causadas por restricciones presupuestarias: el caso Pabellón 13 de la Corte Suprema de Justicia de México. Un análisis comparado", pendiente de publicación.

voto concurrente del juez Petracchi en el caso "Q", referido, como sabemos, al derecho a la vivienda. Este es el único voto que se refiere a la jurisprudencia precedente de la Corte (los casos "Badín" y "Verbitsky", que mencionamos en el punto anterior como ejemplos del control fuerte), para modularlos y fijando, además de la regla general de primacía de los derechos, la excepción, en cuanto posibilidad que dispone el Estado de probar de forma fehaciente la falta de recursos.[71]

c) El modelo de deferencia

Consideremos ahora el otro extremo del arco argumentativo, en el que prima la restricción financiera. Aquí hay un primer modelo de deferencia hacia el Poder Legislativo.

En estas decisiones, en general, se exponen dos tesis.

Uno: los derechos son susceptibles de un balance, sea con otros derechos, con intereses o bienes públicos y, también, con las posibilidades financieras.

Dos: le corresponde de forma exclusiva al Poder Legislativo hacer el balance entre derechos y disponibilidades financieras, sin que sea competencia de los Tribunales evaluar ese balance.

Lo extremo de este modelo, una utopía del *self restraint* judicial, lo convierte en una realidad evanescente, pues todos los Tribunales cuyas sentencias aquí mencionaremos han matizado su actitud deferente hacia el Poder Legislativo. Es decir, junto a estas decisiones, cabe tener en cuenta otras, en las que se establece algún tipo de límite a la discrecionalidad presupuestaria del legislador. De ahí que haya una tendencia a desplazarse hacia el siguiente modelo de control, de carácter moderado.

Es habitual que las argumentaciones del modelo de la deferencia apelen al concepto de reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichem)*, que fue creado por el Tribunal Constitucional alemán en la causa conocida como "numerus clausus", referida al derecho a la educación superior.[72]

En dicha causa se discutía el sistema de ingreso a las universidades. En el curso de la argumentación, la Corte señaló que los derechos de participación se encuentran bajo la reserva de lo posible, cuestión que es valorada por el legislador cuando aprueba el presupuesto, quien además tiene que tener en cuenta las reglas referidas al equilibrio económico (en ese momento menos estrictas que las actuales). Dado que los medios económicos son limitados, le corresponde al legislador hacer un balance de los diferentes intereses en juego.[73]

El concepto de la reserva de lo posible ha sido la base de los enfoques que ponen el énfasis en la restricción financiera y, a la vez, en la autolimitación de la función judicial en cuestiones que involucran recursos públicos.[74]

71- "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", el 24 de abril de 2012, voto concurrente. El voto de la mayoría lo veremos al tratar el control judicial moderado.

72- BVerfGE 33, 303, 18 de julio de 1972, "numerus clausus". Una traducción parcial puede verse en KOMMERS, D. P. y MILLER, R. A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Third edition, revised and expanded, 2012, p. 679. Ver: SANDRI, A., "Il Vorbehalt des Möglichennella giurisprudenza delle Corti tedesche", disponible en: www.gruppodipisa.it.PERLINGEIRO, R., "¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?", en *Estud. Socio-Juríd.*, Colombia, 16(2), 2014.

73- La cuestión presupuestaria es independiente del control de proporcionalidad de las medidas consideradas en sí mismas.

74- GAY, L., *Les droits créances constitutionnels,* 2007, p. 738, "Une confrontation décisive avec les disponibilités financières". RIBES, D., "L'incidence financière des decisions du juge constitutionnel", en *Cahiers du Conseil Constitutionnel 24,* julio de 2008, ensayo traducido en este mismo número.

Una visión deferente hacia el Poder Legislativo ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional español en algunas de sus sentencias.

Así, en decisiones referidas al derecho a la seguridad social, ha considerado que los derechos de prestación implican una carga financiera considerable y requieren una ineludible intermediación legislativa. Le corresponde al legislador determinar el alcance de los derechos, en función de las situaciones de necesidad existentes (las que requieren protección) y los medios financieros disponibles. Los derechos prestacionales, según este argumento, requieren una base financiera sólida y la administración de recursos escasos, circunstancias que habilitan una amplia libertad de configuración al legislador.[75]

Recientemente (en el caso mencionado al inicio de este ensayo), el Tribunal señaló que el sistema de la seguridad social requiere administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Por tal razón se le reconoce al legislador un margen de discrecionalidad, para tener en cuenta las circunstancias económicas del momento.[76]

En esta misma línea, cabe señalar la posición de la Corte Constitucional de Sudáfrica en un caso referido al derecho a la salud.[77] Se trataba en esta causa de un paciente terminal que reclamaba la provisión de diálisis. A causa de la falta de recursos, la política sanitaria selecciona los casos renales por atender. De acuerdo con la política fijada, los pacientes crónicos no son dializados.

La Corte sostiene que ante la escasez de recursos es necesario priorizar. Según la Corte:

> [L]a administración provincial responsable de los servicios de salud en KwaZulu-Natal tiene que tomar decisiones sobre el financiamiento disponible para la atención de la salud y cómo se deben gastar esos fondos. Esas elecciones implican difíciles decisiones que deben ser tomadas a nivel político en la fijación del presupuesto sanitario y a nivel funcional a la hora de decidir las prioridades a cumplir. Un Tribunal debe ser cuidadoso para no interferir en las decisiones racionales adoptadas de buena fe por los órganos políticos y autoridades médicas cuya responsabilidad es ocuparse de tales asuntos (punto 29).

En un siguiente parágrafo, la sentencia se remite a la jurisprudencia inglesa y en ella se destaca:

> [A]unque el problema de la escasez de los recursos es particularmente grave en Sudáfrica, no es un problema particular de Sudáfrica, dado que administradores de hospitales y médicos lo han tenido que enfrentar en otras partes del mundo, y han tenido que tomar decisiones similares. En su sentencia, en este caso, Combrinck J. refiere las decisiones de los tribunales ingleses en las que se ha declarado que no es deseable para un tribunal ordenar cómo los recursos médicos escasos

75- STC 126/1994, 25 de abril de 1994, fundamento jurídico 5.

76- STC 29/2015, el 5 de marzo de 2015, fundamento jurídico 5.

77- Case CCT 32/97. "Thiagraj Soobramoney versus Miister of Health (Kwazulu-Natal)", noviembre de 1997. Sobre la jurisprudencia sudafricana, la literatura es abundante. Ver, entre otros, BILCHITZ, D., *Poverty and fundamental rights. The justification and enforcement of socio-economics rights,* 2007. LANGFORD, M. (ed.), *Socio-economic rights in South Africa. Symbols or substance*, 2004. RAY, B., *Engaging with social rights. Procedure, participation and democracy in South Africa's Second Wave,* 2016.

deberían ser aplicados y el peligro de ordenar que esos recursos se utilicen para *un* paciente en particular, lo que podría tener el efecto de negarlos a otros pacientes más desaventajados. El dilema que enfrentan las autoridades de salud fue descrito por el señor Thomas Bingham MR en un pasaje citado por Combrinck J. en la sentencia "R. v. Autoridad de salud de Cambridge", ex parte B: "No tengo ninguna duda de que en un mundo perfecto cualquier tratamiento para un paciente o la familia de un paciente sería provisto si los médicos estuvieran dispuestos a darlo, sin importar cuánto cueste, particularmente cuando una vida se encuentre potencialmente en juego… Es de conocimiento común que las autoridades sanitarias de todo tipo se encuentran constantemente presionadas para llegar a fin de mes. No pueden pagarles a sus enfermeras tanto como les gustaría; no pueden proporcionar todos los tratamientos que quisieran; no pueden comprar todo el equipo médico extremadamente costoso que quisieran; no pueden llevar a cabo toda la investigación que les gustaría; no pueden construir todos los hospitales y unidades especializadas que les gustaría. Se deben hacer juicios difíciles y agónicos sobre cómo se asigna mejor un presupuesto limitado al máximo número de pacientes. Y esta no es una evaluación que un tribunal pueda hacer" (punto 30).

Y añade uno de los jueces (Madala J.) en un voto concurrente:

> [L]as garantías de la Constitución no son absolutas, pues pueden estar limitadas de una manera u otra. En algunos casos, la Constitución establece inequívocamente que el Estado debe tomar medidas legislativas y de otra índole razonables, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de cada uno de estos derechos. En su lenguaje, la Constitución acepta que no puede resolver todos los males de nuestra sociedad de la noche a la mañana, sino que debe avanzar para tratar de resolverlos. Uno de los factores limitantes para el logro de las garantías de la Constitución es el de los recursos limitados o escasos (punto 43).

La Corte de Sud África expresa con claridad, en este caso, las dos tesis que caracterizan al modelo de control deferente: a) el balance entre derechos y recursos escasos, y b) la competencia exclusiva del legislador para efectuar ese balance.[78]

d) El modelo de control judicial moderado

El modelo de la deferencia puede ser matizado para dar lugar a una forma de control judicial moderada.

Como ya señalé, en muchos casos, esta tarea de moderación es llevada a cabo por los propios Tribunales que ejercen un control basado en el modelo de la deferencia. Da la impresión de que el modelo de la deferencia, extremo en

78- Esta jurisprudencia ha sido calificada en términos de "justiciabilidad de baja intensidad", ver: YOUNG, K. y LEMAITRE, J., "The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa", 26 Harv. Hum. Rts. J. 179, 2013.

la excesiva discrecionalidad que se les otorga a los poderes políticos, tiende naturalmente a desplazarse hacia alguna de las variantes que, como veremos, expresan el control moderado.

En esta última forma de argumentar se parte también de la potestad legislativa para hacer el balance entre derechos y posibilidades financieras, pero se establece un límite, que da lugar a un control judicial legítimo.

El punto de partida es análogo al modelo de la deferencia, que se matiza a través de un límite judicialmente controlable.

Ese límite ha sido pensado en términos de mínimo vital, mínimo existencial, contenido o núcleo mínimo y de razonabilidad, de acuerdo con un significado singular otorgado a este último concepto, que no coincide con el uso habitual que, por ejemplo, tiene en el derecho argentino, donde razonabilidad, en la mayor parte de la jurisprudencia, significa tanto proporcionalidad como respeto del contenido esencial de los derechos.[79]

Según este enfoque, el legislador tiene discrecionalidad en materia presupuestaria, pero tiene un límite que consiste en garantizar el mínimo vital o el contenido mínimo del derecho.[80] Y, en caso de lesionarlo, por omisión o acción insuficiente, los jueces pueden intervenir para remediar la situación.

Esta ha sido la forma de argumentar de la mayoría de la Corte Suprema argentina en el ya mencionado caso "Q", referido al derecho a la vivienda.[81]

La Corte destacó que el derecho a la vivienda requiere de la legislación para ser operativo, pues es preciso hacer un balance entre diferentes intereses y derechos, incluidas las disponibilidades financieras. Sin embargo, hay un mínimo que debe ser resguardado. En caso de no ser respetado, resulta posible la intervención judicial. También destacó, con referencia al derecho internacional de los derechos humanos, que la falta de recursos debe ser probada por el Estado.

En este caso la Corte hace un uso singular del concepto de razonabilidad, ya que aquí lo identifica con la garantía de un mínimo:

> En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del Derecho Fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un Estado más desesperante: hay un niño discapacitado,

79- Sobre el significado de la razonabilidad en el derecho argentino: LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, 1989. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1998. Para el derecho comparado: PENNICINO, S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, 2012.

80- La literatura sobre el mínimo existencial es abundante. Ver, entre otros: LOBO TORRES, R., *O direito ao mínimo existencial*, 2009. PIZZOLATO, F., *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, 2004. Una cuestión afín: TRIPODINA, C., *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, 2013. El concepto de mínimo existencial también tiene un ámbito de acción en el derecho tributario. Ver: FERNÁNDEZ, J. M. (ed.), *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, 2000. Abundante también la bibliografía sobre el concepto de núcleo o contenido mínimo: YOUNG, K., "The mínimum core of economic ando social rights: a concept in search of content", *33 Yale J. Int'l L. 113*, 2008, y *Constituting Economic and Social Rights, 2012*, en particular parte I.4. "Interpreting the Minimum". Danie Brand y Sage Russell (eds.), *Exploring the core content of socio-economic rights: South African and international perspectives*, 2002. Audry Chapman y Sage Russell (eds.), *Core obligations building a framework for economic, social and culutural rights*, 2002.

81- "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24 de abril de 2012, voto de la mayoría.

> con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces.

Solo destaco, de paso, que en general la Corte argentina hace un uso más profundo de la razonabilidad, ya que esta prohíbe alterar el ejercicio de los derechos, y dicha alteración ocurre cuando el derecho es desnaturalizado o afectado en su sustancia, circunstancias que van más allá de un mínimo indispensable, como dice en este caso.

El uso del concepto de mínimo vital o existencial es usual en las sentencias de las Cortes latinoamericanas. En particular, es abundante la jurisprudencia construida por la Corte Constitucional de Colombia sobre la base de los principios de la dignidad de la persona y del Estado social de Derecho.[82] En un extenso recorrido, es considerado en ocasiones como un derecho en particular, pero también como las condiciones materiales que aseguran una existencia digna, garantizadas a su vez por otros derechos.[83]

También el concepto ha sido utilizado por el Tribunal Federal de Brasil, que ha considerado que la reserva de lo posible puede convivir con el mínimo existencial.[84]

En el caso de referencia 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

82- Sentencia T-426/92, 24 de junio de 1992, ponente Eduardo Cifuentes. Ver en este mismo número el ensayo de CHAPARRO HERNÁNDEZ, S. y CASTRO ARAÚJO, A., "Política fiscal y Derechos Humanos en Colombia: hacia una perspectiva integrada".

83- ARANGO, R. y LEMAITRE, J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital,* 2002.

84- ADPF 45 MC/DF, 4 de mayo de 2004, relato del ministro Celso de Melo. La literatura brasileña es abundante sobre el tema. Ver, entre otros: Ingo Wolfgang Sarlet y Luciano Benetti Timm (eds.), *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2ª Ediçao revista e ampliada, 2010. CONTI, J. M. y FACAURY SCAFF, F., *Orçamentos públicos e direito financiero* (eds.), 2011. En este mismo número, ver el ensayo de CONTI, M., "Experiencia brasileña sobre el control de constitucionalidad en materia presupuestaria".

este prestaciones estatales positivas que concreten tales prerrogativas individuales 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 esta 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 o político-administrativa— crear 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 motivo 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 fundamentablidad.

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 dependen 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.

Se ve que esta argumentación parte del concepto de reserva de lo posible forjado por el tribunal alemán, pero lo matiza de diferentes maneras. El argumento puede 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 financieras del Estado;
>
> e) la comprobada limitación presupuestaria solo 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.

Si bien no utiliza el concepto de mínimo (de hecho, la sentencia hace una crítica de dicho estándar), sí apela a la idea de razonabilidad la Corte Constitucional de Sud África a partir, fundamentalmente, del caso "Grootboom".[85] Aquí la razonabilidad es una característica que la Constitución de forma expresa les otorga a las medidas que debe tomar el Estado respecto

85- Case CCT 11/00. "The Government of the Republic of South Africa versus Irene Grootboom and others", octubre de 2000. Un análisis del caso puede verse en el ensayo contenido en este mismo número de DOS SANTOS FREIRE, R., "El derecho a la vivienda y el Presupuesto en la Corte Constitucional de Sudáfrica".

de ciertos derechos, como los derechos a la vivienda y a la salud. Es decir, el Estado debe tomar medidas razonables. Y la Corte se encarga de subrayar que este enfoque difiere del de la fijación de un núcleo mínimo del derecho, en la medida en que la evaluación de la razonabilidad de las medidas es una tarea que se toma caso por caso, no un asunto de definición general, como exigiría, a su entender, fijar los alcances del referido contenido mínimo.[86]

Según la Corte, el Estado ha fijado una política de vivienda en general razonable, pero falla al no considerar la situación presente de las personas que se encuentran en una situación intolerable.

Un enfoque análogo ha efectuado el Tribunal Constitucional español en un caso referido al derecho a la asistencia jurídica gratuita.[87]

De acuerdo con el Tribunal:

> [E]l art. 119 del texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia, pero en los casos y en la forma en los que el legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, como ha reiterado este Tribunal en múltiples ocasiones, al llevar a cabo la referida configuración legal el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos como el que aquí nos ocupa en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que, como hemos avanzado, son concreción y garantía de ejercicio de otros Derechos Fundamentales algunos de contenido no prestacional.

Es decir, el legislador tiene que hacer un balance, pero su discrecionalidad, si bien es amplia, no es absoluta, ya que tiene como límite el contenido constitucional indisponible del derecho.

Finalmente, cabe mencionar la reciente decisión del Tribunal Constitucional alemán, que ha reconocido la existencia de un derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital, deducido del principio del Estado social y de la dignidad de la persona, consagrados en la ley fundamental (artículos 1.1. y 20.1. de la ley fundamental).[88] Este derecho "garantiza a toda persona las condiciones materiales indispensables para su existencia y una mínima participación en la vida social, cultural y política". El Tribunal aclara:

86- Sobre el debate sudafricano respecto de los conceptos de razonabilidad y contenido nuclear de los derechos, ver el texto de BILCHITZ, D., (2007) ya citado, en particular su capítulo 5, "Judicial Review in Practice: the reasonableness approach and its shortcomings", y su capítulo 6, "Political philosophy in action: developing the mínimum core approach to socio-economic rights".

87- STC 16/1994, de 20 de enero de 1994. Sobre esta jurisprudencia ver el excelente texto de MARTÍNEZ LAGO, M. Á. y ALMUDÍ CID, M., *La financiación de la asistencia jurídica gratuita en España*, 2016.

88- 1 BvL 1/09, 9 de febrero de 2010. Ver: *12 German Law Journal Núm. 11*, 2011, Special Section: The Hartz IV Case and the German Sozialstat. SÁNCHEZ TENORIO, P., "El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana", en *Estudios de Deusto*, Vol. 59/2, junio-diciembre de 2011, p. 127.

> [T]al derecho no está sujeto a lo que dispone el Parlamento y debe ser respetado, [quien además debe darle forma y actualizar las prestaciones de forma periódica. En cuanto a la tarea de control judicial de las decisiones legislativas, el Tribunal considera que] los márgenes de discrecionalidad del Parlamento para valorar el mínimo vital se corresponden con un cuidado control de las disposiciones de las leyes no constitucionales por parte del Tribunal Constitucional Federal. Como la Ley Fundamental de Bonn no admite que se cuantifique exactamente el derecho, el control sustancial se limita, por lo que se refiere al resultado, a considerar si las prestaciones son claramente insuficientes. El derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital digno no puede ser cuantificado por el Tribunal. Este, en cambio, puede controlar las bases y el método de valoración de las prestaciones para averiguar si hacen justicia al objetivo al que se orienta el Derecho Fundamental.

Resulta plausible sostener que el derecho a una garantía de un mínimo vital digno limita la discrecionalidad presupuestaria y se encuentra inmune al argumento basado en el concepto de la reserva de lo posible.

Al interior de este modelo de control moderado se puede dar una discusión sobre el contenido y alcance del mínimo vital.

Hay aquí dos versiones posibles, que pueden dar resultados muy diferentes al momento de enfrentar los casos concretos.

Uno: es un enfoque que considera que el mínimo es aquel vinculado a la subsistencia física. Aquí solo se cubren las situaciones extremas. Se trata de un mínimo de carácter humanitario. Tal parece ser el enfoque de la Corte argentina respecto del derecho a la vivienda en el caso "Q", que mencionamos, al hablar de un "estado desesperante" o de "amenaza grave a la existencia misma de la persona". También el de la Corte Constitucional de Sud África al referirse a "situaciones intolerables", aun cuando el control sea en términos de razonabilidad y no de núcleo mínimo.

El mínimo y la razonabilidad así entendidos comprenden un grado significativamente exiguo de cumplimiento del derecho, que solo incluye situaciones extremas o intolerables. Es, casi, una expresión jurídica de la compasión ante el dolor radical del otro.

Dos: un enfoque que pone el énfasis en una visión más sustancial de la dignidad de la existencia y en el aseguramiento de las condiciones que permiten el ejercicio real de la autonomía humana, tal como efectúa la Corte Constitucional de Colombia. También podría incluirse aquí el concepto de mínimo existencial del Tribunal Constitucional alemán, al garantizar una participación mínima en la vida cultural, social y política.

El mínimo se refiere a un grado de cumplimiento del derecho, o a un núcleo, que permite individualizar un contenido significativo. Si bien no se trata de la plenitud del derecho, a alcanzar de forma progresiva y deliberada, tampoco se reduce al exiguo mínimo basado en las razones humanitarias ante lo intolerable.

Esta última versión es la que mejor conecta con las obligaciones mínimas inderogables que están presentes en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se va más allá de la mera subsistencia física.

El modelo de control judicial moderado, por la vía de los conceptos de mínimo existencial y de razonabilidad, puede dar lugar entonces a

dos submodelos de acuerdo con la profundidad de contenido que se le otorgue al concepto: el submodelo del mínimo de subsistencia y el submodelo que garantiza la autonomía personal.

En este apartado hemos mencionado solo algunas de las experiencias judiciales en el derecho comparado, que muestran, sin lugar a dudas, una enorme variedad y riqueza.

El desafío actual consiste en hacer una lectura conjunta del derecho internacional de los derechos humanos y de la experiencia judicial comparada, a la luz del desarrollo conceptual que aporta la teoría general de la Constitución Financiera, como horizonte teórico unificado para la comprensión jurídica del derecho financiero y tributario contemporáneo.

V. Los desafíos de las *fiscal rules*

Por último, hay que tener en cuenta la importancia creciente, en el derecho comparado, de los diversos tipos de *fiscal rules*, que establecen límites a los diferentes aspectos de la hacienda pública (gasto, deuda, presión tributaria, etcétera) sobre la base de valores puramente económicos.[89] Habitualmente se clasifican en *budget balance rules*, *debt rules*, *revenue rules* y *expenditure rules*.[90]

Las *fiscal rules* son reglas que pretenden limitar algún aspecto de la hacienda pública, pero no sobre la base de razones político-jurídicas sustantivas, así la reserva de ley, la igualdad o el respeto del contenido esencial de los derechos, sino solo sobre bases de naturaleza económica.[91]

Estas reglas se fueron gestando en la experiencia constitucional estadual norteamericana del siglo XIX y hoy están consagradas en muchas de las constituciones de los Estados.[92] Actualmente, tienen un lugar destacado en la práctica jurídica europea, tanto en el nivel nacional como en el de la Unión Europea.

En el ámbito europeo ya existían reglas cualitativas. Así, la Constitución de Weimar de 1919 limitaba los empréstitos a circunstancias extraordinarias. Posteriormente, la Constitución alemana de posguerra estableció que el presupuesto federal debía ser equilibrado.

Pero la presencia de reglas más estrictas comienza con el Tratado de Maastricht de 1992, en el que se dispuso que los Estados miembro deben evitar los déficits excesivos y se fijó un procedimiento de supervisión (artículo 104). Los valores de referencia, que convierten lo cualitativo en cuantitativo, fueron luego fijados en el Protocolo sobre el Procedimiento aplicable en caso de déficits excesivos.

Ese mecanismo fue reforzado, luego de la entrada en vigencia del euro, por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en 1997, que, a su vez, se plasmó en una serie de resoluciones y reglamentos. Los procedimientos de supervisión, con la intervención de la Comisión y el Consejo Europeo de Ministros, entraron en crisis ante los incumplimientos de Alemania y Francia a partir de 2002. El conflicto entre dichos

89- Sobre las diferentes experiencias actuales ver: ADAMS, M.; FABRINI, F. y LAROUCHE, P., *The constitutionalization of european budgetary constraints* (eds.), 2016. MORRISON, F., (ed.), *Fiscal Rules – Limits on Governmental Deficits and Debt*, 2016.

90- MERRIFIELD, J. y POULSON, B., *Can the debt growth be stopped? Rules-Based policy options for addressing the federal fiscal crisis*, Lexington Books, 2016.

91- Por cierto, hay situaciones grises, intermedias, donde también juegan razones político-constitucionales. Considerar estas reglas (digamos por el momento mixtas) es una de las tareas de la Teoría General de la Constitución Financiera.

92- National Conference on State Legislatures (NCSL), *Tax and expenditures limits 2010*, disponible en: http://www.ncsl.org/research/fiscal-policy/state-tax-and-expenditure-limits-2010.aspx.

órganos produjo la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que dictó una sentencia que reveló la insuficiencia de los mecanismos adoptados.[93]

Nuevas reglas fueron introducidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en 2007, cuyo artículo 126 reformula el anterior artículo 104.

Luego de la crisis de 2008, la actividad legislativa europea se aceleró en la materia a través de una producción normativa de múltiples aspectos, y se regularon cada vez con mayor intensidad las potestades presupuestarias nacionales.[94]

En 2010 el Consejo de Ministros de Economía aprobó el llamado semestre europeo, un mecanismo de coordinación previa de los procedimientos presupuestarios nacionales.

En 2011 los jefes de Estado de la zona euro, más otros países, suscribieron el Euro-Plus Pact, con nuevos compromisos presupuestarios. Una serie de mecanismos fue creada ante la crisis de las deudas públicas nacionales, lo que dio lugar a una reforma, por procedimiento simplificado, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que motivó otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[95]

Luego siguió el dictado del *Six Pack* y el *Two Pack* en 2011. Y en 2012 se suscribió el ya mencionado Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea, como un acuerdo intergubernamental, con nuevas reglas fiscales.

De forma algo paradójica, la introducción de rígidas reglas cuantitativas para controlar el gasto y la deuda pública se produjo, en Europa, a través de un sistema jurídico complejo y laberíntico, sustituyéndose la tradicional idea de gobierno por la de gobernanza (*governance*).

Este cuadro tiene que complementarse con las reformas constitucionales nacionales a través de las cuales las reglas fiscales fueron consagradas en diversos Estados europeos, entre ellos, Alemania, Italia y España.[96]

Describir este conjunto de nuevas reglas jurídicas escapa a este ensayo, que destaca los aspectos más salientes. Pero es indudable que estas reglas generan un desafío al pensamiento jurídico que pretende otorgarles la máxima efectividad posible a los derechos fundamentales, en particular a los derechos sociales de las mayorías, que son los primeros, en la práctica, en ser afectados por las crisis económicas. Estas generan, dado el consenso político-económico actual, políticas de austeridad y estas, a su vez, implican recortes de gastos públicos que inciden, en lo esencial, en los gastos sociales.

Hay un interrogante general, claro: ¿ponen

93- "Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea", Asunto C-27/04, el 13 de julio de 2004. GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento,* 2013.

94- SOREL, J.-M. y CHEMAIN, R., (dir.), *Quelle souveraineté budgétaire pour les Etats?,* 2012.

95- "Thomas Pringle-Government of Ireland, Ireland and Attorney General", Asunto C-370/12, el 27 de noviembre de 2012. AGUILAR CALAHORRO, A., "La decisión PRINGLE en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 101, mayo-agosto de 2014, p. 337.

96- BIFULCO, R., "Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?", en Revista AIC, Nº 3, 2011. PÜNDER, H., "Objects and Procedures of Budgetary Planning and Limits to Borrowing (Debt Brake) in the Federal Republic of Germany", en Fred Morrison (ed.), *Fiscal Rules – Limits on Governmental Deficits and Debt,* 2016, p. 101. LO CONTE, G., *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale,* 2015. LÓPEZ GARRIDO, D., (ed.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española,* 2013. *Revue Française de Finances Publiques,* "Constitution et équilibre des finances publiques, un debate d'avenir", Nº 117, febrero de 2012. GOLINO, C., *Il principio del pareggio di bilancio,* 2013. CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la reforma costituzionale del 2012,* 2014. BUZZACCHI, C., *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario,* 2015.

en peligro estas reglas el constitucionalismo social europeo de posguerra?[97]

Y varios interrogantes específicos, referidos a nuestra problemática: ¿cuál es el lugar que cabe acordarles a las reglas fiscales en las Constituciones Financieras? ¿Cómo armonizar estas reglas con los principios sustantivos que regulan el gasto público?

¿Son compatibles las reglas fiscales, surgidas del pensamiento ordo-liberal, con un Estado sujeto a obligaciones intensas correlativas a los derechos sociales característicos del constitucionalismo social y del derecho internacional de los derechos humanos?[98]

Para expresarlo en los términos literales del texto constitucional español reformado, ¿cómo se armoniza el principio sustancial de equidad (art. 31.2 CE) con las reglas cuantitativas de estabilidad financiera (art. 135 CE)?

Quizás una respuesta posible de interpretación surja si volvemos a poner la mirada en el derecho latinoamericano.

Recientemente Colombia reformó su Constitución para incluir el llamado principio de sostenibilidad fiscal (artículo 134). Si bien es un criterio cualitativo, él es la base para establecer reglas fiscales cuantitativas.[99]

Sobre dicha reforma fue llamada a expedirse la Corte Constitucional, pues se consideró que ponía en peligro la primacía de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional sostuvo, sin embargo, que se trata de instrumentos cuyo fin es el logro del goce efectivo de los derechos, no su subversión.[100]

Es decir, los objetivos de las reglas fiscales, más allá de la filosofía política que las sustenta, parecen susceptibles de ser armonizadas a fin de sujetarlas a los fines del Estado social de Derecho contemporáneo.

Indudablemente, la polémica está abierta.

VI. Conclusiones

El derecho financiero, en general, está hoy ante múltiples encrucijadas.

Los paraísos fiscales; el poder político de las empresas transnacionales para condicionar las legislaciones tributarias nacionales; la competencia entre los Estados para otorgar incentivos fiscales a fin de atraer la inversión, reduciendo así la presión fiscal; las debilidades estatales para controlar una actividad económica globalizada, son algunos de los aspectos tributarios en juego y que ponen en crisis la capacidad recaudatoria de los Estados nacionales.

Aquí nos ocupamos de la vertiente presupuestaria de la coyuntura actual, enfocándonos en una problemática específica: la vinculación entre los presupuestos públicos y los derechos humanos.

De acuerdo con nuestra visión general las Constituciones son instituciones sociales costosas. Es preciso financiar los poderes públicos (el Congreso, la Presidencia, las agencias administrativas, el Poder Judicial), así como los derechos consagrados en las Constituciones, desde el debido proceso hasta los derechos políticos y, claro, los derechos sociales.

97- GUAMÁN FERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, 2014.

98- Sobre el ordo-liberalismo en su faz específicamente jurídica y el concepto de Constitución económica, ver: SAITTO, F., *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della Costituzione económica in Germania*, 2015. DUSSART, M.-L., *Constitution et* économie, 2015.

99- PLAZAS VEGA, M., *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*. tomo I, tercera edición, 2016, p. 685.

100- Sentencia C-288/2012, el 18 de abril de 2012, ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

De ahí la Tesis de la Conexión conceptual directa entre órganos públicos, derechos fundamentales y actividad financiera pública.

La actividad financiera pública, según aquí proponemos, está organizada en términos constitucionales. Y la lógica constitucional, a través de sus principios sustantivos, abarca tanto la tributación como el presupuesto. Es decir, tanto el principal mecanismo de obtención de ingresos, el tributo, como la técnica jurídica específica para asignarlos, el presupuesto, vehículo del gasto público, se encuentran sujetos a pautas constitucionales sustantivas.

La constitucionalización de la hacienda pública, en un extenso proceso histórico, comenzó con la regulación sustancial de los tributos y avanzó, mucho más lentamente, en la regulación sustancial del presupuesto y los gastos públicos. Pensar sustantivamente el presupuesto y el gasto público a la luz de los valores, reglas, conceptos y principios del Estado social y democrático de Derecho es el desafío actual de la doctrina jurídica. El camino para hacerlo es pensar unificadamente la totalidad de las Finanzas Públicas, incluida también la deuda pública.

Ese proceso histórico, jurídico, práctico y doctrinario constitucional se cruza hoy en día con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, donde se realizó un camino inverso, en una historia mucho más corta, desde mediados del siglo pasado. La inicial reflexión sobre el presupuesto, incentivada por la cláusula que obliga a los Estados a emplear el máximo de sus recursos disponibles para lograr la progresiva efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, fue poco a poco llegando a los aspectos tributarios. Expansión conceptual que es natural, pues los recursos disponibles dependen de la capacidad tributaria de los Estados. Hacer el máximo esfuerzo exige no solo administrar de forma eficiente los recursos que ya se disponen, sino también hacer los esfuerzos tributarios para darles solidez a sus finanzas.

El momento actual impone la interrelación entre ambas prácticas y lógicas conceptuales. Como vimos muy brevemente, el derecho internacional de los derechos humanos se potenciaría si hiciera uso de conceptos como el deber de contribuir o el de capacidad contributiva. Y a la vez, el derecho constitucional adquiriría mayor profundidad si incorporara la doctrina fiscal que se viene construyendo en el ámbito internacional. Así vimos, por ejemplo, la posibilidad de interpretar el concepto constitucional de equidad presupuestaria, presente en la Constitución española, con las reflexiones de los diferentes Comités sobre la obligación de los Estados de asignar recursos suficientes para darles efectividad a los derechos.

En otro plano se encuentra la experiencia judicial comparada, que se desarrolla en general al margen de las elaboraciones doctrinarias específicas y que solo muy recientemente, en ordenamientos jurídicos más abiertos al orden internacional (como la Argentina o México), hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos.

Pero esta práctica, como vimos, tiene varias décadas y está presente, con mayor o menor presencia, en casi todos los sistemas judiciales y de control de constitucionalidad.

El desafío es sistematizar esa experiencia y conectarla tanto con el horizonte teórico general (la teoría de la Constitución Financiera) como con la práctica del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, las *fiscal rules*, de importancia creciente en el derecho contemporáneo, en particular europeo, plantea difíciles interrogantes sobre su lugar en las constituciones financieras y sobre su incidencia en el vínculo, ya de por sí complejo, entre restricciones financieras y derechos fundamentales.

Y las restricciones sobre el endeudamiento aumentan las exigencias recaudatorias del sistema tributario, que deviene el recurso fundamental para financiar al Estado.

Como señalamos al inicio: ni las crisis ni las respuestas jurídicas ante ellas están circunscriptas al ámbito nacional. Solo una visión que se construya sobre todas estas situaciones de carácter decididamente global estará en condiciones de comprender la complejidad del vínculo actual entre los derechos humanos y las restricciones financieras expresadas a través de los presupuestos públicos.

Prof. Michael A. Rebell*

CFE c/ el Estado de Nueva York: pasado, presente y futuro.**

En 2007, después de la resolución del máximo tribunal en la causa "*Campaign for Fiscal Equity*, Inc. c/ el Estado de Nueva York",[1] que declaraba inconstitucional el sistema estadual de financiamiento de la educación pública vigente, la Legislatura adoptó reformas de amplio alcance con el fin de asegurar el derecho constitucional de todos los estudiantes "a la oportunidad de acceso a una educación básica de calidad". Para alcanzar este objetivo, se comprometió con las escuelas de la ciudad de Nueva York a brindar un incremento superior a los 5000 millones de dólares en asistencia al funcionamiento y un aumento de aproximadamente 4000 millones de dólares para el resto de las escuelas del Estado, que se otorgarían progresivamente en el plazo de cuatro años.

Actualmente, al finalizar ese período, los aumentos prometidos han estado estancados; y, con la aceptación por parte de la Legislatura de las masivas y exhaustivas reducciones propuestas por el gobernador Andrew Cuomo para el próximo año fiscal, se perderán virtualmente todos los logros en incrementos de financiamiento que

*** Prof. Michael A. Rebell**
Director ejecutivo de la Campaña por la Equidad Educativa en Teachers College, Universidad de Columbia. Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de Columbia.

****** La versión original de este artículo (CFE v. State of New York: Past, Present and Future) se publicó en ***NYSBA Government, Law and Policy Journal 1,*** Summer 2011, 1, Vol. 13 1 No. 1. La presente traducción para este número estuvo a cargo de Sandra Pozzi.

1- [*Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 861 N.E.2d. 50 (N.Y., 2006) (hereinafter, CFE III*).] Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/el Estado [861 N.E.2d 50 (Nueva York, 2006)].

la ciudad de Nueva York y otros *distritos de alta necesidad* [(a)] obtuvieron desde 2007.

A la luz de las resoluciones judiciales en la causa impulsada por CFE[(b)], ¿son constitucionales las acciones presupuestarias adoptadas por la Legislatura en los últimos años? Y si no lo son, ¿tienen los niños de las escuelas estaduales el derecho a que se efectivice el financiamiento total de las sumas prometidas en la ley de presupuesto de 2007? ¿O podrá otro enfoque que responda a las necesidades de la situación económica actual del Estado aprobar el control de constitucionalidad? El presente artículo intenta responder estos interrogantes y brindar información sobre las deliberaciones en materia de política pública respecto de las cuestiones actuales referidas al financiamiento educativo en el Estado de Nueva York. Comienza con una breve reseña histórica sobre el litigio CFE y luego discute (1) los hallazgos y fallos específicos del Tribunal respecto de temas presupuestarios, y (2) el alcance de la violación por parte del Estado de los principios constitucionales desde 2009, en virtud de lo establecido por las decisiones del Tribunal. En la sección final, ofrezco algunas recomendaciones sobre cómo puede implementarse mejor el inalterable derecho constitucional de todos los niños del Estado de Nueva York a una educación continua básica de calidad, en vista de las actuales realidades económicas del Estado de Nueva York.

I. El litigio *CFE*: resumen.

En 1993, *Campaign for Fiscal Equity* (*CFE*) interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el sistema de financiamiento educativo del Estado de Nueva York. Alegó que el sistema de financiamiento educativo de la ciudad de Nueva York asignaba fondos presupuestarios insuficientes a las escuelas públicas de la ciudad de Nueva York y negaba a sus estudiantes el derecho constitucional a la oportunidad de acceder a una educación básica de calidad. *CFE* estaba integrada por una mayoría de organizaciones de defensa de la educación, organizaciones de padres, y, aproximadamente, la mitad de las juntas escolares de las diversas comunas de la ciudad. El litigio no concluyó hasta noviembre de 2006.

Los querellantes obtuvieron una importante victoria inicial en 1995, cuando el tribunal de máxima instancia de Nueva York, el Tribunal de Apelaciones, desestimó la solicitud de rechazo a la demanda al tomar como antecedente un caso dirimido conforme al derecho de equidad en el Estado de Nueva York, y permitió que el caso se abriera a juicio.[2] El proceso, que se prolongó durante siete largos meses, concluyó con una contundente victoria para los demandantes, dado que el juez definió que el derecho de los estudiantes a una "educación básica de buena calidad" comprendía la adquisición de las habilidades necesarias para convertirse en ciudadanos capaces y trabajadores competitivos dentro de la economía global, determinó que el entonces vigente sistema educativo no estaba brindando la oportunidad a todos los estudiantes de lograr esas competencias, y sostuvo que existía una relación causal entre el sistema de financiamiento educativo y estas deficiencias.[3]

2- [*Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 655 N.E.2d. 661, 66566 (N.Y., 1995) (hereinafter, CFE 1*).] Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/el Estado [655 N.E.2d 661, 665-666 (Nueva York, 1995)].

3- *[Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 719 N.Y.S.2d. 475, 485*487. *(Sup. Ct. N.Y. Cnty., 2001) (hereinafter, CFE Trial/ Court Decision).]* Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/ el Estado [719 N.Y.S.2d. 475, 485487). Suprema Corte de Nueva York. Condado de Nueva York, 2001).] (En adelante, Decisión del Tribunal de Primera Instancia en la causa *CFE*).

Al tiempo que se preparaba para este extenso litigio, CFE desplegó una contundente campaña dentro del Estado para atraer la atención pública sobre muchas de las cuestiones que se estaban presentando ante el Tribunal, y lograr así apoyo a nivel estadual para que se dictara una solución definitiva.

El entonces gobernador George E. Pataki apeló la decisión judicial. Aunque el Tribunal Intermedio de Apelaciones defendió la postura del gobernador al sostener que la Constitución del Estado garantizaba a los alumnos de los centros escolares la posibilidad de alcanzar los aprendizajes y competencias exigidos hasta el octavo año de la educación básica, y al concluir que el sistema de financiamiento educativo vigente asignaba fondos suficientes para lograrlo,[4] ese fallo fue rápidamente revocado por el Tribunal de Apelaciones en 2003.[5] El Tribunal Superior, en una votación histórica de cuatros votos a favor y uno en negativa, rechazó los estándares del octavo grado de educación básica, al expedirse sobre el hecho de que la "educación secundaria resulta casi indispensable" para preparar a los estudiantes para el empleo competitivo y el compromiso cívico.[6] Alegó que la Constitución le exige al Estado brindar a todos los estudiantes "la oportunidad de acceso a una educación secundaria significativa que los capacite para actuar productivamente como participantes cívicos".[7]

Posteriormente, el Tribunal emitió una orden tripartita de medidas reparadoras exigiendo al Estado: 1) determinar el costo real de brindar una educación básica de buena calidad, 2) reformar el sistema vigente de financiamiento y gestión educativa para asegurar a todas las escuelas los recursos necesarios con la finalidad de ofrecer una sólida educación básica; y 3) asegurar un sistema de rendición de cuentas destinado a evaluar si las reformas introducidas realmente proporcionaban una educación básica de calidad.[8] La orden judicial le concedió al Estado un plazo de trece meses —hasta el 30 de julio de 2004—[9] para la implementación de las medidas.

El incumplimiento por parte del Estado de los plazos estipulados disparó una posterior serie de querellas para reclamar su cumplimiento. Luego de una exhaustiva audiencia de presentación de pruebas llevada a cabo por tres árbitros especiales,[(c)] el Tribunal de Primera Instancia concluyó que las escuelas de la ciudad de Nueva York necesitaban 5630 millones de dólares adicionales en ayuda al funcionamiento y 9200 millones de dólares de inversión en infraestructura con el objeto de garantizar a sus estudiantes el derecho constitucional de acceder a una educación básica de calidad. Seguidamente, la Legislatura aprobó un plan[10] para proveer el importe total de los

4- *[Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 744 N.Y.S.2d. 130, 13839, 144 (App. Div. 2002)]*. Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/el Estado, [744 N.Y.S.2d. 130, 138139, 144 (División de Apelaciones, 2002). [Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/el Estado, 744 N.Y.S.2d. 130, 138139, 144 (División de Apelaciones, año 2002)].

5- *[Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 801 N.E.2d. 326, 34950 (N.Y., 2003) (hereinafter, CFE Il)]*. Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/el Estado [801 N.E.2d. 326, 349350 (N.Y., 2003)] en adelante, CFE Il.

6- Idem a foja 363 (Graffeo, J., quien no participó en la decisión judicial).

7- *Id*. a foja 332.

8- *Id*. a foja 348.

9- *Id*. a foja 349.

10- *[Campaign for Fiscal Equity v. State, No. 0111070/1070, 2005 WL 5643844 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. Feb. 14, 2005).]* Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/ el Estado, Nro. [0111070/1070, 2005 WL 5643844] Corte Suprema. Condado de Nueva York, 14 de febrero de 2005).

fondos destinados a infraestructura, pero no pudo llegar a un acuerdo sobre un programa para suministrar la ayuda al funcionamiento. En la apelación, el Tribunal de Alzada determinó en 2006 que el "piso constitucional" de asistencia al funcionamiento requerido era de aproximadamente 2000 millones de dólares. Sin embargo, con opiniones encontradas y en disenso, tres de los seis jueces hicieron hincapié en que la Legislatura no estaba limitada a ese mínimo constitucional e indicaron que se debía considerar seriamente un incremento de aproximadamente 5000 millones de dólares.[11]

Posteriormente, en 2007, la Legislatura aprobó un plan que otorgaría aproximadamente 5400 millones de dólares de incremento en ayuda al funcionamiento para los centros escolares de la ciudad de Nueva York; y un adicional de 4000 millones de dólares para las escuelas del resto del Estado, a ser implementado gradualmente en un plazo de cuatro años, junto con un plan de rendición de cuentas denominado "Contrato para la excelencia". El proyecto de ley presupuestaria de 2007 también modificó sustancialmente el sistema de subsidios estadual, al combinar cerca de 30 vías de financiación independientes dentro de una asignación básica que proporcionaría aproximadamente el 70% del total de la ayuda del Estado a los distritos escolares locales.

Después de otorgar a las escuelas distritales casi la totalidad de los aumentos prometidos en ayuda estadual conforme al nuevo *sistema de presupuesto mínimo,*[(d)] durante los dos primeros años del período gradual de implementación estipulado de cuatro años, para el año fiscal 2010, el gobernador y la Legislatura aplazaron la tercera etapa programada del incremento, y, para el año fiscal 2011, extendieron el diferimiento y, además, redujeron los fondos del presupuesto mínimo a nivel estatal en US$740 millones. En el año fiscal entrante, la Legislatura amplió el congelamiento básico en la incorporación progresiva de la *nueva fórmula*[(e)] y de los aumentos programados en ayuda; y, adicionalmente, recortó la ayuda estadual total para asistencia al funcionamiento en la suma adicional de 1500 millones de dólares (un 8,5%).

11- [*CFE III,* 861 N.E.2d. 50 (N.Y., 2006).]

II. Decisiones del Tribunal sobre temas presupuestarios

En la demanda, CFE alegó que los estudiantes de la ciudad de Nueva York habían recibido 400 dólares por alumno (o un 12%) menos en ayuda educativa estadual durante el año escolar 1992-1993 que sus "pares del resto del Estado", a pesar de que la ciudad de Nueva York había matriculado en ese período aproximadamente al 70% de los estudiantes de bajos recursos del Estado, a más del 51% de alumnos con discapacidades severas y al 81% de los alumnos con competencias limitadas en el idioma inglés.[12] Sin embargo, el eje del resto de la demanda no aludía a "la equidad" del financiamiento para la ciudad de Nueva York respecto de las sumas recibidas por otros distritos escolares dentro de ese Estado, sino a la importancia de la educación que se estaba impartiendo a los estudiantes en las aulas. En términos jurídicos, la cuestión clave planteada por ese enfoque era determinar si los estudiantes estaban recibiendo recursos educativos "adecuados" o —lo que resulta más significativo— la

12- Demanda a fojas 29, 31. [*Campaign for Fiscal Equity, Inc., v. State, 616 N.Y.S.2d. 851 (Sup. Ct. N.Y. County 1994) (No. 93/111070).]* Campaña por la Equidad Fiscal, S.A. c/ el Estado. [616 N.Y.S.2d. 851] (Suprema Corte. Condado de N.Y., 1994) (Nro. [93/11107)]).

posibilidad de acceder a "una educación de calidad" garantizada por el Capítulo XI, artículo 1º de la Constitución del Estado.

La distinción de "equidad" versus "adecuación" es relevante por diversas razones. En primer lugar, porque brindó los fundamentos para que se abriera la causa a juicio, al distinguir el Tribunal de Apelaciones un caso anterior dirimido sobre la base del régimen de "equidad" inglés.[13]

En segundo lugar, el enfoque orientado a la adecuación centró la atención sobre la calidad de la educación que los estudiantes estaban recibiendo, y les permitió a los demandantes demostrar la brecha existente entre el nivel de logros de los estudiantes de la ciudad de Nueva York y las expectativas académicas delineadas por los estándares de ese Estado.

En tercer lugar, el enfoque orientado a la adecuación reafirmó las medidas reparatorias que el Tribunal impondría para lograr el cumplimiento constitucional. Dado que el concepto sustantivo de equidad educativa era constitucionalmente obligatorio, el Estado lo incumplió al "nivelar hacia abajo" por igual el financiamiento educativo en todos los distritos escolares, tal como había ocurrido en otros Estados.[14] Se debería enfatizar, no obstante, que, aunque la "equidad" no constituye un criterio constitucional en sí mismo, el concepto de "necesidad" continúa siendo un factor constitucionalmente primario. Con el fin de asegurar que todos los estudiantes recibieran los servicios básicos educativos establecidos por la Constitución, el Tribunal de Apelaciones enfatizó que las asignaciones de fondos se debían ajustar a las necesidades de los estudiantes y, por lo tanto, se debía incrementar la ayuda estadual cuando existiera alta necesidad y baja capacidad de pago a nivel local.[15]

Al remitir la causa para su revisión ante el Tribunal de Primera Instancia bajo la carátula *CFE I,* el Tribunal de Apelaciones instruyó a ese tribunal inferior, entre otras cosas, para que determinara si a los estudiantes de la ciudad de Nueva York se les estaba brindando la posibilidad de acceder a una educación básica de calidad; y en caso negativo, que definiera si existía una relación causal entre la inadecuación de la educación suministrada y el sistema de financiamiento del Estado.[16] Para responder al último interrogante, el Tribunal de Primera Instancia analizó considerables pruebas sobre los procedimientos empleados por el sistema de ayuda estadual. El Tribunal de Primera Instancia resumió sus hallazgos como sigue:

> Durante una década, el procedimiento utilizado para distribuir las ayudas educativas dentro del Estado ha impedido que el sistema escolar público de la ciudad de Nueva York reciba los fondos necesarios para brindar a los estudiantes una educación básica de calidad.

13- [*Levittown v. Nyquist, 439 N.E.2d. 359, 36970 (N.Y., 1982).]* Levittown c/. Nyquist [439 N.E.2d. 359, 36970 (N.Y., 1982).] (Sosteniendo que el sistema de financiamiento educativo del Estado de Nueva York no viola la cláusula de protección igualitaria de la Constitución Estadual).

14- Por ejemplo, Serrano c/. Priest *[569 P.2d. 1303, 1307 n.6 (Cal. 1977*).] "Las disposiciones de igualdad ante la ley de la Constitución de California establecen que todas las personas deben ser tratadas en condiciones de igualdad. Si la igualdad en el tratamiento ocasionara que se ofreciera a los niños programas educativos de baja calidad o programas claramente *inadecuados*, se estaría cumpliendo con las normas constitucionales de California".

15- *[CFE II. 801 N.E.2d. 326, 348 (N.Y., 2003*).] Nótese que bajo el enfoque de adecuación, no se garantizan sumas mínimas en dólares, sino niveles significativos de servicios educativos.

16- *[CFE I, 655 N.E.2d. at 667*.] *CFE I [655 N.E.2d*] a foja 667.

Como el Departamento de Educación del Estado (SED, por sus iniciales en inglés), los regentes y numerosas *comisiones de cinta azul*(f) nombradas por el Estado han informado repetidamente a la Legislatura de este, el sistema estadual de distribución no provee a todos los distritos el financiamiento adecuado. Como declaró recientemente ese Departamento, "los recursos no están alineados con las necesidades… La situación en la ciudad de Nueva York así lo demuestra".

Las pruebas demuestran que el sistema de distribución de la ayuda estadual es innecesariamente complejo y turbio. Está deliberadamente basado en un conjunto de fórmulas normalmente contradictorias y en categorías de subsidios que solo un puñado de personas comprenden en el gobierno. El mismo Comisionado de Educación del Estado declaró no comprender en su totalidad cómo interactúan dichas fórmulas.

Sin embargo, más importante que la innecesaria complejidad de las fórmulas y subsidios es su maleabilidad práctica. Las pruebas en el juicio demostraron que las fórmulas no operan en forma neutral para la asignación de los fondos educativos, al menos respecto de los incrementos anuales en ayuda estadual. Por el contrario, estas son manipuladas para adecuarlas a acuerdos presupuestarios llevados a cabo por el gobernador, el vocero de la Asamblea Legislativa y por el líder de la mayoría del Senado del Estado.[17]

Además, el Tribunal de Primera Instancia hizo referencia a una serie de otras deficiencias específicas del sistema de ayuda estadual, entre ellas: 1) la igualación de la riqueza, tal como se la calcula en el índice *combinado de riqueza*,(g) se encuentra socavada por las reducciones al impuesto a la propiedad del *Programa de Deducción de Impuestos a la Educación* del Estado de Nueva York (STAR, por sus iniciales en inglés), que sistemáticamente pone en desventaja a los residentes de la ciudad de Nueva York, 2) el sistema de igualación de riqueza no refleja en forma precisa la riqueza patrimonial ni los ingresos de los residentes de los distritos; y 3) el sistema no refleja con precisión las necesidades de los estudiantes, porque las fórmulas y ponderaciones que utiliza "no responden fielmente a los costos en educación generados por la gran cantidad de alumnos en situación de riesgo".[18]

El Tribunal de Apelaciones no se expidió en detalle sobre el funcionamiento del sistema de ayudas estaduales. En términos generales, aceptó los hallazgos y conclusiones del Tribunal de Primera Instancia,[19] pero en su dictamen hizo hincapié en varios temas transversales importantes, referidos a cuestiones presupuestarias. En primer lugar, sostuvo que los argumentos del Estado ante el incumplimiento por parte de la ciudad de Nueva York de su obligación de proporcionar el financiamiento local necesario, y las acusaciones sobre deficiencias en el funcionamiento del sistema educativo de esa ciudad eran jurídicamente irrelevantes porque, como cuestión de derecho, en última instancia el cumplimiento de

17- Decisión del Tribunal de Primera Instancia: [*CFE Trial/ Court Decision, 719 N.Y.S.2d. 475, 52930 (Sup. Ct. N.Y Cnty. 2001*).] Campaña por la Equidad Fiscal, Decisión del Tribunal de Primera Instancia [*719 N.Y.S.2d. 475, 52930]* Suprema Corte, Condado de N.Y., 2001.

18- Idem a fojas 531-533.

19- [*CFE II, 801 N.E.2d. at 329*.] CFE II, [*801 N.E.2d.*] a fojas 329.

las normas constitucionales es responsabilidad del Estado, y a quien le corresponde garantizar una educación básica de calidad.[20] En segundo lugar, consideró que el análisis comparativo del gasto en Nueva York con relación a otras ciudades y Estados resultaba insustancial, dado que lo importante no era examinar niveles abstractos de gasto, sino comprobar si los estudiantes estaban recibiendo una educación básica sólida de acuerdo con los estándares del Estado de Nueva York.[21] Finalmente, al referirse concretamente a los cambios que el Estado debía poner en práctica en el sistema vigente, el Tribunal Superior determinó que los cálculos de la ayuda estadual debían tener en cuenta las consideraciones del impuesto a la propiedad STAR[22], y subrayó que el porcentaje de ayuda estadual que la ciudad de Nueva York y otros distritos escolares recibían debía tener "una relación directa con las necesidades [de los estudiantes]".[23]

III. Cumplimiento de las normas constitucionales por parte del Estado de Nueva York

Poco después del fallo en la causa *CFE III*, en 2006, asumió un nuevo gobernador, Eliot Spitzer, juntamente con una nueva Legislatura. Respondiendo a la orden del Tribunal, el gobernador Spitzer elaboró un presupuesto ejecutivo que proponía un "Plan de Inversión Educativa" de cuatro años, que en ese plazo, brindaría aumentos en ayuda estadual por un monto de 3200 millones de dólares para la ciudad de Nueva York[24] y de 4000 millones de dólares para el resto del Estado. El eje central del plan era la creación de un nuevo programa de ayuda financiera, que combinaba aproximadamente treinta flujos de fondos anteriormente separados, para "asegurar que cada distrito recibiera suficientes recursos locales y estaduales con el fin de satisfacer los estándares de aprendizaje del Estado".[25] La suma básica de ayuda mínima que se asignaría a los distritos escolares especiales se calcularía de acuerdo con el método de "distrito escolar exitoso", que había sido utilizado por el Departamento de Educación del Estado y de la Comisión nombrada por el gobernador Pataki en respuesta al fallo del Tribunal de Apelaciones en la causa *CFE II*.[26]El monto mínimo equivalente a la suma que realmente se necesitaba para brindar una formación básica de calidad en un distrito exitoso se ajustaría posteriormente en la fórmula básica, tomando en cuenta la matrícula distrital, las tasas de pobreza y el costo de vida.[27] La ciudad de Nueva York y otros distritos escolares que recibieran aumentos sustanciales por la implementación del programa tendrían que aplicar nuevas medidas de rendición de cuentas y celebrar un "Contrato de Excelencia" con el Estado.[28]

20- *Id.* a fojas 34244.

21- *Id.* a fojas 34142.

22- *Id.* a foja 346.

23- *ld.* a foja 348.

24- La ciudad de Nueva York estaría obligada a suministrar un adicional de 2200 millones [de dólares] en fondos locales para la educación durante un período de cuatro años.

25- *[N.Y. 5TATE DIV. OF THE BUDGET, INVESTING IN EDUCATION REFORM (2007*)], División de Presupuesto del Estado de Nueva York, inversión en reforma educativa (año 2007), disponible en: http:/ /www.budget.state.ny.us/pubs/archive/ fy0708archive/fy0708littlebook/Education.html.

26- *Id.*

27- *Id.*

28- *Id.*

La Legislatura aprobó el plan casi intacto del gobernador, junto con el presupuesto del Estado y la Ley de Reforma de 2007.[29] En virtud del análisis llevado a cabo por la Legislatura sobre los costos educativos reales en distritos escolares exitosos, las cantidades mínimas que se necesitarían para brindar a todos los estudiantes del Estado una educación básica de calidad exigirían un incremento total de fondos asignables por parte de este de 5500 millones de dólares. Ese aumento se formalizó gradualmente a lo largo de un período de más de cuatro años fiscales, como se detalla a continuación: el 20%, en 2007-2008; el 22,5%, en 2008-2009; el 27,5%, en 2009-2010; y el 30% restante, en 2010-2011.[30]

En 2007-2008, el gobernador y la Legislatura otorgaron el aumento del 20% exigido por ley, y en 2008-2009 proporcionaron un aumento aún más significativo: un 17,5% (que era, sin embargo, una reducción del compromiso original del 22,5% para ese año). Así, durante los dos primeros años del período de asignaciones progresivas, la ayuda financiera a nivel estadual se incrementó en aproximadamente 2100 millones de dólares, dejando un saldo asignable de 3400 millones de dólares para los dos años restantes.

Para 2009-2010, el tercer año del período progresivo programado, el recién asumido gobernador, David Paterson, y la Legislatura incumplieron en suministrar el nivel de financiamiento exigido legalmente. En cambio, modificaron la ley para congelar los fondos mínimos retrotrayéndolos al mismo nivel del año anterior, para posponer, de ese modo, los aumentos programados. También difirieron para los tres años subsiguientes la fecha estipulada para la compleción de las sumas graduales prometidas en virtud del fallo en la causa *CFE*.[31]

El año escolar 2010-2011 debió haber correspondido a la última etapa del período progresivo de cuatro años programado inicialmente. Sin embargo, para ese año, el Estado extendió aún más el congelamiento de los fondos destinados a la ayuda básica, y amplió el diferimiento de la fecha de otorgamiento del total de los aumentos prometidos. Además, a través de un *ajuste para la eliminación de brechas*,[(h)] el fondo mínimo básico asignable al financiamiento educativo se redujo en aproximadamente 740 millones de dólares para el año fiscal del ejercicio 2010-2011. Aunque la ayuda básica decreció en forma sustancial, paralelamente la Legislatura permitió que se incrementaran determinadas "ayudas basadas en gastos", tales como subvenciones para edificios, subsidios para transporte y *ayudas para Juntas de Servicios Educacionales Cooperativos*[(i)] (BOCES, por sus iniciales en inglés), lo que se tradujo en una reducción presupuestaria neta total de aproximadamente 520 millones de dólares.[32]

29- La Ley estableció una fórmula de cálculo de ayuda básica que "debe reflejar el costo de la instrucción educativa general en promedio por alumno en distritos escolares exitosos, como lo determine el análisis estadístico de los costos de la educación especial y general en distritos escolares exitosos [ajustados por índices inflacionarios]". Ley de Educación de N.Y. Nro. *[§.3602(4)(a)(1)]* (McKinney, 2009).

30- *Id*. Ley Nro. [3602(4)(b)(2).]

31- *Véase id*. El gobernador Paterson originalmente había propuesto recortar los fondos de financiamiento educativo en la suma de 1100 millones [de dólares]. La ayuda al estímulo disponible permitió al Estado evitar esa reducción real en dólares. Con esa finalidad, el Estado usó aproximadamente el 50% de los fondos nacionales de estabilización educativa asignados a la educación primaria y secundaria.

32- El "ajuste para la eliminación de brechas" del año 2010-2011 fue realmente de 2100 millones [de dólares], pero se vio compensado por el uso de los 726 millones de dólares restantes de ayuda nacional disponibles por la Ley de Estímulo Federal y por un adicional de 600 millones de dólares del proyecto de empleos federales que se aprobó más tarde ese año fiscal. Además de la Ayuda Básica, se redujo el financiamiento para otras categorías presupuestarias menores, tales como centros docentes (se

El presupuesto que el gobernador y la Legislatura aprobaron para 2011-2012 mantiene el congelamiento de la ayuda básica durante el tercer año y profundiza los recortes "de eliminación de brechas" sobre los subsidios para gastos operativos por un total de 2560 millones de dólares; un recorte que representa aproximadamente el 80% de los fondos destinados a la ayuda básica.[33] En total, los recortes representarán una reducción del 8,9% de la ayuda al funcionamiento a nivel estadual,[34] y el gobernador también propone impedir a los distritos escolares que aumenten los impuestos a la propiedad más del 2% sin una votación por mayoría calificada del 75% de los contribuyentes locales. El aplazamiento del financiamiento total de las cantidades prometidas en la causa *CFE* ahora se extendería a 2016-2017, es decir, otros cinco años a partir del inicio del presente año fiscal.

El congelamiento del financiamiento mínimo, retrotraído al nivel de años anteriores, sumado a las reducciones substanciales en el gasto real implementadas mediante el "Programa de Ajustes de Brechas", suscitan importantes cuestionamientos sobre la constitucionalidad de esas medidas. Los considerables recortes presupuestarios que entrarán en vigor el próximo año fiscal, obviamente, intensificarán tales cuestionamientos. Aunque el recorte total en ayuda al funcionamiento a nivel estadual será del 8,9% y el gobernador señala una reducción del 2,5% del gasto total en educación a nivel estadual (al asumir que, a pesar del techo impuesto a los gravámenes a la propiedad, las sumas destinadas al financiamiento a nivel local y nacional permanecen estables),[35] la reducción de fondos destinados a la ayuda básica, que corresponde fundamentalmente a servicios constitucionales esenciales, es de aproximadamente 5300 millones de dólares, es decir, un 30% inferior a la suma mínima que se hubiera dispuesto si la fase programada de aumentos establecidos en la causa *CFE* hubiera continuado realizándose de acuerdo con los esquemas legales previstos.[36]

Tal magnitud de recortes de fondos indudablemente pone en peligro la capacidad de los distritos escolares de mantener sus servicios

redujeron 25 millones de dólares) y escuelas bajo revisión de su registro (se redujeron 2 millones de dólares).

33- Departamento de Educación del Estado de Nueva York, proyección de ayuda estadual para el año 2011-2012, [run Nº sa1112 (2011)]. Véase también División del Presupuesto del Estado de Nueva York, descripción de las recomendaciones del presupuesto ejecutivo para la educación primaria y secundaria 2 (2011), disponible en: http: //publications.budget.state.ny.us/eBudget1112/fy1112localities/scoolaid/1112schoolaid..pdf. Aunque la ayuda mínima se ha recortado sustancialmente, el presupuesto propone incrementos para transporte, ayuda Boces (9), prejardín de infantes y otras categorías. Además, la Legislatura aprobó US$500 millones en nuevos subsidios de incentivo para la eficiencia en el gerenciamiento y mejora del desempeño; el financiamiento real de este programa fue diferido hasta que comience el año fiscal estadual 2011-2012, el 1º de abril de 2012, cuando está programado que se asignarán los primeros 50 millones de dólares, pero el intento es realizar las primeras asignaciones antes de la finalización del año escolar 2011-2012. El Estado recibirá 696 millones de dólares en fondos federales *Carrera a la Cima,* que se gastarán durante los próximos cuatro años; aunque estos fondos se asignarán a iniciativas educativas específicas, se puede considerar que constituyen una compensación parcial de los recortes propuestos.

34- Esta cifra no incluye la ayuda a edificios, por la cual habrá un aumento del 6,9%. Si la ayuda para edificios (y un número de programas pequeños categóricos que, por lo general, se financian a niveles del año anterior), el recorte total es del 6,6%.

35- División del Presupuesto de Nueva York, Informe del Presupuesto Ejecutivo del período 2011/2012 [Boox 20 (2011)], disponible en: http://publications.budget.state.ny.us/eBudget1112/ fy1112littlebook/BriefingBook.pdf.

36- La suma total básica de financiamiento proyectada para 2011-2012 asumió ajustes inflacionarios de aproximadamente 2,5% anuales. Las cifras anteriores se basan en esas proyecciones y aún no se ha intentado calcular las cifras reales de la inflación durante el período 2011-2012.

esenciales en niveles constitucionalmente aceptables. En Estados que han experimentado recortes comparables, las escuelas han sido cerradas por *días de permiso sin remuneración*,(j) los tamaños de las clases han crecido a niveles insostenibles y se han eliminado los servicios esenciales que se brindaban a alumnos desfavorecidos. El gobernador sostuvo que en esta época de restricción fiscal hay que hacer esfuerzos extras para eliminar exigencias legales innecesarias, utilizar todos los fondos de reserva existentes, mejorar las eficiencias operativas y reducir gastos no esenciales; también argumentó que tales esfuerzos podrían permitir a las escuelas mantener los servicios básicos establecidos por la Constitución con niveles reducidos de asignaciones presupuestarias. Sin dudas, el gobernador puede tener razón, pero desde el punto de vista constitucional, tanto el como la Legislatura tienen la obligación no solo de exhortar a los distritos escolares a "hacer más con menos", sino de demostrar cómo se pueden mantener los servicios exigidos constitucionalmente a pesar de los recortes presupuestarios que están entrando en vigencia, y cómo piensan lograr que eso suceda. En 2007, después de muchas deliberaciones y de examinar varios estudios extensos sobre costos, la Legislatura especificó la cantidad exacta del incremento en financiamiento necesario para eliminar los incumplimientos constitucionales que el Tribunal había hallado en Nueva York, y remediar incumplimientos similares en otros distritos escolares desfavorecidos y de alta necesidad dentro del Estado. Bajo las actuales condiciones económicas, si el gobernador y la Legislatura piensan que los requisitos constitucionales pueden satisfacerse con un menor nivel de financiamiento, ellos tienen la obligación de precisar ese nivel y demostrar específicamente cómo pueden cumplirse los requerimientos constitucionales con asignaciones presupuestarias que están un 30% por debajo de las que se determinó eran necesarias hace cuatro años. Para cumplir con el Capítulo XI, artículo 1º de la Constitución del Estado de Nueva York, no basta con ordenar importantes reducciones de subsidios estaduales, especialmente cuando tales recortes tienen un impacto desproporcionadamente negativo sobre los distritos escolares más pobres y desfavorecidos.

En respuesta a las obligaciones constitucionales, no es aceptable registrar en los libros el compromiso de brindar *algún día* los niveles de financiamiento a la educación que se adoptaron por ley en 2007. Al menos desde que el Tribunal se expidió en la causa *CFE II* en junio de 2003, el Estado ha violado técnicamente el Capítulo XI, artículo 1º que le impone la obligación de brindar una educación básica de calidad. Estrictamente hablando, ese incumplimiento constitucional debió haber sido remediado de inmediato. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que debido a que las reformas debían efectuarse de conformidad con los principios constitucionales "no podían llevarse a cabo de la noche a la mañana", sino que debía concederse al Estado un período de gracia de aproximadamente un año para determinar el costo real que implicaría brindar una sólida educación básica, así como para otorgar el financiamiento necesario e introducir reformas en la rendición de cuentas.[37] El Tribunal de Apelaciones también aceptó la recomendación del Tribunal de Primera Instancia de estipular un período de cuatro años para la implementación progresiva de las medidas, con la finalidad de lograr el pleno cumplimiento de las normas constitucionales.[38] Ese período se

37- *[CFE II. 801 N.E.2d at 34849.]* CFE II. [801 N.E.2d] a fojas 348-349.

38- El período progresivo de cuatro años fue propuesto

inició en el año fiscal 2007-2008, y para que se cumpliera el derecho constitucional de los estudiantes a la oportunidad de acceder a una educación básica de calidad, el proceso iniciado no debió haberse interrumpido. Existe una fuerte presunción de inadmisibilidad sobre las medidas regresivas adoptadas con relación al cumplimiento de un derecho constitucional.

A la luz de la especificación judicial de un período de cuatro años para la implementación progresiva de las medidas, no existe ninguna justificación legal sobre el intento de extender ese período ordenado por decisión del Tribunal. En esencia, esos retrasos están diciéndoles a los niños que actualmente asisten a escuelas con recursos insuficientes, que sus derechos constitucionales no importan y que el futuro impacto de las deficientes oportunidades educativas que se les brindan puede darse por sentado. Sin dudas, un Tribunal podría aprobar algún leve ajuste del proceso de implementación progresiva en una demostración de que "la planificación eficiente" requiere un poco más de tiempo; pero ni la Legislatura, ni el gobernador Paterson en el pasado, ni el gobernador Cuomo en la actualidad han ofrecido justificación educativa o administrativa alguna para posponer ese período durante tres años, que actualmente se ha prolongado a cinco. De hecho, ese retraso se ha extendido tanto que es, en esencia, una forma eufemística de decir que esos aumentos de financiamiento nunca se realizarán. Las restricciones presupuestarias —la razón real del aplazamiento— no constituyen una excusa constitucional aceptable para retrasar la aplicación del derecho de los estudiantes de acceder a una educación básica de calidad,[39] especialmente cuando por lo menos en parte, la razón de que los déficits sean tan grandes es que durante las últimas cuatro décadas las reducciones de impuestos frecuentemente se han adoptado en forma irresponsable y sin tener en cuenta las futuras obligaciones del Estado de financiar los servicios educativos.

En definitiva, hasta el momento, ni el gobernador ni la Legislatura han cumplido con sus obligaciones constitucionales de demostrar que, con los actuales niveles de financiamiento propuestos, a todos los estudiantes del Estado se les brinda la oportunidad de recibir una educación básica de calidad. Esta carga de la prueba es particularmente pesada sobre todo

originalmente por los árbitros especiales nombrados por el Tribunal de Primera Instancia para analizar las pruebas sobre el cumplimiento por parte del Estado de la decisión judicial *CFE II*. *Campaign for Fiscal Equity, Inc*. C/ el Estado, informes y recomendaciones de los árbitros judiciales 4 (2004). Esta recomendación fue explícitamente adoptada por los tribunales inferiores. [*Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State, 814 N.Y.S.2d. 1, 13 (App. Div., 2006*)]. El Tribunal de Apelaciones no se refirió *específicamente* a la cuestión del período gradual de cuatro años en su decisión, pero en el último párrafo de su decisión final *CFE III*, afirmó la orden de la División de Apelaciones y dispuso que esa orden "sea modificada de conformidad a esta opinión". [*861N.E.2d. 50, 61 (N.Y., 2006*).] Dado que "esta opinión" no mencionaba el período gradual estipulado, el requerimiento del período de cuatro años especificado en la orden definitiva de la División de Apelaciones se incorpora como parte integrante de la decisión final del Tribunal de Apelaciones.

39- Véase, por ejemplo, *Watson c/ Ciudad de Memphis* [*373 U.S. 526, 537 (1963*)] ("La reivindicación de los derechos constitucionales concedidos no puede depender de ninguna teoría que sostenga que es menos costoso negarlos que mantenerlos"), [*Rose v. Council for Better Educ., 790 S.W. 2d. 186, 208 (Ky. 1989*)] ("La carga financiera vinculada con el cumplimiento de…. las disposiciones sobre la adecuación educativa [establecidas constitucionalmente] bajo ningún punto de vista aligeran los deberes constitucionales"); [*Klostemann v. Cuomo, 463 N.E.2d. 588, 594 (N.Y., 1984*)] ("El incumplimiento de brindar adecuado tratamiento a pacientes con enfermedades mentales no puede justificarse por falta de personal o infraestructura"); *[HurrellHarríng v. State, 930 N.E2d. 217, 227 (N.Y., 2010)]* ("Aunque salvaguardar el derecho a la efectiva defensa establecido en la Sexta Enmienda podría requerir la asignación de fondos y, tal vez, especialmente en tiempos de escasez, el reordenamiento de algunas prioridades legislativas", este hecho no eximió al Tribunal de su "obligación esencial de proveer remedio a la violación de un derecho constitucional fundamental").

en un Estado como Nueva York, donde el más alto tribunal ha resuelto específicamente que:1) todos los estudiantes tienen el derecho constitucional a una educación básica de calidad, 2) el Estado es responsable de asegurar que cada distrito escolar brinde esa oportunidad en los hechos; y 3) que, de hecho, a cientos de miles de estudiantes de las escuelas públicas de la ciudad de Nueva York se les estaban negando sus derechos constitucionales.

En términos muy generales, el gobernador ha afirmado que los costos de brindar servicios educativos se pueden reducir con la implementación de *programas de beneficios dispuestos por el Estado*[k] y de incentivos que estimulen a los distritos escolares a administrar eficientemente sus recursos. Sin embargo, hasta el presente no ha brindado detalles específicos de cómo se aplicarían esos programas, de cómo se llevaría a cabo esa administración eficiente ni de cuántos dólares se podrían ahorrarse realmente con la implementación de tales medidas. Para cumplir con los requisitos constitucionales, el gobernador y la Legislatura deben hacer mucho más que eso: deben demostrar afirmativamente y con especificidad cómo el financiamiento que ofrecen alcanzará de hecho para brindar a los distritos escolares de todo el Estado —especialmente a la ciudad de Nueva York y los distritos de alta necesidad— un nivel de servicios que permita el cumplimiento de los deberes constitucionales.

IV. Recomendaciones para el cumplimiento constitucional

Cuando se inicie el año escolar, el 1º de julio de 2012, el sistema de financiamiento educativo del Estado de Nueva York estará violando el Capítulo XI, artículo 1º de la Constitución. Las leyes estaduales continúan afirmando que las sumas totales de financiamiento que la Legislatura adoptó en 2007 son necesarias para proporcionar a todos los estudiantes la posibilidad de acceso a una educación básica de calidad; pero, a causa de los déficits presupuestarios, han decidido posponer el cumplimiento constitucional. Esto es constitucionalmente inaceptable, a menos que el Estado pueda demostrar que la educación básica de calidad puede brindarse realmente con fondos reducidos de financiamiento, lo que hasta aquí no ha intentado hacer. Como sostuvo el Tribunal de Apelaciones en la causa *CFE III*, cuando se cuestiona el cumplimiento de los deberes constitucionales, el Estado tiene la responsabilidad de demostrar que el presupuesto incluye una razonable "estimación de los costos de suministrar una educación básica de calidad".[40]

Aunque creo que los contribuyentes —en especial los grupos con más altos niveles de ingresos— pueden hacer más para que se cumpla la obligación del Estado hacia sus hijos en edad escolar, y se debería esperar que así lo hicieran, también acepto que los cambios en el clima económico pueden requerir una reconsideración de las sumas que, en 2007, la Legislatura determinó como necesarias para brindar una educación básica de calidad. Pero si hay que modificar esos niveles de financiamiento, el Estado debe hacerlo en concordancia con los principios constitucionales que el Tribunal de Apelaciones estableció en la causa *CFE*, los que claramente siguen estando vigentes. Con esos principios, el Estado tiene la continua obligación de asegurar que su sistema de financiamiento educativo: 1) proporcione un nivel de financiamiento que responda al costo real de brindar una educación básica de calidad, 2) utilice un

40- *[CFE III,* 861 N.E.2d. at 59.] CFE III [861 N.E.2d] a foja 59.

mecanismo de financiamiento básico que asegure que la ayuda del Estado refleje las necesidades de los distritos escolares. Adicionalmente, el Estado debe crear e implementar un sistema de rendición de cuentas que 3) asegure que los distritos escolares utilicen los fondos en forma eficiente para brindar a todos los estudiantes la significativa oportunidad de acceder a una educación básica de calidad.

A. Nivel de financiamiento adecuado para una educación básica de calidad

Asumiendo que el Estado ya no se encuentre obligado a suministrar el monto total del financiamiento estipulado en la Ley de Presupuesto de 2007, debería renunciar a la ficción de alcanzar esos objetivos de asignaciones presupuestarias en alguna fecha mítica en el futuro y, en cambio, establecer un conjunto válido de procedimientos para determinar el monto del financiamiento estadual y local necesario para cumplir con las exigencias constitucionales bajo las condiciones actuales y de modo estable para los días venideros. Los pasos específicos que el Estado necesitaría seguir para hacerlo incluyen:

1. Identificar, en términos operativos, los recursos y procedimientos necesarios para brindar a todos los estudiantes la oportunidad de acceder a una educación básica de calidad.
2. Identificar mecanismos rentables y convenientes para proveer esos servicios (incluidos los métodos específicos para reestructurar la prestación de los servicios educativos, o la eficiencia operativa y administrativa, y/o disposiciones legales, reglamentarias o contractuales que puedan ser modificadas para brindar *programas de beneficios dispuestos por el Estado*).
3. Llevar a cabo un análisis de costos[41] para determinar el costo real, rentable (incluidos los ajustes regionales de costos y ponderaciones adicionales para alumnos de bajos ingresos, estudiantes con discapacidades y con desconocimiento del idioma inglés) para el actual y los tres próximos años, por distrito escolar, destinado a brindar a los estudiantes la posibilidad de acceder a una educación básica de calidad.

B. Fórmula de financiamiento equitativo

El Tribunal de Apelaciones ha precisado que el sistema de financiamiento de las escuelas de Nueva York vigente debe ser reformado para "lidiar con las deficiencias del sistema actual", con la finalidad de asegurar que "cada escuela" cuente con los recursos necesarios para brindar la oportunidad de acceso a una educación básica de calidad. Los cambios en el sistema de financiamiento educativo estadual que la Legislatura adoptó en 2007 hubieran hecho avanzar sustancialmente al Estado hacia un tipo de sistema de financiamiento estadual equitativo capaz de cumplir con tales requerimientos. Sin embargo, la forma en que las reducciones presupuestarias fueron llevadas a cabo durante los tres últimos años en realidad distanció al Estado de la posibilidad de cumplir con los requerimientos implícitos de equidad establecidos en la orden judicial *CFE*.

El congelamiento de los fondos básicos de ayuda al financiamiento del sistema educativo,

41- Dado que la metodología de "distrito escolar exitoso" actualmente empleada por el Estado no identifica un rango específico de servicios educativos de calidad ni métodos específicos eficientes para suministrarlos, el Estado posiblemente tendrá que adoptar una o más de las metodologías alternativas profesionalmente aceptadas, o diseñar una nueva metodología para determinar el costo real de una educación básica de calidad.

sumado a la autorización para que siguieran aumentando los gastos por subvenciones para transporte y edificios, coloca una carga desproporcionada sobre los distritos *de alta necesidad*, que se benefician mucho más sustancialmente de la ayuda financiera asignada que los distritos más ricos. Además, aunque la metodología empleada para determinar el monto de *ajuste de brechas* para cada distrito escolar favorece a los distritos más necesitados, en muchos casos este ajuste resulta relativamente inconsecuente, debido a que los distritos más desfavorecidos suelen tener bases impositivas bajas y, en consecuencia, menor capacidad de recaudación a nivel local, por lo que sus fondos operativos básicos dependen en mayor proporción de la ayuda que reciben del Estado.[42]

Para llevar a cabo las reformas necesarias en este momento, el Estado debe:

1. Crear una fórmula real para determinar los fondos presupuestarios mínimos necesarios, incluidas todas las asignaciones educativas necesarias para brindar una educación básica de calidad.
2. Asegurar que cada distrito escolar reciba una suma de ayuda por parte del Estado y una suma *garantizada* de financiamiento a nivel local,[43] que le permita contar con los fondos mínimos identificados en el análisis de costos como necesarios para brindar a todos los estudiantes del distrito la posibilidad de acceder a una educación básica de calidad.
3. Garantizar que el financiamiento se suministre en forma sostenida y estable, con miras a promover programas efectivos y un funcionamiento eficiente.

C. Control y rendición de cuentas

Para asegurar que los distritos locales escolares en verdad provean recursos suficientes a cada una de sus escuelas y que esos fondos se empleen eficazmente, la Legislatura, como entidad a quien se le confía la responsabilidad constitucional de "establecer y mantener" un sistema que asegure que todos los estudiantes tengan la posibilidad de acceder a una educación básica de calidad, debe:

l. Desarrollar un sistema de rendición de cuentas que asegure que cada distrito escolar brinde realmente a todos sus estudiantes la posibilidad de acceder a una educación básica de calidad. Esto significa que el Estado debe "establecer y mantener", a través del Departamento de Educación del Estado, o de otro modo que considere conveniente, sistemas que aseguren que los fondos se utilizan en forma eficaz y eficiente a nivel local en los centros escolares para

42- 42. El Departamento de Educación del Estado también ha subrayado específicamente este punto: "La experiencia demuestra que cuando se congela la Ayuda Estadual, hay consecuencias de desigualdad que tienen efectos desproporcionados adversos sobre los distritos de alta necesidad. Los recursos de estos distritos se alejan de ser los adecuados, lo que crea mayor dependencia presupuestaria de la ayuda del Estado. El congelamiento afecta en mayor proporción el presupuesto de esos distritos, en relación con distritos menos dependientes de la ayuda brindada por el Estado". Departamento de Educación del Estado de Nueva York, Regentes del Estado de Nueva York, Propuesta sobre Ayuda del Estado a los distritos escolares para el año 2010-2011, p. 10 (2009), disponible en: http://www.p12.nysed.gov/stateaidworkgroup/2010 llRSAP/RSAP1011final.pdf.

43- Actualmente, el cálculo de las sumas básicas asignables a los distritos proviene de una contribución local mínima "esperada", pero no obligatoria ni garantizada. Ley de Educación de Nueva York Nº [3602(4)(a). (McKinney 2009)]. El tope del 2% propuesto sobre los impuestos locales a la propiedad podría impedir que muchas escuelas tuvieran la capacidad de suministrar la suma requerida de financiamiento local.

brindar a *todos* los estudiantes la oportunidad de acceder a una educación básica de calidad. Esto exigirá controlar y evaluar:

a. La calidad de los programas.

b. La distribución equitativa de los recursos.

c. El uso eficiente de los recursos.

Notas del traductor

(a) [En inglés, *"high-need districts"* hace referencia a distritos escolares especialmente desfavorecidos]. (N. de la T.)

(b) [Iniciales en inglés de *"Campaign for Fiscal Equity"*, organización que buscó proteger y promover el derecho constitucional de los estudiantes de las escuelas públicas del Estado de Nueva York a una educación de calidad]. (N. de la T.)

(c) [En inglés, *"special referees"*es el nombre con que se distingue a ciertos funcionarios judiciales que actúan específicamente como jueces sobre cuestiones de hecho]. (N. de la T.)

(d) [En inglés, *"Basic Foundation Budget"* hace referencia al presupuesto mínimo destinado a brindar una educación de calidad, y para cuyo cálculo se toman como referencia investigaciones, criterios profesionales y prácticas educativas de centros escolares que han obtenido resultados exitosos]. (N. de la T.)

(e) [En el contexto, alude a la fórmula empleada para tomar decisiones sobre cómo se asignan a nivel local los fondos educativos dentro del Estado]. (N. de la T.)

(f) [En inglés, *"blue-ribbon panel or commision"* alude a un grupo de personas excepcionales designadas para investigar, estudiar o analizar una cuestión dada, quienes utilizan su experiencia para emitir conclusiones o recomendaciones que luego pueden ser utilizadas por las personas con poder de decisión sobre la cuestión analizada]. (N. de la T.)

(g) [En inglés, *"Combined Wealth Ratio (CWR)"* hace referencia al índice de riqueza relativa que ordena alfabéticamente a los distritos escolares sobre la base de un coeficiente que surge de relacionar a estos con promedios estaduales, y que combina para su cálculo factores como la riqueza patrimonial y los ingresos brutos por alumno]. (N. de la T.)

(h) [En inglés, *"Gap Elimination Adjustment (GEA)"* alude a una ley introducida en el año fiscal 2010-2011 y que constituye, en esencia, dinero que se devuelve al Estado de las sumas asignadas a estos en concepto de ayuda escolar]. (N. de la T.)

(i) [En inglés, *"Boards of Cooperative Educational Services"* son juntas creadas en 1948 por la Legislatura para el diseño de programas y la prestación de servicios educacionales a los distritos escolares dentro del Estado]. (N. de la T.)

(j) [En inglés, *"furlough"* es el término que se utiliza para referirse a licencias temporales de corta o larga duración que se otorgan obligatoriamente a los empleados de una empresa o del Estado por situaciones económicas de las compañías o de la economía en general, y que permiten que los empleados licenciados busquen otros empleos temporarios para compensar sus ingresos mientras se extiendan tales permisos]. (N. de la T.)

(k) [En inglés, *"mandate relief"* alude a los programas implementados en el Estado de Nueva York para reducir la carga financiera de los gobiernos locales mediante la reducción de imposiciones legales y regulatorias por parte del Estado]. (N. de la T.)

Entrevista

Diálogo con el Dr. Michael Rebell*

HORACIO CORTI: Más allá de procedimientos y competencias, ¿cree que hay regulaciones sustanciales sobre el presupuesto público?

MICHAEL REBELL: Como marco general, antes de entrar en materia, es interesante señalar que, en los Estados Unidos, tanto en el Derecho federal como en el Estado de Nueva York, existe la doctrina que sostiene que las limitaciones presupuestarias o financieras de un Estado no pueden afectar los derechos constitucionales. Pero, como usted sabe, muchas veces, cuando los jueces aplican esta doctrina, indirectamente tienen en cuenta el impacto que tendrá sobre el presupuesto. Entonces, cuando hay una limitación económica concreta, como en el caso del que vamos a hablar, en la decisión en sí, el dinero no fue parte de las consideraciones, pero sí en la implementación. Porque la recesión comenzó justo en la mitad del proceso de implementación y eso generó toda una serie de complicaciones.

Quisiera hacerle una pregunta sobre la doctrina en general. Porque estuve leyendo uno de sus trabajos, en el que menciona que es doctrina de la Corte Suprema que las restricciones financieras no pueden justificar una violación a los derechos. ¿Es, esa, una jurisprudencia constante de la Corte?

En efecto, esa es la doctrina constitucional. Esa es la decisión y la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, del Estado de Nueva York y también la de muchos otros Estados. Pero, como explico en ese artículo, hay maneras de darle un rodeo para no tener que enfrentar esta limitación en forma directa. Pero la doctrina ha sido uniforme al respecto, consistente; ha sido clara y uniforme, en todos los casos se ha dicho lo mismo. Y así es como se ha aplicado.

*Entrevista del Defensor General, Horacio Corti, al Dr. Michael Rebell, en relación con el caso exitoso que protagonizó "Campaign for Fiscal Equity (CFE) v. State of New York", realizada en la ciudad de Nueva York el 5 de diciembre de 2016.

¿Y hay casos posteriores a los de este artículo?

No, justamente ahora estoy escribiendo un nuevo artículo y estaba tratando de pensar si había otros casos o no.

Entonces podemos entrar un poco en el propio caso – *CFE v. State of New York*.

Ya en la propia formulación del caso hay una problemática presupuestaria. Es decir, se encuentra en el financiamiento la causa del deficiente sistema educativo.

Esa fue la posición que nosotros adoptamos en la demanda. Sí, hubo quienes se opusieron, obviamente, a esa opinión y, usted habrá leído artículos donde se menciona que '*no, no es el dinero, es la cuestión administrativa*'; pero nosotros, la posición que tomamos es que el dinero en sí afectaba directamente el sistema educativo. Este fue uno de los temas principales del juicio y en eso nos dieron la razón: que el dinero importa. De hecho, como habrá visto en mis anteriores escritos, en varios Estados hemos presentado casos con respecto a la financiación de la educación pública. Y, en casi todos los casos, la cuestión relativa a si el dinero era el factor que causaba el bajo rendimiento entre los estudiantes era una de las cuestiones principales. Y en los casos que ganamos, prácticamente todos los jueces decidieron a favor de los actores en esa cuestión principal. Lo curioso es que, en la mayoría de los casos donde la parte demandada ganó, esta cuestión ni siquiera surgió, porque la causa era desestimada por cuestiones de procedimiento.

¿Entonces algún juez, al verificar esta relación de causalidad cuando dicta la sentencia, lo que dice es que se debe cambiar el sistema de financiamiento?

Sí, efectivamente.

Eso es muy interesante porque los jueces obligan al Estado a cambiar su presupuesto.

Sí; y es justamente el objetivo del caso.

Esta jurisprudencia controvierte el dogma del presupuesto como decisión puramente política.

Sí. Y, generalmente, las partes demandadas lo que dicen es '*esta es una decisión política que le corresponde a la rama legislativa, no al Poder Judicial*'. Y eso, en general, es la pregunta principal al presentar una petición para desestimar la causa, antes de ver ninguna evidencia en el caso. Como usted habrá visto en mi libro,[1] más o menos el sesenta por ciento de los actores han ganado esos casos en los últimos años. Y el cuarenta por ciento que ha ganado la parte demandada, generalmente, ha sido por peticiones para desestimar la causa, donde los jueces han dicho '*sí, esta es una cuestión que le corresponde al Poder Legislativo*' y se desestima por ese motivo. Y en los casos en los que ha ganado la parte actora —el sesenta por ciento—, los jueces han dicho '*sí, es nuestra responsabilidad ejercer revisión judicial, asegurarnos que la rama legislativa está cumpliendo con el mandato de la Constitución*', y, generalmente, han encontrado que los niños de familias de menos recursos no están recibiendo los servicios adecuados.

¿Y alguno de esos casos que se perdieron llegó a la Corte Federal?

El motivo por el cual hay tantos procesos en curso a nivel estatal es porque en el año 1973, hace 43 años, la Corte Suprema decidió que la Constitución no considera a la educación como un derecho federal, sino que se trata de un problema de cada Estado.[2]

¿Y a partir de entonces no volvió a pronunciarse sobre el asunto?

No, en ningún caso. Pero hubo un tema que la Corte Suprema dejó abierto. Entonces, tanto yo como otros abogados estamos considerando llevar un caso, como caso de prueba, ante la Corte Suprema en un futuro.

Claro, hay que tener la expectativa de ganar.

Exacto.

Y cada vez va a ser más difícil…

1- REBELL, M.A., *Courts & Kids. Pursuing Educational Equity through the State Courts,* The University of Chicago Press, Chicago, 2009

2- *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*. (411 U.S. I - 1973)

Sí. Pensamos que si hubiera ganado Hillary Clinton hubiéramos tenido nuevos jueces y se nos hubiera facilitado. Estamos pensando una estrategia que funcione con los jueces de línea conservadora, pero es más difícil.

Y volviendo al caso… En la sentencia se ordenó al Estado local a modificar el presupuesto.

Sí.

¿Y cómo siguió la discusión sobre el presupuesto en la ejecución de la sentencia?

Es bastante complicado y, de hecho, ahora hay un litigio en curso donde se están tratando varios de los problemas que surgieron al hacerse el seguimiento del fallo. En el caso principal, que ganamos en 2003, el Tribunal de Apelaciones, que es la Corte de mayor instancia en el Estado de Nueva York, decidió tres cuestiones. Primero: el Estado tiene que determinar cuál es el costo real de proporcionar una educación básica sólida. El derecho a una educación básica sólida es un derecho constitucional. Segundo: una vez que se determinó el costo real deberán revisarse todas las fórmulas de cálculo de distribución, para garantizar que todas las escuelas reciban suficientes fondos para implementar ese derecho. Tercero: se deberá cambiar, también, el sistema de responsabilidades para garantizar que, una vez que se reciba el dinero, las escuelas estén en condiciones de brindar una educación sólida a los niños.

La razón por la cual el tribunal resolvió que el Estado tiene que determinar el costo real es porque se demostró que, en el pasado, la cantidad que se determinaba como presupuesto disponible, era resultado de acuerdos políticos. Nadie había llevado a cabo un estudio concreto, cuánto dinero se necesita para una educación básica sólida, cuánto hay que asignar; entonces lo que el tribunal dijo es '*esto es lo que tienen que hacer*'. No se trata de un trato político ni de una componenda sino de la implementación de un esquema basado en la evidencia sólida de qué es lo que se necesita y cómo se va a implementar. Y, por supuesto, el tribunal le dijo al Gobierno estatal '*eso no es competencia de la rama judicial, nosotros no le podemos decir qué hacer, ustedes tienen que llevar a cabo un estudio objetivo y determinar sistemáticamente qué se debe hacer*'. El

tribunal le dio el plazo de un año al Estado para hacer esto. El Gobernador formó una comisión especial, la comisión emitió un reporte, luego se hizo una sesión especial de la Legislatura para considerarlo, y, al mismo tiempo que eso ocurría, nosotros, como actores, contratamos expertos de buena reputación en políticas fiscales para que realizaran estudios; también el Departamento estatal de Educación llevó a cabo el estudio de cuál era el costo real. De manera que hubo tres estudios distintos. La comisión del Gobernador estaba encabezada por los expertos de la renombrada *Standard & Poor's*, y lo que dijeron fue que el monto razonable se ubica en un amplio rango, que puede ir de los dos mil millones a los siete mil millones de dólares por año, dependiendo de cuáles sean los factores que el Estado quiere mejorar. Entonces, por ejemplo, cuánto presupuesto más necesitan los niños de bajos recursos, cuánto más necesitan los niños con discapacidades, cuánto más necesitan los niños que requieren educación bilingüe, etc. Los expertos no quisieron fijar una suma sino que dijeron que '*dependiendo de determinados factores necesitarán tanto dinero, por ejemplo, en zonas de baja población, zonas rurales de baja concentración de población habrá que hacer tal cosa*' y así sucesivamente.

Mientras eso pasaba, en nuestro estudio contratamos a otros expertos. Como hay tantas demandas análogas en todos los Estados, hay una serie de firmas que se han especializado en hacer consultoría, en cuanto a cuál es, exactamente, el presupuesto necesario para implementar estos cambios. Entonces, en el caso de la ciudad de Nueva York, los expertos que contratamos dijeron '*se necesitan cinco mil millones de dólares más al año*'. Eso solo para la ciudad de Nueva York, no el Estado, solo la ciudad. Ahora, el Departamento estatal de Educación llevó a cabo su propio estudio y concluyeron que necesitaban seis mil millones de dólares para todo el Estado de Nueva York. Estos estudios fueron a la sesión especial de la Legislatura. En ese momento había un *impasse* en la Legislatura, porque parte de la Asamblea, que es la parte de la Legislatura que controlaban los demócratas en este momento, se puso de nuestro lado. Dijeron '*si un estudio dice que son cinco mil millones para la ciudad y el otro dice que son seis mil millones para el Estado, ¿por qué no damos seis mil millones a la Ciudad?*'. El Senado estatal, controlado por los republicanos, que son más conservadores, y el Gobernador del Estado —que en aquel momento también era republicano— dijeron '*bueno, no… yo quiero dos mil millones*', porque la comisión que él había nombrado, había hecho

la recomendación de dos mil a siete mil millones, y él se decidió por la parte baja de la recomendación. El Senado estatal estuvo de acuerdo con el Gobernador, pero como la Asamblea no estaba de acuerdo, se presentó un *impasse* legislativo, pasó la fecha límite y no se tomó la decisión. Entonces volvimos a la Corte otra vez.

El tribunal encargado volvió a tener audiencias bastante largas y nombró a tres encargados especiales. Los tres encargados estuvieron de acuerdo con nuestra postura, en términos generales. Entonces se hizo una apelación, llegó al tribunal de apelación y… lo que había decidido el Tribunal de Apelaciones está siendo impugnado ahora. Lo que el tribunal había dicho es que '*no le compete al tribunal fijar los detalles del fallo; el tribunal de menor instancia no tendría que haber llevado a cabo todas esas audiencias al respecto*'.

Lo que yo interpreto que el Tribunal de Apelaciones decidió —porque todavía estamos en medio del litigio— es que la decisión del Gobernador de aumentar solo dos mil millones de dólares, es razonable si el legislativo lo acepta. Entonces, ordenó al legislativo que, en el próximo período de sesiones, reconsidere el monto. Pero, a la vez, entendió que la cantidad que habían considerado razonable los tribunales de inferior instancia también es válida. Entonces, la orden es que se considere un presupuesto de entre dos mil millones y cinco mil millones. Por otra parte, la posición del Fiscal General —porque seguimos litigando la cuestión— fue que el mínimo constitucional es de dos mil millones de dólares.

La razón de esta controversia se debe a que, mientras el asunto volvía a la Legislatura para reconsiderar el monto, había asumido un nuevo Gobernador. Y el nuevo Gobernador estaba de acuerdo con nosotros. Entonces él hizo que la Legislatura se pusiera de acuerdo para aprobar cinco mil millones para la ciudad de Nueva York, y cuatro millones aparte para el Estado de Nueva York. Esto hace que la suma ahora sean nueve mil millones de dólares en total. Y, los nueve mil millones de dólares, se tienen que ir distribuyendo en forma paulatina, en un período de cuatro años. Los primeros dos años todo estuvo muy bien, pero luego comenzó la recesión. Entonces, el Estado dijo que no se pueden hacer más incrementos. Y, cuando la recesión comenzó a profundizarse, redujeron aún más la cantidad. Los últimos años han vuelto a incrementar la cantidad pero están muy atrasados con respecto a lo que habían prometido. Entonces, volvimos a la Corte con el caso y ahora todavía está en el tribunal, por resolverse, lo que lleva bastante tiempo.

Obviamente la posición del Estado es, en cuanto a lo constitucional, que '*la orden del tribunal superior fue dar dos mil millones de dólares a la ciudad de Nueva York y otra cantidad para el Estado de Nueva York, y nosotros ya dimos esa cantidad y no estamos en obligación de dar ninguna otra*'. Nuestra posición es que lo que la Corte dijo fue '*la cantidad constitucional se tiene que determinar. Cuando ustedes lo hicieron dijeron que eran cinco mil millones, y nuestra posición es que tienen que ser cinco mil millones para la ciudad de Nueva York, y cuatro mil millones para el Estado*.'

¿Y están a la espera de una nueva decisión?

Sí.

Por lo que vi hay discusiones semejantes en todos los Estados…

Sí. Es muy interesante que en el año 1923, el juez Brandeis, uno de los jueces de la Corte Suprema por aquella época, habló justamente de una especie de laboratorio de los Estados, que es lo que estamos haciendo aquí. Ya se han hecho litigios en cuarenta y cinco de los cincuenta Estados. Hay toda una gama de doctrinas y de remedios legales. También toda una gama de reacciones del poder político. Por ejemplo, en algunos Estados como Kentucky o Vermont, apenas el tribunal falló, la Legislatura, inmediatamente, siguió las instrucciones del tribunal, y, a veces, incluso aumentaron los montos para educación. En otros Estados hubo mucha resistencia y bastante conflicto entre la rama judicial y la rama legislativa. Por ejemplo, en Nueva Jersey, que es el Estado vecino aquí, el caso volvió a la Corte Suprema, que mantuvo la jurisdicción. Literalmente el caso ha tenido como veinticinco idas y vueltas en los últimos treinta, treinta y cinco años. Y, por fin, los actores lograron muy buenos resultados porque el tribunal fue bastante insistente. Actualmente, en Nueva Jersey, en los distritos escolares o las ciudades que son muy pobres, el gasto *per cápita* para la educación es más alto, incluso, que el promedio para los distritos de las áreas suburbanas de gente de bastantes recursos. Pero, en otros Estados, el legislativo se ha resistido y los tribunales no han hecho un seguimiento.

Actualmente se están dando situaciones muy interesantes. Le explico lo que sucedió en dos Estados en particular. En el Estado de Washington hubo una decisión muy importante en 2012. El

tribunal decidió que el sistema actual de financiación de la educación era inconstitucional y que se tenían que hacer cambios radicales. Entonces, la parte actora pidió al tribunal que exigiera cambios inmediatos y nombrara un encargado especial. Y lo que el tribunal hizo fue fijarse en la recomendación que, a su vez, había hecho un grupo especial que había nombrado el legislativo. Ese grupo recomendó un aumento de financiación que tenía que darse con incrementos graduales en un período de seis años. Entonces, el tribunal dijo '*no vamos a fijar ni una cantidad ni vamos a decir exactamente cómo se debe hacer la implementación sino lo que decida este grupo. Pero sí vamos a mantener jurisdicción en el caso, para asegurarnos que se dé continuidad al plan que se establezca*'. Y, todos los años, se ordena al legislativo que emita un reporte mostrando los progresos que están haciendo en este plan de seis años y ya vamos por los cuatro años. Y han llegado los reportes, pero, como es de esperarse, el legislativo ha hecho mucho pero no ha hecho lo que, supuestamente, tendría que haber hecho, según el plan. Entonces, el tribunal emitió un par de fallos donde han dicho, básicamente, '*ustedes no han cumplido en estos años lo que tendrían que haber cumplido, tienen que ponerse al día aquí hasta que termine el próximo período legislativo y, si no lo han hecho, consideraremos la imposición de sanciones*'. Como al cabo del siguiente período legislativo no se habían puesto al día, el tribunal les impuso sanciones. Les impuso una multa diaria de cien mil dólares, que de hecho no es una gran suma de dinero, sobre todo si se considera que estamos hablando de miles de millones de dólares. Pero se trataba de que el tribunal estuviera enviándole un mensaje al legislativo. Y ahora, la parte actora, ha expresado que no es suficiente esa sanción. Ha pedido sanciones más severas. El tribunal se pronunció al respecto y dijo que la Legislatura tiene tiempo, hasta el final del período de sesiones de 2017. Si para ese entonces no quedan satisfechos con lo actuado por el legislativo, considerarán imponer sanciones más duras. Las dos principales sanciones que han propuesto los actores son: una, que el Estado elimine todas las deducciones presupuestarias por el impuesto a la propiedad y el dinero resultante tiene que destinarse a la financiación de la educación; la otra, que la Corte califique de inconstitucional el actual sistema de financiación y que no haya más presupuesto para la educación hasta que el Estado cumpla la orden que dio el tribunal para la financiación. Esto, básicamente, quiere decir que hay que cerrar todas las escuelas. Y los actores de Washington adoptaron esta idea porque

en otro Estado —Kansas—, un tribunal ya había impuesto una sanción así. En Kansas, lugar además improbable porque es un Estado súper conservador y el Gobernador de ese Estado es el más conservador de todos los Estados Unidos. Pero el tribunal, a la vez, es uno de los tribunales más serios en la imposición de sus fallos. Hace cinco años la confrontación empezó porque un reporte, que se había emitido después de un estudio, indicó '*necesitan tantos miles de millones de dólares*', no me acuerdo la cantidad exacta, y el tribunal le dio la orden al Estado de que tenía que elevar la financiación en esa cantidad. El Estado incrementó, pero no la cantidad total. El tribunal les impuso una fecha límite y ordenó '*si para esta fecha no incrementan la cantidad total, no se puede gastar ni un centavo más en educación, hasta que ustedes cumplan con el sistema constitucional*'. El legislativo se reunió el fin de semana antes de la fecha límite del plazo e, incluso, algunos senadores propusieron una enmienda a la Constitución estatal para quitarle el poder al tribunal de decidir sobre ello. Pero, cuando todo se calmó, el legislativo tuvo que cumplir la orden del tribunal. Y eso fue hace cinco años. Este año tuvieron el mismo problema y, ahora, tanto el Gobernador como el legislativo, son mucho más conservadores.

Si no le entendí mal, en el caso de Washington, ¿los demandantes dijeron que una opción era reducir exenciones en los impuestos a la propiedad?

Sí. El dinero sobrante iría a cubrir los gastos de educación, pero el tribunal no se ha pronunciado al respecto. Fueron los dos tipos de sanciones que los demandantes propusieron al tribunal. Pero, en Kansas, la Corte sí ordenó esa sanción.

¿Modificar la ley tributaria?

No, la otra. La de cerrar las escuelas.

Muchísimas gracias, Dr. Rebell.

Dra. Claudia Marchese*

Finanzas públicas y derechos sociales en la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana**

I. Los derechos sociales en la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional Italiana

Los derechos sociales hallan el fundamento normativo primigenio en los principios fundamentales de la Constitución.[1] Principalmente, la base sobre la cual reconstruir la esencia de los derechos sociales se encuentra en la igualdad de la dignidad social reconocida por la República,

1- Para una introducción, en doctrina, al tema de los derechos sociales v. *ex multis* BISCARETTI DI RUFFIA, P., "Los derechos sociales", en *Noviss. Dig. It.*, Turín, 1968; BALDASSARRE, A., "Derechos sociales", en *Enc. jur.*, Roma, 1989; CHELI, E., "Clasificación y protección de los derechos económicos y sociales en la Constitución italiana", en *Escritos en honor a Luigi Mengoni*, Milán, 1995, 1774; LUCIANI, M., "Sobre los derechos sociales", en *La tutela de los derechos fundamentales ante las Cortes Constitucionales*, editado por R. Romboli, Turín, 1994; CARETTI, P., *Los derechos fundamentales, Libertad y derechos sociales*, II ed., Turín, 2005; PRINCIPATO, L., "Los derechos sociales en el marco de los derechos fundamentales", en *Jur. const.*, 2001; SALAZAR, C., *Del reconocimiento a la garantía de los derechos sociales*, Turín, 2000; PEZZINI, B., *La decisión sobre los derechos sociales, investigación sobre la estructura constitucional de los derechos sociales*, Turín, 2000; SCAGLIARINI, S., "Derechos sociales nuevos y derechos sociales *in fieri* en la jurisprudencia constitucional", disponible en: www.gruppodipisa.it; LANEVE, G., "La atención sobre los derechos sociales, paradigma de un tiempo", disponible en: www.federalismi.it, 2014, 12.

*** Dra. Claudia Marchese**

Dra. Claudia Marchese. Abogada. Ha conseguido el Doctorato en Derecho Público en la Universidad de Roma "Tor Vergata". Fue investigadora visitante en el CEPC del Ministerio de la Presidencia de Madrid. Ex Investigadora en el Tribunal Constitucional italiano, actualmente es investigadora en la Universidad de Nápoles "Suor Orsola Benincasa". Fue Consejera en materia legislativa en la Región Campania. Especialista en Derecho público comparado y europeo, en especial, derechos políticos y los derechos sociales.

** La versión original de este artículo *Finanza pubblica e diritti sociali nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana* fue traducida para este número por el Círculo de Traductores Asociados.

que se compromete "a remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad social y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (art. 3°, inc. II, Const.).

La doctrina mayoritaria desprende de esta norma la idea de que el Estado debe ponerse al servicio de la persona y que la protección constitucional de los derechos sociales constituye una expresión del derecho de igualdad.[2] Otra parte de la doctrina ha objetado que se correría el riesgo de privar de una digna autonomía al derecho social que se tornaría meramente funcional para alcanzar la igualdad sustancial.[3]

Esta crítica no parece estar fundada, ya que la igualdad a la que apunta la norma constitucional no es un fin en sí mismo, sino que se refiere a una igualdad de *oportunidades* inicial, necesaria para garantizar el pleno desarrollo de la persona, como individuo y en el contexto social al que pertenece.[4]

Los derechos sociales, entonces, no se agotan con la obtención de la igualdad sustancial, sino que le permiten al individuo realizarse y gozar plenamente de los derechos de libertad y de participación política.[5] De esta observación es posible intuir la importancia de los derechos *de quibus* y el nexo inescindible con los derechos de libertad respecto de los cuales estos no constituyen un *minus*.

Por lo tanto, la norma constitucional citada al inicio constituye la base sobre la cual se funda el *welfare State* (Estado de bienestar): de hecho, si bien en la Constitución italiana no se hace alguna referencia al Estado social, se generan vínculos finalísticos con el sujeto público, otorgándole la libertad de elegir los medios con los cuales perseguir la tutela de los derechos sociales.

Esta libertad de elección permite hipotetizar distintos modelos y estructurar de manera diferente la garantía de los derechos *de quibus*, según el tiempo y las circunstancias. En particular, respecto de los modelos de garantía de los derechos sociales, en un primer momento, los derechos sociales se consideraban exclusivamente situaciones jurídicas que los privados debían hacerse valer ante el sujeto público, mientras que en los años más recientes se llevó a cabo una reconstrucción según la cual estos podrían ser garantizados en alguna medida también por los sujetos privados ante la creciente

2- Sobre la protección de los derechos sociales como expresión del Principio de Igualdad, v. PINELLI, C., "Social card o del retorno de la caridad del Estado", en *Escritos en honor a Lorenza Carlassarre. El derecho constitucional como regla y límite del poder*, T. III, Nápoles, 2009, p. 1177; Id, "De los derechos sociales y de la igualdad sustancial. Vicisitudes, discursos, aprendizajes", en *En el largo camino. Una constitución a prueba de la experiencia*, Nápoles, 2012; GIORGIS, A., *La constitucionalización de los derechos de igualdad sustancial*, Nápoles, 1999; LUCIANI, M., *Sobre los derechos sociales*, cit., p. 101; RAZZANO, G., "El 'Estatuto' constitucional de los derechos sociales", disponible en: www.gruppodipisa.it; CIOLLI, I., "Los derechos sociales", en *El derecho constitucional a prueba de la crisis económica*, editado por F. Angelini-M. Benvenuti, Nápoles, 2012, según el art. 3º Const. Garantizaría un modelo de derechos sociales siempre *in fieri*.

3- Esta crítica de PERFETTI, L. R., "Los derechos sociales. Sobre los derechos fundamentales como ejercicio de la soberanía popular en relación con la autoridad", en *Der. públ.*, 1, 2013.

4- Vale la pena mencionar aquí lo afirmado por CAPOGRASSI, G., "Sobre algunas necesidades del individuo contemporáneo", en *Obras*, Milán, 1959, T. V, p. 515, según quien: "[L]a lucha por la igualdad, por la liberación de las condiciones negativas, es, en definitiva, una lucha por la libertad de las negaciones externas que impiden una vida propia del individuo: una lucha para que el mundo de las condiciones externas se convierta en un mundo propio del individuo."

5- Sobre el nexo entre derechos sociales y democracia, v. PRINCIPATO, L., *Los derechos sociales en el marco de los derechos fundamentales*, cit., p. 889; CARMELENGO, Q., *Constitución y promoción social*, Boloña, 2013; CHELI, E., *Clasificación y protección de los derechos económicos y sociales en la Constitución italiana*, cit., p. 1773.

dificultad del sujeto público para proveerlos.[6]

En relación con la medida de la garantía de los derechos sociales, es necesario resaltar cómo estos últimos son situaciones jurídicas connotadas por elasticidad. Esto significa que ante peculiares y transitorias circunstancias es posible que se genere una compresión de ellos. Esta compresión, sin embargo, no puede llegar al punto de privar de significado sustancial el reconocimiento del derecho.

De hecho, como lo afirma la jurisprudencia constitucional, los derechos sociales constituyen derechos inviolables y enajenables de la persona, aunque condicionados por la posibilidad de disponer de recursos para su relativa aplicación. Este último límite, definido como "reserva de lo posible", no es absoluto, ya que no puede menguar el contenido mínimo, o sea, el núcleo esencial del derecho. Los aspectos inherentes a la reserva de lo posible y el contenido mínimo del derecho serán profundizados sucesivamente en el presente estudio, en cuanto asumen especial relevancia ante las políticas de *austerity* (austeridad) que caracterizaron los últimos años.

Sin embargo, antes de realizar el análisis de los instrumentos empleados en la jurisprudencia constitucional más reciente, es necesario recordar cómo en su origen la Corte Constitucional tuvo un rol importante en la afirmación de los derechos sociales, al garantizar también la tutela de derechos no expresamente establecidos en la Constitución.[7] Esta tutela tuvo lugar empleando, en un primer momento, dictámenes de inconstitucionalidad con forma de sentencias aditivas de prestación y, sucesivamente, por medio de las sentencias aditivas del Principio de Garantía.[8]

El pasaje de las sentencias aditivas de prestación a aquellas aditivas de principio

6- La doctrina les reconoció un espacio a los privados al garantizar la satisfacción de los derechos sociales. RESCIGNO, G. U., "Principio de Subsidiariedad Horizontal y derechos sociales", en *Der. públ*., 5, 2002; FERRARI, E., "El Estado subsidiario: el caso de los servicios sociales", en *Der. públ*., 2002, p. 99; RAZZANO, G., "El 'Estatuto' constitucional de los derechos sociales", disponible en: www.gruppodipisa.it. En sentido crítico en relación con esa orientación, SALAZAR, C., "Crisis económica y derechos fundamentales", disponible en: www.rivistaaic.it, 13, según la cual "la concretización del Principio de Subsidiariedad horizontal mediante el favor hacia organizaciones de la sociedad civil disponibles para la asunción de obligaciones de solidaridad económica y social no puede constituir siempre y en todos los casos una respuesta adecuada para la crisis del *welfare*".

7- Sobre la relación entre gasto público y derechos sociales en la jurisprudencia constitucional v. CAIANIELLO, V., "Corte constitucional y finanzas públicas", en *Jur. it.,* 1984, IV, p. 284; ELIA, L., "Las sentencias aditivas y la más reciente jurisprudencia de la Corte constitucional", en *Escritos Crisafulli,* I, Padova, 1985, p. 320; GROSSO, E., *Sentencias constitucionales de gasto "que no cuesten",* Turín, 1991; AA.VV., "Sentencias de la Corte constitucional y art. 81", en *Actos del seminario de la Corte constitucional,* 8-9 de noviembre de 1991, Milán, 1993; COLAPIETRO, C., *La jurisprudencia constitucional en la crisis del Estado social,* Padova, 1996; PINELLI, C., "Derechos constitucionales condicionados, argumento de los recursos disponibles, Principio de Equilibrio Financiero", en *La motivación de las decisiones de la Corte constitucional,* editado por A. Ruggeri, Turín, 1994, p. 548; POLITI, F., "El 'costo' de las sentencias de la Corte constitucional en la reciente reflexión doctrinal", en *Escritos en memoria de Livio Paladin*, T. IV, Nápoles, 2004, p. 1753. Especialmente, en relación con la relevancia de la jurisprudencia constitucional en la afirmación de nuevos derechos, v. MODUGNO, F., *Los "nuevos derechos" en la jurisprudencia constitucional,* Turín, 1995; COLAPIETRO, C., "Garantía y promoción de los derechos sociales en la más reciente jurisprudencia constitucional", en Jur. it., 1995, IV, p. 113.

8- Sobre el recurso de la Corte Constitucional a las sentencias aditivas, v. ELIA, L., *Las sentencias aditivas y la más reciente jurisprudencia de la Corte constitucional*, cit., p. 320; MODUGNO, F., "Aún sobre las relaciones controvertidas entre la Corte constitucional y el Poder Legislativo", en *Jur. const.,* II, 1988; CIOLLI, I., *Los derechos sociales*, cit., p. 97; COLAPIETRO, C., *La jurisprudencia constitucional en la crisis del Estado social,* Padova, 1996; SALAZAR, C., *Del reconocimiento a la garantía* de los derechos sociales, Turín; PARODI, G., *Las sentencias aditivas de principio,* en Foro it., IV, 1998, p. 60; POLITI, F., "Efectos de una sentencia aditiva de principio (generador de mayores gastos) y juicio de razonabilidad: las exigencias de balance y la mayor imprevisión del resultado del juicio constitucional", en *Jur. const.*, 1996, p. 2198.

encuentra explicación, por un lado, en la necesidad de enfrentar económicamente a un grupo cada vez más amplio de derechos sociales y, por otro lado, en no invadir la esfera de la discrecionalidad del legislador.

La ampliación jurisprudencial del grupo de derechos sociales determinó, de hecho, en el transcurso del tiempo una dificultad del sujeto público para afrontarlos, por ello, la sucesiva jurisprudencia constitucional se orientó hacia el camino del *self-restraint* (autocontrol).

Más allá de los problemas del gasto público, la evolución jurisprudencial conlleva la exigencia de no invadir la esfera de la discrecionalidad del legislador. Como se ha dicho, la Constitución no impone un modelo unitario de garantía de los derechos sociales, lo que significa una cierta libertad de elección del legislador.

Tal discrecionalidad no es absoluta, ya que la elección legislativa, además del deber de respetar el contenido mínimo del derecho al que se refiere, debe someterse al examen de razonabilidad, como otro instrumento al cual recurre generalmente la Consulta, con el objeto de analizar la legitimidad constitucional de las normas legislativas que intervienen en materia de derechos sociales.[9]

La razonabilidad constituye un instrumento jurídico que halla su fundamento en el art. 3° de la Constitución y que permite a la Corte analizar distintos perfiles de legitimidad de la medida legislativa. Particularmente, puede permitirle a la Corte evaluar el balance realizado por el legislador entre las distintas situaciones jurídicas involucradas: por un lado, la situación jurídica que ha sido oprimida y, por otro lado, aquella a la que se le ha ofrecido mayor tutela.

Como veremos, la Corte ha declinado la razonabilidad de los derechos sociales. En los instrumentos elaborados por la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, también es necesario indicar el recurso del Principio de la Gradualidad, como aquel que impone al legislador seguir un criterio de gradualidad para reestructurar el gasto público y prever una actitud transitoria que asegure el pasaje progresivo al trato menos favorable.[10]

Como se puede inferir de estas indicaciones preliminares, son varios los instrumentos jurídicos a los cuales recurrió la Corte Constitucional Italiana en el transcurso del tiempo con el fin de garantizar la tutela de los derechos sociales.

Si en un primer momento la afirmación y la expansión de los derechos *de quibus* se generaron gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sucesivamente la Consulta se orientó hacia una óptica de *self-restraint* con el objeto de no invadir la esfera del legislador.

En los últimos años, sin embargo, el rol de la Corte Constitucional se volvió dirimente frente a las políticas de *austerity* que interesaron en modo particular a los derechos sociales. Así como sucedió también en otros ordenamientos, la jurisprudencia constitucional se convirtió en el último bastión ante la restricción de los derechos *de quibus*.

9- En argumento, v. SALAZAR, C., *Crisis económica y derechos fundamentales*, cit., p. 9, según el cual "cabe en la discrecionalidad del legislador la determinación del monto de las prestaciones sociales y de las variaciones de estas sobre la base de una racional contemplación de las exigencias […]. Discrecionalidad que esta Corte, que no posee los poderes instructorios necesarios, no puede sindicar si no emerge la manifiesta irracionalidad de los resultados que alcanzan las disposiciones impugnadas".

10- La mención al Principio de Gradualidad aparece en las sentencias Nº 356/1992; 243/1993; 240/1994; 99/1995; 205/1995; 218/1995; 416/1996; 125/1998; 30/2004. En doctrina, respecto a tal principio v. MORRONE, A., *Crisis económica e integración política en Europa*, disponible en: www.rivistaaic.it, 3, 2014, p. 13, según el cual "el criterio de gradualidad constituye una medida de legitimidad constitucional suficientemente amplia, que le otorga al legislador espacios de acción coherentes con políticas de revisionismo permanente hacia la búsqueda de lo mejor, especialmente en situaciones de crisis económica o de contención del déficit público".

II. Los derechos sociales en época de *austeridad* y la jurisprudencia constitucional más reciente

Con la Ley constitucional N° 1 de 2012, se introdujo en el ordenamiento italiano la disciplina constitucional del Presupuesto.[11] En particular, el reformado art. 81 de la Constitución, en el inciso 1º, reglamenta: "El Estado asegura el equilibrio entre los ingresos y los gastos del propio presupuesto, teniendo en consideración las fases adversas y las fases favorables del ciclo económico".

Por medio de este pronóstico, se introdujo en el ordenamiento italiano la regla del equilibro del presupuesto, en cumplimiento con el compromiso asumido con la firma del Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y Gobierno (TECG).[12] Ese tratado internacional, firmado el 2 de marzo de 2012, prevé la obligación de los Estados signatarios de introducir preferentemente en la Constitución la Regla del Equilibrio del Presupuesto, estipula también en el art. 5° un procedimiento de control específico en relación con el Estado que se reconozca en situación de *déficit* excesivo.[13] En tal caso, el Estado miembro debe

11- La Ley N° 1/2012, titulada "Introducción del Principio de Equilibrio de Balance en la Carta constitucional", ha modificado los artículos 81, cc. 1 y 6, 97, inc. 1º, y 119, inc. 1º. Sobre la introducción en la Constitución italiana del Principio de Equilibrio de Balance, v. BILANCIA, F., *Notas críticas sobre el llamado "equilibrio de balance"*, disponible en: www.rivistaaic.it, 2, 2012; CABRAS, D., *Sobre algunas menciones críticas al llamado "equilibrio de balance"*, disponible en: www.rivistaaic.it, 2, 2012; LUPO, N., *Constitución europea, equilibrio de balance y equidad entre generaciones. Notas dispersas,* disponible en: www.amministrazioneincammino.luiss.it; BRANCASI, A. *La introducción del llamado equilibrio de balance: un ejemplo de revisión apurada de la Constitución, en Marco Const.*, 1, 2012, p. 198; CIOLLI, I., *Crisis económica y vínculos de balance,* disponible en: www.gruppodipisa.it.
Para una definición a nivel de jurisprudencia constitucional del Equilibrio de Balance, v. Corte const. Sent. N° 250/2013, según la cual "el Principio del Equilibrio del Balance tiene contenidos de naturaleza sustancial: no puede limitarse al equilibrio formal del gasto y de los ingresos, mas debe extenderse a la prevención de los riesgos de desequilibrio que derivan inevitablemente del progresivo desarrollo de situaciones de deuda generadas por la inercia o por los retrasos de la Administración". Aún, v. Sent. N° 266/2013, que afirma: "El Principio del Equilibrio Tendencial del Balance es un precepto dinámico de la gestión financiera, que consiste en la búsqueda constante de un armónico y simétrico balance entre recursos disponibles y gastos necesarios para la obtención de la finalidad pública".

12- El Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y *Gobierno* en la Unión Europea lo firmaron el 2 de marzo de 2012 los siguientes Estados europeos: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Italia, Chipre, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia.

13- Al respecto, la doctrina llegó a hablar de "constitucionalización de la crisis económica" (así, A. ARROYO GIL-I. M. GIMÉNEZ SÁNCEZ, "La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia", en *Revista española de derecho constitucional*, 2013, pp. 98-149). Parte de la doctrina, además, se muestra crítica hacia una similar introducción de vínculos del balance en cuanto requeriría cancelar las diferencias y particularidades de los distintos países, cuando el mismo resultado podría alcanzarse con la aplicación de los tratados y reglamentos de la Unión (así, CIOLLI, I., *Los Países de la Eurozona y los vínculos del balance. Cuando la emergencia económica hace saltar los instrumentos normativos ordinarios,* disponible en: www.rivistaaic.it, 2012, pp. 1-47). De todas formas, es necesario advertir cómo la previsión en la Constitución del vínculo del tendencial equilibrio de balance está lejos de constituir una anomalía de las previsiones constitucionales europeas, ya que en EE.UU. treinta y cinco Estados tienen en sus Constituciones vínculos de balance. Sobre el punto, v. FABRINI, F., "El equilibrio de balance en las Constituciones europeas", en *Marco Const.*, 2, 2012, p. 434.
La Regla del Equilibrio de Balance, además, no representa una novedad absoluta, ya que el Tratado de Ámsterdam de 1997 había integrado en el Pacto de estabilidad y crecimiento el objetivo del balance a medio término de alcanzar una posición cercana al equilibrio. El Reglamento Nº 1466/97 establece que el Estado miembro "debe presentar en su programa de estabilidad o de convergencia el objetivo a medio plazo de una posición de balance cercana al equilibrio o en excedente". Dicho ello, parecería oportuno preguntarse sobre cuáles son los aspectos de novedad del llamado *Fiscal Compact*. Tales aspectos residen en los límites dentro de los cuales es posible alejarse del equilibrio de balance, que, hoy en día, son más estrictos y los Estados signatarios tienen la

realizar un programa de asociación *presupuestaria* y económica, que abarque una detallada descripción de las reformas estructurales que pretende realizar. El programa debe presentarse para su aprobación ante el Consejo y la Comisión encargados del control, teniendo en cuenta que tal procedimiento se inserta en el marco de vigilancia previsto por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.[14] Además, la mención de ese Pacto es constante, considerando que a fin de verificar si la Regla del Equilibrio de Balance se respeta, es necesario hacer referencia al objetivo de balance a medio término allí definido.

Cada Estado, por lo tanto, cuenta con plena libertad para realizar sus elecciones de política económica y particularmente de asignación de los recursos. De todas formas, cualquier decisión debe respetar los vínculos del presupuesto.[15]

Estos vínculos no son absolutos, ya que existen casos en los que no hay equilibrio en el Presupuesto. Particularmente, el art. 81 antes mencionado, en su inciso 2º, establece: "[E]l recurso del endeudamiento está permitido solo con el fin de considerar los efectos del ciclo económico y previa autorización de las Cámaras, por mayoría absoluta, de los respectivos componentes cuando se verifican casos excepcionales".

Se trata de una norma bastante rígida que ha sido interpretada como prohibición de presentar un saldo negativo entre ingresos finales y gastos finales excluidos los de naturaleza meramente financiera, como los utilizados para el reembolso de los préstamos ya adquiridos. En otros términos, por un lado, se pretende evitar el endeudamiento, cuando no es necesario a fin de renovar los préstamos ya adquiridos, y por otra parte, está expresamente permitido recurrir a ellos en situaciones excepcionales y a fin de considerar los efectos sobre el ciclo económico.

Estas dos últimas suposiciones pueden utilizarse de forma alternativa para legitimar la desviación del equilibrio: constituiría, de hecho, una postura excesivamente rígida pretender la coexistencia de situaciones excepcionales junto con la consideración de los efectos sobre el ciclo económico.[16] Además, la definición de tales situaciones remite al art. 81 inc. VI de la Const., a la adopción de una ley reforzada, acto normativo sucesivamente adoptado con la Ley N° 243/2012.

obligación de introducir ese vínculo en la normativa interna, preferentemente de rango constitucional.

14- Este último procedimiento es automáticamente superado cuando se aplican formas de control reforzadas como la de la propuesta COM (2011) 819 aplicable en caso de que los Estados miembro encuentren dificultades en términos de estabilidad financiera acordada a título precaucional. Cuando resulte aplicable este procedimiento, automáticamente caerá la aplicabilidad de los otros procedimientos de control, como la disciplina *presupuestaria*, el semestre europeo, la disciplina de los desequilibrios macroeconómicos y la normativa conforme al TECG.

15- Significativa es la observación realizada por ALLEMAND, F.-MARTUCCI, F., *La nouvelle governance economique européenne,* cit., p. 40, según la cual *"la politique budgetaire est le dernier bastion de la souveraineté"*. Sin embargo, es necesario notar que las elecciones de cada Estado resultan vinculadas a la disciplina del Semestre europeo, como procedimiento que se instaura en los primeros seis meses del año a fin de definir, con la coordinación del Consejo y de la Comisión, las políticas económicas de los Estados miembro, sea del lado de las políticas de balance, sea del lado de las reformas e intervenciones estructurales. Por lo tanto, parece que hace centro PITRUZELLA, G., *Crisis económica y decisiones de gobierno*, cit., 35, cuando afirma: "[L]as políticas públicas nacionales deben moverse en el ámbito de un cuadrilatero cuyos lados sean la lealtad de los ciudadanos, la confianza de los mercados financieros, el respeto de los vínculos europeos y el compromiso en las sedes supranacionales".

16- En este sentido, BRANCASI, A., *El principio del equilibrio de balance en Constitución,* cit.; LUCIANI, M., *Constitución, balance, derechos y deberes de los ciudadanos,* disponible en: *www.astrid-online.it/rassegna*. Sobre el argumento, es interesante la tesis de MORRONE, A., "Crisis económica y derechos. Apuntes para el Estado constitucional en Europa", en *Marco Const.*, 2014, p. 100, según el cual a la locución "eventos excepcionales" pueden atribuirse también los gastos necesarios a fin de garantizar la tutela de derechos y la cohesión social.

Como puede notarse, se trata de vínculos generales con el gasto público. Ello no quita que la necesidad de respetar el equilibrio del Presupuesto conduzca a una reestructuración del gasto público que incide en las situaciones jurídicas cuya satisfacción implica un costo para el erario, primeros entre todos, los derechos sociales.

Las disposiciones normativas adoptadas fueron de naturaleza diversa. Al respecto, es necesario precisar si el legislador italiano tuvo en cuenta la perspectiva de la racionalización del gasto o la de la introducción de recortes indiscriminados.

De hecho, si bien las reducciones del gasto público tuvieron un rol preponderante, existen casos en los cuales se implementaron planes de vivienda pública residencial o se destinaron fondos al transporte público local. Es necesario, entonces, ser particularmente cautos y evitar generalizaciones.

No obstante ello, con el objeto de desarrollar un panorama de las medidas que intervinieron en sentido restrictivo en materia de derechos sociales es posible mencionar la reorganización del régimen económico del personal empleado en la Administración pública, consistente en bloques de mecanismos de adecuación retributiva, en bloques de automatismos salariales, en límites impuestos a la Administración pública para proceder a la contratación por tiempo determinado y en la estipulación de contratos de colaboración coordinada y continua, como en restricciones al gasto por los contratos de formación-trabajo. El sector sanitario también fue alcanzado por procedimientos de reforma, con la introducción de formas de coparticipación en el costo de las prestaciones sanitarias y más en general, reducciones de las asignaciones por el ejercicio de funciones atribuidas a los organismos territoriales.

Como puede notarse, se trató principalmente de intervenciones que incidieron en varios perfiles del régimen económico-retributivo de los trabajadores; sin embargo, medidas normativas similares tuvieron diferente incidencia, según las categorías profesionales interesadas. De hecho, allí donde la Corte Constitucional se ha expedido sobre una normativa similar, ha realizado varias evaluaciones también sobre la especificidad de la categoría involucrada.

La intervención de la justicia constitucional se reveló dirimente, sobre todo a fin de individualizar los niveles más allá de los cuales no es posible operar compresión de los derechos sociales, y de afrontar distintos perfiles inherentes a la relación entre las finanzas públicas y los derechos sociales. Ello dependió también de la tipología de juicio de legitimidad constitucional instaurado.

Al respecto, es necesario recordar cómo en los juicios de legitimidad constitucional el parámetro utilizado en la mayoría de los casos se ha definido de manera restringida si el juicio fue iniciado por una región. En este tipo de juicios, que tienen por objeto una ley estatal o regional, las regiones solo pueden invocar la lesión a la asignación de competencias legislativas, según el art. 117 de la Const., a menos que la región recurrente no demuestre que el parámetro distinto invocado afecta la asignación de competencias.[17]

Contrariamente, en los juicios iniciados por el Estado por una ley regional puede denunciarse cualquier vicio de legitimidad constitucional.

Respecto de las normas legislativas en las que se relacionan las finanzas públicas con los derechos sociales se registra una prevalencia

17- Resulta interesante señalar cómo en esporádicos casos los recursos introductorios presentados por las regiones intentaron ampliar los parámetros invocados en el art. 3º de la Const., v. Corte const., sent. N° 151/2012 y 215/2012. Quejas que la Corte Constitucional, en deferencia con la propia tradición jurisprudencial, declaró inadmisibles.

de juicios iniciados por las regiones contra el Estado; por lo tanto, las decisiones de la Corte recaen, principalmente, en la esfera de la asignación de competencias.

Distinta es la situación en los juicios iniciados por vía incidental. En ellos, el análisis de la Corte es más amplio y puede tomarse como parámetro cualquier disposición de la Constitución o de las leyes constitucionales.

En esos juicios adquieren especial importancia los argumentos desarrollados por la Corte basados en el Principio de Razonabilidad, ya mencionado.

Luego de haber analizado la diversidad de juicios y de argumentos desarrollados por la Corte, a continuación será objeto de análisis, por un lado, la jurisprudencia que se ha formado en los juicios por vía principal y, por el otro, aquella surgida por vía incidental.

III. El juicio por vía principal

Como se ha resaltado, los juicios de legitimidad constitucional por vía principal presentan como objeto privilegiado el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las regiones, sin perjuicio de que cuando son promovidos por el Estado puedan adquirir un alcance más amplio.[18]

Por lo tanto, tomando en consideración la relación entre finanzas públicas y derechos sociales, en el ámbito de los juicios promovidos por vía principal se tratará de verificar, en primer lugar, el alcance de la competencia legislativa entre el Estado y las regiones y, en segundo lugar, pero solo, eventualmente, los límites a la competencia de los derechos sociales. Este último aspecto adquiere una relevancia central en los juicios de legitimidad constitucional por vía incidental.

Teniendo en cuenta esto, la mayor parte de los juicios por vía principal se han enfocado en la "coordinación de finanzas públicas".[19] Esta materia forma parte de aquellas en las que el art. 117 inciso 3º de la Const. atribuye a la competencia concurrente del Estado y de las regiones. Principalmente, al Estado le corresponde la definición de las normas de principio, mientras que a las regiones les corresponde dictar las normas de detalle. Sobre la base de estas coordenadas, se plantean dos tipos de problemas: por un lado, verificar cuáles objetos se atribuyen a la competencia material inherente a la coordinación de las finanzas públicas y, por otro lado, trazar el límite entre normas de principio y normas de detalle.

Comenzando por el primer aspecto, es importante definir cuáles son los objetos atribuibles a la materia de coordinación de finanza pública, ya que en el caso de que determinados objetos no fueran atribuibles a esta, tendrían relevancia otras materias legislativas.

18- Es necesario, de hecho, recordar cómo respecto de la relación entre finanzas públicas y derechos sociales la mayor parte de los recursos por vía principal fueron instaurados por las regiones y que cuando fueron instaurados por el Estado tuvieron por objeto privilegiado a la distribución de competencias legislativas. Particularmente, es posible hacer referencia a la sentencia N° 221/2013, mediante la cual se decidió la cuestión de legitimidad constitucional elevada por el Estado respecto de la Ley financiera 2011 adoptada por la Provincia Autónoma de Bolzano por violación de los principios generales de coordinación de las finanzas públicas propuestos por el D.l. N° 78/2012. Problemáticas análogas surgieron en relación con la contención del gasto público sanitario y al sobrecosto de los planes de retorno del déficit por parte de algunas regiones. Sobre el punto, V. Corte const., sent. N° 163/2011; 91/2012 y 180/2013.

19- Para una reconstrucción sistemática de esa materia, v. DI FOLCO, M., "Coordinación de las finanzas públicas", en *Las materias de competencia legislativa regional*, editado por G. Guzzetta, F. S. Marini, D. Morana, Nápoles, 2014.

Las relaciones entre materias legislativas se mezclan, de hecho, para generar un delicado sistema de tramas e interrelaciones, no siempre sujetos a la misma interpretación.

La mayoría de los problemas que surgen de la disciplina inherente al gasto público en materia de derechos sociales y las normas relativas a la competencia en materia de "coordinación de finanza pública" provienen de los bloques del régimen económico-retributivos de los empleados de la Administración pública.

Mediante esta disciplina estatal, surgieron varias cuestiones de legitimidad constitucional por parte de las regiones, alegando la presunta lesión de las propias competencias legislativas residuales, según el art. 117 inciso 4º de la Const., en materia de "organización interna y del personal", además de "autonomía organizativa y financiera de las regiones y de los organismos locales".[20]

En particular, las regiones reclamaron la lesión de la propia competencia legislativa en materia de "organización interna y del personal" respecto de la disciplina estatal sobre reducción de gastos, además de los límites impuestos por la ley estatal a la posibilidad de valerse de personal por tiempo determinado o por convenios o contratos de colaboración coordinada y continuada.[21] Otra cuestión concierne a quienes ejercen cargos directivos regionales acerca de la posibilidad de percibir ulteriores retribuciones que deriven del cumplimiento de cargos complementarios.

La Corte juzgó a estas cuestiones como infundadas, ya que disposiciones similares serían atribuibles a los principios fundamentales de coordinación de finanzas públicas. La Consulta reiteró la constante orientación, según la cual: "Normas estatales que fijan límites al gasto de las regiones y a los entes locales pueden calificarse de principios fundamentales de coordinación de finanzas públicas con la siguiente doble condición: en primer lugar, que se limiten a plantear objetivos de reequilibrio de esta, entendidos en el sentido de una transitoria restricción total, aunque no general, del gasto corriente; en segundo lugar, que no prevean de manera exhaustiva instrumentos o modalidades tendientes a perseguir los objetivos anteriormente mencionados".[22]

Planteada esta definición de los principios en materia de coordinación de finanzas públicas, desde la sucesiva jurisprudencia constitucional, se le atribuyó a la competencia estatal la contratación de personal y el régimen de mantenimiento del servicio, además de los límites impuestos al trato económico global y al accesorio.[23]

La jurisprudencia constitucional manifestó una tendencia hacia una amplia reconstrucción de la competencia legislativa estatal que la del "ordenamiento civil" a la que se recondujeron

20- También surgen casos en los que las regiones lamentaron la lesión del propio poder para determinar los ingresos del erario tributario cobrados en el territorio de la región (v. Corte const. sent. N° 241/2012).

21- La primera cuestión de legitimidad constitucional se resolvió mediante la sentencia N° 151/2012; la segunda, mediante la sentencia N° 173/2012.

22- Así, Corte const. sent. N° 120/2008; 289/2008; 139/2009; 237/2009; 205/2013; 250/2015.

23- A tal jurisprudencia se debe la sentencia de la Corte Constitucional N° 153/2015 en la que afirma: "El gasto para el personal constituye un importante agregado del gasto por parte corriente, por lo que normas dirigidas a su contención constituyen legítima expresión de la competencia legislativa reservada al Estado por el art. 117 inciso 3º de la Const. De determinación de los principios fundamentales en la materia de coordinación de las finanzas públicas. Tal coordinación puede realizarse también a través de normas financieras que no se limiten a poner un objetivo de reequilibrio de las finanzas públicas, mas prescriben las modalidades específicas para su obtención". Sobre la configuración de las normas que ponen límites a cada voz del *gastSulla configurazione delle norme che pongono* lo relativo al personal como principio fundamental de coordinación financiera, v. Corte const. sent. N° 23/2014 y 61/2014.

medidas legislativas estatales vinculadas con las condiciones retributivas-previsionales.

Especialmente, la Consulta dispuso para esta materia las normas que imponen un límite máximo a los aumentos retributivos que pueden ser establecidos por la contratación colectiva en sede de renovación y aquellas inherentes a las contrataciones por parte de sociedades participadas por la Administración pública.[24]

Existe una situación delicada en el nexo entre las materias "coordinación de las finanzas públicas" y "tutela de la salud". La relación problemática entre tales materias legislativas respecto de las previsiones estatales que introdujeron formas de coparticipación a costa de las prestaciones sanitarias. Frente a tal normativa, considerada de detalle, algunas regiones italianas plantearon cuestiones de legitimidad constitucional al denunciar la presunta lesión, por un lado, de la materia de competencia legislativa concurrente "tutela de la salud" y de "coordinación de las finanzas públicas", y por otro lado, la incisión sobre la autonomía financiera de las regiones.

La Corte consideró la cuestión de legitimidad como infundada, debido a que se trata de previsiones que implican a los principios generales en los que el legislador estatal es quien tiene competencia.[25]

Con esa jurisprudencia, la Corte legitimó al legislador estatal con una atribución de competencias particularmente amplia, hasta tal punto que, en la doctrina, algunos han destacado cómo la contingencia de la crisis económica determinó la concentración de competencias en cabeza del Estado.[26] Si esta afirmación es cierta, también es cierto que el argumento de la crisis económica, considerado aisladamente, no puede por sí mismo justificar una determinada asignación.

Tomando las palabras de la Corte: El Estado no tiene "el poder para derogar la distribución de competencias establecida por el Título V de la Parte II de la Constitución, ni siquiera en situaciones excepcionales. En particular, el principio de *salus rei publicae suprema lex* no puede ser invocado a fin de sostener las garantías de autonomía de los entes territoriales establecidos por la Constitución. El Estado, por lo tanto, debe enfrentar la emergencia financiera estableciendo soluciones que estén permitidas por el ordenamiento constitucional".[27]

Por lo tanto, recomponiendo lo establecido por la Corte y lo observado por la doctrina, es posible notar una interpretación extensiva de algunas competencias, sin perjuicio que debe siempre subsistir una cobertura constitucional,

24- V. Corte const. sent. N° 173/2012.

25- Sent. N° 241/2012. En el mismo sentido, se colocan las resoluciones mediante las cuales la Corte afirmó que la autonomía legislativa de las regiones en el sector de la tutela de la salud y en el ámbito de la gestión del servicio sanitario puede hallar límites a la luz de los objetivos de finanzas públicas y de restricción del gasto (Corte const., sent. N° 52/2010; 163/2011; 91/2012; 180/2013; 125/2015). La Corte pronunció, asimismo, la legitimidad de la reducción de los márgenes de autonomía financiera y organizativa de la región, también en el ámbito sanitario, en caso de transgresión de obligaciones tendientes a garantizar la retención de las finanzas públicas (v. Corte const. sent. N° 219/2013; 46/2015 y 82/2015).

26- En doctrina, v. CIOLLI, I., *Los derechos sociales* cit., p. 104; BENVENUTI, M., *Corte constitucional*, en *El derecho constitucional a prueba de la crisis económica*, editado por F. Angelini y M. Benvenuti, Nápoles, 2012, p. 394, según el cual la crisis económica en práctica habría legitimado una lectura dinámica de la distribución de competencias entre el Estado y las regiones; SAITTO, F., "Cuando la exigencia de tutela de la dignidad se basa en la emergencia económica, la competencia estatal", en *Jur. const.*, 1, 2010, p. 182.

27- Corte const. sent. Nº 151/2012. Es necesario recordar cómo la emergencia financiera puede legitimar el alejamiento del principio del acuerdo entre el Estado y las regiones a fin de definir los principios de coordinación de las finanzas públicas (v. Corte const. sent. Nº 193/2012; 39/2013; 23/2014; 89/2014; 46/2015; 238/2015; 250/2015 e 263/2015).

que la Consulta cree posible una compresión de los derechos sociales por razones de finanzas públicas solo en caso excepcional, y siempre y cuando la reducción de los recursos no imposibilite el desarrollo de las funciones atribuidas a los organismos territoriales.[28]

IV. El juicio por vía incidental

Los análisis esbozados por la Corte Constitucional respecto de la relación entre gasto público y derechos sociales resultan mayormente relevantes en relación con los juicios de legitimidad constitucional por vía incidental. En tales juicios, de hecho, la Corte tuvo ocasión de detenerse sobre una pluralidad de parámetros constitucionales invocados, delineando así las coordenadas dentro las cuales es posible imponer un sacrificio de los derechos *de quibus*.

En los juicios por vía incidental, asume un rol primario el parámetro del art. 3º de la Const. Este parámetro fue evocado en duplicidad de acciones: en algunos casos, se recurrió al instrumento del *tertium comparationis*, mientras que, en otros casos, la Corte ejerció un control sobre la razonabilidad de la norma cuya legitimidad estaba en duda.

Comenzando por la utilización del *tertium comparationis*, es necesario decir que las imputaciones inherentes al parámetro en cuestión fueron poco aceptadas por la Corte. Particularmente, la aplicación de este principio se solicitó a fin de comparar los recortes normativamente impuestos sobre el régimen económico-retributivo de varias categorías profesionales. Al respecto, la Corte resaltó cómo es posible realizar un razonamiento válido universalmente para las distintas categorías profesionales, existiendo con frecuencia perfiles que no permiten considerarlas asimilables.

Por ende, ante la imposibilidad de comparar las distintas situaciones en razón de su peculiaridad, el *tertium comparationis* no es aplicable. Para comprender tal mecanismo, es suficiente ilustrar la cuestión que concierne a los bloques retributivos de los magistrados y la reducción de la indemnización adicional especial que les compete.

El régimen jurídico inherente a esta categoría profesional está destinado a satisfacer exigencias especiales de independencia y de imparcialidad que no existen en relación con otras categorías profesionales. Por tales motivos, según el recorte del régimen económico retributivo dispuesto respecto de los magistrados, no es aplicable el criterio del *tertium comparationis*.

Este es también un motivo por el cual, respecto del recorte del régimen económico retributivo de los magistrados, la Corte consideró autónomos a los perfiles de ilegitimidad constitucional que no se hallan en relación con otras categorías profesionales.[29]

Más específico es el razonamiento desarrollado por la Corte utilizando el parámetro de la razonabilidad. Este parámetro es explicitado por la Corte, en dos distintas acepciones: en la primera, la Corte recurrió a una declinación en sentido temporal; en la segunda, utilizó la razonabilidad a fin de analizar el equilibrio desarrollado por el legislador entre las distintas situaciones jurídicas implicadas.[30]

28- Sobre la necesidad de que la reducción de recursos, a fin de ser constitucionalmente legítima, no determine la imposibilidad para las regiones y las provincias de desarrollar las funciones que les fueron asignadas, v. Corte const. N° 188/2015. Especialmente, sobre el Principio de Continuidad de los Servicios de Relevancia Social, v. Corte const. sent. Nº 10/2016.

29- V. sent. Nº 223/2012.

30- Sobre el constante apoyo de la jurisprudencia

Comencemos por el primer uso de la razonabilidad, intentando ilustrar la razón por la cual se habló de un enfoque "temporal". Con esta expresión, se pretende hacer referencia al análisis intrínseco de razonabilidad desarrollado por la Corte Constitucional acerca de las medidas restrictivas concernientes a los derechos sociales.

Especialmente, se hace referencia a los casos en los cuales la Corte llegó a considerar razonables las medidas en cuestión sobre la base de su carácter excepcional, transitorio, no arbitrario y temporalmente limitado.[31] En este caso, surge el carácter de la elasticidad de los derechos sociales, al cual ya hemos hecho referencia, que legitima las compresiones en razón de circunstancias especiales.

Compresiones similares, para poder ser legítimas, además de no ser arbitrarias, deben ser temporalmente limitadas y estar relacionadas a situaciones excepcionales. Por ese motivo, se consideró hacer referencia a un declino temporal de la razonabilidad: la medida restrictiva es legítima dentro de los límites que no perpetúen en el tiempo una compresión.

Vale la pena retomar las exactas palabras de la Corte: "La restricción y la racionalización del gasto público, a través de las cuales se puede emprender una política de reequilibrio del balance, implican grandes sacrificios, como los examinados, que encuentran justificación en la situación de crisis económica. Especialmente, respecto de las necesarias actuales perspectivas plurianuales del ciclo de balance, tales sacrificios no pueden afectar a períodos seguramente definidos, pero más largos de los que se tomaron en consideración en las sentencias emitidas por esta Corte acerca de la maniobra económica de 1992".[32]

Como puede denotarse, la Corte establece límites temporales bien precisos, considerando también a la propia jurisprudencia vinculada con los comienzos de los años 90 como otro período difícil para las finanzas públicas.

La razonabilidad asume otro valor cuando la Corte la emplea como criterio de armonización entre la persecución de los vínculos de balance y el amparo de los derechos sociales. Este equilibrio no se genera entre magnitudes económicas y derechos fundamentales, ya que se trataría de un equilibrio no homogéneo y, por lo tanto, imposible, sino entre principios del balance y los derechos.[33]

Se trata, por lo tanto, de situaciones jurídicas que tienen igual rango constitucional y sobre

constitucional sobre el Principio de la Razonabilidad a fin de disciplinar la relación entre derechos sociales y recursos financieros. MORRONE, A., *Crisis económica y derechos. Apuntes para el Estado constitucional en Europa,* cit., p. 90.

31- Así, Corte const. sent. Nº 245/1997; 299/1999; 223/2012; 310/2012; 304/2013; 178/2015, sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de la normativa tendiente a determinar una estabilización, por medio de prórrogas, del régimen de bloqueo de los procedimientos de contratación económica.

32- Corte const., sent. Nº 310/2013.

33- En doctrina, se hallan posiciones distintas respecto de la posibilidad de configurar un equilibrio similar. En sentido favorable, para todos, v. MORRONE, A., *Crisis económica y derechos. Apuntes para un Estado constitucional en Europa,* cit., p. 90. *Contra,* BIN, R., *Derechos y argumentos. El equilibrio de los intereses en la jurisprudencia constitucional*, Milán, 1992, p. 109; PINELLI, C., "Derechos sociales condicionados, argumento de los recursos disponibles, Principio de Equilibrio Financiero", en *En el largo caminar. Una Constitución a prueba de la experiencia*, editado por C. Pinelli, Nápoles, 2012; GABRIELE, F., "Derechos sociales, unidad nacional y recursos (in)disponibles", disponible en: www.rivistaaic.it, 2013, 3, p. 16.
Sobre la naturaleza jurídica vinculante de los Principios del Balance, v. en la jurisprudencia constitucional las sents. Nº 70/2012; 115/2012 y 192/2012, según las cuales el art. 81 Const. expresa los "principios constitucionales de la correcta cobertura del gasto y de la tutela de los equilibrios de balance", así como "una verdadera cláusula general capaz de atacar todos los enunciados normativos causa de efectos perturbadores para la gestión financiera contable". Especialmente, sobre la codificación de los principios contables, v. Corte const. sent. Nº 309/2012.

las cuales se puede ejercer ponderación, sin perjuicio del límite de la discrecionalidad del legislador. En el análisis del equilibrio operado por el legislador, la Corte dispuso el límite absoluto a la compresión de los derechos sociales en el llamado núcleo esencial del derecho, es decir, en el contenido mínimo del derecho.[34]

El empleo de fórmulas similares da lugar a dificultades e incertezas interpretativas, ya que la ausencia de adecuadas bases normativas le permite al intérprete arribar a conclusiones muy distintas. Sin embargo, es necesario resaltar que son frecuentes las fórmulas análogas utilizadas en la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales de otros países europeos, los cuales han preferido referirse al concepto de "mínimo vital" como límite a la compresibilidad de situaciones jurídicas fundamentales.

Con respecto a la jurisprudencia constitucional italiana, en cambio, es posible notar cómo en diferentes sentencias, esta recurrió a niveles esenciales de las prestaciones determinadas por la vía legislativa a fin de definir el llamado contenido mínimo del derecho o núcleo esencial del derecho.[35] Ello sucedió especialmente en el sector de la salud.[36]

Una práctica de este estilo presenta ribetes tanto positivos como negativos. Respecto del lado positivo, se puede constatar cómo en tal caso existe una base normativa para individualizar el contenido mínimo del derecho.

En cuanto al lado negativo, es fácil constatar que son escasas las determinaciones normativas de los niveles esenciales de las prestaciones y que son siempre susceptibles a ser derogadas *in pejus*. En particular, no se le podría atribuir a una norma de rango legislativo la individuación del contenido esencial de un derecho fundamental sancionado en la Constitución.

No obstante las observaciones críticas, es posible obtener una indicación tendiente a valorar los niveles esenciales de las prestaciones en el art. 5º de la Ley N° 243/2012, que disciplina la intervención sustitutiva estatal cuando a nivel regional no se logra garantizar la erogación de los niveles esenciales de las prestaciones inherentes a los derechos sociales. Esta indicación no es de interés menor, dado que, precisamente, el cumplimiento de la disciplina conforme al art. 81 de la Const. se remite a la Ley N° 243/2012.

Con respecto a los juicios por vía incidental, además es necesario acentuar cómo la Corte le atribuyó gran importancia al principio solidarístico, como principio que legitima la igual distribución entre los ciudadanos del sacrificio de los derechos sociales en función de un interés

34- Entre las sentencias en las cuales aparece la referencia al núcleo esencial del derecho, v. la sentencia Nº 10/2010 y 70/2015. En doctrina, ONIDA, V., "Igualdad y derechos sociales", en *Corte constitucional y Principio de Igualdad*, Padova, 2001, p. 101; Morrone, A., *Crisis económica y derechos. Apuntes para el Estado constitucional en Europa,* cit., p. 91; SALAZAR, C., *Crisis económica y derechos fundamentales,* cit., p. 10, según el cual se trata de un concepto que podría definirse como "el umbral por debajo del cual la programación política y la gestión administrativa de los derechos no pueden bajar sin caer en la patología constitucional, quedando en abstracto posible que la concreción del derecho se eleve".

35- Sobre los niveles esenciales de las prestaciones, v. LUCIANI, M., "Los derechos constitucionales entre Estado y Región (a propósito del art. 117, inciso 2, let. m Const.)", en *Der. públ.*, 2002, p. 887; ANZON DEMMING, A., "Potestad legislativa regional residual y niveles esenciales de las prestaciones", en *Jur. const.*, 2010, p. 155; TRUCCO, L., "Los niveles esenciales de las prestaciones y la sustentabilidad financiera de los derechos sociales", disponible en: www.gruppodipisa.it; D'ALOIA, A., *Derecho y Estado autonomista. El modelo de los niveles esenciales de las prestaciones,* en *Las Regiones,* VI, 2003; RUGGERI, A., *"Niveles esenciales" de las prestaciones inherentes a los derechos y redefinición de las esferas de competencia de Estado y Regiones en situaciones de emergencia económica,* disponible en: www.giurcost, 2010.

36- V. Corte const., sent. Nº 187/2012 y 222/2013. Para una profundización en doctrina, v. CAVASINO, E., *La flexibilidad del derecho a la salud,* Nápoles, 2012; MORANA, D., *La salud como derecho constitucional. Lecciones,* Turín, 2014; MINNI, F.-MORRONE, A., *"*El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana*"*, disponible en: www.rivistaaic.it.

colectivo superior, siempre con la condición de que el sacrificio esté limitado en el tiempo.[37]

Esta referencia al Principio Solidarístico la realiza la Corte también en una óptica de responsabilización de la colectividad, sin que ello implique que la colectividad eluda la responsabilidad del sujeto público. En la misma dirección se mueven las orientaciones doctrinarias que resaltan la posibilidad de recurrir a la subsidiariedad horizontal también en relación con la erogación de las prestaciones tendientes a satisfacer los derechos sociales.

V. Un análisis comparativo entre los instrumentos jurídicos de la Corte Constitucional Italiana y aquellos de los otros Tribunales constitucionales europeos

Del análisis desarrollado hasta aquí, surge cómo la definición de vínculos de Presupuesto más detallada respecto al pasado, la constitucionalización del equilibrio de balance, conjuntamente al escenario de la crisis económica, han determinado un cierto activismo de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos sociales.

En particular, este contexto determinó una redefinición a nivel interpretativo del orden de competencias legislativas o, mejor, condujo a una interpretación más amplia de las competencias estatales en determinadas materias y especialmente por lo que respecta a los principios de coordinación de las finanzas públicas.

La reconstrucción de manera más amplia de la esfera legislativa estatal le garantizó al Estado mayor margen de intervención en relación con el gasto público. Como se ha dicho, sin embargo, las intervenciones legislativas no se movieron exclusivamente para operar cortes indiscriminados, mas generaron procesos de racionalización y, en algunos casos, también de inversiones.

Entrando en el ámbito de las restricciones aplicadas a los derechos sociales, la Corte utilizó el Principio de Razonabilidad, además de recurrir al *tertium comparationis* y de retomar el Principio Solidarístico.

El criterio de razonabilidad se utilizó tanto para evaluar a nivel intrínseco la medida legislativa como para considerar el equilibrio operado por el legislador. Al realizar esa evaluación, la Corte individuó como reparo absoluto al núcleo esencial del derecho.

Ya se mencionaron las dificultades interpretativas y aplicativas que genera una expresión de este tipo. Ahora, es necesario verificar si en la jurisprudencia constitucional de los demás Estados europeos se adoptaron soluciones análogas.[38] En particular, es posible constatar cómo en las jurisprudencias portuguesa, alemana y griega se hace referencia al mínimo vital como límite a la compresibilidad de los derechos sociales.

Se trata de un concepto muy distinto respecto del núcleo esencial del derecho, sin considerar que fue reconstruido de manera

37- El Principio Solidarístico, como forma de legitimación de los sacrificios impuestos, invocado por las sentencias Nº 223/2012; 241/2012, 116/2013; 178/2015.

38- Para un examen comparativo de la jurisprudencia constitucional v. ABBIATE, T., "Las cortes y la crisis: la jurisprudencia de los PIIGS", en *Der. públ. comp. y europeo*, 2014, Nº 1; BRANCATI, B., "Decidir sobre la crisis: las Cortes y la atribución de los recursos en tiempos de 'austeridad'", disponible en: federalismi.it, N° 16/2015; COCCHI, S., "Constitutional courts in the age of crisis. A look at the European Mediterranean area", disponible en: federalismi.it, Nº 21/2014; FASONE, C., "Constitucional courtsfacing the euro crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative perspective", en *EUI working paper*, 2014, V. 25, p. 14; AYMERICH CANO, C., "El control constitucional de las políticas de austeridad en Portugal y en España", en *Revista española de Derecho Administrativo*, 2015, abril-junio, p. 299.

diferente, según el órgano jurisdiccional al cual se remite.

En relación con la jurisprudencia constitucional sobre las medidas anticrisis, es posible evidenciar que las decisiones más incisivas fueron las que adoptó el Tribunal constitucional portugués.

De hecho, en un primer momento, el Tribunal constitucional portugués, mediante la decisión N° 396/2011, declaró infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional planteadas por un grupo de diputados de la Asamblea de la República sobre la Ley de Balance para 2011.

Las primeras sentencias, en ese sentido, son la Acordada N° 353/2012 y la N° 187/2013. Con la primera sentencia, el Tribunal se pronunció acerca de la suspensión de pago del medio aguinaldo y aguinaldo de los empleados públicos conforme a lo previsto por la Ley de Balance de 2012, mientras que con la segunda sentencia el Tribunal decidió diferentes recursos inherentes a la Ley de Balance para 2013 en la parte en que establecía la reducción de las retribuciones superiores a 1.500 euros para los empleados públicos, la suspensión total o parcial del pago de las vacaciones a los empleados de la Administración pública y la suspensión del pago del 90% de las vacaciones o de cualquier prestación correspondiente al aguinaldo para los jubilados.[39]

El Tribunal constitucional portugués consideró que, en ambas sentencias, las medidas adoptadas por el legislador violaban los cánones de proporcionalidad y razonabilidad, ya que imponían un sacrificio injustificado para los trabajadores del sector público generando disparidad de trato respecto de los trabajadores del sector privado.[40]

En particular, la Corte toma como base la evaluación de proporcionalidad de las medidas adoptadas para llegar a afirmar que estas imponen un trato lesivo del mínimo vital y, por lo tanto, de la dignidad humana.[41] El Tribunal afirmó, además, de acuerdo con lo realizado por la Corte Constitucional Italiana, que medidas restrictivas son admisibles siempre que sean

39- Tales resoluciones fueron seguidas por la Acordada Nº 862/2013, mediante la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de la reducción del 10% de las jubilaciones de monto superior a los 600 euros.

40- Para un comentario de ambas decisiones, v. ABBIATE, T., "Las Cortes costitucionales ante la crisis financiera: una solución de compromiso del Tribunal constitucional portugués", en *Marco const.*, 2013, p. 146; Id, *El Tribunal constitucional portugués en tiempos de crisis: una nueva disciplina en materia de balance,* 2013, p. 438; MONTEIRO FERNANDES, A., "La austeridad y la igualdad proporcional. Una sentencia de la Corte constitucional portuguesa", en *Trabajo y derecho,* 2013, p. 339; COCCHI, S., "Constitutional courts in the age of crisis. A look at the European Mediterranean area", en *federalismi.it,* n. 21/2014. Con respecto a la sentencia Nº 353/2012 es necesario resaltar otra particularidad: en dicha resolución el Tribunal portugués estructura en el tiempo los efectos de la declaratoria de ilegitimidad constitucional, puesto que las medidas declaradas inconstitucionales fueron adoptadas en aplicación de los compromisos asumidos con la Troika y la anulación de tales medidas *ex tunc* hubiera podido comprometer el cumplimiento de los objetivos del balance relacionados con la percepción de la financiación externa. Por lo tanto, a la luz de semejante análisis, el Tribunal constitucional decidió diferir los efectos de la declaración de ilegitimidad. A la luz de semejante importancia, emerge cómo la decisión en examen fue importante, no solo a fin de identificar los límites a la posibilidad de adoptar medidas restrictivas, sino también en relación con las técnicas procesales adoptadas de reestructuración de los efectos al tiempo de la sentencia.

41- Resultan interesantes las consideraciones desarrolladas por parte de la doctrina, según la cual, en las resoluciones en cuestión se comparan dos concepciones del constitucionalismo: por un lado, el "constitucionalismo del estado de excepción", que les permitiría a las Cortes constitucionales alejarse de la propia jurisprudencia a fin de adecuar el cumplimiento del Principio de Legalidad con las exigencias impuestas por el marco internacional y económico y, por otro lado, el constitucionalismo tradicional, basado en el cumplimiento del Principio de Igualdad, de Proporcionalidad y del legítima garantía (esta reconstrucción se debe a COCCHI, S., "Constitutional courts in the age of crisis. A look at the European Mediterranean area", cit., p. 16).

contingentes y temporalmente delimitadas.

La jurisprudencia sucesiva confirmó esa orientación. Especialmente, con las sentencias Nº 863/2013, 574/2014, 413/2014 y 194/2015, el Tribunal constitucional portugués declaró, respectivamente, la ilegitimidad constitucional por violación del criterio de proporcionalidad de las modificaciones aportadas a la modalidad de cálculo de las horas para definir el monto de la jubilación asignada, de las medidas de *austeridad* establecidas por la Ley de Balance para 2015, de la disciplina de revisión de cálculo de las pensiones de reversibilidad y, finalmente, de la norma prevista por la Ley de Balance de 2011, que reglamenta una prohibición general de adopción de actos idóneos a determinar un aumento de los pagos vinculados con la duración del servicio prestado en empresas controladas, aunque sea solo en parte por el Estado.[42]

Además de los análisis de proporcionalidad y razonabilidad, el Tribunal confirma su decisión de acuerdo con las medidas restrictivas solo temporarias y con las de carácter permanente. Con respecto a las primeras, la Corte portuguesa confirmó su legitimidad con la sentencia Nº 572/2014, que tiene por objeto una contribución impuesta de solidaridad sobre los jubilados. En relación con las segundas, con sentencia Nº 575/2014, el Tribunal constitucional declaró la ilegitimidad constitucional de la normativa que introducía una contribución de solidaridad permanente impuesta a partir de 2015.

Las declaraciones de ilegitimidad constitucional por parte del Tribunal portugués no fueron aisladas, puesto que la jurisprudencia griega se basó en los mismos principios, alcanza con mencionar las decisiones del Consejo del Estado griego Nº 464/2013 y Nº 602/2013, respectivamente, concernientes a la reforma de la disciplina del cese de relación laboral con la Administración pública y la contractualización de la relación laboral de los funcionarios públicos, y el juicio emitido el 30 de octubre 2012 por el Tribunal de Cuentas griego respecto de la reforma del sistema jubilatorio.

El Consejo del Estado en las mencionadas sentencias, dictaminando sobre las medidas del gobierno helénico de recorte al gasto público, confirmó la jurisprudencia según la cual se admiten medidas limitativas de los derechos sociales porque están justificadas por el delicado contexto económico y tienen naturaleza temporaria.

Más incisiva es la sentencia Nº 1972/2012 mediante la cual el Consejo del Estado griego declaró la ilegitimidad constitucional de la previsión sancionadora de la interrupción del suministro de energía eléctrica ante la falta de pago del servicio, por considerarla una sanción irracional y contraria al derecho al mínimo vital. Con decisiones análogas, el Consejo del Estado declaró, luego, incompatibles con la Constitución griega los recortes a los salarios y a las jubilaciones de los oficiales de policía.[43]

En la misma óptica, se coloca el juicio emitido por el Tribunal de Cuentas griego respecto de la reforma del sistema jubilatorio. La Corte,

42- Para un detallado examen de la jurisprudencia del Tribunal portugués, v. IANNELLA, M., "Condicionalidad y derechos sociales: sugerencias sobre el caso portugués", en *Der. soc.*, 1, 2016, p. 107; CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R., "Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitucional case law", en *European Constitucional Law Review,* 11, 2015, p. 155; Orrù, R., "Crisis económica y responsabilidad de los jueces constitucionales: reflexiones sobre el caso portugués", en *Der. públ. comp. eur.*, V. 2, 2014, p. 1015; ORRÙ, R. y CIAMMARICONI, A., "Vicisitudes y actividad del Tribunal constitucional portugués en el bienio 2013-2014", en *Jur. const.*, Nº 5, 2015, p. 1908; CISOTTA, R. y GALLO, D., "The portuguese constitucional court case-law on austerity measures: a reappraisal", en *EUI working paper,* Nº 5, 2014.

43- Así, Consejo de Estado Helénico sent. Nº 2192/2014 y 2194/2014.

de hecho, halla una violación de la Constitución con respecto a la extensión de dos años de la edad jubilatoria de 65 a 67 años, en el aumento al recorte de las jubilaciones hasta el 15%, en la suspensión del pago de vacaciones a los jubilados y en el aumento de la edad para la asignación del beneficio de solidaridad social. La Corte consideró que estas medidas eran actos lesivos de la dignidad humana, del Principio de Igualdad, del derecho al trabajo y del deber de solidaridad social.

Como se puede notar, en esa jurisprudencia también se ponen los límites del carácter temporario de las medidas, del respeto a la dignidad humana y del mínimo vital. Ello no quita que la mención al mínimo vital aparezca indefinida sea en la jurisprudencia griega, sea en la portuguesa. En la jurisprudencia constitucional alemana, el mínimo vital forma parte de una situación jurídica de contenido preciso, cuya tutela debe ser garantizada.[44]

La reconstrucción del mínimo vital en la jurisprudencia alemana está fundada sobre la combinación establecida por el art. 1.1 y sobre el Principio del Estado social, conforme al art. 20 de la Ley Fundamental.[45]

El contenido de esta situación jurídica ha sido identificado no solo en el derecho a gozar de aquellos medios estrechamente necesarios para asegurar una existencia digna, sino también en la posibilidad de gozar de aquellas medidas que permiten participación en la vida social, cultural y política del país. Una similar extensión del derecho al mínimo vital se basa en el nexo que lo une al reconocimiento de la tutela de la dignidad humana, ya que el Estado debe garantizar no solo la posibilidad de sustento de la persona, sino también su desarrollo y crecimiento.

Respecto de la determinación del mínimo vital por parte del legislador, se pretende que se identifique a través de un procedimiento transparente y apropiado. Por lo tanto, el legislador debe definir, en primer lugar, las necesidades relevantes y los costos a estas asociados y debe determinar, en un segundo momento, la necesidad total. En este procedimiento, se centra el control por parte del Tribunal constitucional federal, que debe verificar si los presupuestos y el método de cálculo de las prestaciones corresponden a la finalidad del derecho fundamental.[46]

44- V. BVerfGE, 1 BvL 1/09; BvL 3/09; BvL 4/09 del 9 de febrero de 2010 mediante los cuales se decidieron los recursos incidentales planteados, respectivamente, por el Tribunal social de Assia y por el Tribunal social federal respecto del llamado Paquete *Hartz IV*, que contiene nuevas normas en materia de asistencia social y de ocupación. Tal disciplina sustitutiva del sistema de asistencia social dualista que distinguía entre beneficio social e indemnización por, introduciendo un ingreso de base mínimo.

45- La inseparabilidad de Estado social y garantía de la dignidad humana se encuentra en la letra del art. 79, par. III, GG que, respecto a los límites de procedimiento de revisión constitucional, establece directa relación entre los principios enunciados por los arts. 1º y 20 GG. En la doctrina, respecto al mínimo vital v. HÄBERLE, P., "Estado constitucional", en *Enc. jur.*, Roma, 2000, 13; CAROLI CASAVOLA, H., "Dignidad de la persona y derecho al mínimo vital en el Estado social alemán", en *Diario. Dier. adm.,* III, 2011, p. 298; DELLEDONE, G., "'Mínimo vital' y Estado social en una reciente resolución de la Corte Constitucional alemana", en *Marco Const.*, III, 2010, p. 599; RAZZANO, G., "El estatuto de los derechos sociales", disponible en: www.gruppodipisa.it, 48; RUOTOLO, M., "La lucha contra la pobreza como deber de los poderes públicos", en *Der. públ.*, 2, 2011; CHESSA, O., "La medida mínima esencial de los derechos sociales: problemas e implicancias de un difícil equilibrio", *en Jur. const.*, 1998, p. 1170.
Para una reconstrucción de la colocación de los derechos sociales en el ordenamiento alemán y de la jurisprudencia constitucional formada en relación con ellos, v. SCHMIDT, W., "Los derechos fundamentales sociales en la República federal alemana", en *Rev. Trim. der. públ.*, 1981, p. 785.

46- Sobre el punto, v. DELLEDONNE, G., "'Mínimo vital' y Estado social en una reciente resolución de la Corte constitucional alemana", cit., p. 601; FISAHN, A. y MOLLER, M., "El Estado social en Alemania: el Tribunal constitucional federal le habla a la política. Notas sobre la sentencia del Tribunal constitucional del 9 de febrero de 2010", en Rev. *Jur. trab.*, II, 2010, p. 395.

Es necesario, además, tomar en consideración que la tutela del mínimo vital tiene como contrapeso al concepto de "reserva de lo posible" (*Vorbehalt des Möglichen*), es decir, todo lo que el individuo puede razonablemente pretender de la sociedad. Por lo tanto, si el mínimo vital debe estar garantizado en todos los casos, la pretensión del individuo que vaya más allá, encontrará el límite de las prestaciones que se le podrán proporcionar en relación con la situación de hecho y con los recursos económicos.[47]

Partiendo de estos elementos, es posible comprender cómo el mínimo vital se reconstruye en el ordenamiento alemán como una verdadera y propia situación jurídica, y conlleva a una tutela de los derechos sociales más fuerte, ya sea de la invocación del mínimo vital como principio, ya sea de la referencia del núcleo esencial del derecho realizado en el ordenamiento italiano. Dicho ello, es necesario detenerse en esta última afirmación.

La referencia al núcleo esencial del derecho parece garantizar una tutela más restringida respecto de la reconstrucción alemana del mínimo vital por varias razones: en primer lugar, la identificación del núcleo esencial del derecho origina dificultades interpretativas y, en segundo lugar, es estrechamente inherente a cada situación jurídica considerada.

Contrariamente, el Tribunal constitucional alemán identifica el mínimo vital de forma puntual, definiendo las tareas del legislador y delineando el rol de control de la jurisprudencia constitucional. Además, el mínimo vital en el ordenamiento alemán no concierne a cada situación jurídica, sino a todas las situaciones jurídicas que permiten una participación en la vida social, cultural y política del país. En relación con una pluralidad de situaciones jurídicas que le permiten al individuo realizarse como persona, es cómo el mínimo vital asume un alcance más amplio respecto al núcleo esencial del derecho.

47- Sobre el principio de reserva de lo posible v. SANDRI, A., "El Vorbehalt Möglichen en la jurisprudencia de las cortes alemanas", disponible en: www.gruppodipisa.it; BUSTOS BOTTAI, R. G., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, 2014, p. 337; GARCÍA ROCA, J., "Constitutional principles regarding the spanish social security system: a citizen's right", en *Revista de Derecho Político,* Nº 89, 2014, p. 83.

VI. Conclusiones

La investigación llevada a cabo permitió resaltar cómo la jurisprudencia constitucional representa un importante equilibrio en los momentos donde el Estado está obligado a adoptar medidas de revisión del gasto público.

Con respecto al ordenamiento italiano, se puede inferir cómo tal situación determinó una interpretación extensiva por parte de la Corte Constitucional, de la esfera de intervención estatal en relación con algunas materias legislativas. Similares interpretaciones, sin embargo, no se pueden apartar del dato normativo constitucional y no se pueden fundar exclusivamente sobre la base de la crisis económica.

Respecto de los límites oponibles a la compresión de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional recurrió, como principal instrumento, al canon de la razonabilidad para llegar a afirmar la no compresibilidad de los derechos más allá del llamado núcleo esencial.

Con respecto a dicha noción, se pudieron destacar los límites inciertos, así como se pudo realizar una comparación con los institutos a los cuales recurrieron los jueces constitucionales de otros ordenamientos.

La comparación permitió mostrar cómo el derecho al mínimo vital, reconstruido según los cánones de la jurisprudencia alemana, ofrece una tutela más amplia respecto del mencionado

núcleo esencial del derecho. Esta última consideración debe acompañarse por la siguiente corrección: si es verdad que la tutela del núcleo esencial del derecho es susceptible de tener un alcance restringido respecto al mínimo vital, también es verdad que la jurisprudencia italiana le acercó otras a esta tutela.

Especialmente, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de afirmar cómo la compresión de los derechos sociales resulta legítima solo en la medida en que sea temporaria y se asocie a situaciones contingentes.

También las circunstancias asociadas a la crisis económica y a la obligación de respetar los vínculos del balance hicieron que la Corte ponga en relieve el Principio Solidarístico, como principio que permite una distribución del sacrificio sobre la entera comunidad a fin de perseguir un superior interés colectivo.

Como puede notarse, la Consulta actuó como equilibrio en la balanza, reconociendo, por un lado, amplio margen de acción al legislador estatal a fin de sanar las finanzas públicas, por otro lado, tutelando los derechos sociales en su esencia más profunda y duradera en el tiempo. No es secundaria la finalidad de responsabilizar a la colectividad, llamada a aceptar sacrificios temporarios en vistas de un interés superior.

Los argumentos de la crisis económica y de la revisión del gasto público, entonces, bien empleados parecen susceptibles de transformarse en presagios de interesantes novedades.

En conclusión, si bien la Corte Constitucional ratificó la concepción tradicional de los derechos sociales como instrumentos necesarios para la realización del individuo e instrumentos de participación democrática, concilió tal reconstrucción, por un lado, con el modificado Principio del Balance y, por otro lado, con la responsabilización de la colectividad.

Dr. Juli Ponce Solé*

El derrumbe de un mito: la vivienda es un derecho subjetivo constitucional y legalmente reconocido y exigible judicialmente.

Propuestas para su mejor regulación futura en España.

I. Estado de Derecho, Social y Democrático, y Vivienda.

La interrelación entre las cláusulas de Estado Social, Democrático y de Derecho, prevista en el art. 1.1 del texto constitucional español supone que las características que definen al Estado español actualmente, como fruto de una larga evolución histórica, estén íntimamente vinculadas entre sí. No es posible hablar de un auténtico Estado de Derecho si este no es democrático, y para que lo sea realmente, los ciudadanos deben gozar de un mínimo vital que preserve su dignidad y les permita participar, en la práctica del mundo real, en el juego democrático.[1] La crisis económica, social y política en que nos hallamos inmersos desde hace ya una década pone en peligro no solo los derechos sociales con los recortes desplegados, que han generado mayor desigualdad y menor cohesión social,

*** Dr. Juli Ponce Solé**
Catedrático Acr. de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona. Director del Instituto de Investigación TransJus.

1- En relación con la definición del Estado como Social y Democrático de Derecho, véase, por ejemplo, el clásico trabajo de GARRORERA, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

sino que, en efecto dominó, también afectan a la configuración del Estado como Democrático y de Derecho.

Es en este contexto cuando diversas voces desde varios sectores (político, social, académico) claman en España por una reforma constitucional que *blinde* los derechos sociales y económicos ya existentes en la CE, entre ellos, el de vivienda, e incluso introduzca otros nuevos, como el referido a un derecho a una renta básica, por ejemplo.[2]

Si bien existen diversos aspectos mejorables en la Constitución de 1978 sobre los que se podría incidir, no deberíamos ver tal reforma como el *Bálsamo de Fierabrás* que vaya a curar todos los problemas que arrastramos en relación con el respeto y efectividad de los derechos sociales, entre ellos el de vivienda.

Estos problemas pueden estar causados, en parte, por un marco constitucional que ha devenido inadecuado y/o anticuado en algunos aspectos en referencia a los derechos sociales. Pero *ha sido sobre todo el entendimiento preponderante en nuestro país del concepto de derechos sociales* (negando que sean auténticos derechos subjetivos) lo que *ha condicionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* al respecto, así como el papel desempeñado por las *leyes de presupuestos anuales*, los factores que, en realidad, han dañado el contenido social de nuestra constitución, y la efectividad del derecho a la vivienda en lo que ahora interesa, *más que el texto literal de la misma*. Ergo, mejorando este solo no se corregirán todos los factores aludidos, aunque pueda ser un paso en la dirección correcta.

Junto con la reforma constitucional, es preciso un cambio de práctica política y jurídica que puede y debe desarrollarse en los niveles estatal y autonómico, y también a nivel local, donde el concepto del derecho a la vivienda como derecho exigible y el papel de los sucesivos presupuestos municipales son también fundamentales.

II. El Estado Social y la vivienda, en la realidad.

Esos factores han conducido a una larga serie de regresiones de derechos en España de la mano de los conocidos *recortes* en las partidas presupuestarias destinadas a hacerlos efectivos.

La tradicional y conocida falta de suficiente vivienda asequible en España se ha visto agravada por la dura crisis económica que desde hace años afecta a España. Si ya antes de la crisis el relator de la Organización de las Naciones Unidas en materia de vivienda, tras una visita *in situ*, elaboró un completo informe en el que reflejaba la emergencia habitacional existente, la situación de los últimos años no ha hecho sino empeorar. Entre 2008 y 2015, la inversión en materia de vivienda descendió un 55% en los presupuestos generales del Estado, por lo que el gasto en vivienda se situó en el 43,2% de la media de la UEM.[3]

En definitiva, se ha constatado durante décadas la impotencia de la actividad de fomento para hacer frente a una de las necesidades más básicas de la vida humana y se ha llegado a un punto crítico.[4]

2- Así, además del ámbito político, téngase en cuenta la propuesta lanzada desde la sociedad por Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam Intermon, *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos*. En el ámbito doctrinal, con referencia a los derechos sociales, AGUDO ZAMORA, M., *Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social*, núm. 74, Actual, Junta de Andalucía, 2016.

3- VAQUER, M., "Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital", en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, noviembre de 2014, p. 34: "España está netamente por debajo de la media de Europa en la financiación pública de las políticas sociales en general (…). La política de vivienda es la peor financiada de entre nuestras políticas sociales en comparación con los países europeos".

4- Todos los datos que a continuación se proporcionan han

En el contexto socioeconómico actual, a la situación descrita hay que añadir el elevado número de lanzamientos hipotecarios y desahucios de los últimos años. De acuerdo con los datos proporcionados por el CGPJ, entre 2008 y 2013 en el Estado español se han producido casi 500.000 ejecuciones hipotecarias, de las cuales casi un 25% se registró en Cataluña (en 2012 hubo 115 ejecuciones por día, adjudicándose las entidades financieras 30.034 primeras residencias), liderando la clasificación de comunidades autónomas en ejecuciones hipotecarias y en ella destacando los partidos judiciales de Terrassa, Vilanova i la Geltrú y Arenys de Mar (de acuerdo con datos de la Diputación de Barcelona).

La unión de la crisis económica, el desempleo y la pérdida de un espacio propio donde poder desarrollar la intimidad y la vida familiar y el incremento de las personas sin hogar (concepto más amplio que el de no tener un techo, de acuerdo con la tipología ETHOS desarrollada por FEANTSA y empleada en Europa) explica el aumento experimentado en la tasa de suicidios, algunos de ellos, al parecer, directamente vinculados con la pérdida de la vivienda, como ha informado la prensa en diversas ocasiones y destaca el presidente de la Comisión Nacional de Psiquiatría.

Además de lo ya señalado, cabe añadir la existencia —de acuerdo con el censo de población y vivienda de 2011 del Instituto Nacional de Estadística— de 3,4 millones de viviendas vacías, de las cuales alrededor de 1.000.000 estarían en manos de entidades financieras (miles de ellas en Cataluña). En el caso catalán, de acuerdo con el INE, hay 448.356 viviendas vacías (13 de cada 100 existentes) y algunos municipios acumulan un relevante porcentaje de ellas (por ejemplo, Terrassa tiene, con más de 200.000 habitantes y más de 100.000 viviendas, un 15,6% de viviendas vacías). Por lo que se refiere a viviendas nuevas vacías, el propio legislador español cifró estas en 723.043 (preámbulo de la Ley 8/2013, del 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación, unas 80.000 en Cataluña, de acuerdo con la propia Generalitat).

Todo ello ha llevado a la OCDE, en mayo de 2015, a elaborar un informe en el que se muestra la preocupación por el impacto de estas conductas públicas en la igualdad y la cohesión social: España se sitúa muy por encima de la media de pobreza de la OCDE.[5] Se señala que alrededor de un 30% de la sociedad española habría quedado descolgada de la posibilidad de mantener un nivel de vida digno por efecto de la crisis y los recortes aludidos.[6]

III. Los derechos sociales y su regulación: la necesidad de superar la inercia y explicitar los aspectos ideológicos vinculados con el derecho a la vivienda.

A la vista de la realidad, más allá de las proclamaciones del art. 1.1 de la CE, cambiar la letra de la CE puede ser necesario, sin duda, pero a la vez, con toda seguridad, no suficiente para evitar en el futuro agresiones al Estado social similares a las descritas (y en paralelo al Estado de Derecho y democrático). Por ello, la gestión, en nuestro caso municipal y en el ámbito de la vivienda, deviene fundamental.

sido ofrecidos en PONCE SOLÉ, J., "Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor)", en el Blog de la Revista de Derecho Público de Cataluña, 20 de marzo de 2015, disponible en: https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/.

5- OCDE, *Todos Juntos. ¿Por qué reducir la desigualdad nos beneficia?,* 21 de mayo de 2015.

6- Datos del INE, recogidos en *El País*, 27 de mayo de 2015.

De hecho, podríamos empezar desde el principio, sin apriorismos, preguntándonos, como hacen algunos, si es necesario o conveniente incluir en las constituciones derechos sociales o si el legislador podría asumir en solitario la regulación de los derechos sociales.[7] La postura que adopta este trabajo es afirmativa, siguiendo a Holmes y Sunstein,[8] puesto que nuestra tradición constitucional ha ido históricamente en esa dirección desde hace casi un siglo y no parecen existir razones de peso para variarla, lo que generaría más desconcierto que ventajas. Además, en nuestra opinión, ello es necesario para la adecuada protección de esos derechos, puesto que, como ha demostrado esta crisis, la protección de los derechos sociales por el legislador en exclusiva entregaría estos al legítimo juego democrático de mayorías y minorías, el cual, sin embargo, actuando sin ningún límite superior, podría conducir al deterioro del Estado social (cosa que ha sucedido, por cierto existiendo ese marco constitucional, como dijimos, pero por las razones que estamos exponiendo y que, creemos, son corregibles en el futuro).

Por ello, si bien creemos que deben incluirse derechos sociales en la Constitución y deben protegerse de forma adecuada en el propio texto constitucional, es preciso *algo más* para su respeto y efectividad, algo que atañe, en parte, al papel de los operadores jurídicos y su modo de comprender los derechos sociales, regularlos y controlar efectivamente su respeto.

Efectivamente, es preciso aún en España generar un consenso entre los juristas sobre el concepto de los derechos sociales como auténticos derechos subjetivos, sobre su relevancia para el Estado Social y también para el Estado Democrático de Derecho, y sobre su inevitable interconexión con otros derechos constitucionales (de los denominados tradicionalmente civiles y políticos). Creemos que tal consenso aún no existe y que ello se debe a la inercia histórica en la doctrina española todavía dominante, alejada en este punto de las corrientes internacionales y de países de nuestro entorno, más avanzados al respecto.

Esa inercia doctrinal impacta en el modo en que el legislador y la jurisprudencia, sobre todo del TC, afrontan las violaciones de estos derechos.

Será preciso, pues, para defender el Estado Social desde el Derecho, cambiar, ante todo, esa *path depenency* mental, tarea en la que ya están trabajando meritoriamente numerosos *ius* publicistas españoles en los últimos años.[9] Inercia intelectual que, por otro lado, incluye, obviamente —aunque no siempre explícitamente— prejuicios de tipo ideológico, como ha señalado Vaquer, al subrayar:

> No podemos seguir leyendo la Constitución social con los anteojos del jurista liberal, sino que estamos obligados a todo lo contrario, es decir, a leer los derechos de cuna liberal a la luz de la cláusula del Estado social, que hoy tiene ya rango constitucional tanto en su misma formulación (art. 1.1 de la CE) como en su principal

7- Así, ESTEVE PARDO, J., *Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015, p. 149 (versión digital).

8- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos*, Siglo XXI editores, 2011, p. 143 y ss.

9- No es posible referir aquí la ingente producción de trabajos vinculados con los derechos sociales, que se han incrementado en los últimos años, que muestran una preocupación por estos en el contexto de la crisis económica. Nos limitaremos aquí a dar cuenta de que ese fue el tema que ocupó el IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Españoles y que dio lugar a la publicación de sus actas en el libro *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, publicado en 2012 por Tirant lo Blanch. Asimismo, queremos también destacar una reciente tesis doctoral, publicada en 2015 por Marcial Pons, bajo el título *Derechos sociales constitucionales y democracia*, desarrollada por Leticia MORALES.

> destilación, que es la misión promocional de los poderes públicos para remover y promover la efectividad de la igualdad y la libertad (art.9.2 de la CE).[10]

En ese sentido, un obstáculo frecuente para hacer efectivos los derechos sociales y, en definitiva, el Estado Social y Democrático de Derecho, es la negación de que los derechos sociales sean auténticos derechos subjetivos. Serían principios, mandatos de optimización, en su caso, incluso, se dice aún, normas *programáticas*, pero no realmente derechos subjetivos para una parte relevante del pensamiento jurídico español.

Como indican Abramovich y Curtis, dos especialistas en la materia:

> Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Así, aunque la gran mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son solo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles —o derechos de autonomía, o derechos-libertades—, que si se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica. Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla.[11]

Efectivamente, la cuestión no es ni de lejos tan sencilla. Como señala la Organización de las Naciones Unidas:

> Años atrás se solía considerar que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales eran totalmente diferentes de los derechos civiles y políticos (…) Sin embargo, esa rígida separación se ha abandonado y se ha producido un restablecimiento de la arquitectura original de la Declaración Universal. En los últimos decenios, los tratados de Derechos Humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, han integrado todos los derechos. (…). Por último, en realidad todos los Derechos Humanos están relacionados entre sí…[12]

La concepción antigua de los derechos sociales en España está, afortunadamente, cambiando desde hace algún tiempo, puesto que, cada vez más, numerosos autores destacan

10- VAQUER CABALLERÍA, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España,* Iustel, 2011, p. 43.

11- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en SARLET, I. W. (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado,* Renovar, Río de Janeiro-San Pablo, 2003, p. 136.

12- ONU, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto Informativo núm. 33.

cómo la estructura de los derechos sociales es la de auténticos derechos subjetivos públicos, que, como mínimo, articulan la pretensión (defendible judicialmente de forma inmediata) de ser *respetados*, *protegidos* y *satisfechos* con la máxima diligencia posible por los poderes públicos y, como veremos enseguida, deben ser dotados económicamente al máximo de lo posible, cuando precisen gasto público (puesto que habrá ocasiones en que con una simple regulación podrán hacerse efectivos, ej. reservas de suelo para vivienda protegida en relación con el art. 47 de la CE) y su regresividad debe ser adecuadamente motivada y está limitada en lo que respecta a su núcleo mínimo.

Todas estas son *obligaciones de medios* impuestas por tratados internacionales que vinculan a España de acuerdo con la propia Constitución,[13] como comprobaremos enseguida, con independencia, además, de que el regulador español establezca *precisas obligaciones de resultado*, que solo serán exigibles (en su caso, judicialmente) de acuerdo con lo que la normativa indique. Sobre ello volveremos más tarde en relación con el derecho a la vivienda.

El razonamiento aquí sucintamente expuesto explica, como señalamos, el cambio doctrinal en marcha desde hace ya años, que lleva, por ejemplo, a que en la obra de un clásico del Derecho privado como Castán se indique que los derechos sociales son derechos humanos y derechos públicos subjetivos.[14]

13- "Artículo 96.
1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional."

14- *Los derechos del hombre*, aparecida en el año de su muerte, 1969, y que luego ha sido actualizada en ediciones sucesivas, se maneja la cuarta de 1992, véase pp. 27 y ss.

IV. La situación actual en España en el contexto internacional

El que los relativamente modernos desarrollos en materia de derechos sociales aún no hayan alterado el *mainstream* doctrinal español también ha influido en cómo el legislador español y autonómico trata a los derechos sociales, esquivando siempre que la inclusión de obligaciones claras de resultado puede que lo vinculen jurídica y económicamente, lo que solo se da en contadas ocasiones,[15] relegando con frecuencia

15- Como lo eran las obligaciones de solidaridad urbana en la Ley catalana del Derecho a la Vivienda de 2007, hasta su modificación en 2011 o la obligación de la Ley 1/2011, del 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha, vigente solo hasta el 1º de marzo de 2012, de adjudicar una vivienda protegida en 1 año o abonar el coste de su alquiler en el sector privado, técnica empleada desde hace mucho tiempo en el sector sanitario. Otro ejemplo es la técnica de las reservas de suelo para vivienda protegida, en vinculación con el art. 47 de la CE, previstas ahora a nivel estatal en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 7/2015, del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana:

"Artículo 20. Criterios básicos de utilización del suelo.

1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación, garantizará una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser

el estándar de prestaciones asociadas a los derechos sociales a normas de rango meramente reglamentario.

Sin embargo, es posible y deseable jurídicamente en un Estado Social y Democrático de Derecho otra manera de entender los derechos sociales, en línea con lo que ya se está haciendo a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial en la esfera internacional.

En relación con los derechos sociales, por ejemplo, el art. 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), ratificado por España el 13 de abril de 1977, incluye en sus arts. 2º y 11° una referencia que condiciona la interpretación de los derechos sociales reconocidos en nuestra Constitución y en nuestros estatutos de autonomía.

El art. 11° del PIDESC señala:

> Artículo 11°
>
> 1. Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Esas medidas necesarias, de acuerdo con lo señalado por la doctrina, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —organismo encargado de supervisar el cumplimiento de este Pacto—[16] y las jurisprudencias nacionales que han interpretado los derechos constitucionales propios a la luz de este art. 11°, suponen la existencia de unas obligaciones jurídicas de medios de "tipología tripartita" de respetar (no violar ni dificultar su ejercicio), proteger (que requiere de los Estados tomar medidas para prevenir que terceras partes, por ejemplo privados, interfieran en los derechos) y satisfacer (que obliga a los poderes públicos a hacer lo necesario para superar los obstáculos que impiden el goce completo del derecho en cuestión).

Por su parte, el art. 2º precisa el estándar de estas obligaciones jurídicas de medios, al establecer:

> Artículo 2°
>
> 1. Cada uno de los Estados Parte del presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la

incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 10 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior o eximirlas para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social."

16- Como es sabido, este órgano está formado por 18 expertos independientes con reconocido prestigio y competencia en el campo de los derechos humanos, que controlan el cumplimiento del PIDESC y emiten observaciones sobre la base de los informes de los Estados Parte del Pacto.

> adopción de medidas legislativas, la llena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Número 3 de 1990 ha destacado:

> Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

En otras palabras, de conformidad con el Derecho internacional —que vincula la interpretación de nuestra CE y a nuestros legisladores— los derechos sociales han de ser objeto de promoción continua, de acuerdo con las posibilidades existentes y las lícitas opciones políticas presentes en cada sociedad democrática. Tanto es así, que la medida opuesta a tal promoción, la regresión, ha de ser considerada cuidadosamente y, en caso de adoptarse, ser justificada plenamente, teniendo en cuenta la mencionada interconexión entre derechos (por ejemplo, educación en relación con la igualdad o alojamiento en relación con integridad física y psicológica, por ejemplo) y de acuerdo con el aprovechamiento pleno de recursos disponibles.

En caso de no hacerse así, las decisiones que se adopten por un Estado Parte en el PIDESC vulnerarían el Tratado internacional y serían susceptibles del correspondiente control por parte del Comité que lo protege, como veremos luego, con independencia de que, además, en el caso español, se alegue una vulneración de la obligación del art. 10.1 de la CE, así como de la obligación de dar "razón suficiente" de la pérdida de las conquistas sociales, de acuerdo con la STC 81/1982 y los límites existentes en nuestra CE (por ejemplo, seguridad jurídica, no discriminación, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad), a los que en otro lugar nos hemos referido.[17]

Lo mismo ocurre en el caso de la Carta Social Europea, cuyo art. 31 señala:

> Para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:
> 1. a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;
> 2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;
> 3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.

También sucede algo equivalente en el caso del TEDH, como veremos, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 34:

> 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes,

17- PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2013.

según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.

V. El núcleo inviolable de los derechos sociales, incluido el derecho a la vivienda

Asimismo, la doctrina, legislación y jurisprudencia internacional han avanzado en la definición y protección de un núcleo mínimo inviolable de los derechos sociales, entre los que se cuenta el de vivienda, que queda fuera de la libre disposición del legislador y del juego mayorías-minorías propio de una democracia.

El Comité mencionado (Observación General Número 3, párrafo 10) ha subrayado que los derechos contenidos en el PIDESC tienen un mínimo núcleo de obligaciones que impone a los Estados miembro a satisfacer unos niveles esenciales de cada derecho, salvo que demuestre que todos los esfuerzos han sido hechos para usar todos los recursos disponibles en un esfuerzo por satisfacer, como asunto prioritario, esas obligaciones mínimas.[18]

Si acudimos al análisis de los Derechos de nuestro entorno, descubriremos que países como Alemania,[19] Italia,[20] Portugal, Perú, Argentina[21] o Canadá,[22] por ejemplo, tienen una jurisprudencia procedente de sus tribunales (constitucionales, en su caso) que establecen unos límites constitucionales generales a la regresividad en materia de derechos sociales y al cambio de modelo social sin modificación de la Constitución.

Destaca, en este sentido, el caso argentino, donde es interesante la Sentencia de la Corte Suprema del 24 de abril de 2012.[23] El asunto

18- La doctrina está trabajando para resolver dudas que aún permanecen respecto a ese núcleo mínimo. ¿Cuál debería ser ese núcleo mínimo? La obligación de respetarlo, ¿es una obligación de medios o de resultado? ¿Es una obligación independiente de cada Estado, esto es, universal, o hay que tomar en cuenta las circunstancias nacionales y temporales? Sobre esta obligación y el PIDESC puede consultarse, QUB Budget Analysis Project *Budgeting for Economic and Social Rights: A Human Rights Framework* QUB School of Law Belfast, 2010.

19- Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de diciembre de 2012: el Tribunal Constitucional federal alemán ha declarado que la remuneración recibida por los profesores universitarios pagada de acuerdo con la escala de salario W 2 en Hesse infringe el principio de manutención (*Alimentationsprinzip*), es decir, el principio que establece la obligación estatal de cuidar del bienestar de los funcionarios, del art. 33.5 de la Constitución Alemana (*Grundgesetz*), y es, por tanto, inconstiucional. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 9 de febrero de 2012, que ha conocido de la legislación federal que establecía el importe de una especie de renta mínima de subsistencia para las personas que se encuentran en situación de desempleo o quienes no estándolo no ganan lo suficiente de acuerdo con baremos legalmente establecidos. Al controlar la fijación legislativa de esta renta, el Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia muy discutida y comentada en Alemania (BITTNER, 2011; EGIDY, 2011), ha establecido que existe un derecho fundamental, que no había sido declarado hasta la fecha en su jurisprudencia anterior, conectado con la dignidad humana (art. 1º de la Constitución alemana) y el principio del Estado Social (art. 20.1 de la Constitución) a percibir dicha renta en importes adecuados a tal subsistencia digna.

20- Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano afirma, en referencia al derecho al tratamiento sanitario de la Constitución italiana, que los criterios de eficiencia y economía que pueda tomar en consideración el legislador están limitados por el núcleo esencial del derecho a la salud vinculado a la dignidad de la persona humana, Sentencia núm. 304 de 1994.

21- Sentencia de la Corte Suprema del 24 de abril de 2012, referida al derecho a la vivienda.

22- Sentencia "Eldridge vs. British Comumbia" (Attorney General) [1997] 3 S.c.R. 624, referida a la igualdad, el derecho a la salud y los servicios sanitarios.

23- ETCHICHURY, H. J., *Un techo razonable: el derecho a*

judicial se inició cuando S.Y.Q.C. por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.H.Q.C. (quien sufría una discapacidad producida por encefalopatía crónica no evolutiva) dirigió acciones judiciales contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para solicitar la cesación de la ilegalidad de denegarle la inclusión en los programas vigentes en materia de vivienda y de no proporcionarle alternativa para dejar de ser una persona sin hogar (salir de la "situación de calle") junto con su hijo. Tal ilegalidad violaba, según ella, sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos no solo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales. Encuadra el problema bajo el marco normativo existente tanto federal como local, a partir del considerando 8.

Así, considera diversos preceptos de la Constitución nacional (entre ellos, pero no únicamente el art. 14 bis tercer párrafo que prevé que la ley establecerá "el acceso a una vivienda digna"), de tratados internacionales (DUDH, PIDESC, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad), así como de la Constitución local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —que obliga a resolver progresivamente el déficit habitacional (…) dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales, art. 31—.

Pasa luego a analizar qué medidas normativas ha adoptado la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna.

En el considerando 10, afirma que los derechos y deberes analizados no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; que constituyen obligaciones de hacer a cargo del Estado y que requieren de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo para su implementación. No poseen una operatividad directa —en el sentido de que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial—; en tercer lugar, estos derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad limitada "están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial". Con cita de Rawls y su Teoría de la Justicia, la Corte concluye:

> Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.
>
> La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.
>
> Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas

la vivienda en un fallo de la corte suprema argentina. *Estudios constitucionales*, 11(2), 737-768. Recuperado el 11 de mayo de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200020&lng=es&tlng=es.

> de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces.[24]

Aplicada esta doctrina al supuesto concreto, se constata que en los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas sin hogar, que son alojadas en instalaciones colectivas (paradores, hogares o refugios), que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia o, en su defecto, reciben subsidios insuficientes y temporales.

Ninguna de las dos soluciones se adapta a la situación de los demandantes y, por tanto, el esfuerzo público para garantizar sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales "no es suficiente o adecuado", ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación de la familia requiere. Pese a habérsele ofrecido asistencia económica —que incluía una suma de 1700 pesos para el pago de una habitación de hotel—, esta acción no resuelve la problemática del caso, pues no permiten a la demandante acceder a un trabajo ni a su hijo tener una vivienda apta para su discapacidad.

Por ello, la Corte impone al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el desarrollo de prestaciones de asistencia social y salud integral, para cuidar al niño y orientar a la demandante en la búsqueda de un empleo fuera del marco de la asistencia social, así como la garantía —aunque sea en forma no definitiva— de un alojamiento con condiciones adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.[25]

En todas estas decisiones, parece abrirse paso la idea de un *mínimo vital* resistente, en la línea del PIDESC, idea de la que pueden empezar a encontrarse rastros en nuestra propia jurisprudencia.[26] Este ámbito es un mínimo esencial, un reducto protegido de las afectaciones de los poderes públicos, entendido como el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno, así como las necesidades básicas. Este mínimo vital no alude únicamente al pago de unos ingresos mínimos (como la denominada en

24- En este punto, la Corte enlaza con las posturas doctrinales que insisten en la efectividad jurídica de todos los derechos constitucionales, pues ninguna de ellas es una mera declaración programática, en la característica de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda constitucional como obligaciones jurídicas de medios, no de resultado (que será la solución del problema de alojamiento como consecuencia del comportamiento legislativo y ejecutivo diligente como respuesta al derecho existente) y en la existencia de un núcleo del derecho resistente a la discrecionalidad política, cuya afectación conduce a la inconstitucionalidad de las medidas que lo dañen, al amenazar gravemente la vida de la persona o que una persona sea considerada como tal, esto es, en otras palabras, en nuestra opinión, su dignidad.

25- La doctrina y conclusión de la sentencia argentina nos recuerda el pronunciamiento del Tribunal Europeo de derechos humanos en el caso "Marzari contra Italia" de 1999, en referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en el que se señaló:
"Aunque el artículo 8º no garantiza el derecho a tener el problema de la vivienda de cada uno solucionado por las autoridades, un rechazo de las autoridades a proveer asistencia a este respecto a un individuo sufriendo una enfermedad severa podría en ciertas circunstancias hacer surgir un supuesto bajo el artículo 8º de la Convención debido al impacto de tal rechazo en la intimidad de la persona…, esta previsión no obliga meramente al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de esta tarea negativa puede haber obligaciones positivas inherentes para el efectivo respeto de la intimidad. Un Estado tiene obligaciones de este tipo cuando hay una vinculación directa e inmediata entre las medidas buscadas por el demandante y su intimidad".

26- En la jurisdicción contenciosa, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del 12 de abril de 2013, comentada en PONCE SOLÉ, J., "Las líneas rojas a los recortes y la sostenibilidad social. ¿Derechos vs. eficiencia y economía?", en NOGUEIRA, A.; GONZÁLEZ, M. L.; DÍAZ OTERO, I., (Eds.), *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 315 y ss. Téngase en cuenta también el voto particular de la STC 49/2015, repetidamente citada.

las legislaciones autonómicas de asistencia social Renta Mínima de Inserción Renta o la propuesta efectuada de crear en el futuro una Renta Básica Universal).[27] El mínimo vital, ese contenido esencial de los derechos sociales, implica la prestación de servicios públicos precisos para satisfacer necesidades básicas.

En el ámbito americano, es de gran relevancia la poco conocida entre nosotros jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, que introdujo en 1992 (Sentencia T-426/1992) el derecho a un mínimo vital, al señalar:

> Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital —derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario— es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.

En aplicación de esta constante doctrina jurisprudencial, el Tribunal Constitucional colombiano ha resuelto en favor del demandante casos de mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social; la mora en el pago de salarios; el despido de mujer embarazada; la falta de prestación de servicios de salud al trabajador por negligencia de su empleador al no pagar seguro o por negligencia de la entidad prestadora de servicio y la exclusión de medicamentos y tratamientos del Plan Obligatorio de Salud cuando la Corte considera que esta exclusión amenaza el derecho a la vida o a la integridad física. Entre estos últimos supuestos encontramos sentencias como el tratamiento del sida, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, del cáncer T-283 de 1998, con parálisis cerebral T-286 de 1998 que necesitan equipos ortopédicos T-597 de 1993, o intervenciones quirúrgicas T-571 de 1998.[28]

Además, en relación con el derecho a la vivienda contemplado en el art. 51 de la Constitución colombiana, el TC ha señalado a partir de la Sentencia T-958 de 2001, que en el precepto considerado ha de distinguirse entre: a) el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo que entra en el catálogo de los "derechos de innegable carácter fundamental", afirmándose que "todo colombiano tiene derecho a que el Estado respete el ejercicio de su derecho y que lo proteja contra todo aquel que pretenda desconocerlo"; y b) el conjunto de condiciones encaminadas a hacer realidad el derecho, mediante planes, sistema de financiación y otras medidas, que son "aspectos de desarrollo progresivo del derecho".

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado también su propia doctrina sobre el mínimo vital, como en la sentencia Exp. 2016-2004-AA/TC.[29]

27- Véase: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/9.

28- Como señala LEMAITRE: http://www.escr-net.org/sites/default/files/Julieta_Lemaitre_- _Minimo_vital_ESP.pdf

29- En ella se conoció de la demanda de un paciente en relación con la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento del sida. El Tribunal Constitucional peruano estima la demanda y obliga a la Administración a proveer el tratamiento necesario, señalando algo que puede ser de interés también en nuestro contexto:
"34. Al respecto, este Tribunal considera que, aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisible la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.

Finalmente, volviendo al ámbito europeo, en diversas decisiones del TC portugués se alude a la existencia de un núcleo mínimo de los derechos sociales constitucionales que el legislador no puede afectar, vinculado a la dignidad de la persona.[30] El derecho a un mínimo existencial había sido construido por el Tribunal Constitucional en previas decisiones en conexión con la dignidad de la persona, como es el caso notable de la sentencia 509/2002 que contiene casi un tratado, con cita de abundante doctrina europea, sobre esta cuestión.[31]

Sin embargo, aunque este razonamiento se encuentra en diversas de las sentencias aludidas, supone en realidad un *obiter dicta* que no conduce, en ninguno de los casos, por sí solo, a la declaración de inconstitucionalidad de las medidas adoptadas.[32]

Un ejemplo al respecto lo encontramos en la decisión 187/2013. En ella se señala:

> O Tribunal Constitucional, como já foi referido a seu tempo a propósito da norma do artigo 29º, n.º 2, sem pôr em causa a liberdade de conformação do legislador na definição do conteúdo dos direitos sociais a prestações, a quem são dirigidas, em primeira linha, as diretrizes constitucionais, tem vindo a reconhecer, ainda que indiretamente, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, seja a propósito da atualização das pensões por acidentes de trabalho (acórdão n.º 232/91), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (acórdãos n.ºs 62/02, 349/91, 411/93, 318/99, 177/02), fundando um tal direito na conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, e estabelecendo como padrão o salário mínimo nacional ou o salário mínimo garantido. O direito às condições mínimas de existência condigna foi evidenciado, por outro lado, mais recentemente, através do acórdão n.º 509/02, não apenas na sua dimensão negativa, mas como um direito a prestações positivas do Estado, num caso em que se pronunciou pela inconstitucionalidade de um diploma que limitava o âmbito

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, ya que se olvidaría su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, cuyos fines son lograr una máxima atención en la protección de los derechos de los ciudadanos.

35. La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, la salud y la vivienda. Por ello, el principio de progresividad en el gasto al que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas."

30- Un análisis de la jurisprudencia del TC portugués ante la crisis y los recortes sociales realizados por el legislador en PONCE SOLÉ, J., "El Estado Social y Democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 12, Número 23, enero-junio de 2015.

31- Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120509.html.

32- Como destaca NOGUEIRA DE BRITO, M., "Putting social rights in brackets? the portuguese experience with welfare challenges in times of crisis", en Claire Kilpatrick and Bruno De Witte (Ed)., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Working Papers, European University Institute, Department of Law, 2014, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31247/LAW%20WP%202014%2005%20Social%20Rights%20final%202242014.pdf

> subjetivo dos beneficiários de uma determinada prestação, dela excluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos sem encargos familiares.

Dicho esto, el TC no anula en este caso por violación de dicho mínimo, sino, como dijimos, por vulneración del principio de igualdad proporcional y por falta de justificación del legislador de las medidas adoptadas.[33]

En todo caso, como señala Lopes, si bien el TC acepta la reversibilidad de los derechos sociales y la libertad conformativa del legislador, a la vez, limita esta libertad, que no puede ser omnímoda en un Estado Social y Democrático de Derecho.[34] La decisión 187/2013 lo expresa en estos términos concisos:

> Embora não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressalvar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa o parâmetro constitucional da existência condigna.

VI. La nueva generación de leyes europeas estableciendo obligaciones de resultado

Finalmente, este panorama internacional no puede prescindir de la nueva generación de leyes de Estados europeos que consagran una obligación de resultado asociada al derecho a la vivienda.

Son conocidos los casos de Inglaterra, Escocia y Francia. Sin ánimo ahora de explicar en detalle las diferentes leyes que consagran obligaciones de resultado en estos países, en todos los casos la regulación implica la existencia de una obligación administrativa de proveer de vivienda a personas que carecen de alojamiento, esto es, personas sin hogar, en la acepción amplia de la terminología abarca más casos que el de no tener techo, de acuerdo con la terminología Ethos.

Por su novedad, cercanía y pertenencia a la familia del Derecho Civil, destaca el caso francés, cuya nueva legislación ha permitido que miles de personas accedan a una vivienda (2553 solo en 2013, en París).[35] La Ley francesa del 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda oponible (*droit au logement opposable*, DALO)[36] establece nuevas vías de recurso, que ya han sido utilizadas, dando lugar en 2008 a la primera decisión judicial en aplicación de esta ley,[37] a la que han seguido otras.

33- Un comentario a esta sentencia en: GUILLEM CARRAU, J., "El constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia del 5 de abril de 2013", en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio de 2013, p. 70 y ss, disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=106235.

34- LOPES, M. B., "The role of the Constitutional court of Portugal in The Present Economic Crisis Situation", informe presentado en la conferencia sobre The Role of Consitutional Courts in Economics Crisis, celebrada en Georgia, en 2014, por impulso de la European Commission for Democracy Trhourgh Law (Venice Commission), en cooperación con el Tribunal Constitucional de dicho país. Disponible en: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2014)012-e.

35- Diario *Le Monde*, 8 de marzo de 2015.

36- Un análisis de esta puede hallarse en BROUANT, J. P., "Un droit au logement… variablement opposable", AJDA, el 17 de marzo de 2008, p. 506 y ss.

37- Se trata de la decisión del Tribunal Administrativo de París del 20 de mayo de 2008 en relación con el caso de la

Una de ellas ha dado lugar a la STEDH del 9 de abril de 2015, asunto "Tchokontio Happi contra Francia". En ella se conoció del recurso interpuesto por la señora Tchokontio Happi, de origen camerunés, que vivía con su hija en un alojamiento con deficientes condiciones sanitarias y planteó y ganó un recurso en un órgano judicial francés obligando al Prefecto a garantizar su realojamiento bajo la ley DALO. Transcurridos dos años luego de la sentencia judicial que condenaba a la administración francesa, el realojo no se había producido.

La recurrente alegó ante el TEDH una vulneración del CEDH por incumplimiento de las obligaciones de las autoridades francesas. El Estado francés, entre otras consideraciones, alegó que carecía de vivienda disponible para alojar a la recurrente. El TEDH señaló que tal hecho:

> No se funda sobre ninguna justificación valiosa en el sentido de la jurisprudencia. El Tribunal recuerda que, en los términos de su jurisprudencia constante, una autoridad estatal no puede pretextar la falta de fondos o de otros recursos para no cumplir, por ejemplo, una deuda fundada sobre una decisión de justicia.[38]

El TEDH concluye con la declaración de la violación del art. 6º del CEDH, por el incumplimiento del Estado francés de proveer de vivienda a la recurrente, incumpliendo la sentencia que debería haber ejecutado.[39]

VII. La postura del Tribunal Constitucional español respecto a los derechos sociales y su impacto en el derecho a la vivienda

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, a diferencia de otras jurisprudencias, como las antes aludidas, ha partido, respecto a los derechos sociales, de la consideración siguiente:[40]

1. El Capítulo III del Título I de la CE no contiene auténticos derechos subjetivos (a diferencia de los derechos civiles y políticos incluidos en la Constitución, de los que están separados conceptualmente), sino, a lo sumo, mandatos de optimización, en el mejor de los casos, cuando no es infrecuente seguir leyendo referencia a que en ese capítulo hay normas *programáticas*, tantas décadas después de que el profesor García de Enterría negara, muy oportunamente,

señora Namizata Fofana, de 26 años, que vive en un centro de acogida de París con dos hijos, de tres y ocho años, y que había solicitado una vivienda social desde marzo de 2005, sin resultado. Ante la perspectiva de tener que abandonar en junio de 2008 el centro, se presentó la demanda judicial que ha dado lugar a tal decisión, que considera su caso urgente y ordena la revisión administrativa de su situación.

38- Traducción propia del texto original francés. El texto traducido proviene del párrafo 50 de la sentencia, que reproducimos aquí íntegro ahora y en francés:
"50. En la cause, la Cour relève que la carence des autorités, qui s'explique, selon le Gouvernement, par la pénurie de logements disponibles, ne se fonde sur aucune justification valable au sens de sa jurisprudence. Elle rappelle, en effet, qu'aux termes de sa jurisprudence constante, une autorité de l'État ne peut prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources pour ne pas honorer, par exemple, une dette fondée sur une décision de justice (Bourdov c. Russie (no 2), no 33509/04, § 70, CEDH 2009 ; Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France, no 57516/00, § 62, 26 septembre 2006)."

39- Un análisis de esta STEDH en BERNARD, N., "Is the DALO —France's enforceable right to housing— really enforceable? Commentary on the European Court of Human Rights' judgment on the Tchokontio Happi case", publicado en *Housing Rights Watch*, disponible en: http://www.housingrightswatch.org.

40- Como es sabido, y ya dijimos antes, existen derechos sociales y económicos en los capítulos II y III del Título I de la Constitución. Nos concentramos ahora en este último.

la existencia de partes de la CE sin valor jurídico, lo que ha sido repetido, por cierto, por el propio TC.[41] El Tribunal Constitucional, en la sentencia 93/2015 del 14 de mayo relativa al Decreto ley andaluz 6/2013 del 9 de abril de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, afirma en su FJ 14: "El derecho a una vivienda digna recogido al artículo 25 del Estatuto de Autonomía de Andalucía más que un derecho subjetivo es un mandato a los poderes públicos autonómicos, STC 247/2007 del 12 de diciembre, FJ 15 c; 31/2010, FJ 16 y 110/2011 del 22 de junio, FJ 15". No se dan las notas de aplicabilidad y susceptibilidad para exigir el cumplimiento que permitiría reconocer la existencia de un derecho subjetivo (STC 247/2007 del 12 de diciembre, FJ 13, B).

2. Tales derechos sociales del Capítulo III del Título I, sin matizaciones entre ellos, no se pueden alegar judicialmente de forma directa, debido a la previsión del art. 53.3 de la CE, aunque se señale por el TC que no son normas sin contenido.
3. Los derechos sociales, en definitiva, dependen de la discrecionalidad del legislador sectorial en su concreción, aunque lo limitan, si bien dependen de los medios de que se disponga (con lo cual esa limitación brilla por su ausencia finalmente, así STC 172/1989, FJ3).
4. Al suponer gasto público, pues se estima que esta nota los define, siempre dependen de la discrecionalidad presupuestaria. Este punto de vista ha sido de nuevo declarado de forma espectacular en la STC 49/2015.
5. El TC ha sido "excesivamente tímido y escasamente original" en la interconexión entre derechos constitucionales (sociales, civiles y políticos),[42] a diferencia, como es sabido, del TEDH o del TJUE o de Tribunales Constitucionales como el alemán, ya citado, o el sudafricano, por ejemplo.[43]
6. Si bien ha dejado entrever la existencia de límites a las regresiones, en decisiones recientes, como la aludida STC 49/2015, otorga a la ley de presupuestos la posibilidad de convertir en papel mojado los derechos sociales, lo que motiva en la misma un interesante voto particular con consideraciones sobre los límites a la reversibilidad de los derechos.[44]

41- "Al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9º y 53 de la CE (STC 14/1992, del 10 de febrero, FJ 11, entre otras, en la misma línea)."

42- DÍAZ, M., "Derechos sociales y amparo constitucional", en *RVAP*, núm. 94, 2012.

43- Véase SUNSTEIN, C. R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", en John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper Nº 124.

44- Se señala en este voto particular, que formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren la magistrada doña Adela Asua Batarrita y el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, entre otras cuestiones, que:
"Las razones de nuestra discrepancia parten de un doble y combinado presupuesto constitucional: de un lado, el reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como Social y Democrático de Derecho (art. 1.1) y, de otro, el aseguramiento formal de esos derechos no es suficiente, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.
Los aspectos discutidos en el presente recurso, en el que se cuestiona una regulación a simple vista menos favorable para algunos de esos derechos, los enunciados en los arts. 41 y 50 de la CE en relación con la actualización periódica de las pensiones, nos situaban en primera instancia ante el problema de discernir la conformidad constitucional de una decisión de los poderes públicos de recortar o rebajar algunos de los aspectos previamente reconocidos en el ámbito de los derechos sociales. En otros términos, se planteaba una cuestión relacionada con la denominada irreversibilidad de los derechos sociales.

Este "catecismo" del TC, siguiendo la doctrina mayoritaria española, respecto de los derechos sociales ha hecho muy difícil su protección efectiva frente a los recortes, que ha quedado en manos, hasta el momento, de los órganos judiciales del Contencioso Administrativo, que han empezado a incorporar por su cuenta razonamientos en la línea de los manejados a nivel internacional y en otros países, como veremos en relación específica con el derecho a la vivienda.

VIII. Ejemplos de contraste entre la exigibilidad del derecho a la vivienda en el nivel internacional y la postura del Tribunal Constitucional español

Los derechos constitucionales —y también los sociales— deben ser interpretados siguiendo las indicaciones del art. 10.1 de la CE. La referencia del art. 10.1 de la CE lo es a todos los tratados internacionales válidamente suscritos por España, no solo el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y al TEDH, aunque este sea, de largo, el de consideración más extendida, siendo muy excepcional encontrar referencias a la exigibilidad del derecho a la vivienda en otras instancias como, por ejemplo, al ya mencionado Comité de Derechos Sociales, guardián del PIDESC, al Comité Europeo de Derechos Sociales, que interpreta la Carta Europea de Derechos sociales o al TJUE.

a) En este sentido, por ejemplo, las observaciones del Comité ante el quinto Informe español relativo al PIDESC, de primavera de 2012, incluyen la recomendación del Comité para que el Estado:

> …Garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos

No defendemos la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales que, aplicada a las circunstancias del presente caso, vendría a significar que, una vez que se ha regulado legalmente la actualización de las pensiones, toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación estaría viciada de inconstitucionalidad. Esa postura implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales, como el pluralismo político que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo, por otra parte, evidente que las decisiones precedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la alterabilidad o inalterabilidad del statu quo alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complejo.

Admitido que el legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior —pues los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que podemos calificar de reserva de lo posible—, tampoco podemos aceptar la tesis de que semejante conclusión consienta la adopción de cualquier medida y de cualquier modo. El problema es, entonces, el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales. Señalada la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta, no es aceptable, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada o, lo que es lo mismo, el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto; lo que es perfectamente admisible es que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales. No ha de olvidarse que es el legislador el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica; esto es, la Constitución configura derechos sociales jurídicamente exigibles, pues no de otra forma puede entenderse el art. 53.3 de la CE, que expresamente ha querido remitir la decisión sobre la concreción en derechos de los principios socioeconómicos constitucionales al plano de la legislación ordinaria. Ni que decir tiene que entre ellos se encuentra los arts. 41 y 50 de la CE, que obligan a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de numerosos colectivos de ciudadanos, la mayor parte de ellos socialmente vulnerables y en estado de necesidad. En este caso, el legislador había determinado el mínimo protegido, mediante el mecanismo previsto en la Ley Nº 24/1997, del 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, con el declarado y encomiable objetivo de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones."

> y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado Parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Más concretamente, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU dictaminó, en el otoño de 2015, que España violó el derecho a la vivienda de una mujer cuya casa fue embargada por falta de pago del préstamo, e instó a entregarle una "reparación efectiva". En su dictamen, el Comité solicita a España proporcionar a la Sra. I.D.G. una reparación efectiva y asegurar que la legislación que regula los procedimientos de ejecución hipotecaria y su aplicación sea conforme con las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual el país es signatario.

En particular, España debe adoptar medidas legislativas para garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria y las normas procesales establezcan requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a una subasta de una vivienda o a un desalojo, en observancia de los derechos reconocidos en el Pacto.

El Comité concluyó que España violó el artículo 11.1, leído conjuntamente con el artículo 2.1 del Pacto, dado que el juzgado no tomó todas las medidas razonables para notificar adecuadamente a la Sra. I.D.G. la demanda de ejecución hipotecaria presentada contra ella por la entidad acreedora y, como consecuencia, le privó de la posibilidad de defender adecuadamente su derecho a la vivienda ante un tribunal.

De acuerdo con el dictamen del Comité, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, la notificación por edicto debe limitarse estrictamente a situaciones en que se han agotado todos los medios para practicar una notificación personal, y asegurándose la suficiente publicidad y plazo. De esta forma, se da oportunidad a la persona afectada de tener pleno conocimiento del inicio del procedimiento y de personarse en el mismo.

El Comité también publicó sus primeras recomendaciones al gobierno español para que regule los procesos de ejecución hipotecaria y que su aplicación cumpla con las obligaciones bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que España es miembro.

Este fallo es el primer dictamen adoptado por el Comité en un caso individual presentado bajo el Protocolo Facultativo de ese Pacto, que entró en vigor en mayo de 2013. Este protocolo constituye una herramienta para recibir quejas de personas que no han conseguido que se haga justicia en casos de violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su país.[45]

Téngase en cuenta que la recurrente presentó un recurso de amparo ante el TC español, que el 16 de octubre de 2013 inadmitió el recurso presentado por la autora debido a "la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo", de conformidad con los artículos 44.1 y 50.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

b) Si nos ceñimos al ámbito europeo, hay que mencionar la Carta Europea de Derechos Sociales (CEDS), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus órganos respectivos de protección.

45- Puede leerse la resolución del Comité en: http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16457&LangID=S.

b1) El Comité Europeo de Derechos Sociales, como es sabido, es el guardián de la Carta Europea de Derechos Sociales, ya mencionada.

El mismo ha constatado en casos como "Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands"[46] que el art. 31.2 de la CEDS impone a los Estados Parte la obligación de proveer un alojamiento alternativo en caso de desahucio —especialmente si hay menores implicados— y también, ha condenado, en otras ocasiones, a Estados por vulneración de este precepto (Decisión de 2005, que afectó a Italia, por ejemplo).

El art. 31.2, que se refiere al derecho a la vivienda, se contiene en la modificación de 1996 de la Carta, no suscrita por España, por lo que no se le aplica a esta. En ese sentido, ha sido destacada de forma negativa la no ratificación por parte española de la modificación de la Carta Social Europea de 1996 y del protocolo adicional de 1995 que abre la puerta a las acciones colectivas y que ha sido reclamada por la doctrina reiteradamente.[47]

b.2) Siguiendo en el ámbito europeo, si bien es cierto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 no reconoce explícitamente un derecho a la vivienda, la jurisprudencia del TEDH —aunque se ha negado a declararlo explícitamente también— lo ha reconocido de forma implícita en conexión con otros derechos del convenio, singularmente con el art. 8º, referido al derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, afirmando las obligaciones positivas de los Estados al respecto, entre ellas, la de proveer un alojamiento alternativo a los desahuciados.

Como ya dijimos, en el caso "Marzari contra Italia" del 4 de mayo de 1999, antes aludido, el TEDH sostuvo:

> Aunque el artículo 8º no garantiza el derecho a tener el problema de la vivienda de cada uno solucionado por las autoridades, un rechazo de las autoridades a proveer asistencia a este respecto a un individuo sufriendo una enfermedad severa podría en ciertas circunstancias hacer surgir un supuesto bajo el artículo 8º de la Convención debido al impacto de tal rechazo en la intimidad de la persona…, esta previsión no obliga meramente al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de esta tarea negativa puede haber obligaciones positivas inherentes para el efectivo respeto de la intimidad. Un Estado tiene obligaciones de este tipo cuando hay una vinculación directa e inmediata entre las medidas buscadas por el demandante y su intimidad.

Como ha sido señalado, la justiciabilidad del derecho a la vivienda en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares, gracias la jurisprudencia del TEDH, sigue siendo limitada, pero pueden encontrarse ejemplos que permiten comprobar su paulatina relevancia como los recientes casos "Yordanova" y "Winterstein", y otros de los últimos años.

46- *Decision on the merits* del 20 de octubre de 2009 a la Reclamación Colectiva 47/2008, apartado 41. Disponible en: http://www.errc.org/cms/upload/file/decision-on-the-merits-by-the-european-committee-of-social-rights.pdf

47- Por ejemplo, FERNÁNDEZ, G. y PONCE, J., "Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 255, 2010. Sobre la Carta, GUIGLA, G., "El derecho a la vivienda en la carta social europea; a propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales", *UNED, en Revista de Derecho Político*, Nº 82, septiembre-diciembre de 2011, pp. 543-578, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3803955.

En estos casos, el TEDH ha vinculado el derecho a la vivienda con el art. 8º del CEDH en aspectos muy específicos, como la habitabilidad de la vivienda, su accesibilidad y su exigibilidad. En este último punto, el TEDH puede llegar a considerar —atendiendo a las circunstancias del caso— que las autoridades públicas deban ofrecer soluciones alternativas al desalojo de los ocupantes de las viviendas para cumplir con el principio de proporcionalidad.

Además, esta jurisprudencia del TEDH exige que las autoridades públicas deben justificar la injerencia en la vida privada de los ocupantes (su necesidad social imperiosa), sin que sea suficiente para cumplir con este requisito que esa injerencia esté legitimada por la ley. Además, el TEDH exige que un tribunal independiente analice la proporcionalidad de tal injerencia, lo que, en nuestra opinión, se traduce en que el ocupante tenga la posibilidad de reclamar (si lo desea) el análisis de la proporcionalidad del desahucio en el seno del proceso (que será o no aceptada por el tribunal, quien no deberá rechazar la petición a *limine litis*) y, corolario, que el juez pueda (y deba) entrar a valorar la injerencia por parte de las autoridades públicas.[48] Entender lo contrario supondría admitir un control *ex post* del desalojo por un tribunal independiente en lugar de *ex ante*, lo que iría en detrimento del perjudicado y de la garantía efectiva de los derechos contemplados en la CEDH.[49]

En aplicación de su doctrina, el TEDH ordenó la suspensión cautelar del derribo de una vivienda de la que fue desalojada una familia, con una niña de 8 años en Madrid, el 31 de enero de 2013, (nuestro TC había rechazado el recurso de amparo previo, presentado en base a la jurisprudencia del propio TEDH) y la del desalojo de 16 familias en Salt, Girona, de un edificio de la Sareb, el 15 de octubre de 2013, hasta que el gobierno catalán facilitó el acceso efectivo a una vivienda social en el marco del Programa de Emergencias Sociales.

b.3) Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene en su artículo 34 una referencia a la vivienda. El TJUE ha tutelado esta a través de su jurisprudencia, referida a la protección de los consumidores europeos. El ya famoso caso "Aziz", suscitado a raíz de una cuestión prejudicial, es un buen ejemplo de ello (sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2013, dictada a raíz de una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona, relativa al carácter abusivo de una cláusula contractual en un préstamo bancario, que afectó a la legislación hipotecaria española por ser contraria al Derecho de la UE).

Más recientemente, la sentencia del TJUE del 10 de septiembre de 2014 ha reconocido la existencia de un derecho a la vivienda en vinculación con el art. 7º de la Carta, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, siguiendo, pues, el camino ya abierto por el TEDH.[50]

48- Ver, en este sentido, la STEDH del 17 de octubre de 2013 (caso "Winterstein"), apartado 148.

49- Un análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre vivienda en ZUNZUNEGUI, F., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al derecho español", en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16/2014 Hipoteca y Vivienda, p. 162 y ss.

50- Un comentario a la misma del profesor Julio Tejedor, aquí: http://administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea/.

IX. El contraste entre el control desplegado por los órganos judiciales españoles y el Tribunal Constitucional

c) *Si nos centramos en el ámbito español,* es preciso analizar la exigibilidad del derecho a la vivienda frente al Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (sea en el ámbito Contencioso, sea en el ámbito Civil), los juzgados unipersonales de lo Contencioso y el Tribunal Constitucional.

c1) En cuanto a la exigibilidad frente al Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el art. 1º del Código Civil, este ha reconocido con toda naturalidad que el art. 47, así como el resto del Capítulo III del Título I, no es programático —tal y como había ya señalado el profesor García de Enterría tempranamente en los años 80[51] y contra lo que aún puede leerse entre algún autor español— al señalar que la vivienda es tratada como un principio programático, lo que, como vamos a ver de inmediato, no es así en la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo español.[52]

El Tribunal Supremo también ha establecido, sin ningún género de dudas, en diversas sentencias, la vinculatoriedad jurídica de los preceptos del Capítulo III del Título I de la CE, entre ellos, el derecho a la vivienda y su exigibilidad directa en litigios frente a él.

En el ámbito de la jurisdicción contenciosa, por lo que se refiere al artículo 49 de la CE, la STS del 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396) señala lo siguiente:

> A la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos", derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (artículo 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica "de los

51- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª Ed., Civitas, Madrid, 1985, extractos de pp. 63 a 103:

"Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, como hemos ya sentado más atrás, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación (aunque [...] la Constitución no encierra tanto normas imprecisas como «Derecho concentrado» [...]). El artículo 53, en una redacción poco feliz, ha establecido una distinción que, sin embargo, sí tiene razón objetiva, la de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I, por una parte, y de «los principios rectores de la política social y económica», por otra (...). Esta distinción se ha funcionalizado en el artículo 53.3 en una forma que, no obstante su escasa fortuna formulativa, deja perfectamente claro que también los segundos "informarán la práctica judicial" (...). los jueces y tribunales deberán, pues, tenerlos en cuenta para esas funciones de aplicación constitucional que hemos visto (...). Mucho más, como es obvio, podrá el Tribunal Constitucional apoyarse en esos principios de los artículos 39 a 52 inclusive para declarar inconstitucional una ley".

52- NASARRE, S., "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Nº 727, p. 2669.

> principios rectores de la política social y económica", no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso "Trop versus Duller", "las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones de Gobierno". Y esta doctrina, aunque establecida por un tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9.1 y número 3 de la disposición derogatoria de la Constitución española. De manera *que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos*.

El artículo 45 de la CE, la STS del 25 de abril de 1989 (RJ 1989\3233) abunda en la misma idea:

> Establecido lo anterior, hay que añadir ahora que lo que aquí se plantea es la de unas consecuencias —que, en el mejor de los casos, pueden calificarse de molestas— que se siguen al recurrente por las deficiencias que presentan las instalaciones de tratamiento y evacuación de las aguas residuales del municipio. Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a "todos" el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medioambiente, negar la legitimación de don Gabriel P. S. es negar lo evidente. Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más —como ya hizo en sentencia del 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396)— que los preceptos contenidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución, pese a dar bajo la rúbrica de "principios rectores de la política, social y económica" no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso Trop contra Duller, "las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno". Y esta doctrina, aunque establecida por un tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito. De manera que ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos.

En una serie de sentencias similares, que se inician con la STS del 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6551), el TS da la razón a los recurrentes en litigios referidos a la apertura de farmacias, al señalar:

> El art. 53.3 de la CE advierte que los principios rectores de la política social y económica han de informar la práctica judicial, y uno de ellos es el "derecho a la protección a la salud" (art. 43). Y, dada la trascendental importancia que para dicha protección tienen las farmacias, es claro que, de la Constitución, deriva en un criterio "pro apertura", en cuanto medida necesaria para una adecuada atención farmacéutico-sanitaria y por razón precisamente de servicio público —tal como ha venido declarando, además, la doctrina de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo.

Y, en similar sentido, en la STS del 31 de septiembre de 1990 (RJ 1990/10427):

> Cómo el artículo cincuenta y tres, párrafo tres, de la Constitución española advierte que los principios rectores de la política social y económica han de informar la práctica judicial, entre cuyos principios se encuentra el derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo cuarenta y tres de dicho texto constitucional, derecho en el que ocupan un lugar destacado las farmacias, se llega a la conclusión de que, en el modelo de convivencia que traza nuestra Constitución (RCL 1978\2836y ApNDL 1975-85, 2875), el conflicto de intereses que puede existir entre los farmacéuticos ya establecidos, por un lado, y las necesidades de la salud de los ciudadanos, por otro, ha de resolverse en el sentido de proteger y promover la igualdad de los ciudadanos y la libertad de empresa, con lo que, en último término, se cumple el principio del libre ejercicio de las profesiones liberales.

Vemos, pues, cómo ante la alegación de un derecho del Capítulo III del Título I, el Tribunal la acepta y es determinante para el fallo favorable a los recurrentes.

En lo que se refiere específicamente al derecho a la vivienda del artículo 47 de la CE, el Tribunal Supremo también ha reiterado la misma doctrina. Así, en la STS del 16 de junio de 1998 (RJ 1998\6149) se dice lo siguiente:

> Cuarto. El artículo 47 de la Constitución española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), dentro del Capítulo III del Título I, proclama el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, vinculando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.
>
> Cualesquiera que sean las dificultades dogmáticas que implica la consideración como "derechos constitucionales" de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el capítulo III del título I, es evidente que el citado artículo 47 es un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos.

Asimismo, en la STS del 27 de abril de 1999 (RJ 1999/4600), al hilo de la alegación del art. 39, situado en la misma parte de la CE, se declara con toda contundencia la existencia de un derecho a la vivienda exigible judicialmente, y que puede y debe ser tutelado por los órganos judiciales. Aunque la cita es larga, merece la pena su reproducción completa:

> **C.** Y queda todavía por analizar un último obstáculo a la interpretación que aquí venimos sosteniendo: que el recurrente invoca el artículo 39 de la Constitución y ese precepto constitucional se encuentra ubicado dentro de un Capítulo (el III del Título I) que gira bajo esta rúbrica: "De los principios rectores de la política social y económica". Lo que puede llevar a pensar que su valor es puramente programático, careciendo de fuerza directa de obligar en tanto no sean regulados por una ley. Y esto porque el artículo 53.3 (que figura en el Título IV: "De las garantías de las libertades y derechos fundamentales") dice que: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III (en el que está situado —recuérdese— el artículo 39) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que las desarrollan".

Así las cosas, es necesario tener presente lo que sigue:

a) Que la misma distinción entre principios y reglas es difícil de precisar, dado el manifiesto abuso en el empleo del significante "principio" tanto por parte de la doctrina como por parte del legislador. Piénsese, por ejemplo, en los llamados "principios de la potestad sancionadora" de que habla el Título IX, Capítulo I, de la Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246). ¿Es que acaso es una mera norma programática el que el artículo 129 designa como principio de tipicidad? ¿Lo es también el tan repetidamente invocado principio de reserva legal? Nadie se atrevería a decir tal cosa. Y, efectivamente, cuando la doctrina se ha referido a este problema en el ámbito sancionador ha sabido distinguir entre el principio de legalidad y las dos reglas o mandatos que derivan de él: la regla de la tipicidad y la regla de la reserva legal.

b) Es cierto que el artículo 53.3 de la CE habla de principios (a diferencia del número 1 de ese mismo artículo que habla de derechos). Pero no es menos cierto que en el Capítulo tercero (donde está ubicado, lo diremos una vez más) se habla en varias ocasiones de **derechos concretos** e incluso hay otros que están implícitamente aludidos.

Tenemos, en efecto, expresamente mencionados los siguientes derechos: derecho a la protección de la salud (art. 43.1); derecho a la cultura (artículo 44.1) y derecho a disfrutar de un ambiente natural adecuado (art. 45.1).

Además de ello, es claro que la redacción de los artículos que integran ese Capítulo III permite dar por supuesta la incorporación por la Constitución de otros derechos. Por ejemplo, el derecho a la investigación de la paternidad, **el derecho a la igualdad que tienen siempre los hijos, el derecho de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio a recibir asistencia (sic) de sus padres (art. 39), el derecho del trabajador al descanso necesario (art. 40), etcétera.**

c) Nótese, además, que el mismo artículo

53.3 de la CE está rechazando de forma muy clara ese pretendido carácter programático de los artículos 39 a 52, integrantes del Capítulo III, al decir que los principios a que alude explícitamente la rúbrica que le da cobertura "**informarán** la legislación positiva, la **práctica judicial** y la actuación de los poderes públicos".

Y esto quiere decir, y dice, que todos los poderes públicos y, en particular el Legislativo y el Judicial, han de ajustar su actuación a esos principios, es decir, están vinculados por esos principios. El texto emplea el verbo "informar", que en ninguna de las acepciones que recoge el *Diccionario de la Academia Española* tiene el sentido que aquí tiene, pero que no puede ser otro que ese: lo que el artículo 53.3 quiere decir es que esos principios vinculan a los poderes públicos, los cuales tienen el deber —nacido directamente de la Constitución— de ajustar su actuación a ellos. Es lo mismo que si el texto dijera que esos principios "presidirán" la actuación de los poderes públicos. O bien esto otro: que esos principios "regirán", que por eso mismo son principios "rectores", la actuación de los poderes públicos.

d) Así las cosas, **no basta con que los artículos 39 a 52 estén cubiertos con la rúbrica de "principios rectores" para negarles, sin más, eficacia normativa directa, siendo necesario analizarlos uno a uno, para saber lo que contienen. Tarea que, por lo demás, es la que ha de llevar a cabo, con toda habitualidad el jurista, y que es lo que se llama actividad calificadora. Y procediendo de este modo nos encontramos que en ese Capítulo III no solo hay principios, sino también derechos, y que algunos de los llamados principios enmascaran verdaderos derechos, y que algunos de los derechos expresamente calificados de tales necesitan de la intermediación de una ley para su aplicación o de la necesaria provisión de medios materiales y consiguiente dotación presupuestaria previa, e incluso de la instrumentación de políticas que, aunque necesarias, tienen que ser jerarquizadas a la hora de poderlas llevar a cabo. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con "el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" de que habla el artículo 47.** Y hay otros, como el derecho a la salud y el derecho a un ambiente adecuado, cuya efectividad se viene reconociendo por los Tribunales a determinados efectos. Por ejemplo, el Tribunal Supremo se ha apoyado reiteradamente en ese derecho a la salud para fundamentar la existencia del llamado principio "pro apertura" en materia de autorizaciones de farmacia. Y el Tribunal Supremo ha aplicado directamente en algunas ocasiones el derecho a un ambiente adecuado para estimar pretensiones de los particulares que, de alguna manera, lo habían pasado por alto (cfr. STS [de la antigua Sala 4ª] del 20 de mayo de 1987 [RJ 1987\5827], asunto Matalascañas).

e) No es nada simple, como se ve, la interpretación de ese artículo 53.3 en relación con los artículos 39 a 52, quizá porque interpretar la Constitución es tarea peculiar que difiere de la mera interpretación de una ley, de un reglamento o de un negocio jurídico. En el bien entendido, sin embargo, que también la interpretación de la Constitución ha de afrontar problemas generales, no específicos de la Constitución como norma jurídica. En todo caso, no está de más recordar en este momento que el Tribunal Supremo ha advertido ya en alguna ocasión, transcribiendo lo dicho en una famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, "Las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo: ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del gobierno de nuestra nación.

Son regulaciones de gobierno. Cuando la constitucionalidad de una ley del Congreso se plantea ante este Tribunal, debemos aplicar dichas regulaciones. Si no lo hiciésemos, las palabras de la Constitución vendrían a ser poco más que buenos consejos". Esta cita aparece recogida, según decimos, en la STS, de la antigua Sala 4ª, del 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396), asunto "supresión de obstáculos arquitectónicos en Pamplona", y traerla a colación en el caso que nos ocupa parece oportuno porque confirma lo que hemos dicho más arriba: que no basta con que los artículos 39 a 52 aparezcan bajo la rúbrica de "principios rectores", para negarles, sin más, eficacia directa. Y aquí se da el caso, además, de que el precepto invocado es el 39 en cuyo número 3 se establece el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos de matrimonio, lo que, a *sensu contrario*, supone reconocer el derecho de los hijos —nótese: "habidos dentro o fuera de matrimonio"— a esa asistencia de los padres.

Es claro entonces que es perfectamente pertinente que la parte recurrente haya invocado ese artículo 39 de la CE para fundar este segundo motivo. Y como no consta tampoco —ni nadie ha argumentado esto— que su matrimonio sea fraudulento, y como la presunción de inocencia le ampara también en este caso, la conclusión a la que nuestra sala arribó con los argumentos precedentemente examinados, se ve robustecida aún más con que se acaban de hacer ahora. Por lo que la sentencia impugnada debe ser anulada y la anulamos.

También la STS del 18 de febrero de 2002 (RJ 2002\4826) abunda en la misma idea:

> Previsiones del párrafo primero del artículo 47 de la Constitución. Este consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica, y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución.

La STS del 17 de julio de 1990 (RJ 1990\6566), en este caso aplicando la normativa sobre vivienda protegida, al resolver un recurso Contencioso Administrativo contra dos decisiones administrativas vascas relativas a la denegación de autorización de modificación de proyecto de construcción de viviendas de protección oficial y de denegación de la calificación definitiva de estas, señala:

> Cuarto. Pero todo ello, además, tiene que ir completado con la idea de que la normativa a aplicar aquí tiene que ser interpretada con un profundo sentido finalista o teleológico, que impida servirse de la misma en la consecución de objetivos no queridos por el legislador. Y puesto que tanto se apela ahora a la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), en defensa de garantías formales, no será nada malo acordarse de ella y tener presente que la misma da comienzo su articulado declarando solemnemente que "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho…" (artículo 1.1); descendiendo al campo de que se trata en el artículo 47, donde se reconoce que "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", indicando a continuación que "los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho…".

Ahora bien, *el concepto de vivienda "digna y adecuada" hay que ponerlo en relación con la situación general del país y con los medios económicos y financieros disponibles, que es lo que ha motivado que en el régimen jurídico especial sobre viviendas de protección oficial*, al que se llegó hace varias décadas, tras de regulaciones específicas que le precedieron: viviendas bonificables, protegidas, de renta limitada, por no remontarnos más atrás (casas baratas) en la política de ayuda y de fomento en este sector, haya habido necesidad de conformarse con tipos de viviendas, dignas, sí, pero modestas o no excesivamente confortables o suntuarias, con el fin de extender la ayuda al mayor número de personas verdaderamente necesitadas de ella, y, por lo tanto, excluyendo a las que pueden permitirse la satisfacción de esta necesidad por sus propios medios.

En definitiva, *estamos atendiendo al espíritu y finalidad de la normativa aplicable aquí, de una manera fundamental, como se recomienda en el inciso final del núm. 1º, del artículo 3º, del título preliminar del Código Civil*.

Séptimo. Retrocediendo a lo antes dicho sobre el desiderátum constitucional de proporcionar a los españoles unas "viviendas dignas y adecuadas" se ha de reconocer que *ello por sí solo no nos prestaría gran ayuda en la resolución del problema de que se trata, por tratarse de un concepto indeterminado lo que ha obligado al legislador a tener que acudir a elementos que sirvieran para fijar cuantitativamente los topes en esta política de fomento en el acceso a viviendas de las clases sociales merecedoras de esta protección. Ya que no es lógico ni justo primar con los beneficios establecidos para las viviendas de protección oficial a aquellas que superen las condiciones previstas dentro de este régimen, especial, ya que, de lo contrario, lo que procedería sería primar a todas, solución a todas luces inadmisible*.

Finalmente, en el ámbito Civil, podemos destacar la STS del 30 de abril de 2012 (RJ 2012/5235), en la que se señala:

> Sala ha reiterado que la disposición del art. 96 del CC en relación a la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia, está establecida para proteger el interés de los menores, no el interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad (SSTS 451/2011, del 21 junio; 236/2011, del 14 abril y 861/2009, del 18 enero, entre otras). De este modo, la división de un inmueble a los efectos que se pretenden en el presente litigio tiene como único límite esta protección.
> Sin embargo, el art. 96 del CC no resulta suficiente, en el plano objetivo, para resolver el conflicto planteado, sino que, a través de la interpretación adecuada de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben ser aplicadas, debe decidirse si existen intereses contrapuestos. Señala el Ministerio Fiscal con acierto que las sentencias de contraste citadas no acuerdan la división de la vivienda sin más, sino que tienen en cuenta las circunstancias a las que se ha aludido antes y que se dan en este caso, lo que no ha sido tenido en consideración en

> la sentencia recurrida.
> Un nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el art. 33 de la CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, **como en el art. 47 de la CE, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.**

c.2) En relación con la exigibilidad en los Tribunales Superiores de Justicia. Igual que hemos visto ocurre frente al Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (CCAA) aceptan demandas fundadas en el art. 47 de la CE y resuelven los litigios conforme a este, procediendo, en ocasiones, a controlar la actividad o inactividad administrativa en su virtud.

En este sentido, en el ámbito Contencioso Administrativo, la STSJ de Cataluña del 12 de julio de 1996 (RJ 1996/1169), al resolver sobre un supuesto de denegación municipal de ruina de un edificio, señala:

> Teniendo en cuenta la realidad del mercado, precios del Boletín de la Construcción, y la necesidad de que las viviendas sean dignas, como exige la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), art. 47 de la CE, no basta cualquier "ligero arreglo" para transformar en habitables viviendas antiguas en desuso como las existentes en el edificio en litigio. El hecho de que no sea aplicable, por razones temporales, la Ley 24/1991, del 29 de noviembre (LCAT 1992\25), de la Vivienda, o el Decreto 274/1995, del 11 de julio (LCAT 1995\562), sobre el nivel de habitabilidad objetiva exigida a las viviendas, no exime tener en cuenta que si se pretende el mantenimiento de un edificio para viviendas, estas han de cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad. Atendiendo a tal hecho, y aun partiendo de la condición modesta de las viviendas, se valoran como excesivamente parcas las partidas rehabilitadoras y la cuantificación reseñada por los técnicos de la Administración local. Consecuentemente entendemos acredita la ruina económica sin que hubiere que pronunciarse, por ello, sobre la técnica.

Otras anulaciones de decisiones administrativas de acuerdo con el derecho del art. 47 de la CE que se alega en la demanda son:

- La STSJ de Andalucía del 11 de diciembre de 2000 (RJ 2000/41, en la que se conoce de la actividad subvencional de la Administración), la STSJ de Baleares del 17 de abril de 2012 (RJ 2012/634), en la que se confirma en apelación la anulación de un acuerdo municipal referido al destino del patrimonio municipal del suelo, en la que se señala:

> Ha de tenerse presente también que uno de los derechos constitucionales más reclamados por los ciudadanos en estos momentos es el derecho a la vivienda, establecido en el artículo 47 de la Constitución (RCL 1978, 2836) [y que] ni le hacen justicia ni combinan bien con el contenido del artículo 47 de la Constitución las actuaciones que utilizan el patrimonio municipal del suelo para resolver los problemas de financiación del Ayuntamiento o para la realización de cualesquiera intereses urbanísticos.

- La STSJ de Madrid del 11 de febrero de 2010 (RJ 2010/583), en la que, curiosamente, es el derecho a la vivienda del resto de ciudadanos distintos al litigante el que fundamenta la sentencia que mantiene la decisión municipal de demoler una infravivienda en suelo de titularidad pública, señala:

> Por otro lado, tampoco puede pasar inadvertido que la extensión desmesurada de este tipo de construcciones puede dificultar la ejecución del Planeamiento, al no poder tener lugar las demás fases para la transformación urbanística en suelo urbano, impidiendo con ello que otros ciudadanos puedan ejercer el mismo derecho a la vivienda que invoca el hoy recurrente ex art. 47 de la CE.

- La STSJ del País Vasco del 5 de febrero de 2003 (RJ 2003/115750) anula una revocación administrativa de subvención para adquisición de vivienda usada, al señalar:

> La prohibición de cesión intervivos de la vivienda cuya adquisición se financia por los fondos públicos tiene como finalidad impedir actuaciones especulativas a través de las cuales se burle el carácter finalista de las ayudas desviando las mismas a la consecución de un mero lucro personal. Ahora bien, el sentido de dicha prohibición adquiere toda su relevancia en relación con la cesión a terceros de la vivienda subvencionada, pero no puede pretender que el mantenimiento forzoso de la titularidad se erija en impedimento para el ejercicio de los derechos a la separación o el divorcio que a los cónyuges reconoce la legislación civil. La separación o el divorcio, seguidos de disolución del régimen económico matrimonial con división de los bienes que se poseen en común y adjudicación a cualquiera de los cónyuges de la vivienda familiar no atenta contra la prohibición del art. 7.2 del Decreto 103/92, toda vez que no es la cesión de la parte alícuota de cada miembro de la unidad convivencial lo que preocupa a la norma, ya que la finalidad perseguida de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada en cumplimiento del principio constitucional del art. 47 de la CE se cumple idénticamente tras la separación de la unidad convivencial en la medida en que alguno de los beneficiarios de las ayudas continúa pese a ello en posesión de la vivienda.

c.4) Finalmente, los juzgados unipersonales de lo Contencioso también están resolviendo asuntos con apelación del derecho a la vivienda constitucional. Destacan, en este sentido, la serie de sentencias de diversos juzgados

unipersonales de Barcelona resolviendo controversias entre el Ayuntamiento de Terrassa y diversas entidades bancarias en relación con la desocupación de viviendas que permanezcan vacías más de dos años y la aplicación de la Ley catalana del Derecho a la Vivienda que considera tales supuestos como incumplimientos de la función social de la propiedad.

De acuerdo con informaciones del propio Ayuntamiento de Terrassa, la situación en abril de 2016 es la siguiente:[53]

De las 25 sentencias dictadas por juzgados de lo Contencioso Administrativo de Barcelona[54] a fecha mayo de 2016, 17 sentencias son totalmente favorables al Ayuntamiento de Terrassa, tres lo son parcialmente y cinco dan la razón a entidades bancarias. Del total de sentencias, las favorables al Ayuntamiento de Terrassa provienen de diez juzgados unipersonales diferentes, mientras la minoría de desfavorables para el Ayuntamiento ha sido dictada por un único juez.

Las sentencias favorables en Terrassa validan la potestad y competencia del Ayuntamiento para incoar expedientes de acuerdo con el art. 41 LDHCat; afirman que la desocupación incumple la función social del derecho de propiedad; validan el procedimiento administrativo aplicado por el Ayuntamiento, que daba garantías suficientes, sin ninguna necesidad de esperar a un futuro Reglamento de Desarrollo de la LDHCat; validan la potestad para imponer multas coercitivas y su proporcionalidad; sostienen que no son causas justificativas de mantenimiento de una vivienda vacía por más de dos años supuestos como, por ejemplo, la suscripción de convenios genéricos entre una entidad bancaria y la Agencia de la Vivienda de Cataluña, la imposibilidad de ocupación por la crisis inmobiliaria, el hecho de que las viviendas se encuentren en comercialización o la imposibilidad de la ocupación por la inestabilidad de las fusiones y absorciones entidades.

A su vez, la minoría de sentencias de un único juez que son desfavorables al Ayuntamiento de Terrassa no cuestionan tampoco los aspectos validados por la mayoría de sentencias. Interpretan, en cambio, que el plazo de dos años de desocupación se inicia con el primer requerimiento, lo que es una conclusión que no se puede encontrar en lugar alguno de la ley vigente, y consideran como causas justificativas las que el resto de juzgados rechazan y ya hemos mencionado antes.

Como señala, por ejemplo, la sentencia del 7 de octubre de 2015 (recurso 467/2014) del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 17 de Barcelona que desestima un recurso de una entidad bancaria:

> En definitiva, lo que pretenden estos expedientes es incentivar a las entidades bancarias para que procedan a procurar la ocupación de las viviendas vacías de las que disponen, en defensa del principio constitucional de la función social de la propiedad y del derecho a la vivienda digna de los ciudadanos. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley 18/2007 del 23 de diciembre sobre derecho a la vivienda.

d) A la vista de esta jurisprudencia, y partiendo, pues, de la indudable vinculación jurídica del artículo 47 de la CE, queda claro que

53- Los datos fueron proporcionados por el propio Ayuntamiento de Terrassa en la Jornada sobre Vivienda, organizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el 21 de abril de 2016.

54- Algunas de ellas accesibles a través de la base datos de jurisprudencia del CGPJ denominada Cendoj, todas en la página web: http://www.ac-lg.com/noticias/.

el derecho a la vivienda no es programático y también que se configura como un auténtico derecho subjetivo, exigible judicialmente, del que se deriven correlativas obligaciones jurídicas para los poderes públicos.

Para poder analizar convenientemente esta afirmación es preciso partir de lo que se entiende por derecho subjetivo. En este sentido, se puede acudir a cualquiera de las clásicas definiciones elaboradas por la doctrina civilista. Así, por ejemplo, Castán lo considera "un poder reconocido a la persona por el ordenamiento jurídico con significado unitario e independiente, y quedando al arbitrio de ella la posibilidad de su ejercicio y defensa"; mientras que De Castro lo define como "una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa".[55]

Pues bien, ¿el contenido del artículo 47 de la CE incluye un auténtico derecho subjetivo?

Para responder a esta cuestión, previamente, debemos interrogarnos sobre la consecuencia de la existencia de un derecho subjetivo, esto es, la presencia o no de un obligado jurídicamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1088 del Código Civil, que define el contenido de las obligaciones). El propio artículo 47 de la CE nos aclara que son los poderes públicos los que "promoverán las condiciones necesarias", "establecerán las normas pertinentes" para "hacer efectivo este derecho", para lo que también regularán "la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación". Además, también los privados, de acuerdo con el artículo 9.1 de la CE, están vinculados por el artículo 47 de la CE, en el sentido (meramente negativo, en este caso, por contraste con el anterior) de no hacer nada que pueda suponer la vulneración del derecho a la vivienda.

Tenemos, pues, un sujeto titular (todos los españoles, aunque también en el caso de los extranjeros puede existir tal titularidad), un objeto y unos sujetos obligados (de modo distinto) por la existencia del artículo 47 de la CE. ¿Existe entonces un derecho subjetivo?

La respuesta, en nuestra opinión, ha de ser claramente positiva. Y la confusión aún reinante en torno a este punto solo puede ser entendida si se parte de que, habitualmente, *no se distingue correctamente entre obligaciones jurídicas de medios y obligaciones jurídicas de resultados, entendiéndose erróneamente que como del artículo 47 de la CE no se derivan las segundas, entonces no existe derecho subjetivo*. Sin embargo, si se considera, como hacemos nosotros, *que del artículo 47 se derivan claras obligaciones de medios (de hacer y no hacer alguna cosa, tanto, con intensidad distinta, para todos los poderes públicos como para los privados), entonces no existe dificultad alguna para sostener la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en la Constitución*.

Derecho que, hemos comprobado, protege las decisiones de los órganos judiciales en España.

Como es sabido, las obligaciones jurídicas de medios comportan que la prestación que pueda exigirse al obligado sea de actividad, no de resultado (pues esta es la prestación típica de las obligaciones de resultado). En el caso de las prestaciones de actividad propias de las

55- Tales definiciones pueden encontrarse en el repaso doctrinal hecho por LACRUZ, J. L.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Parte General del Derecho Civil, Elementos de Derecho Civil, I, El derecho subjetivo*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1984, p. 87. Estos autores, a su vez, lo definen como una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona que se concreta en ciertas posibilidades de actuación específica (facultades) que son componentes naturales suyos, pero no necesariamente esenciales, el cual se presenta como una parte o lado de la relación jurídica, aunque con entidad independiente y vida autónoma, cuyo ejercicio queda a discreción del titular.

obligaciones jurídicas de medios, el obligado debe poner los medios para alcanzar ciertos fines, pero solo (y nada menos que) eso. Aunque no se obtenga el resultado para el que se ponen los medios, el obligado no puede ser hecho responsable si no se prueba su *falta de diligencia*.

En el ámbito de la actividad privada, son típicas obligaciones de medios, como es sabido, las del abogado o el médico.[56] En el ámbito de la actividad pública, lo son las derivadas del derecho a una buena administración, contenido implícitamente en diversos preceptos constitucionales en España y también en diversa normativa europea[57] o, lo que nos interesa ahora especialmente, las obligaciones derivadas del derecho reconocido en el artículo 43 de la CE.

Efectivamente, existe consenso doctrinal y jurisprudencial, en este caso, en entender que el derecho que reconoce el artículo 43 de la CE no es la salud, sino su protección. Diversos autores consideran que debe hablarse no del derecho a la salud, sino del derecho a los cuidados médicos; no del derecho a una salud asegurada, sino del derecho a un nivel de vida suficiente, manejándose en este ámbito por la doctrina la citada distinción entre obligaciones de medios y de resultados, siendo el titular del derecho acreedor a las primeras, no a las segundas.[58] Por ello, el paralelismo entre el derecho del artículo 43 y el del artículo 47, que nos ocupa a nosotros, nos parece singularmente interesante, por cuanto este último ha sido mucho menos construido que el primero, el cual es una interesante fuente de inspiración para el desarrollo dogmático del derecho a la vivienda.

Pues bien, del mismo modo que del artículo 43 no se deriva el derecho a estar sano toda la vida y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarnos, mediante actividad de no hacer —perjudicar o dañar nuestra salud— o de hacer —previniendo los daños y curando siempre estos cuando se produzcan—, lo que sería, ciertamente, absurdo, tampoco cabe derivar del artículo 47 un derecho a "tener en propiedad" una vivienda y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarnos, mediante actividad de hacer, el disfrute de tal bien. Pero aunque tal conclusión sea evidente, lo cierto es que, en ocasiones, se trata de una *reductio ad absurdum* que conlleva, erróneamente, una conclusión aneja: que no existe derecho a la vivienda.

Lo que se deriva del artículo 47 de la CE leído en su literalidad e interpretado sistemáticamente con el artículo 53.3, primera parte, es la existencia de una clara serie de prestaciones a efectuar por los poderes públicos: tanto de no hacer (no vulnerar el derecho, esto es, respetarlo, lo que también alcanza a los privados, como se razonará) como de hacer. Entre estas segundas, se encuentran, como vimos, dos prestaciones de hacer vinculadas con el desarrollo de normas, una general (normas "pertinentes" para "hacer efectivo este derecho"), otra más específica vinculada a la regulación de "la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación", y una prestación

56- Sobre la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, puede consultarse en la doctrina civilista, por ejemplo, LOBATO GÓMEZ, J., "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, p. 651 y ss., y JORDANO FRAGA, I.: "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 5 y ss.

57- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 201 y ss.

58- Por todos, TAJADURA TEJADA, I., *La protección de la salud (artículo 43 de la CE)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 222 y 223.

de hacer de carácter no normativo y amplia (promover "las condiciones necesarias […] para hacer efectivo este derecho").

El derecho a la vivienda da lugar, pues, a la existencia de una serie de prestaciones exigibles: de no hacer (respetar, esto es, no vulnerar, exigible por igual a sujetos públicos y privados) y de hacer (reconocer, proteger y promover), tanto mediante normas y regulaciones del uso del suelo como mediante otros comportamientos públicos. Por ello, el derecho a la vivienda no difiere, pese a lo que en ocasiones parece sostenerse, de otros derechos, sean políticos o civiles. Porque la efectividad del derecho a la vivienda no exige, ni mucho menos, siempre una intervención pública activa con gasto público, pese a que de este dependa, es cierto, una parte no despreciable de su realización. Es decir, la efectividad del derecho de la vivienda no exige siempre que este sea un derecho "caro". Pero además, por otro lado, lo mismo ocurre con derechos políticos como el derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 de la CE), que exige una impresionante inversión económica y un fuerte despliegue de actividad pública en garantía de su efectividad. Y lo mismo puede sostenerse de derechos civiles como el de propiedad (artículo 33 de la CE), que no solo incorpora una serie de prestaciones de no hacer, de respetar, de los poderes públicos, sino que, bien al contrario, demanda una serie de costosas prestaciones de hacer, como el mantenimiento de servicios públicos en su garantía: fuerzas y cuerpos de seguridad, órganos jurisdiccionales, registros de propiedad y otros. La efectividad de estos derechos los convierte también en "caros", no teniendo entonces ninguna diferencia estructural respecto del derecho a la vivienda.

Por otro lado, como decíamos, la efectividad del derecho a la vivienda puede requerir, sencillamente, una abstención en la actividad pública o, en caso de necesidad de intervención, un tipo de comportamiento público que no genere gasto presupuestario (como veremos a lo largo de la Ley del Derecho a la Vivienda: regulaciones de prohibición de discriminación, regulaciones vinculantes para la planificación urbanística, etc.). En este sentido, la efectividad del derecho a la vivienda, como de otros derechos sociales es "barata", en el sentido de no comportar gasto presupuestario directo.[59]

En definitiva, el derecho a la vivienda previsto en la Constitución española, como otros derechos sociales, es un auténtico derecho subjetivo,[60] que genera obligaciones de medios, no de resultados, y que no se distingue tanto de otros derechos civiles y políticos contenidos en la Constitución —los cuales, en ocasiones, exigen un comportamiento público intervencionista en su garantía y fuertes gastos presupuestarios—.

Es preciso, pues, acabar con ciertos *mitos jurídicos* en torno al derecho a la vivienda y, en general, en torno a otros derechos sociales, los cuales, en primer lugar, existen en el sistema constitucional español, que es el que ahora nos interesa, y, en segundo lugar, no tienen una estructura radicalmente distinta de otros derechos políticos y sociales ni, por supuesto, ninguna dificultad ontológica específica para hacerlos efectivos y exigibles por sus titulares, lo que es

59- Aunque es conveniente recordar que la elaboración de normas jurídicas no sale gratis, ni para los poderes públicos, puesto que consume tiempo y recursos, ni para los privados, porque la regulación puede tener notables impactos en su actividad. Lo cual nos conduce al importante tema de la calidad normativa y de la evaluación de los impactos normativos, que será de creciente relevancia en el futuro, también en relación con el desarrollo del derecho a la vivienda.

60- Disentimos, desde el punto de vista expuesto, de la opinión, por ejemplo, de GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales social y el derecho a una vivienda*, IEAL, Madrid, 1982, p. 166.

perfectamente posible y deseable, al igual que lo es en el caso del resto de los aludidos.[61]

Con frecuencia, las tesis que explican los problemas de protección de los derechos sociales como la vivienda unen a la argumentación sobre su estructura prestacional y costosa (lo que, como hemos visto, no es siempre cierto, como no lo es que los derechos civiles y políticos nunca lleven aparejadas prestaciones públicas y costos presupuestarios) una segunda línea de razonamiento, que enfatiza su carácter vago e indeterminado, a diferencia (supuesta) de los derechos civiles y políticos, que en el caso de la vivienda se predicaría de la alusión del artículo 47 de la CE a que esta sea "digna y adecuada".

Pero, de nuevo, nos encontramos ante otro mito jurídico que no debería perdurar mucho más en el tiempo. Efectivamente, esa indeterminación y vaguedad no afecta solo a los derechos sociales, el de vivienda, entre ellos. Es una característica propia del lenguaje e inherente también al lenguaje jurídico, que puede detectarse también en relación con otros clásicos derechos civiles y políticos: "trato inhumano o degradante" (artículo 15 de la CE), duración de la detención preventiva "más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos" (artículo 17 de la CE), "información veraz" (artículo 20.1 de la CE), "tutela efectiva" o "proceso sin dilaciones indebidas" (artículo 24 de la CE), etc., etc.

Y, sin embargo, nadie cuestiona la posibilidad de hacer efectivos estos derechos ni su exigibilidad. Corresponde, claro está, al legislador y a los gobiernos y administraciones mediante el desarrollo de su potestad reglamentaria concretar los derechos sociales, en la misma medida que deben concretarse los civiles y políticos. Solo se requiere el mismo nivel de diligencia en el primer caso que en el segundo.[62]

En fin, como señala López Ramón:[63]

> En definitiva, cada vez parecen existir menos argumentos jurídicos para no concordar con quienes (especialmente en relación con el derecho al medioambiente) propugnan que los derechos reconocidos en la Constitución son derechos y no otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos exigibles en torno a ciertos valores del texto fundamental, confirmados y potenciados nada

61- Sobre el conjunto de prestaciones negativas y positivas que generan los derechos sociales y su similar estructura a los otros tipos de derechos, puede consultarse ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. En la misma línea, una crítica a los distintos mitos entorno a los derechos sociales y una reconstrucción jurídica de los mismos puede hallarse en PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

62- PISARELLO, G.: "Que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se dedique a elucidar el alcance de los derechos civiles y políticos no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples perjuicios ideológicos. Al igual que se han dedicado códigos, leyes y reglamentos enteros a esclarecer, entre otras cuestiones, si el derecho de propiedad comprende los tesoros hallados en un fundo ajeno, si el derecho a la vida establece algún tipo de tutela sobre los embriones o excluye la posibilidad de eutanasia, si la habitación de un hotel se encuentra protegida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio o si la libertad de expresión incluye la publicidad comercial o el derecho a gritar «¡fuego!» dentro de un cine o teatro, nada impide que se desarrollen criterios o indicadores que delimiten el derecho al agua, a la alimentación o al más alto nivel posible de salud", así como, añadimos nosotros, a lo que constituye una vivienda digna y adecuada, 2007, p. 68.

63- LÓPEZ RAMÓN, F., "El derecho subjetivo a la vivienda", en *REDC*, núm. 102, 2014, p. 62.

> menos que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de en el Derecho Comparado, todos ellos son elementos que justifican interpretar que la palabra "derecho" equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial. Estamos ante un derecho subjetivo que puede ser calificado de constitucional al haberse garantizado en la Constitución, pero no de fundamental con el significado que a esta última categoría se da en la misma Constitución (arts. 53.2, 81.1 y 168.1); su efecto esencial, propio de todo derecho subjetivo garantizado en el ordenamiento jurídico, consiste en proporcionar al titular una acción judicial para el reconocimiento del mismo derecho frente a quien —Administración o particular— lo desconozca.

Además, como este autor también señala, es incontestable la consagración de un derecho subjetivo en algunos estatutos de autonomía (artículo 26 del Estatuto de Cataluña de 2006, art. 16 del Estatuto de la Comunidad Valenciana de 2006, cuya redacción es seguida por el art. 22 del Estatuto de Islas Baleares de 2007, que este autor considera ajustados a la Constitución y que no han sido impugnados específicamente), así como en la legislación estatal urbanística y en la autonómica de vivienda.

e) De hecho, el legislador en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ha dado un paso más y ha configurado auténticas obligaciones de resultado derivadas del derecho a la vivienda, en ocasiones sin necesidad de que un texto constitucional lo consagre explícitamente, como ya nos consta.

En nuestro propio sistema jurídico, hemos tenido ejemplos de obligaciones de resultados asociadas al derecho a la vivienda. Tempranamente, la Ley catalana del Derecho a la Vivienda de 2007 preveía, siguiendo en este punto a la legislación francesa, una obligación de resultado para los municipios: la denominada solidaridad urbana (artículo 73) constituía una obligación jurídica para la efectividad del derecho a la vivienda en todo el territorio de Cataluña, de tal suerte que en un plazo de veinte años se obligaba por la ley a disponer de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 15% respecto al total de las existentes en los municipios de más de 5000 habitantes y las capitales de comarca. Tal previsión fue eliminada con la modificación de la Ley del Derecho a la Vivienda de Cataluña de 2011.

Asimismo, la Ley 1/2011, del 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha, vigente hasta el 1º de marzo de 2012, y derogada sin mayores justificaciones, señalaba:

> Artículo 3. Régimen de garantías de acceso a la vivienda.
>
> 1. Las personas demandantes que, llevando al menos inscritas un año en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla-La Mancha, no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida en los términos recogidos en esta ley, podrán acceder, mediante el alquiler, a una vivienda no sometida a algún régimen de protección pública que sea adecuada a sus necesidades.
> 2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, la Consejería

competente en materia de vivienda les reconocerá la garantía económica de acceso a la vivienda en los términos determinados en esta ley.

3. Dicha garantía económica se disfrutará por las personas beneficiarias en tanto no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida. En todo caso, estas personas estarán obligadas a participar en los procedimientos ordinarios de adjudicación de viviendas en las condiciones previstas en el artículo 5 de esta ley.

Como es sabido, la ley vasca 3/2015, del 18 de junio, de vivienda, articula ahora un sistema de exigibilidad del derecho a la vivienda, todavía por evaluar en su aplicación efectiva.

Finalmente, la ley 24/2015, del 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética —fruto de una iniciativa legislativa popular y aprobada por unanimidad del parlamento de Cataluña— también establece una serie de obligaciones de resultado tanto para las Administraciones públicas como para determinadas entidades privadas (los llamados "grandes tenedores") que en el marco del servicio de interés general de vivienda asequible a que hace referencia el preámbulo de la ley, recordando el art. 4 de la ley de vivienda catalana.

En una regulación un tanto confusa y complicada, la ley establece medidas referidas a la mediación extrajudicial en casos de sobreendeudamiento y al procedimiento judicial para tratar estos casos (arts. 1º a 4º); a la cesión obligatoria de viviendas vacías en determinadas circunstancias (art. 7º). También hace referencia a la imposibilidad de corte de suministros básicos de agua potable, de gas y de electricidad a las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial (art. 8º, medidas ya existentes en otros países como Francia). Además, en los arts. 5º y 6º prevé que, en ciertos casos, el demandante en un procedimiento de desahucio por impago de alquiler o ejecución hipotecaria[64] ha de ofrecer un alquiler a precios regulados por la ley,[65] si el demandado reúne ciertas características.[66]

64- Si se trata de:
a) persona jurídica que tenga la condición de gran tenedor de vivienda.
La tienen las personas jurídicas siguientes: a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil. b) Las personas jurídicas que, por sí solas o por medio de un grupo de empresas, sean titulares de una superficie habitable de más de 1250 m^2, con las excepciones siguientes: 1.º Los promotores sociales a que hacen referencia las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad calificado de viviendas con protección oficial destinados a alquiler.
b) persona jurídica que haya adquirido después del 30 de abril de 2008 viviendas que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario.

65- Es decir, el contrato:
a) Tiene que fijar rentas que garanticen que el esfuerzo por el pago del alquiler no supere el 10% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 12% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 del IRSC, o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 del IRSC. b) Tiene que ofrecer preferentemente la vivienda afectada por el procedimiento o, alternativamente, una vivienda situada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales que acredite que el traslado a otro término municipal no tiene que afectar negativamente la situación de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar. c) Tiene que ser para un período de como mínimo tres años.

66- Si el procedimiento afecta personas o unidades

Las Administraciones, a su vez, tienen que supervisar el cumplimiento de las obligaciones descritas, evitando el incumplimiento de la función social de la propiedad y sancionando en caso de comisión de una infracción de las que ahora se tipifican de nuevo,[67] tienen que garantizar el realojo de las personas en riesgo de exclusión social que se queden sin hogar[68] y la asequibilidad de las rentas por pagar.[69]

La aplicación de la ley ha permitido evitar la pérdida del alojamiento de centenares de personas desde su entrada en vigor, según informa la prensa.[70] La jurisdicción civil la ha aplicado en el auto del 15 de enero de 2016 del Juzgado de Primeria Instancia Nº 50 de Barcelona, que ha paralizado un procedimiento de ejecución hipotecaria ante la falta de ofrecimiento de alquiler social de un gran tenedor. El Gobierno estatal la ha impugnado ante el TC, quien ha aplicado automáticamente la suspensión de diversas de sus previsiones.

familiares que no tengan una alternativa de vivienda propia y que se encuentren dentro de los parámetros de riesgo de exclusión residencial, que se define como las personas que tengan unos ingresos inferiores a 2 veces la IRSC, si se trata de personas que viven solas, o unos ingresos inferiores en 2,5 veces la IRSC, si se trata de unidades de convivencia, o unos ingresos inferiores a 3 veces la IRSC, en caso de personas con discapacitados o con gran dependencia. En el supuesto de que los ingresos sean superiores a 1,5 veces la IRSC, hace falta un informe de los servicios sociales que acredite el riesgo de exclusión residencial. Excepcionalmente, las pueden beneficiar personas y unidades familiares que superen los límites de ingresos que se fijan, siempre que dispongan de un informe de los servicios sociales que acredite que están sometidas a un riesgo inminente de pérdida de la vivienda y no disponen de alternativa de vivienda propia

67- Se añaden tres letras, e, f y g, al artículo 5.2 de la Ley 18/2007, del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, con el texto siguiente: «e) Después del logro de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, o de la firma de compraventas de vivienda que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario por parte del prestatario, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. «f) Después del inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un desahucio por impago de alquiler por parte de las personas jurídicas que tengan la condición de grandes tenedores de vivienda, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. «g) Después del inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un desahucio por impago de alquiler por parte de personas jurídicas que hayan adquirido después del 30 de abril de 2008 viviendas que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.»

Además se añaden dos letras, y y j, al artículo 124.2 de la Ley 18/2007, con el texto siguiente: «y) No formular la propuesta obligatoria de alquiler social en los supuestos en que el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética lo requiere. «j) Incumplir en la formulación de la propuesta obligatoria de alquiler social los requisitos que establece la definición del alquiler social del artículo 5.7 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética».

68- Arte. 5.6:
"Las administraciones públicas tienen que garantizar en cualquier caso el realojo adecuado de las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial que estén en proceso de ser desahuciadas de su vivienda habitual, para poder hacer efectivo el desahucio. El mecanismo de garantía del realojo lo tiene que acordar la Generalitat con la Administración local para los casos que los meses de valoración que regula la sección IV del Decreto 75/2014, del 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda, tramiten como emergencias económicas y sociales.

69- "El Gobierno tiene que garantizar que en los supuestos de vulnerabilidad a que hacen referencia los artículos 5º y 6º los gastos en vivienda y en suministros básicos no comporten más de un 30% de los ingresos disponibles de la unidad familiar, siempre que los gastos de alquiler y de suministros sean inferiores a los topes máximos que sean establecidos por reglamento en función de la zona geográfica de residencia de las personas o unidades familiares beneficiarias."

70- *El Periódico de Cataluña*, 3 de mayo de 2016.

En todo caso, nótese que las obligaciones de resultado de las Administraciones lo son "en función de las *disponibilidades presupuestarias*, con priorización, en cualquier caso, de las unidades de convivencia de tres o más miembros, en primer término; de las de dos miembros, en segundo término, y de las integradas por un solo miembro, en último término" (Disposición Transitoria primera). Esto nos llevará, en la parte final de este análisis, a cuestionar, precisamente, que los presupuestos condicionen los derechos y no sea al contrario.

f) Frente a esta jurisprudencia del TS, de los TSJ de las CCAA y de los juzgados de lo Contencioso, que aceptan con naturalidad en España alegaciones basadas en el art. 47 de la CE y resuelven los recursos de acuerdo con el derecho allí contenido, el TC español, en cambio, si bien por una parte ha aceptado su alegación como derecho y su consideración como tal en los litigios planteados (por todas STC 7/2010, FJ 7), por otra parte, no ha extraído del art. 47 de la CE y de su conexión con otros derechos constitucionales las consecuencias posibles que sí han hecho otros órganos judiciales internacionales y nacionales.

Una muestra de lo que se afirma es la reiterada negativa a analizar seriamente la legislación hipotecaria bajo el prisma del derecho a la vivienda (STC 4/81, Auto TC 113/ 2011, del 19 de julio), lo que, sin duda, tuvo su peso en la decisión del Juzgado Mercantil Nº 3 de Barcelona de presentar, en vez de una cuestión de inconstitucionalidad, una cuestión prejudicial ante el TJUE, en el ya mencionado caso Aziz.[71] Ese problema se reiteró de nuevo en el caso que dio lugar a la decisión del Comité PIDESC de 2015 ya aludida.

Un problema que presenta la jurisprudencia del TC —y que afecta también al derecho a la vivienda— es la ausencia de interconexión entre derechos constitucionales para la protección del derecho a la vivienda, a diferencia de lo que realiza el TEDH o el TJUE, como hemos visto.[72]

X. Exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y gasto público

Se ha sostenido que de acuerdo con el principio de distinción funcional existente en la Constitución, si se invocara directamente el derecho a la vivienda, el Poder Judicial podría determinar el gasto público en el sector y se produciría una invasión judicial indebida en ámbitos de poder que le son ajenos.

Una muestra de este argumento la encontramos en la postura de Luis Díez-Picazo, cuando señala:

> La invocabilidad directa de la mayor parte de las previsiones del Capítulo

71- Dado que estamos tratando del aspecto material del derecho a la vivienda, no consideramos aquí, además, los recientes casos de 2015 y 2016 en que el Tribunal Constitucional ha anulado regulaciones autonómicas que pretendían proteger el derecho a la vivienda, sobre la base de razonamientos competenciales que nos parecen discutibles, como es el caso de la anulación de la ley andaluza que preveía la expropiación de viviendas en manos de bancos y del Código de Consumo Catalán que buscaba proteger a los usuarios de cortes de suministros básicos para la vivienda. Un comentario a ambos supuestos puede encontrarse respectivamente en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/ y http://www.elperiodico.com/es/noticias/opinion/doce-hombres-sin-piedad-5054634.

72- Un estudio de su jurisprudencia destacando esta limitación en DÍAZ, M., "Derechos sociales y amparo constitucional", en *RVAP*, núm. 94, 2012.

> III conduciría a un resultado perverso y absurdo: la determinación del gasto público correspondería a los jueces; y ello no solo sería antidemocrático, sino incompatible con una gestión mínimamente eficiente de la Hacienda pública.[73]

Es decir, subyace en las opiniones de este tipo una preocupación por la vulneración de un principio común en diversos ordenamientos jurídicos relativo a la distinción funcional entre los distintos poderes públicos. Efectivamente, las constituciones en los Estados de Derecho, entre ellas, la española, establecen una distinción de funciones entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, por un doble orden de razones. Por un lado, sirve de límite negativo al desarrollo del poder, para contenerlo y equilibrarlo. Por otro lado, tal distinción se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedimientos diferentes, adaptados a cada ámbito; en este caso, la distinción tendría una función positiva, para el óptimo cumplimiento de cada función por los órganos más aptos y por los procedimientos más adecuados.[74]

Si el Tribunal Constitucional o la jurisdicción ordinaria reaccionaran contra los incumplimientos de los derechos sociales por parte de los otros poderes públicos, se puede llegar a sostener que entonces cruzarían el límite de la distinción funcional, actuando sin legitimación democrática, en ámbitos que exceden de su competencia técnica, que se entrecruzan con aspectos de política económica y que, en definitiva, no les corresponden constitucionalmente.[75]

Ahora bien, fácilmente se detecta que una afirmación de este tenor es poco matizada y conduciría, de hecho, poco menos que a la imposibilidad de control de la falta de cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de derechos sociales como el derecho a la vivienda. En primer lugar, cabe recordar que las prestaciones asociadas al derecho a la vivienda constitucional no son siempre y en todo caso de tipo económico, puesto que la efectividad de este derecho puede requerir la elaboración de normas y regulaciones, como ya se dijo. No hay aquí, pues, peligro de disposición presupuestaria indirecta por órganos judiciales.

En segundo lugar, es evidente que el control de la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda no puede desconocer los límites estructurales de los poderes constitucionales. Límites que, en el caso de la jurisdicción Contencioso Administrativa, están expresados en el conocido artículo 71.2 LJCA, que prohíbe a los tribunales sustituir la discrecionalidad administrativa. Ahora bien, esos límites no tienen por qué impedir (ni pueden, en virtud de los artículos 24 y 106.1 de la CE y de las funciones que esta otorga al Tribunal Constitucional) el control de la actividad o inactividad pública (recuérdese la pretensión prevista en el artículo 29 LJCA) en relación con, recordemos, el respeto, el reconocimiento, la protección y la promoción del

73- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 63.

74- PONCE SOLÉ, J. Con cita de doctrina europea sobre las dos razones de ser (límite negativo del poder en garantía de la libertad de los ciudadanos y criterio de *corrección funcional*, para el óptimo desarrollo de las funciones estatales, en la expresión de Hesse), 2002, p. 112 y ss.

75- Recuérdese el artículo 117.4 de la CE, que señala: "Los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". Un resumen de este modo de razonar y de los posibles contraargumentos puede hallarse en PISARELLO, G., 2007, p. 88 y ss.

derecho a la vivienda, sea mediante una actividad de limitación de los derechos privados (incluida la regulación legal o reglamentaria), de fomento de ciertas actividades privadas o, como veremos, de servicio público.

Y tal vulneración de la distinción funcional constitucional no debe producirse si se parte, como aquí se ha hecho, de que el derecho subjetivo a la vivienda del artículo 47 solo prevé obligaciones de medios, no de resultados.[76] Estas últimas, como se argumentará, solo surgirán cuando, en desarrollo del artículo 47 de la CE, el legislador y el Poder Ejecutivo las establezcan. Nada peculiar, por otro lado, de los derechos del Capítulo III del Título I, por cuanto hay otros derechos subjetivos de cuya existencia y exigibilidad nadie duda con una estructura similar, señaladamente el derecho a la educación del artículo 27 de la CE**.**

Esta última cuestión nos conduce en la parte final de este apartado a una reflexión sobre el gasto público y los derechos sociales.

XI. Gasto público y derechos sociales

Una, entre otras, de las excusas que tradicionalmente se han esgrimido para negar el carácter de derecho subjetivo a los derechos sociales ha sido afirmar que estos exigen en todo caso gasto público, a diferencia de los derechos que sí son considerados tradicionalmente como tales (los llamados civiles y políticos, aunque esa distinción ha dejado de tener relevancia en la moderna doctrina constitucionalista internacional, como nos consta).[77] Sin embargo, tal argumentación no se sostiene.

Por un lado, porque derechos sobre los que no hay duda de que lo sean, como el derecho a la propiedad o el derecho a votar en una democracia, exigen enormes sumas de dinero público para hacerlos realidad (fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, financiación de partidos políticos, organización electoral…). Por otro lado, no vulnerar, proteger y hacer efectivo los derechos sociales no exige siempre y en todo caso gasto público. Existen técnicas de regulación perfectamente eficaces, como son, por ejemplo, las reservas legales para vivienda protegida, ya aludidas, respecto al derecho del art. 47 de la CE.

Como señala la Organización de las Naciones Unidas en el documento antes citado:

> …se considera que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales requieren un mayor grado de inversión, en tanto que los derechos civiles y políticos requieren que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales. Es cierto que muchos Derechos Económicos, Sociales y Culturales requieren en ocasiones grandes inversiones —tanto financieras como humanas— para garantizar su pleno disfrute. No obstante,

76- Lo que no significa, claro está, que tales obligaciones de medios frente a los poderes públicos no sean exigibles, tanto frente al legislador como frente al Poder Ejecutivo y el Judicial, como se razona *infra*.

77- Un análisis más detallado de las excusas jurídicas para negar que los derechos sociales sean derechos subjetivos que imponen obligaciones a los poderes públicos, en reflexión aplicada al derecho a la vivienda, pero transversal a todos los derechos sociales, en PONCE SOLÉ, J., "El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007", del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", en PONCE SOLÉ, J. y SIBINA TOMÁS, D., (Coords.), en *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la ley catalana 18/2007,* del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional, Marcial Pons, 2008.

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también exigen que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales, como las sindicales o el derecho a elegir el trabajo que se desee. Paralelamente, los derechos civiles y políticos, aunque abarcan libertades individuales, también requieren inversiones para lograr su plena efectividad. Por ejemplo, los derechos civiles y políticos exigen ciertas infraestructuras, como un sistema judicial que funcione, un sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para los reclusos, asistencia letrada, elecciones libres e imparciales, etc.

XII. Insuficiencia de la regulación de derechos que no vaya acompañada de una regulación del gasto público asociado

Ahora bien, no se puede negar que algunos derechos sociales en cuanto a la obligación jurídica de darles satisfacción exigen un gasto público imprescindible para ello, asociado a la prestación de determinados servicios públicos (educación, sanidad, etc.). Por ello, sería ingenuo hacer propuestas de reforma de la Constitución que no tuvieran en cuenta el aspecto económico vinculado a la garantía de tales derechos.

En este contexto, no cabe reflexionar sobre los derechos sociales sin tener en cuenta el actual art. 135 de la CE. Como es sabido, con una celeridad ciertamente espectacular (¡31 días desde la entrada de la proposición modificativa hasta su publicación y entrada en vigor!, excepto los límites de déficit estructural), que suscita reflexiones que ahora debemos orillar sobre el funcionamiento democrático parlamentario en España, el 27 de septiembre de 2011 se aprobó la reforma del art. 135 de la CE —siguiendo la senda abierta, por ejemplo, por la Constitución alemana años atrás—, el cual introduce ahora el principio de estabilidad presupuestaria, distinto del de estabilidad económica aludido en el art. 40 de la CE, que no presuponía necesariamente aquella, y flanqueado por los criterios de limitación y control del déficit público estructural y de la deuda pública.

La Ley Orgánica 2/2012, del 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria desarrolla este precepto, siguiendo su mandato, y concreta los supuestos en que es posible incidir en déficit estructural,[78] pero no realiza ninguna concreción de lo que deba entenderse por "sostenibilidad social del Estado", cláusula que nos interesa particularmente por su vinculación a los derechos sociales. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria ha desaprovechado una oportunidad importante de definir la sostenibilidad social como límite al déficit, omisión que debería enmendarse en el futuro.

78- Art. 11.3: "Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo.
A los efectos anteriores la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se dé una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional.
En estos casos, deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento."

En este punto, pues, ni la CE ni la Ley Orgánica orientan y limitan la discrecionalidad del legislador presupuestario. Como ya dijimos, entre 2008 y 2015 la inversión en materia de vivienda descendió un 55% en los presupuestos generales del Estado, situándose el gasto en vivienda en el 43,2% de la media de la UEM.

Pero esa libertad del legislador presupuestario, aunque aparece como amplísima, no puede ser omnímoda. Efectivamente, acudiendo al concepto de sostenibilidad social manejado por la UE y por la legislación española en ciertos sectores, proponemos entender que se perjudica considerablemente a la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales que, desde un perspectiva singular, impliquen *afectaciones del núcleo mínimo inviolable de derechos sociales* al que nos hemos referido (y en este caso, so pena de exponerse a una declaración de inconstitucionalidad posterior, debería excepcionarse el límite de déficit y respetar dicho mínimo blindado) y *comprometan la sostenibilidad o cohesión social* de la sociedad española, en los términos que hemos expuesto en otro momento.[79]

Pero el problema planteado por el art. 135 de la CE excede de su modificación o desarrollo, aunque ambas estrategias puedan contrarrestar el riesgo de daño a los derechos sociales, desde luego. En realidad, el art. 135 de la CE explicita, más allá de la coyuntura política en que se incluye, una determinada concepción de las leyes de presupuestos que impregna todo el Derecho en España y otros países, y que ha sido puesto de relieve por diversos autores como Lozano,[80] entre nosotros, o Corti.[81]

Exponiendo muy simplificadamente ahora sus tesis, estos autores destacan cómo existe una asimetría, un desarrollo histórico a dos velocidades entre el derecho tributario y el derecho presupuestario recogido en la Constitución (sobre el mismo, en España, son destacables las consideraciones de la STC 3/2003). Mientras el primero atiende a cuestiones procedimentales pero también sustanciales (principio de no confiscatoriedad, principio de igualdad); el segundo, el derecho presupuestario:

a. se desvincula de esa evolución y queda encerrado en el ámbito de la soberanía política de la ley, en el mito del legislador soberano.

   De ahí que Lozano se pregunte "si hay criterios supralegales que limiten al legislador a la hora de decidir la financiación de servicios públicos" para concluir:

   > La respuesta dada hasta ahora por el Derecho, como en tantas otras facetas del gasto público, es la libertad del legislador en sus decisiones presupuestarias, como expresión normativa de

79- PONCE SOLÉ, J., *La (ir)reversibilidad, op. cit.*

80- LOZANO SERRANO, C., "Art. 158.1 de la CE: límites al recorte y copago de servicios fundamentales", en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, en Luis Alberto Malvárez Pascual (Dir.) y Salvador Ramírez Gómez (Dir.), Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

81- CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, 1ª Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Un auténtico tratado de casi 1000 páginas. En otros trabajos más breves, este autor ha insistido en sus ideas básicas, como en "Ley de presupuestos y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en *Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, Tomo I, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, UBA, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 2010, p. 637 y ss.

la libre opción política de las mayorías parlamentarias de cada momento. Esta respuesta negativa es la dada también históricamente a la cuestión de si había límites al poder financiero en el establecimiento de tributos, hasta que se consolidó la vinculación constitucional del principio de reserva de ley; y también, hasta hace medio siglo, a la de si había límites sustantivos a la ley tributaria, hasta consolidarse como mandatos vinculantes los principios de justicia tributaria. Por ende, la lucha por el Derecho —en términos de Ihering— no puede detenerse ante un valladar erigido desde siglos atrás en torno a la libertad absoluta del legislador en materia de gasto público. Que el art. 31.2 de la CE no haya desplegado aún consecuencias precisas no significa que no exista, que no esté vigente y que no deban buscarse.[82]

b. en su paradigma clásico, se echa a faltar la relación entre ley de presupuestos y derechos, lo que motiva la crítica razonada de Corti, quien cree que "una de las finalidades constitucionales de la actividad presupuestaria consiste en otorgarles efectividad a los derechos", y argumenta cómo la referencia a la "equidad" incluida ahora en la Constitución Argentina desde 1994, y de modo pionero en la española en el mencionado art. 31.2, no es un concepto vacío o carente de consecuencias jurídicas, sino que se refiere al necesario respeto por la ley de presupuestos de los contenidos mínimos de los derechos, pues, en caso contrario, se vulnera esa equidad, mediante la asignación insuficiente de recursos, y convierte a la ley presupuestaria en inconstitucional.[83]

82- LORENZO SERRANO, C., "Art. 158.1 de la CE…", *op. cit.*

XIII. Los límites y orientaciones al Presupuesto

En la línea de repensar el rol del Derecho Presupuestario Constitucional y de las leyes de presupuestos, existen ya interesantes desarrollos en relación con el análisis de los presupuestos públicos desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que en el futuro es esperar que permita perfeccionar ciertos límites legales, reduciendo el arbitrio del legislador anual presupuestario.[84]

Es más, diversas constituciones en el ámbito iberoamericano han dado ya el paso de limitar al legislador, incorporando previsiones constitucionales que establecen "preasignaciones presupuestarias" reservadas en relación con ciertos derechos sociales.

El siguiente cuadro elaborado por la OCDE nos muestra los países donde esta técnica ha sido desplegada:

83- CORTI, H., "Ley de presupuestos y…", *op. cit.*, p. 681 y ss.

84- En español, puede consultarse, por ejemplo, *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de Derechos Humanos*, de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/L280211PPDH.pdf.

	Porcentaje del gasto total preasignado	Base legal de las preasignaciones presupuestarias reservadas y sector correspondiente					
		Salud	Educación	Defensa	Seguridad	Justicia	Transferencias a los gobiernos subnacionales
Argentina	41-60	■	■	x	x	■	x
Brasil	81-100	●	●	x	■	x	●
Colombia	61-80	x	x	x	x	x	●
Costa Rica	81-100	■	●■	x	■	●■	x
Chile	0-20	x	x	■	x	x	■
Ecuador	0-20	●■	●■	x	x	x	●■
El Salvador	0-20	x	x	x	x	●	■
Guatemala	41-60	●■	●■	●■□	●■	●■	●■
Honduras	0-20	x	●	x	x	■	●
Jamaica	..	..	..	..	..	..	..
México	41-60	x	x	x	x	x	■
Panamá	..	..	..	..	..	..	..
Paraguay	21-40	x	●■	x	x	■	x
Perú	x	x	x	x	x	x	x
Total							
● Constitución		3	6	2	2	3	5
■ Ley de derecho primario		4	5	2	3	5	5
□ Ley de derecho secundario		0	0	1	0	0	0
○ Otras bases legales		0	0	0	0	0	0
x No aplicable / No hay preasignación presupuestaria		7	5	10	9	6	4
.. No disponible		2	2	2	2	2	2

Fuente: OCDE (2013). Encuesta sobre prácticas y procedimientos presupuestarios

StatLink:https://dx.doi.org/10.1787/888933092151

Así, entre estos casos podemos destacar ahora, por ejemplo, los de Brasil y Ecuador:

En el caso de Brasil, la Constitución de 1988, en su art. 212, señala: "La Unión aplicará anualmente, no menos del 18% y los Estados, el Distrito Federal y los municipios, el 25% como mínimo, de ingresos provenientes de impuestos (...) en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza".

Por su parte, Ecuador en su Constitución de 1998, art. 71, indicaba: "En el presupuesto se asignará no menos del 30% de los ingresos totales corrientes para la educación y erradicación del analfabetismo". Ahora su Constitución de 2008 establece en su DT 18 que el presupuesto: "Asignará de forma progresiva con incrementos anuales de al menos el 0,5% del PIB hasta alcanzar el 6% del PIB para educación inicial y bachillerato".

Y en su DT 22 que las asignaciones presupuestarias no serán inferiores "al 0,5% PIB hasta el 4% en salud".

Frente a estas técnicas, que algunos pudieran criticar por excesivamente rígidas, se contrapone la inanidad hasta ahora del art. 31.2 de la CE ya expuesto, cuando se ha tratado de hacerlo operativo ante el TC, así como una visión del legislador presupuestario con libertad omnímoda, que pervierte, entonces, el rol de la CE, visión que alcanza, quizás, su cota más alta en la ya citada STC 49/2015, del 5 de marzo.

En ella, se considera conforme a la CE el Real Decreto-Ley 28/2012, del 30 de noviembre, que dejó sin efecto para 2012 la actualización de las pensiones, de todas, sin distinción de cuantía, para el caso de que el IPC fuera superior al previsto y en función del cual se calculaba la revalorización de la pensión. La decisión del TC (objeto de un voto particular de dos magistrados al que se adhieren dos más, antes reseñado) señala que la ausencia de revalorización no era retroactiva y por tanto era conforme a la CE. Establece que la revalorización de pensiones no era obligada para la ley presupuestaria anual, sino que es ella la que convierte una simple expectativa de derechos (prevista en la normativa substantiva sectorial) en un derecho adquirido. De ahí que al dictarse el Decreto Ley que en noviembre de 2012 congeló las pensiones sin subir el IPC el TC diga que este no tiene efectos retroactivos, pues es la ley de presupuestos la que otorga el derecho.

El mencionado voto particular habla de *perplejidad* y *preocupación*, creemos que con razón, pues de perseverarse en esta línea los derechos se entregarían al legislador presupuestario de turno, el cual, parafraseando a Corti, en la cita que inicia este trabajo, decidirá si las cárceles están limpias o las pensiones se mantienen dignas en función de si hay dinero, no teniendo ninguna obligación jurídica de asignar dinero a tales finalidades vinculadas a derechos constitucionales.

Tal interpretación, que no se deriva del texto constitucional, insistimos, supone, en realidad, citando nuevamente a Corti:

> Reconocer una profunda y casi silenciosa revolución jurídica. El poder constituyente no solo se manifiesta de manera originaria con el dictado de la Constitución y de manera derivada al reformarla, sino que anualmente él se hace presente mediante el dictado de la ley de presupuesto. El hecho mismo de designar a tal decisión como una "ley" no es más que la rémora de un hábito superado, pues las leyes se subordinan a la Constitución. En el caso, en cambio, se trata de una decisión sui géneris, supraconstitucional, mediante la cual el poder constituyente sale a la luz para

> fijar hasta dónde se extiende el respeto de los derechos básicos.

Creemos que eso no puede ser posible y que, en cambio, hay que recuperar, aplicándolo a estos supuestos de regresión de derechos, la jurisprudencia del propio TC español que ha señalado:

> La dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona (STC 57/1994, FJ 3 A).

XIV. Las posibles líneas de mejora del reconocimiento, el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos sociales en el futuro

En la parte final se sugieren cauces de actuación para mejorar la situación jurídica de los derechos sociales en España.

En esa línea, ningún cambio constitucional, por sí solo, va a producir un resultado "mágico". Es posible incorporar nuevos derechos a la Constitución y creernos que blindaremos los ya existentes dándoles la protección propia de los derechos contenidos ahora en el Capítulo II del Título I. Sin embargo, por sí solo, esta estrategia está condenada al fracaso, pues como ya sabemos, el art. 27 de la CE se refiere al derecho a la educación y la situación de este no ha sido más resistente a la regresión que otros derechos. Por otro lado, pensar que llenar la Constitución de derechos va a mejorar la posición de estos es ingenuo y puede conducir al efecto contrario, estudiado empíricamente: las Constituciones largas pueden ser malas constituciones.[85]

Los derechos sociales, ya existentes o de nuevo cuño, pueden pasar a ser protegidos como lo está ya ahora el derecho a la educación, por ejemplo, pero además necesitarán de (a) un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos (empezando por la doctrina), que (b) conduzca a una jurisprudencia del TC distinta, en el marco de (c) una mejora de la regulación de estos en la CE y de (d) una incidencia en el papel del Derecho Presupuestario respecto de su financiación. Solo si confluyen todos estos factores, podremos hablar algún día de blindaje real de

85- TSEBELIS, G. y NARDI, D. J., "A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries", en *British Journal of Political Science*, noviembre de 2014, pp. 1-22, quienes señalan:
"…longer constitutions in OECD countries undergo more frequent revisions, despite the fact that they are more difficult to revise. We have demonstrated that the procedural hurdles for amendment included in a constitution require that any revisions to the constitution have the support of overwhelming majorities. We demonstrated that this simple fact implies that long constitutions are 'bad' because they are restrictive and impose objective costs on society that require redress.
We then connected constitutional length with two substantive variables: GDP per capita and corruption. We saw that longer constitutions are associated with lower per capita GDP and higher levels of corruption. The first result can be explained by the fact that restrictive revisions included in the long constitutions impede widely desirable outcomes (economic wealth) for a period of time (until the required majorities can pass an amendment, if they can). The second, the correlation between the length of the constitution and corruption, does not reveal a precise causal link. It might be that constitutional drafters attempted to use a longer constitution in order to address (pre-existing) corruption, or that they sought to protect special interests by including more constitutional issues. In either case, longer constitutions ultimately generate more opportunities for corruption and exploitation. The exact nature of the causality should be a subject of further investigation".

los derechos sociales, al margen del albur coyuntural de la política cotidiana, que podrá incidir sobre ellos, desde luego, pero no aniquilarlos en la práctica, reduciendo por ejemplo, como vimos en el caso de la vivienda, más de la mitad de los recursos dedicados a ellos en pocos años.

En definitiva, en el siglo XXI se precisa, en realidad, generar una nueva lengua de los derechos (sociales) que refleje la evolución necesaria descrita, tal y como el profesor García de Enterría explica magistralmente que en los siglos XVIII y XIX se consiguió hacer, en el marco de las revoluciones liberales.[86]

Para finalizar, se realiza un ensayo de lo que podría ser esa nueva lengua de los derechos sociales en el texto constitucional. No nos ocupamos aquí de derechos (existentes o nuevos) en concreto, sino del diseño constitucional para la protección de los que se decidan deben existir en una hipotética futura reforma normativa, que puede ser constitucional, legal o desarrollada mediante el poder normativo municipal en lo posible.

XV. Derechos y obligaciones de medios y de resultados: respetar, proteger y satisfacer.

Una hipotética reforma normativa debería terminar con la estéril polémica sobre si los derechos sociales lo son realmente. Afirmando su condición de derechos subjetivos de los ciudadanos, debería establecerse la trilogía de obligaciones jurídicas de medios de los poderes públicos respecto a ellos, ya vistos y aceptados internacionalmente: respetar, proteger y satisfacer. Ello podría implicar, por ejemplo, la modificación del actual art. 53.3 de la CE, que Prieto Sanchís señala que es de "redacción particularmente desafortunada" y que no se aplica en realidad, puesto que, como hemos dicho, los derechos sociales son alegados y aceptados en los tribunales cotidianamente. Los cuales, pero ello es obvio, no reconocerán otras obligaciones de resultado que las previstas normativamente en un nivel inferior al constitucional, pero sí pueden proteger, y lo hacen, la violación de tales derechos. Protección que se reforzaría con una llamada explícita a la interconexión de todos los derechos constitucionales (como ha hecho el Tribunal Constitucional sudafricano en relación con la moderna Constitución de Sudáfrica que no distingue tipos de derechos ni los separa, por ejemplo),[87] la cual podría incluirse en una futura reforma constitucional.

XVI. Las cláusulas de progresividad y no regresión

Asimismo, hemos destacado cómo internacionalmente los derechos sociales se vinculan con cláusulas complementarias de progresividad y no regresión, de las que carece nuestra

86- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa,* Alianza Editorial, 1994.

87- En el conocido caso "The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and others", del 4 de octubre de 2000, el Tribunal Constitucional sudafricano dictó una sentencia, por cierto, en relación con un precepto constitucional muy similar a nuestro artículo 47 de la CE, en que conecta el derecho a la vivienda con otros derechos políticos y sociales, y realza su profunda vinculación, de tal modo que pone de relieve cómo es imposible establecer compartimentos estancos entre ellos y cómo la vulneración de unos genera también la vulneración de otros. Véase, por ejemplo, español COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V., "La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana", en *Jueces para la democracia*, Nº 40, 2001. En inglés, Cass R. SUNSTEIN, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa" (John M. Olin, Program in L. & Econ., Working Paper Nº 124, 2001).

constitución y que nuestros tribunales no han aplicado mediante la interpretación abierta por el art. 10.2 de la CE.[88]

XVII. Reconocimiento de un "mínimovital protegido"

De igual modo, sería preciso consagrar normativamente la existencia de un mínimo núcleo de los derechos no susceptible de regresión, ni siquiera por parte del legislador, en la línea internacional ya expuesta.[89]

XVIII. El coste de (todos) los derechos y la garantía de un "gasto público suficiente" para hacerlos efectivos

Partiendo de que el gasto público no va asociado exclusivamente a los derechos sociales y de que estos no siempre lo exigen, como dijimos, una posible reforma constitucional debería ir dirigida a garantizar un gasto público suficiente para, como mínimo, hacer efectivo el núcleo mínimo de los derechos.

Ello exigiría la inclusión de cláusulas de dedicación de los máximos recursos disponibles con carácter prioritario a la satisfacción de estos. Demandaría que la equidad del gasto público, reconocida hoy en día, se refuerce conectándola con los derechos sociales y la regulación del derecho presupuestario constitucional existente (que debe eliminar la asimetría reguladora histórica entre ingresos y gastos mencionada).[90]

88- En consecuencia, el actual art. 53.3 señala:
"El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".
Podría pasar a tener una redacción como esta o similar, en función de lo señalado en el texto:
"Los poderes públicos respetarán, protegerán y harán efectivos los derechos constitucionales del Título I, de acuerdo con sus interconexiones, adoptando todas las medidas precisas, especialmente técnicas y económicas, con el fin de conseguir su plena realización progresiva. Se podrá exigir ante la jurisdicción ordinaria el cumplimiento de dichas obligaciones, así como también prestaciones y resultados concretos, cuando estos se establezcan en la normativa que los desarrolle. No serán posibles medidas regresivas, salvo que, siendo imprescindibles, estén debidamente justificadas y respeten en todo caso los principios constitucionales y legales, y el contenido esencial y el núcleo mínimo vital".

89- Así, el actual art. 53.1 de la CE:
"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo 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 artículo 161, 1, a)".

Podría mejorar su regulación en este sentido:

"Los derechos y libertades reconocidos en el presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial o mínimo podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades".

90- El actual art. 31.2 de la CE:

"31. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

Podría tener en el futuro una redacción similar a esta:

"El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, empleando el máximo de los disponibles para realizar progresivamente los derechos constitucionales".

Se podría, incluso, en la línea de otros países, influir preasignaciones presupuestarias, del tipo

"Se dedicará el % de los gastos hasta alcanzar el % PIB de inversión en…".

Asimismo, el art. 134 de la CE actual podría incorporar la referencia que se efectúa en cursiva:
"Artículo 134
1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación.
2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del

Debería asimismo suponer que las excepciones a la estabilidad y el equilibrio presupuestario se conecten con los mínimos de los derechos sociales.[91] Y podría implicar un mayor papel estatal, en el diseño del Estado descentralizado actual o futuro, en la garantía de unas condiciones mínimas de los derechos existentes, como suelo, no como techo, en todo el Estado[92] y una mejora de

sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.
3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.
4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.
5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.
6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.
7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.
8. Los créditos para satisfacer el contenido esencial y el mínimo vital de los derechos constitucionales tendrán prioridad absoluta. No podrá reducirse el total de gastos dedicados a derechos de un ejercicio económico a otro, salvo que se justifique detalladamente y se respeten las asignaciones previstas en los arts. … con el límite del X % anual."

91- Así, el art. 135 de la CE podría incorporar las modificaciones que se sugieren en cursiva:

"Artículo 135
1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, con pleno respeto de los derechos constitucionales.
2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.
Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.
3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.
Los créditos para satisfacer *el contenido esencial y el mínimo vital de los derechos constitucionales* y los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.
El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, *cuando se afecte al contenido esencial o mínimo vital de los derechos constitucionales o exista un desempleo del X% o un porcentaje de pobreza del % de la población,* apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados**.**
5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:
a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.
b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.
c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.
6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias."

92- El actual art. 149.1.1 CE, podría tener una redacción similar a ésta, con las novedades añadidas en cursiva:
"**Artículo 149**
1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. *Para ello, podrá fijarse un mínimo vital para los derechos sociales, sin*

la financiación autonómica para garantizar los derechos sociales.[93]

XIX. Resumen, conclusiones y propuestas.

1. Este análisis se ha centrado en dos temas vinculados con el papel del Derecho en la promoción de la vivienda asequible: la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y el rol del legislador, y la conexión entre disponibilidades presupuestarias y derecho a la vivienda.
2. El análisis de las decisiones de los órganos de protección de los Tratados internacionales firmados por España muestra cómo España ha sido condenada por violación del PIDESC y por vulneración del Derecho de la Unión Europea por su legislación hipotecaria. También muestra cómo estos órganos (entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE, aunque no solo ellos) entienden el derecho a la vivienda en conexión con otros derechos e insisten en las obligaciones jurídicas derivadas de ellos, las cuales suponen una debida diligencia controlable para no vulnerarlos, protegerlos y hacerlos efectivos por parte de las autoridades de los Estados signatarios.
3. El estudio de la jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales de países de nuestro entorno nos muestra cómo en diversos países el derecho a la vivienda es protegido por estos tribunales, que reconocen su vinculación con otros derechos fundamentales y con un mínimo vital.
4. El análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, nuestros Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA y nuestros juzgados del Contencioso Administrativo revela cómo estos órganos judiciales en el ámbito de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aceptan alegaciones del art. 47 de la CE y resuelven litigios aplicando este y anulando, en ocasiones, decisiones administrativas.
5. En contraste con todo lo anterior, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sigue negando la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en nuestra Constitución y no conecta el art. 47 de la CE con otros derechos constitucionales. Ello ha llevado a que lo que se ha considerado constitucional por el TC haya sido declarado como contrario a Tratados internacionales firmados por España o del Derecho de la UE por parte de otros órganos de control.
6. La disociación entre derecho a la vivienda y presupuestos ha sido tradicional en España, aceptándose la posibilidad de que la legislación de presupuestos pueda decidir, sin límites de mínimos ni de

perjuicio de que las CCAA y los entes locales puedan ampliarlo en ejercicio de sus competencias respectivas."

93- Así, el actual art. 158 CE, podría redactarse de la siguiente manera (se incluyen modificaciones en cursiva):
"Artículo 158
1. En los Presupuestos Generales del Estado *se establecerá* una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español *que garantice el contenido esencial o mínimo vital de los derechos constitucionales*.
2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad *y la garantía del contenido esencial y del mínimo vital de los derechos constitucionales*, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.

regresividad, el monto de dinero dedicado a la efectividad de la vivienda asequible en España anualmente. Esta ausencia de límites conecta con raíces profundas del pensamiento político y dogmático, y con concepciones de la ley de presupuestos anual que la entienden desprovista de todo límite en los niveles de gasto público en relación con los derechos sociales y con su reversión, como se aprecia en la STC 49/2015, con un interesante voto particular al respecto.

7. En el ámbito de propuestas desde el Derecho para mejorar la asequibilidad a la vivienda:
    a. El rol del legislador aparece como fundamental en este ámbito. Pese a algunas experiencias ya derogadas o recientemente promulgadas (ej. Ley Vasca 3/2015), la legislación española está aún lejos de constituir de forma general obligaciones jurídicas de resultado vinculadas al derecho a la vivienda como sí han hecho legislaciones como la inglesa, escocesa o francesa.
    b. En términos generales, se aprecia una ausencia de evaluación *ex ante* de la normativa de vivienda, como en general también ocurre, respecto a los impactos futuros de su aprobación, en la línea del movimiento de la *better o smart regulation*. Asimismo, cuando esas obligaciones de resultado existen, y en términos generales también en relación con las obligaciones de medios, carecemos de una evaluación *ex post* de la normativa de vivienda que nos permita conocer su real funcionamiento y mejorarla.
    c. Sería deseable una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que, sobre la base del art. 10.1 de la CE y la experiencia de otros tribunales de nuestro entorno, avanzara en la configuración del derecho a la vivienda constitucional como un derecho subjetivo generador de obligaciones de medios y limitara las posibilidades de reversión de la legislación presupuestaria de acuerdo con las ideas de progresividad y regresividad limitada (no afectando al núcleo mínimo) y justificada y fundamentada por el legislador.
    d. Cabe señalar que existen técnicas jurídicas ya utilizadas a nivel internacional para recuperar la conexión entre derecho presupuestario y derechos constitucionales como el de vivienda. Así, se han analizado las llamadas preasignaciones presupuestarias o las cláusulas de progresividad y de límites a la regresividad en la efectividad de los derechos sociales.
    e. Finalmente, la mejora legislativa y jurisprudencial podría venir acompañada de una hipotética reforma constitucional, que no debería limitarse al Título referido a los derechos y deberes fundamentales, sino que debería operar conectando este con las previsiones del gasto público (art. 31 de la CE actual) y presupuestarias y de estabilidad presupuestaria (arts. 134 y 135 de la CE), en la línea que se ha propuesto en la parte final de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

GARRORERA, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales", en SARLET, I. W. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado,* Renovar, Río de Janeiro-San Pablo, 2003.

AGUDO ZAMORA, M., *Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social*, núm. 74, Actual, Junta de Andalucía, 2016.

ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES DE SERVICIOS SOCIALES, "Informe sobre el Estado social de la nación 2015".

CORTI, H., "Ley de presupuestos y derechos fundamentales: los fundamentos de una nuevo paradigma jurídico-financiero", en *Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, Tomo I, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, UBA, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 2010, p. 637 y ss.

CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Lexis Nexis, 1ª Ed., Buenos Aires, 2007.

COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V., "La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana", en *Jueces para la democracia*, Nº 40, 2001.

DÍAZ, M., "Derechos sociales y amparo constitucional", *RVAP*, Nº 94, 2012.

ESTEVE PARDO, J., *Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, 1994.

TSEBELIS, G. y NARDI, D. J., "A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries", en *British Journal of Political Science*, noviembre de 2014, pp. 1-22.

GUILLEM CARRAU, J., "El constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia del 5 de abril de 2013", en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio de 2013, p. 70 y ss.

HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos*, Siglo XXI editores, 2011.

QUESADA, L., "Adopció i rebuig de les mesures d´austeritat: controvèrsies actuals a Europa (vistes des del Comitè Europeu de Drets Socials)", en *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 22 de octubre de 2014.

LOPES, M. B., "The role of the Constitutional Court of Portugal in the Present Economic Crisis Situation", informe presentado en la conferencia sobre The Role of Consitutional Courts in Economics Crisis, celebrada en 2014, en Georgia, por impulso de la European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) en cooperación con el Tribunal Constitucional de dicho país.

LOZANO SERRANO, C., "Art. 158.1 CE: límites al recorte y copago de servicios fundamentales", en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, en Luis Alberto Malvárez Pascual (dir.) y Salvador Ramírez Gómez (dir.), Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

NOGUEIRA DE BRITO, M., "Putting social rights in brackets? The Portuguese Experience with Welfare Challenges in Times of Crisis", en Claire Kilpatrick and Bruno De Witte (Ed)., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights'*

Challenges, Working Papers, European University Institute, Department of Law, 2014.

OCDE, *Todos Juntos. ¿Por qué reducir la desigualdad nos beneficia?*, 21 de mayo de 2015.

ONU, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto Informativo Nº 33.

PÉREZ SALAZAR, M., "Necesidades, Derechos y políticas públicas: una mirada desde la teoría económica", en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 11, Nº 20, 2009.

PONCE SOLÉ, J. "El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", en PONCE SOLÉ, J., y SIBINA TOMÁS, D., (Coords.), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008.

PONCE SOLÉ, J., "El Estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 12, Nº 23, enero-junio de 2015.

PONCE SOLÉ, J., "Las líneas rojas a los recortes y la sostenibilidad social. ¿Derechos vs. eficiencia y economía?", en NOGUEIRA, A.; GONZÁLEZ, M. L.; DÍAZ OTERO, I., (Eds.). *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 315 y ss.

PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

QUB Budget Analysis Project *Budgeting for Economic and Social Rights: A Human Rights Framework* QUB School of Law Belfast, 2010.

ROOSEVELT, F. D., *Fireside Chats*, Penguin, Nueva York, 1995.

SUNSTEIN, C. R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper Nº 124, 2001.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, 2011.

VAQUER, M., "Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital", en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 48, noviembre de 2014.

Mg. Sergio Chaparro Hernández y Lic. Andrés Castro Araújo*

Política fiscal y derechos humanos en Colombia: hacia una perspectiva integrada.

Introducción

Este texto parte de la idea de que el diálogo entre política fiscal y derechos humanos puede contribuir positivamente a fortalecer —a nivel teórico y práctico— los propósitos de ambos enfoques. A nivel teórico, porque enriquece la forma en que ambos enfoques plantean sus problemas, en concordancia con lo que demanda la discusión interdisciplinaria en la actualidad. Y a nivel práctico, porque puede conducir a una defensa más eficaz de los derechos, así como de las discusiones alrededor de la asignación de presupuestos. Este diálogo es urgente en la medida en que contribuye a resolver los problemas de justicia distributiva en la asignación de recursos públicos.

La primera sección consiste en una aproximación conceptual a la relación entre política presupuestaria y derechos humanos. Esta relación se plantea como un nexo de doble vía: una *relación instrumental* (los derechos se financian con recursos públicos) y una *relación de fundamentación* (el gasto público halla su justificación principal, aunque no la única, en la promoción de derechos). Una vez reconocida esta relación de doble vía, se defiende la necesidad de adoptar una perspectiva integrada entre derechos humanos y política fiscal, que evite

*** Mg. Sergio Chaparro Hernández**
Filósofo, economista y Magister en Derecho de la Universidad Nacional. Oficial de Programa del Centro de Derechos Económicos y Sociales (CESR).

Lic. Andrés Castro Araújo
Economista y sociólogo de la Universidad del Rosario. Investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

Los autores son investigadores del área de derechos sociales en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad —Dejusticia— en Colombia. Este texto retoma las ideas desarrolladas en Chaparro (en prensa) y añade algunas nuevas.

caer en dos excesos: el *garantismo abstracto* y el *reduccionismo fiscal*. Donde ambos excesos se caracterizan por desconocer o trivializar alguna de las dos relaciones identificadas previamente. Esta *perspectiva integrada* está dispuesta a hacer distinciones en los niveles de goce efectivo de los derechos. De manera que, también, está dispuesta a admitir razones que expliquen por qué el presupuesto público no alcanza para garantizar derechos en *algún* grado, pero no en *cualquier* grado. Este enfoque, finalmente, permite una defensa más eficaz de los derechos.

Esta perspectiva integrada, sin embargo, plantea una tensión fundamental: la del desencuentro entre democracia y justicia distributiva en la asignación de recursos públicos. La noción de justicia distributiva del enfoque de derechos humanos es relativamente clara, al menos, en cuanto a la distribución de una clase especial de bienes: los derechos mismos. Esta perspectiva plantea que, como mínimo, más allá de cualquier consideración, toda persona debe gozar, sin ninguna clase de discriminación, de un piso mínimo de derechos sin los cuales se vería menoscabada su dignidad humana. Pero los órganos representativos pueden —y suelen— tomar decisiones presupuestarias que contradicen este principio de justicia. Por esta razón, la defensa de los derechos recae, en última instancia, sobre unos tribunales que, aunque no han sido elegidos a través de la elección popular, terminan desafiando algunas de las decisiones presupuestarias que resultan del debate democrático en el Congreso. Y esto es lo que, finalmente, lleva a un posible desencuentro entre democracia y justicia distributiva en la asignación de recursos públicos.

La segunda sección explora la manera en que los tribunales constitucionales pueden superar este problema, haciendo énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (CCC). El control constitucional del presupuesto es defendido, entonces, por dos razones. Primero, porque es algo que, eventualmente, puede *contrarrestar* las fallas que impiden llegar a asignaciones justas y eficientes por medio del proceso democrático; este rol es especialmente importante en aquellos países con instituciones democráticas débiles. Y segundo, porque ayuda a *fortalecer* el debate democrático a través de una serie de exigencias en la argumentación detrás del diseño y la implementación de políticas públicas.

La experiencia de la CCC permite identificar algunos elementos clave que conducen en esta dirección. Específicamente, el potencial de las sentencias dialógicas; la declaración de excepciones al principio de inembargabilidad del presupuesto público; y el desarrollo de algunos principios constitucionales aplicables al presupuesto como el *principio de proporcionalidad* y la *prohibición de retroceso* en el avance de los derechos sociales. A nuestro juicio, la movilización adecuada de estos recursos permite responder satisfactoriamente a las objeciones que puedan formularse en contra de la intervención de jueces en asuntos presupuestarios. Por último, también parece ser una mejor alternativa a la solución tecnocrática, defendida por algunos cuando ocurren desencuentros similares entre democracia y justicia, o democracia y eficiencia.

El texto culmina con un balance de lo conquistado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia presupuestaria y lo que falta aún por desarrollar.

Presupuesto público y derechos humanos: Una aproximación conceptual.

Esta sección explora la relación teórica entre presupuesto y derechos humanos, y propone un nuevo marco desde el cual puede ser planteada:

el de los dilemas de justicia distributiva que las sociedades enfrentan en la asignación de sus recursos públicos escasos.

La relación teórica entre presupuesto y derechos humanos puede plantearse como una relación de doble vía. Por un lado, la *relación instrumental*, según la cual los derechos humanos necesitan ser financiados con recursos públicos. Y, por otro lado, la *relación de fundamentación*, conforme a la cual el gasto público encuentra su justificación principal (aunque no la única) en su contribución a la garantía de derechos. En este texto, defendemos una perspectiva integrada que se toma en serio ambas relaciones y, por esa razón, evita caer en dos excesos: el garantismo abstracto, que se caracteriza por trivializar la relación instrumental; y, el reduccionismo fiscal, que pretende desconocer la relación de fundamentación entre presupuesto y derechos humanos. Con esta perspectiva integrada en mente, se plantea la tensión fundamental que está en juego al momento de pensar la relación entre presupuesto y derechos humanos: la del desencuentro entre democracia y justicia distributiva en la asignación de los recursos públicos. En la siguiente sección, se discuten las maneras específicas en que el mecanismo de control de constitucionalidad ayuda a superar esta tensión, al mismo tiempo que se busca responder a las objeciones que pueden formularse contra la intervención de los jueces constitucionales en asuntos presupuestarios.

La relación instrumental

Es muy común que, en los debates políticos contemporáneos, se desconozca la relación instrumental entre política fiscal y derechos; un desconocimiento en el que incurren tanto quienes piden minimizar el tamaño del Estado como quienes encuentran en este la solución a los problemas más urgentes que enfrentamos como sociedad. Es un desconocimiento que, además, va en detrimento del debate político serio y realista.

Por un lado, del espectro político, cabe señalar, que los argumentos mejor elaborados en contra de la acción estatal reconocen la necesidad de un Estado que, por lo menos, esté en capacidad de mantener el orden y garantizar los derechos de propiedad necesarios para que prosperen las actividades económicas del sector privado (Nozick, 1975). Se trata de un tipo de argumento en el que predominan las libertades civiles y políticas por encima de otras libertades de carácter prestacional (i.e. los Derechos Económicos, Sociales y Culturales); entendiendo a las primeras como *derechos contra el Estado*—o "derechos negativos", en vista de que, las obligaciones del Estado son formuladas en términos de no interferencia— y, entendiendo a las segundas como *derechos a través del Estado*—o "derechos positivos", en vista de que, presuponen una intervención estatal activa—. Este argumento, sin embargo, es insostenible cuando su propósito es crear una distinción categórica entre unos derechos que cuestan y otros que no (Holmes y Sunstein, 2011). De manera que, aunque esta postura conciba al Estado como un "mal necesario", en el fondo requiere que haya suficiente financiación pública para garantizar los derechos civiles y políticos. Esto significa, por cierto, que no tiene sentido buscar negar la garantía de ciertos derechos por el simple hecho de que estos presuponen un costo fiscal. Al fin y al cabo, todas las actividades del Estado, en la medida en que requieren personas e insumos para efectuarlas, implican costos, y la actividad de garantizar los derechos, *sea cual fuere su naturaleza*, no es la excepción. Incluso la garantía de los llamados "derechos negativos"

—como los derechos de propiedad o la libertad de expresión— necesita una compleja de red de gastos públicos que los proteja y haga efectivos.

De manera que, es necesario refutar la idea de que el Estado es el enemigo de los derechos y que su extensión necesariamente los pone en riesgo; "solo es posible definir los derechos como muros erigidos contra el Estado, si se ignora en forma injustificable la indispensable contribución de la autoridad pública a la construcción y el mantenimiento de esos muros" (Holmes y Sunstein, 2011, p. 252). Incluso los derechos que se conciben como inmunidades contra el Estado —como la protección contra la expropiación arbitraria o la libertad de expresión— implican la posibilidad de poder reclamar la protección de una entidad estatal contra los abusos de otra. En ese orden de ideas, la ampliación de las libertades personales es producida casi exclusivamente por la *actividad financiera pública*.[1] La ausencia del Estado es, también, ausencia de derechos; y, desconocer este hecho equivale a desconocer la relación instrumental entre presupuesto y derechos.

Por otra parte —y, del otro lado del espectro político—, reconocer que la garantía de derechos depende de la disponibilidad de recursos públicos escasos ha sido igual de difícil, ya que "afirmar que un derecho tiene un costo es confesar que tenemos que renunciar a algo a fin de adquirirlo o conservarlo" (Holmes y Sunstein, 2011, p. 43). Sin financiación, los derechos se quedan en un plano discursivo, en forma de pronunciamientos éticos o demandas sociales que no pueden materializarse. En otros términos, los derechos son demandas sociales que compiten entre sí por financiación y, por ende, tienen costos de oportunidad. Así que, para tomarse en serio los derechos, primero, hay que tomarse en serio la escasez. Esto no significa, como veremos más adelante, que la insuficiencia de recursos sea indisputable o que las asignaciones presupuestales no puedan ser sometidas a control judicial cuando son los órganos estatales quienes fallan en su responsabilidad de tomarse en serio los derechos. Esta discusión, no obstante, solo puede darse una vez reconocida plenamente la relación instrumental entre presupuesto y derechos humanos, y dejados de lado los idealismos políticos, que llevan a desconocerla.

La relación de fundamentación

La relación de fundamentación, según la cual el gasto público existe en función de la promoción de ciertos derechos, es evidente en los textos constitucionales de cada país y en los sistemas de derechos consagrados en ellos. Aquí, la relación entre medios y fines es mucho más explícita: las políticas fiscales constituyen los *medios* y las obligaciones constitucionales constituyen los *fines*. La idea fundamental aquí es simple, pero tiene repercusiones importantes que se han pasado por alto: el presupuesto debe ser una técnica para la realización de los derechos y no puede ser un instrumento para menoscabarlos (Corti, 2011, p. 694).

Esta es una relación que, también, ha sido desconocida muchas veces en los debates recientes, solo que, las razones de este desconocimiento no radican en algún tipo de idealismo

1- Entendemos *actividad financiera pública* como "la actuación del Estado destinada a recabar los recursos económicos con los cuales financiar los gastos en los que se incurre para la satisfacción de las demandas y necesidades de la sociedad"(Insignares, Marín, Muñoz, Piza y Zornoza, 2007). Esta actividad, como puede verse de la doble relación entre presupuesto y derechos, es el combustible con el cual se alimentan las demás facetas de la actividad estatal y, en un sentido más genuino, es la forma más básica en como el Estado, a través del recaudo y el gasto, se relaciona con la ciudadanía para cumplir sus objetivos.

político, sino que se deben a tres factores u obstáculos epistemológicos desafortunados. Primero, el grado de especialización del estudio y la práctica del derecho presupuestario y la hacienda pública. Segundo, la concepción de que los asuntos presupuestarios son principalmente políticos. Y tercero, la aparente inexistencia de mecanismos que vinculen el enfoque de derechos a las decisiones presupuestarias.

El primero de estos factores está manifiesto en los manuales de derecho presupuestario o en los de hacienda pública, en los que no suele ser explícita la idea de que la actividad financiera del Estado tiene como uno de sus fines esenciales la realización de los derechos. Si bien es cierto que estos manuales reconocen que se trata de una actividad reglada por disposiciones constitucionales —reglamentación que, precisamente, constituye el objeto de análisis del derecho presupuestario—, los fines que se le asignan en esos textos suelen ser enunciaciones generales, vacías de contenido material, tales como "la satisfacción de las demandas colectivas" (Queralt, Serrano, López, y Ollero, 2003, p. 29) o "la realización de los objetivos del sector público" (Restrepo J., 2012, p. 25).

Esto se debe, probablemente, a que, poco a poco, el derecho presupuestario y la hacienda pública se han ido consolidando como disciplinas autónomas y especializadas, más enfocadas en las disposiciones orgánicas de los textos constitucionales que en las disposiciones dogmáticas. En este escenario, la labor del especialista se convierte, entonces, —sin que por ello pierda importancia—, en una cuestión de manejo de una técnica compleja que, sin embargo, renuncia a la tarea crítica de reformular las instituciones presupuestarias desde un enfoque de derechos.

El desarrollo que los economistas les han dado a las disciplinas de la hacienda pública y la política fiscal está, incluso, más alejado a una lectura desde el enfoque de derechos. Cuando los economistas discuten temas de política fiscal, por ejemplo, usualmente, lo hacen pensando en el comportamiento y la interrelación de distintas variables macroeconómicas como el producto interno bruto; la deuda pública; la inflación; o, el desempleo. Y lo hacen, siempre, desde el punto de vista de la eficiencia económica.[2] Sin embargo, el análisis de las repercusiones que el funcionamiento de la actividad financiera pública tiene sobre los derechos constitucionales —o, el análisis de la política fiscal en clave de derechos— están, en general, ausentes en la literatura.

El segundo factor se deriva de la idea según la cual las decisiones presupuestarias son

2- Amartya Sen (1997) ha señalado cómo la teoría económica dominante se ha basado en tres criterios restringidos que la han vuelto presa de una base muy estrecha de información para evaluar estados sociales alternativos. Estos tres criterios son: 1) *consecuencialismo*, que consiste en valorar un estado social en función de los resultados o las consecuencias que genera, 2) *utilitarismo*, que consiste en tener en cuenta como relevantes únicamente las consecuencias en términos de la utilidad o el ingreso que un estado social puede procurarles a los individuos y 3) *regla de la agregación*, que consiste en asumir como criterio de selección entre estados sociales la suma total de las utilidades individuales, la regla del mayor bienestar para el mayor número. En este sentido, la economía ha excluido la posibilidad de evaluar estados sociales alternativos por aspectos como el respeto a un determinado valor (por ejemplo, la justicia) sin dejar de ser sensible a las consecuencias que se desprendan de su defensa, o evaluar los resultados sociales por la manera en que se llegó a ellos (evaluaciones procedimentales que, por ejemplo, reconozcan el valor de la capacidad de agencia de los individuos). Su talante utilitarista excluye también la posibilidad de involucrar dentro de la información relevante para juzgar los estados sociales aspectos como la calidad de vida, las capacidades u otras medidas del bienestar. Finalmente el usar como único criterio de decisión entre alternativas sociales la suma del bienestar individual implica no ponderar el interés de las minorías: el criterio de la suma de las utilidades, así como el del óptimo de Pareto, no incorporan preocupaciones distributivas y pueden validar situaciones en las que el bienestar de la mayoría termine imponiéndose, incluso, cuando acarrea graves perjuicios para uno o varios individuos.

cuestiones políticas —o competencia exclusiva de los órganos representativos— y no del órgano judicial. Esta es una idea que defienden algunos tratadistas de la hacienda pública, como Juan Luqui, quien señala: "La materia presupuestaria escapa al control de los jueces por ser esencialmente política y administrativa" (Luqui, 1989). Esta posición, sin embargo, oscurece el hecho de que las decisiones presupuestarias —como cualquier otra decisión administrativa—, se encuentran sujetas a principios constitucionales de carácter procedimental y sustantivo. Al fin y al cabo,

> [c]uando se califica a una decisión o materia como puramente política se tiende a reducir el radio de acción del derecho, se esfuma la relevancia práctica del derecho constitucional, se vuelven abstractas las discusiones sobre la justicia y, en fin, se aleja la posibilidad de efectuar un control constitucional de dicha decisión o materia (Corti, 2011, p. 34).

Con todo ello, se tiende a minimizar el hecho de que, la discrecionalidad política de las instancias ejecutivas y legislativas encargadas de elaborar y aprobar el presupuesto no es absoluta: los derechos fundamentales pueden resultar lesionados en el escenario político de aprobación del presupuesto, en el que los intereses ideológicos —y de los distintos sectores de la sociedad— están en juego.

El tercer factor que se interpone en el reconocimiento de la relación de fundamentación entre presupuesto y derechos tiene que ver con la ausencia de mecanismos efectivos que vinculen la técnica presupuestaria al enfoque de los derechos. Y, la poca difusión que tienen los mecanismos que ya se han propuesto, impide que este problema sea solucionado.[3]

Evitar los excesos del garantismo abstracto y el reduccionismo fiscal

La perspectiva integrada que defendemos en este texto —que se toma en serio tanto los costos de los derechos como los condicionamientos que estos deben ejercer sobre el presupuesto— es necesaria para superar dos formas extremas e inadecuadas de plantear el problema de justicia distributiva, que está en juego en la relación entre presupuesto y derechos humanos: el *garantismo abstracto*, que le resta importancia a la relación instrumental que hay entre estos dos aspectos; y, el *reduccionismo fiscal*, que desconoce la relación de fundamentación existente entre ellos.

Por el lado del garantismo abstracto, nos encontramos frente a una postura que considera que los derechos son absolutos y que todos ellos deben garantizarse de manera simultánea y a cualquier costo. Los defensores de esta posición creen que el Estado tiene la capacidad de asegurar —en un nivel pleno— todos los derechos constitucionalmente reconocidos, sin necesidad de demostrar cómo. Las personas que

3- Vale la pena resaltar, en este espacio, varias propuestas metodológicas que precisamente buscan llenar este vacío al poner las técnicas presupuestarias al servicio de la garantía de derechos: 1) los esfuerzos por unir el análisis presupuestario con el enfoque de derechos, principalmente por el *IBP* a nivel internacional y *Fundar* a nivel regional; 2)el desarrollo de metodologías de investigación que sirven para identificar violaciones de derechos y adjudicar responsabilidades en términos de suficiencia y eficiencia del presupuesto (Ej. Felner, 2009), donde además vale la pena destacar el marco del Opera desarrollado por el CESR; el *ESRFIndex* propuesto por Sakiko Fukuda-Parr y sus colaboradores para monitorear el desarrollo progresivo de derechos (Fukuda-Parr, *et ál.*, 2009; 2015); y las propuestas para construir sistemas de indicadores y clasificaciones de gasto público con enfoque de derechos (Chaparro, en prensa).

defienden esta postura no se toman en serio las restricciones que impone la escasez de recursos, a la que interpretan, casi siempre, como el resultado de negligencias administrativas o de falta de voluntad política. En otras palabras, se trata de una postura que desconoce el hecho incontrovertible de que 1) las técnicas de garantía de los derechos no existen de entrada y 2) que la implementación de estas técnicas es un problema complejo de cómo invertir mejor los recursos públicos disponibles, pues el presupuesto del Estado no es un barril sin fondo. Más importante aún, se trata de una postura que termina degenerándose en una incapacidad para priorizar el gasto público.

En el otro extremo, está el reduccionismo fiscal, una postura que considera la escasez como una razón válida para justificar la desprotección de un derecho por parte del Estado, incluso, hasta en su *nivel más básico* o en su núcleo esencial. Esta postura es reduccionista porque considera que los fines deben adaptarse a los medios y no al contrario; considera que el alcance de los derechos debe ser adaptado a las realidades fiscales vigentes, que terminan situándose por encima del propio ordenamiento jurídico. En consecuencia, se invierte indebidamente la relación de fundamentación y las jerarquías constitucionales: en vez de adaptar las realidades fiscales del Estado a las exigencias constitucionales, el reduccionismo fiscal defiende que hay que empobrecer el alcance del contrato social plasmado en la Constitución para ajustarlo a las posibilidades que brinda la realidad fiscal vigente. Los defensores de esta postura pretenden avanzar por la vía de la *desconstitucionalización* o el empobrecimiento del contenido de los derechos, mucho más cuanto mayor es la brecha entre el recaudo efectivo de recursos y el que se necesita para solventar la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos. Pero, desconocer la relación de fundamentación es equivalente a deshacer el propósito de la actividad financiera pública en primer lugar, cosa que imposibilita cualquier concepción de justicia fiscal que pueda derivarse del enfoque de derechos humanos.

En este sentido, la perspectiva integrada es garantista, en cuanto toma en serio los propósitos éticos y constitucionales del gasto público; pero es una postura que debe hacer concesiones inevitables para evitar caer en lo abstracto. Debe hacer distinciones entre niveles de goce efectivo de los derechos que, pese a ser conceptos de textura abierta, son fundamentales para el funcionamiento del sistema jurídico. Distinciones tales como la diferencia entre *núcleo esencial* (que supone obligaciones de realización inmediata), *nivel aceptable* (que es el grado razonable en que el Estado estaría en capacidad de proteger un derecho para el promedio de la población) y *ejercicio pleno* del derecho (que supone obligaciones de realización progresiva). Debe partir, además, de reconocer que los derechos cuestan y que esos costos pueden constituir una razón que explique por qué no se pueden realizar las actividades estatales requeridas para garantizarlos en *algún* grado, pero no en *cualquier* grado. Esto no significa, sin embargo, que la perspectiva integrada considera la escasez como una explicación válida para no proteger los derechos en cualquier circunstancia**:** un garantismo comprometido debe estar dispuesto a desafiar las excusas basadas en la escasez cuando, por ejemplo, dado un volumen de recursos disponibles, hay asignaciones claramente injustas que dan prelación a objetivos menos prioritarios, o cuando la estructura tributaria existente no permite disponer de los recursos suficientes para financiar la garantía de derechos como es debido.

Esta perspectiva, como veremos en la siguiente sección, encuentra su mejor campo de

acción dentro del ámbito constitucional, que presupone la existencia de un marco vinculante de razones bajo el cual resulta claro cuándo es posible y cuándo es totalmente inadmisible anteponer las consideraciones presupuestarias a los derechos.En este marco, el Estado puede presentar ciertas justificaciones, bajo unas condiciones de argumentación muy estrictas, como una carta de triunfo contra el pretendido deber absoluto de proteger *plenamente* los derechos, pero también, admite que el deber de proteger los derechos puede presentarse —bajo ciertas circunstancias—, como una carta de triunfo contra las realidades fiscales vigentes, al punto que puede obligar a modificarlas para hacer valer los derechos.

La tensión entre democracia y justicia distributiva

Es importante reconocer, sin embargo, que la relación entre presupuesto y derechos humanos puede conducir a un desencuentro entre democracia y justicia distributiva en la asignación de recursos públicos. Este desencuentro surge, en primera instancia, porque la protección de derechos recae finalmente sobre el tribunal constitucional, que, por definición, es una instancia contra mayoritaria que puede —y suele— contradecir las decisiones políticas y administrativas de un Congreso elegido democráticamente. Ya vimos, sin embargo, que esta crítica es uno de los factores que, a veces, lleva al desconocimiento de la relación de fundamentación entre presupuesto y derechos.

Es importante recordar, también, que, si bien es cierto que la noción de justicia distributiva es un asunto bastante disputado (ver Roemer, 1996), el enfoque de derechos humanos asume una postura relativamente clara sobre lo que esta significa por lo menos en lo que atañe a la distribución de una clase especial de bienes; a saber, los derechos mismos. Esta posición plantea que, como mínimo, más allá de cualquier consideración, toda persona debe gozar, sin ninguna clase de discriminación, de un piso mínimo de derechos sin los cuales se vería menoscabada su dignidad humana. Además, se trata de un principio de justicia distributiva que debe primar, incluso, sobre las decisiones validadas por las mayorías a través de los órganos representativos —como es el caso de los presupuestos públicos—; cuando tales decisiones lesionan el principio de justicia mencionado, quebrantando el núcleo esencial de uno o varios derechos, debe existir un mecanismo que reivindique la primacía de estos últimos sobre la decisión de las mayorías.

Esto último es la esencia del constitucionalismo y de los tribunales constitucionales. Al fin y al cabo, un derecho constitucional

> [e]s precisamente algo que ha sido sustraído al debate democrático, pues se considera que debe ser garantizado, independientemente de la opinión de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad humana y también para preservar el propio proceso democrático (Uprimny, 2003, p. 345).

Además, aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal —puesto que están compuestos por jueces que no fueron elegidos a través del voto popular— cumplen, sin duda, un papel democrático importante “en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen

la continuidad e imparcialidad del proceso democrático" (Uprimny, 2003, p. 341). En otras palabras, la tensión entre democracia y control judicial es paradójica porque, en última instancia, puede servir para fortalecer el proceso democrático.

Justicia presupuestaria: El caso de la Corte Constitucional colombiana.

Siguiendo esta línea de argumentación, esta sección se concentra en explicar las maneras específicas a través de las cuales el control de constitucionalidad puede superar esta tensión entre democracia y justicia distributiva, algo que adquiere mayor importancia en la medida en que los países cuenten con instituciones políticas débiles. En primer lugar, porque ayuda a *contrarrestar* las fallas que surgen dentro del proceso democrático, y en segundo lugar, porque puede prestarse incluso a *fortalecer* el proceso democrático, al proporcionar un escenario en el cual se someta a escrutinio el razonamiento detrás del diseño y la implementación de las políticas públicas.

Primer rol: Las cortes pueden contrarrestar las fallas democráticas en la definición del presupuesto público.

Aunque, en términos generales, hay buenas razones para creer que el proceso democrático es capaz de producir decisiones justas y eficaces en materia de presupuesto público, también es cierto que esta conexión resulta frágil e incierta. Chaparro (en prensa) identifica, por lo menos, tres casos específicos en los cuales las instituciones democráticas no alcanzan el propósito de lograr eficiencia ni justicia distributiva en la asignación de recursos públicos: 1) cuando la representación política es muy asimétrica, de manera que se trate de una democracia excluyente; 2) cuando las lógicas burocráticas o clientelares introducen inflexibilidades en el presupuesto; y, 3) cuando las decisiones de presupuesto se toman sobre la base de información incompleta o deficiente.

La primera de estas fallas surge a partir de la tendencia inercial a que los grupos poblacionales que alcanzan una mayor representación en los espacios de toma de decisiones reciban, a su vez, mayores asignaciones de recursos públicos para la protección de sus derechos; y que, por el contrario, los grupos con déficit de representación reciban menos o, incluso, se les prive totalmente de recursos públicos que beneficien sus intereses, a tal punto de que se vulneren sus derechos más básicos. Esto es algo que ha sido demostrado por las investigaciones sobre economía política del presupuesto en Colombia. Estas investigaciones han mostrado cómo los departamentos que tienen senadores o representantes en la Cámara, en las comisiones que discuten y aprueban —en un primer debate— el presupuesto, han recibido mayores recursos en los proyectos de inversión entre el proyecto inicial de presupuesto —presentado por el gobierno— y, el que finalmente se aprueba; castigando, así, a los departamentos que no tienen representación en las comisiones económicas del Congreso (Cárdenas, Mejíay Oliveira, 2010). En estas circunstancias, las democracias constitucionales deben adoptar mecanismos que sirvan para evitar que la forma en la que el Estado asigna sus recursos públicos dependa de manera exclusiva del capital político que posean los diferentes grupos poblacionales, e incluso, debe propender hacia un camino en el que ese no sea el factor principal que defina la repartición de los recursos públicos. El compromiso con la

justicia distributiva —llevada al terreno de la fiscalidad— implica la adopción de mecanismos que contrarresten el poder de influencia de las mayorías políticas en la determinación del presupuesto, para evitar que decidan asignaciones insuficientes para la protección de derechos de las poblaciones que no están igualmente representadas en el debate democrático. Sumado a esto, la necesidad de que haya control constitucional sobre estos asuntos es especialmente urgente en aquellas democracias frágiles, como la de Colombia, en donde el sistema electoral está caracterizado por la exclusión política de amplios sectores de la población o la desatención de sus intereses por parte de las mayorías políticas.

La segunda de estas fallas surge cuando las lógicas burocráticas o clientelares de un Estado llevan a una posible *sobredeterminación* de las decisiones presupuestarias. Es decir, cuando estas introducen inflexibilidades que restringen el alcance de las discusiones democráticas que podrían darse alrededor del presupuesto público. Esto puede llegar a suceder cuando los intereses de los gobernados en la asignación de recursos públicos van en una dirección y, la de los gobernantes va por otra; un fenómeno que los economistas conocen como el *problema del agente-principal*. Este divorcio de intereses, usualmente, lleva a inflexibilidades presupuestarias difíciles de contrarrestar, lo que resulta altamente problemático en la medida en que "es factible que algunos de los rubros inflexibles no sean prioritarios, sino que su inclusión en el presupuesto sea el resultado de un atrapamiento de rentas por parte de grupos de interés" (Echeverry, Fergussony Querubín, 2004, p. 8). Lo mismo puede llegar a suceder a nivel territorial, como resultado de las relaciones clientelares entre el Estado local y la ciudadanía: tal es el caso de la distribución de los recursos del fondo de compensación y de las regalías directas en Colombia, que dependen de mecanismos de irrigación basados en relaciones clientelares, bajo las cuales, los grupos de ciudadanos afines al proyecto político del mandatario local—encargado de seleccionar los proyectos de impacto local financiados con recursos públicos— son los que terminan beneficiándose en mayor medida de esos dineros (Pachón, Willsy Sánchez, 2013). En otras palabras, se trata de una falla en el proceso democrático que conduce a una asignación del presupuesto —alejada de cualquier noción de justicia distributiva—, en cuanto la asignación de recursos no responde a los mejores proyectos ni a las necesidades de las poblaciones con mayores carencias. Por el contrario, la regla de asignación presupuestaria termina basándose en una política de amiguismo con el gobernante local. Por supuesto, esta clase de fallas son más comunes en democracias en las que predomina el clientelismo sobre la discusión abierta y transparente; tomando como base razones de conveniencia y de justicia como forma principal de asignación de los recursos públicos.

La tercera de estas fallas tiene que ver con la ausencia de información pertinente, precisamente, en aquellos asuntos en los que más se requiere. La disponibilidad de información confiable y detallada es imprescindible para plantear discusiones democráticas en materia de presupuesto, así como para evaluar la magnitud de múltiples exclusiones y carencias de derechos. También, es imprescindible en el momento de diseñar políticas públicas eficaces que permitan contrarrestar estas situaciones. En otras palabras, sin información adecuada es imposible actuar inteligentemente frente a los dilemas de la escasez ni movilizar los recursos necesarios para aumentar progresivamente el alcance de los derechos. Una sociedad que dispone de este tipo de información puede valorar mejor el costo de oportunidad del uso de un determinado monto

de recursos públicos, para plantearse con claridad las disyuntivas en términos de los derechos que se protegen y los que se dejan de proteger. Más aún, la capacidad de percibir qué es justo o injusto en materia presupuestaria depende —en un sentido crucial— de la información y las técnicas de análisis disponibles.

En resumen, es difícil materializar el potencial de una democracia para deliberar sobre los problemas de justicia distributiva —inherentes a las decisiones presupuestarias— cuando los gobiernos se enfrentan a fallas de representación; de clientelismo; y, de información; o de todas ellas en forma simultánea. Y, es aquí donde, los tribunales constitucionales pueden y, en cierta medida, han ayudado a contrarrestar estas fallas.

Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia T-025 de 2004 sobre familias desplazadas en Colombia, a través de la cual se dictaron medidas para que distintos organismos públicos recolectaran la información pertinente y diseñaran las políticas públicas necesarias para hacer frente al problema del desplazamiento.[4] Esta decisión judicial ayudó a poner en movimiento toda una serie de procesos que sirvieron para contrarrestar las fallas de representación, información y coordinación de las instituciones estatales. En este caso particular, la tensión entre democracia y justicia distributiva pudo ser superada porque la decisión de la Corte Constitucional se constituyó como un espacio de discusión democrática, en el que los distintos actores pudieron formular sus puntos de vista, incluso aquellos que estaban excluidos del debate democrático formal. Este tipo de intervención judicial constituye lo que algunos llaman *decisión dialógica* (Rodríguez y Rodríguez, 2015), un tipo específico de intervención que, por las razones anteriores, responde satisfactoriamente a las críticas de legitimidad de los tribunales constitucionales. También, responde satisfactoriamente, a las críticas que cuestionan la idoneidad técnica de los jueces constitucionales para tomar decisiones eficaces que, finalmente, lleven a la realización de derechos; esto se debe a que "las [sentencias] dialógicas tienden a esbozar los fines y procedimientos y, en línea con el principio de separación de poderes, asignan a los organismos públicos la carga de diseñar e implementar las políticas" (Rodríguez y Rodríguez 2015, p. 213). De manera que no se trata de una instancia en la cual el poder judicial usurpa las potestades del Poder Legislativo —a lo que temen los tratadistas como Juan Luqui— sino que ejemplifica la manera en que los tribunales

> [p]ueden ayudar a superar los bloqueos políticos, canalizar la información importante para actores políticos y burocráticos, crear espacios de deliberación y compromiso entre intereses contrapuestos, y [finalmente] responsabilizar a los Estados por los compromisos incumplidos (Vaurin y Brinks, 2009, p. 5-6).[5]

Los tribunales, también, pueden tomar decisiones más específicas para corregir asignaciones presupuestales que lesionen los derechos. Aquí analizaremos dos casos. En primer lugar, las cortes pueden declarar excepciones

4- Ver RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, 2015, para un análisis exhaustivo sobre la T-025/04.

5- Esto no quiere decir que los jueces no hayan ni sigan tomando decisiones antidemocráticas; de hecho, esta crítica es completamente válida cuando los jueces, por ejemplo, reemplazan los mandatos constitucionales y legales por los suyos propios y ordenan, excediendo sus funciones, adoptar medidas que no se desprenden del ordenamiento jurídico y que anulan por completo la potestad que tienen los demás organismos públicos para diseñar e implementar políticas públicas.

a la regla democrática en la definición del presupuesto; esto es, *declarar excepciones al principio de inembargabilidad*. En segundo lugar, tomando medidas correctivas en los casos en que la relación de fundamentación entre presupuesto y derechos se haya invertido de manera indebida; es decir, exigiendo que se tomen medidas para proteger el núcleo esencial de los derechos independientemente de las realidades fiscales.

En relación con el primer caso, cabe resaltar que, en Colombia, en línea con el principio clásico de *reserva de ley,* las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación —así como los bienes y derechos de los órganos que los conforman— son inembargables (art. 19 del Estatuto Orgánico del Presupuesto). Pero, si bien el principio general es el de inembargabilidad, es posible que, para hacer eficaz una sentencia judicial que protege derechos y para la cual no hay recursos previstos en el presupuesto, se deba proceder al embargo.

Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-337 de 1993, en la que consideró que "el principio de la inembargabilidad no es absoluto, ya que con base en él no puede la administración desconocer un derecho fundamental". La Corte también señaló que "el principio de la inembargabilidad es un criterio de seguridad presupuestal, que vela por la existencia de recursos, que son de interés general, pero nunca puede atentar, ni ser causa del desconocimiento de cualquier derecho fundamental, pues no hay título jurídico contra la validez y eficacia de los derechos fundamentales". De igual manera, la Corte fijó límites respecto de cuáles son las cuentas que, eventualmente, pueden ser embargadas, con el ánimo de no causar un perjuicio mayor a otros derechos fundamentales del que se pretende corregir.

Posteriormente, a través de la sentencia T-269 de 1996, la Corte reiteró que el Poder Judicial no tiene potestad *prima facie* para inmiscuirse en la destinación de los recursos, pero que sí tiene potestad para tomar decisiones con consecuencias presupuestarias —siempre y cuando estas estén destinadas a corregir la vulneración de los derechos—. En palabras de la Corte:

> Es innegable que al juez de tutela no le compete inmiscuirse en las decisiones sobre la oportunidad o conveniencia de disponer de los fondos públicos en la construcción de una u otra obra; cosa distinta es que las órdenes que expida, tendentes al restablecimiento de los derechos fundamentales violados o amenazados a sus titulares por las autoridades, tengan efectos sobre la actividad de los entes administrativos; esas órdenes deben afectar la manera en que las autoridades venían cumpliendo con la función ejecutiva, hasta el punto en que desaparezca la amenaza o violación cuya existencia verifique el juez del conocimiento, así la administración deba, para cumplir con ellas, modificar decisiones discrecionales sobre el empleo eficaz del presupuesto disponible.

Pese a esta evolución jurisprudencial, ha habido ocasiones en las que la Corte ha restringido la excepción de inembargabilidad a casos muy específicos, por ejemplo, al declarar que la única excepción admisible es la de la "excepción por créditos laborales". Es decir, cuando la Administración Pública incumple sus obligaciones laborales. (Sentencia C-354/97). Esto plantea la necesidad de avanzar hacia unas reglas más claras de definición de las cuentas que se autorizan a embargar, de forma tal que

se pondere adecuadamente entre la afectación a los derechos que pueda causarse con el embargo y los que pretenden protegerse con esa decisión.

En relación con el segundo caso, la Corte ha considerado que las decisiones presupuestarias pueden ser sometidas a control judicial cuando estas son insuficientes para dar cumplimiento oportuno a las leyes o para garantizar el contenido tutelable de los derechos. Es decir, cuando el presupuesto asignado es insuficiente para proteger los derechos en su nivel más básico. La Corte ha formulado el principio de que, ante una brecha entre las posibilidades fiscales y la garantía del contenido esencial de los derechos, son las primeras las que deben ajustarse a los segundos, y no lo contrario.

Así lo planteó en una sentencia de tutela interpuesta por un enfermo de VIH, a quien se le había negado la afiliación al sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales —Sisben—; razón por la cual, luego, le fue negado también el servicio de hospitalización en razón a que no disponía de recursos para pagarlo. Esta omisión —que fue corregida luego por la clínica—, no obstante, le pidió al accionante que asumiera el costo de todos los medicamentos requeridos para su tratamiento. Mediante la tutela, el accionante solicitó que le fuera expedido el carnet del Sisben y que fuera afiliado al régimen subsidiado de seguridad social en salud. La tutela fue negada en ambas instancias y mientras se surtía el procedimiento de revisión ante la Corte Constitucional la persona falleció. La sala de revisión optó por proferir sentencia de fondo, pues encontró que al paciente fallecido le fueron violados los derechos fundamentales que reclamó judicialmente y que, por tanto, debían adoptarse medidas para que no se siguieran repitiendo prácticas discriminatorias como las que se presentaron en el caso. En relación con el tema presupuestario, la Corte señaló:

> El alto índice de pobreza que presenta el país hace que los recursos disponibles para la asistencia social sean insuficientes para atender a toda la población económicamente desfavorecida y, por tal razón, la inversión de los recursos públicos ha de centrarse en la población más necesitada, garantizando a todos los que comparten la condición de desposeídos, igual oportunidad para obtener los subsidios escasos […] en su afán por focalizar la política social en proteger a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, [el Estado] ignoró otra obligación —igualmente importante—, que debe cumplir como parte de esa política social: proteger especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta […] De esta manera, resulta claro que es el sistema de distribución del gasto público en materia de política social en salud el que se debe adecuar a la específica situación de debilidad manifiesta de los enfermos que sufren de afecciones epidémicas como el sida, y no estos a la regulación administrativa.(Sentencia T-177/99, citado en Corti, 2011, p. XXXIII).

La Corte, además, advirtió que las autoridades no podían negarles a los enfermos de VIH la atención médica que requieren, aun cuando no estén afiliados al Sisben. Y, finalmente, ordenó

al Consejo Nacional de Política Económica y Social revisar, dentro de los tres meses siguientes al fallo, el sistema de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de la seguridad social en salud, a fin de garantizar que su aplicación no diera como resultado la violación sistemática de los derechos fundamentales de los titulares de ese derecho.

Segundo rol: Las cortes pueden introducir exigencias básicas de argumentación en la definición del presupuesto público.

Ya vimos cómo los mecanismos de control judicial, como el control de constitucionalidad, pueden ser necesarios para *contrarrestar* los déficits del proceso democrático, y ahora es momento de ver en qué medida pueden llegar a *fortalecer* el debate democrático en sí. Si bien esto ya es evidente en el caso de las sentencias dialógicas, la Corte Constitucional colombiana también ha desarrollado herramientas jurídicas que estimulan el debate democrático, principalmente, a través de mayores exigencias argumentativas. Este es el caso, por ejemplo, del *principio de proporcionalidad* o el de la *prohibición de retroceso* en el alcance de derechos, que serán analizados a continuación.

Antes de explorar estas herramientas, sin embargo, vale la pena aclarar que, *por fuera* del ámbito jurídico, ya existen algunos mecanismos que son igual de importantes en el camino hacia una relación más armónica entre presupuesto y derechos humanos.[6] En ese sentido, el control constitucional del presupuesto constituye solo un remedio *ex post,* cuyo propósito es corregir las asignaciones que lesionen los derechos y que, al mismo tiempo, sean inadmisibles de acuerdo con el marco de razones proporcionado por el ordenamiento jurídico. En una democracia constitucional, las leyes son mandatos de acción para el Estado que deben poder ser justificados a la luz de los contenidos constitucionales: si no pueden justificarse sobre la base de ellos o si los contrarían abiertamente simplemente esos mandatos no son legítimos y no pueden tener validez en el ordenamiento jurídico. Es, en este sentido, en que salen a la luz los efectos democráticos del control de constitucionalidad. En palabras de Uprimny:

> Conviene destacar que el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas

6- Chaparro (en prensa) se refiere específicamente a 1) el activismo por la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en materia presupuestaria; 2) el análisis presupuestario con enfoque de derechos, enfoque social u orientación propobre; y 3) el presupuesto participativo. Esta serie de mecanismos sirven para avanzar la realización de los derechos humanos en cuanto ayudan a *prevenir* incompatibilidades inadmisibles entre asignaciones presupuestarias y derechos. Los mecanismos judiciales, por otra parte, son remedios *ex post* que sirven para que una vez adoptadas las decisiones presupuestarias sea posible tomar medidas correctivas. La posibilidad de poder avanzar en la realización de derechos por múltiples frentes y a través de distintos mecanismos es una de las razones principales por las cuales Sen (2009, pp. 398-399) dice que es necesario reconocer los derechos humanos no solo en términos jurídicos, sino, *en primer lugar,* como pronunciamientos éticos.

> decisiones públicas, lo cual estimula la democracia, pues incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política (Uprimny, 2003, p. 326).

El *principio de proporcionalidad* es, quizá, la principal herramienta desarrollada por la Corte Constitucional colombiana encaminada a producir este tipo de resultados. Aquí, el concepto de proporcionalidad sirve como base para la ponderación entre principios constitucionales; la Corte señala: "Cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado" (Sentencia C-022/96). En otras palabras, se trata de una herramienta que impone exigencias de argumentación estrictas, lo que permite situar una decisión restrictiva de derechos dentro del marco de razones admisibles proporcionado por el ordenamiento jurídico.

El principio de proporcionalidad se orienta, entonces, a determinar si una medida restrictiva, que en principio se *presume* inconstitucional, es admisible conforme a tres criterios: 1) que responda a "una finalidad constitucionalmente imperiosa"; 2) que sea "adecuada y necesaria", sin por ello desconocer el núcleo esencial de algún derecho; y, 3) que sea "estrictamente proporcional en términos de costo-beneficio" (Sentencia C-444 de 2009). Estos criterios están derivados de una sentencia anterior, en la cual la Corte explica lo siguiente:

> El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Sentencia C-022 de 1996).

Este principio se ha aplicado en materia presupuestaria, principalmente, en conexión con la *prohibición de retroceso* o *principio de no regresividad* en derechos sociales, que, a su vez, se desprende del deber de lograr progresivamente la plena vigencia de este tipo de derecho. El origen de este principio es sencillo:

> [s]i los Estados tienen el deber de lograr progresivamente la plena vigencia de los derechos sociales […] entonces parece razonable concluir que las autoridades tienen, al menos, el deber de no retroceder cuando ya ha alcanzado un nivel de protección de un determinado derecho social (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 38).

Sin embargo, es mucho más difícil establecer el *alcance* de este principio, sobre todo, cuando se trata de restricciones que parezcan estar justificadas en cuanto se vean compensadas por el aumento del goce de otros derechos para otras personas.

Este dilema ha llevado a que la Corte Constitucional modifique su jurisprudencia a lo largo de los años.[7] En principio, la Corte

7- Ver Uprimny y Guarnizo, 2008, para un análisis

recurrió a la clásica distinción del derecho civil entre *derechos adquiridos* y *meras expectativas,*[8] para permitir, casi sin reservas, las decisiones presupuestarias regresivas en derechos sociales por parte del legislador; donde los derechos adquiridos constituían prácticamente el *único* límite a la discrecionalidad del legislador (ver sentencias C-168/95 y C-781/03). En ocasiones posteriores, sin embargo, la Corte llegó a una consideración radicalmente opuesta en la forma de entender este principio, entendiendo que este "impone una *regla* de estricto cumplimiento, que no admite excepciones ni ponderaciones con otros valores constitucionales" (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 42; ver sentencias C-1165/00, C-1433/00 y C-754/04). Pero, si bien la primera postura fue criticada por no ofrecer ningún tipo de garantía a los derechos sociales consagrados en la Constitución, esta segunda posición fue criticada por quienes consideran que la prohibición de retroceso no puede constituir un mandato absoluto, en vista de que los países pueden enfrentarse eventualmente a dificultades económicas o cambios sociales que conviertan la protección de un derecho en algo financieramente insostenible o que conduzca a resultados inequitativos.

Siguiendo la terminología empleada al comienzo de este texto, la Corte se tambaleó, inicialmente, entre los excesos del reduccionismo fiscal y del garantismo abstracto. Sin embargo, la Corte, eventualmente, llegó a una posición intermedia similar a nuestra perspectiva integrada. Esta es una posición, por cierto, a la que no hubiera podido llegar de no haber sido por el desarrollo del principio de proporcionalidad. En otras palabras, la aplicación del principio de proporcionalidad constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, para la aplicación de la prohibición de retroceso en derechos sociales.

Un ejemplo de esto se encuentra en la sentencia C-931 de 2004. En esta ocasión fue acusada una norma en la ley anual de presupuesto que establecía una disminución en el presupuesto asignado a las universidades públicas que, si bien era una medida potencialmente apropiada para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo (i.e. aliviar el déficit de las finanzas públicas), no alcanzó a superar las cargas argumentativas exigidas. La Corte consideró: "El gobierno no explicó sufrientemente por qué la medida era necesaria para el logro del fin y por qué no podía ser sustituida por otra estrategia menos lesiva para la financiación de la educación superior pública" (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 48).

En un caso posterior, a través de la sentencia T-1318 de 2005, la Corte tomó en consideración una medida regresiva adoptada por un gobierno local, que justificaba sus acciones con el argumento de la "escasez de recursos". La Corté declaró estas medidas inconstitucionales, puesto que, si bien era cierto que la escasez en sentido abstracto constituía una explicación válida, "en el caso concreto, dichas explicaciones resultaban insuficientes para derrotar la

exhaustivo de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana relacionadas a la prohibición de retroceso.

8- "La diferencia entre unos y otros consiste en que mientras los derechos adquiridos son intangibles para el legislador, las expectativas son apenas probabilidades o esperanzas que se tiene de obtener algún día un derecho. En esa medida, las meras expectativas pueden ser modificadas por el legislador en forma discrecional, pues la Constitución solo ampara los derechos adquiridos" (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 41). Esta distinción clásica introduce una paradoja en la defensa constitucional de los derechos: la protección de los derechos adquiridos termina constituyéndose como el escenario en que los tribunales pueden intervenir con mayor legitimidad, pero al mismo tiempo es el escenario en el que pueden contribuir menos a la protección de derechos de las poblaciones más vulnerables o marginadas. Como veremos a continuación, la Corte, eventualmente, pudo superar esta contradicción adoptando una posición similar a nuestra perspectiva integrada.

presunción de inconstitucionalidad, pues las dificultades económicas eran imputables a la propia ineficiencia y falta de planeación de las autoridades municipales, cuyas consecuencias no tienen por qué ser soportadas por los ciudadanos" (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 49).

Al igual que la perspectiva integrada, la postura intermedia que, eventualmente, adoptó la Corte reconoce la fuerza normativa el principio de progresividad, pero sin ir al extremo de anular las posibilidades de una reconsideración democrática. Es más, esta postura "incluso estimula la deliberación democrática, pues obliga a las autoridades a justificar en forma pública y convincente los eventuales retrocesos en la garantía de los derechos sociales" (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 56). De esta manera, la jurisprudencia de la Corte se abrió a la posibilidad de hacer distinciones de *grado* con respecto al contenido y la protección de derechos, y sus posibilidades y consecuencias fiscales. Tal y como exige la perspectiva integrada.

La experiencia de la Corte Constitucional colombiana finalmente llevó a un avance metodológico con respecto a la protección de derechos, en el cual el reconocimiento de la relación de fundamentación entre presupuesto y derechos aparece en primer plano. Al enfrentarse con una decisión legislativa que implica retrocesos en los derechos de un grupo específico de personas —o de la situación general de un derecho específico—, el juez constitucional presume que se trata de una medida inconstitucional, "por lo cual la carga argumentativa se traslada a las autoridades, quienes deben justificar la decisión tomada, demostrando su necesidad y proporcionalidad" (Uprimny y Guarnizo, 2008, p. 61). Las autoridades, luego, deben refutar la presunción de inconstitucionalidad para lo cual el tribunal debe verificar 1) que las medidas regresivas no hayan sido tomadas de manera arbitraria, sino que se hayan discutido ampliamente y sobre la base de estudios cuidadosos; 2) que el legislador haya analizado otras alternativas y que haya llegado a la conclusión de que no existían otras alternativas igual de eficaces que fueran menos lesivas; y 3) que la medida no sea desproporcionada en términos costo-beneficio, es decir, que los retrocesos no resulten excesivos frente a los logros que se esperan obtener de estas medidas.

Conclusión

Al momento de destinar recursos escasos a la protección de derechos, las sociedades se enfrentan a un problema de justicia distributiva. Para abordar este conflicto, no hay que perder de vista que cada uno de estos derechos tiene costos; esto es, el presupuesto público es instrumental en la garantía de derechos y por ser escasa su destinación a la protección de algunos derechos —y no de otros— implica un costo de oportunidad y una decisión ética compleja, que puede ser objeto de control judicial. Tampoco hay que perder de vista que la justificación detrás del presupuesto público, en gran medida, se encuentra en la garantía y el desarrollo progresivo de estos derechos. Esto significa que, entre el presupuesto público y los derechos humanos, hay una relación de doble vía.

La perspectiva integrada que proponemos en este texto se toma en serio ambas relaciones y encuentra su mejor campo de acción en los tribunales constitucionales. La relación entre presupuesto y derechos humanos puede y suele— conducir a un desencuentro entre democracia y justicia distributiva en la asignación de recursos públicos. Aunque, en primera instancia, el control judicial del presupuesto se presenta como antítesis al debate democrático;

a lo largo de este texto, hemos mostrado las maneras en que los tribunales pueden conducir a la creación de una síntesis más democrática y más eficaz en la defensa de los derechos. Esto se debe, principalmente, a que los tribunales constitucionales tienen el potencial de *contrarrestar* distintas fallas en el proceso democrático y, al mismo tiempo, *fortalecer* el debate a través de exigencias en la argumentación detrás de las decisiones presupuestarias. Estas exigencias son resultado de aplicar herramientas, tales como el *principio de proporcionalidad* y la *prohibición de retroceso*, desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Sin embargo, el desarrollo de esta clase de herramientas es aún incipiente en el país. Todavía no ha habido suficientes desarrollos para dotar de contenido jurídico a algunas obligaciones del derecho internacional, tales como la de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" o la aplicación del principio de "no discriminación" en materia presupuestaria. Esperamos que la perspectiva integrada propuesta en este texto pueda dar lugar al desarrollo de herramientas adecuadas para que las Cortes puedan seguir cumpliendo un importante rol en la justiciabilidad de los derechos a través del control judicial al presupuesto.

BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS, Mejía, C. y OLIVEIRA, M.,"Cambios en los resultados fiscales en Colombia: el papel del proceso presupuestario",En B. I. Desarrollo, M. Hallerberg, C. Scartascini y E. Stein (Edits.), *¿Quiénes deciden el presupuesto? La economía política del proceso presupuestario en América Latina,* Mayol Ediciones,Bogotá, 2010,pp. 79-107.

CHAPARRO, Sergio. (en prensa), *Justicia con nuestro dinero: Presupuesto, derechos humanos y control judicial,* De justicia, Bogotá.

CORTI, Horacio. G., *Derecho constitucional presupuestario,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

ECHEVERRY, Juan Carlos; FERGUSSON, Leopoldo y QUERUBÍN, Pablo, *La batalla política por el presupuesto de la Nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal,* Documento CEDE, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004.

FELNER, Eitan,"Closing the escape hatch. A toolkit to monitor the progressive realization of economic, social, and cultural rights", *Journal of Human Rights Practice*, 2009, pp. 402-435.

FUKUDA-PARR, Saiko; LAWSON-REMER, Terra y RANDOLPH, Susan, "An index of economic and social rights fullfillment: concept and methodology", *Journal of Human Rights, 8* (3), 2009, pp. 195-221.

FUKUDA-PARR, Saiko; LAWSON-REMER, Terra y RANDOLPH, Susan, *Fulfilling social and economic rights*, Oxford University Press, USA, 2015.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos,* Primera Edición, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

INSIGNARES, Roberto; MARÍN, Mauricio; MUÑOZ, Gabriel; PIZA, Julio R. y ZORNOZA, Juan, *Curso de derecho fiscal,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

LUQUI, Juan C., "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", *Revista Jurídica Argentina, Tomo 142*, La Ley, p. 891 y ss.

NOZICK, Robert, *Anarchy, state, and utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974.

PACHÓN, Monica; WILLS, Laura y SÁNCHEZ, F., *Dinámicas políticas alrededor de la administración y uso de las regalías,* Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

QUERALT, Martín; SERRANO, Lozano; LÓPEZ, Tejerizo.y OLLERO, Casado, *Curso de derecho financiero y tiributario,* Decimocuarta ed.,Tecnos, Madrid, 2003.

RESTREPO, Juan C., *Hacienda Pública,* Novena ed.,Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana, *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global,* Siglo XXI Editores, Argentina, 2015.

ROEMER, John, *Theories of Distributive Justice,* Harvard University Press, Londres, 1996.

SEN, Amartya K., *Bienestar, justicia y mercado,* Pensamiento Contemporáneo, Barcelona, 1997.

UPRIMNY, Rodrigo,"Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", en G. Burgos (Ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA, Bogotá, 2003, pp. 319-354.

UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana,"¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", *Direitos Fundamentais e Justiça,* Nº 3, Abr/Jun, 2008.

VAURIN, Gauri y BRINKS, Daniel M., *Courting Social Justice,* Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

Dr. José Mauricio Conti*

Experiencia brasileña sobre el control de constitucionalidad en materia presupuestaria**

Introducción

El presente texto tiene por objeto acercar, por medio de una visión bastante breve, un panorama del control de constitucionalidad en materia presupuestaria en Brasil.

La Ley Presupuestaria, con sus peculiaridades, presenta diversas dificultades y aspectos controvertidos en lo que se refiere a la aplicación del sistema de control de constitucionalidad, no solo en Brasil, sino también en los demás países, cada uno de los cuales adopta para la cuestión soluciones propias y acordes con su ordenamiento jurídico.

Esta síntesis, mediante la que se pretende exponer el tema, inicialmente expresa la noción sobre el sistema presupuestario brasileño, para exponer, a continuación, la cuestión de la naturaleza jurídica de la Ley Presupuestaria, que es central para la discusión acerca del control de constitucionalidad en esta materia, cuyo funcionamiento es delineado en el punto siguiente.

A continuación, se ocupa del tema central, que es el control de constitucionalidad de la Ley Presupuestaria en Brasil, donde se puede ver su evolución histórica, para analizar, finalmente, al tratar políticas públicas con reflejos

*** Dr. José Mauricio Conti**
Profesor de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la USP – Universidad de San Pablo, Brasil. Magíster, Doctor y Profesor Libre Docente en Derecho Financiero otorgado por la USP. Graduado en Derecho y en Economía en la USP. Juez de Primera Instancia del Estado de San Pablo, Brasil.

****** La versión original de este artículo ***Experiência brasileira sobre o controle de constitucionalidade em matéria orçamentária*** fue traducido por Mariana Spitalnik para este número.

presupuestarios, casos concretos de la jurisprudencia brasileña en los cuales el control de constitucionalidad ha estado presente.

I. El sistema presupuestario brasileño[1]

La Ley Presupuestaria en Brasil integra un sistema de planificación financiera de la acción gubernamental, compuesto básicamente por tres leyes: el Plan Plurianual (PPA), la Ley de Directrices Presupuestarias (LDO, en su sigla en portugués) y el Presupuesto Público propiamente dicho, la Ley Presupuestaria Anual (LOA, en su sigla en portugués). El PPA establece las directrices y metas de la administración pública para el período de un mandato, al establecer una planificación presupuestaria de la administración pública del ente federado para el mediano plazo, que se completa con la Ley de Directrices Presupuestarias, responsable de establecer anualmente las directrices y metas por ser contempladas en la Ley Presupuestaria y las metas fiscales para tres años, institucionalizando el sistema de planificación deslizante y, finalmente, la Ley Presupuestaria Anual, que establece los ingresos y gastos para el ejercicio financiero.

El Plan Plurianual es una ley propuesta por el jefe del Poder Ejecutivo, cuya finalidad es establecer, de forma regionalizada, las directrices, los objetivos y las metas de la Administración Pública Federal para los gastos de capital y de otros derivados de estos, así como los relativos a los programas de duración continua (Constitución Federal-CF, art. 165 inc. 1°). Se dirige a los gastos que tienen relevancia en el largo plazo y son importantes para definir los rumbos de la administración pública en el futuro. Demarca también los planes y programas nacionales, regionales y sectoriales (CF, art. 165 inc. 4°), ejerciendo un rol fundamental en la planificación de las políticas públicas.

La Ley de Directrices Presupuestarias, tal como está prevista en la legislación brasileña, también es una ley propuesta por el jefe del Poder Ejecutivo, que tiene la finalidad de prever las metas y las prioridades de la Administración Pública, incluyendo los gastos de capital para el ejercicio financiero subsiguiente, orientar la elaboración de la Ley Presupuestaria Anual y disponer sobre las modificaciones en la legislación tributaria, así como establecer la política de aplicación de las agencias financieras oficiales de fomento (CF, art. 165 inc. 2°).

La Ley Presupuestaria Anual, como las dos anteriores, es propuesta por el jefe del Poder Ejecutivo y tiene la finalidad de discriminar los ingresos y egresos de modo de evidenciar la política económico-financiera y el programa de trabajo del Gobierno (Ley Nº 4320, de 1964, art. 2°).

En la esfera federal, la Ley Presupuestaria Anual comprende tres tipos de presupuesto (CF, art. 165 inc. 5°):

a) el *presupuesto fiscal*, referente a los poderes del Estado, sus fondos, órganos y entidades de la Administración directa e indirecta, incluso fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público;

b) el *presupuesto de inversión de las empresas* en las que el Estado, directa o indirectamente, posee la mayor parte del capital social con derecho a voto; y

c) el *presupuesto de la seguridad social*, que abarca a todas las entidades y órganos vinculados a

1- Ya me he referido al tema en el libro CONTI, José Mauricio, *Autonomia financeira do Poder Judiciário*, 2006, y en el texto CONTI, José Mauricio, "Planejamento e responsabilidade fiscal" [in SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (Comps.), *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais*, Conceito Editorial, IBDF, Florianópolis, 2010, pp. 39-56], con fragmentos reproducidos en parte.

esta, de la administración directa o indirecta, así como los fondos y fundaciones instituidos y mantenidos por el Poder Público.

Brasil adopta la forma federativa de organización del Estado y cuenta con tres esferas de gobierno: el Estado federal, los Estados federados y los municipios. Todos estos quedan sujetos a las normas presupuestarias previstas en la Constitución y en las leyes que vehiculan normas generales de derecho financiero y presupuestario, como es el caso de la Ley Nº 4320, de 1964, y de la Ley Complementaria Nº 101, del 4 de mayo de 2000 (Ley de Responsabilidad Fiscal) y, por consiguiente, cada una de las esferas de gobierno debe sancionar las tres leyes de naturaleza presupuestaria anteriormente mencionadas.

En este sistema es importante destacar, a efectos de lo que se pretende analizar, que las tres leyes se vehiculan de modo de establecer una política de programación de la actividad financiera del Estado, siendo utilizados criterios de clasificación presupuestaria que procuran vincular los gastos con los resultados, según las directrices establecidas por la técnica del presupuesto-programa.

II. Ley Presupuestaria. Naturaleza jurídica y características.

Es sabido que existe una controversia respecto de la *naturaleza jurídica* de la Ley Presupuestaria. Se debate si se trataría de una naturaleza de ley formal o material. *Ley formal*, por ser un acto normativo sancionado en los términos del régimen jurídico del proceso legislativo ordinario, con aprobación del parlamento, pero sin contenido material, sin generar derechos y obligaciones. Un acto administrativo revestido de forma de ley. *Ley material,* porque es ley en sentido pleno, capaz de crear relaciones jurídicas e innovar en el ordenamiento jurídico.

Se observa una tendencia a reconocerle a la Ley Presupuestaria una naturaleza de ley formal, es decir, solamente es ley por el hecho de seguir el proceso legislativo propio de la legislación ordinaria, sin tener, sin embargo, carácter material, desprovista de densidad normativa, con ausencia de las características de generalidad, impersonalidad y abstracción;[2] no innova ni introduce normas jurídicas en el ordenamiento. Solamente prevé ingresos y autoriza gastos, sin crear derechos subjetivos ni modificar leyes tributarias y financieras. Son leyes de efectos concretos, es decir, tienen objeto determinado y destinatario cierto.

Este entendimiento ha prevalecido en la práctica de la administración pública, incluso por ser más conveniente, toda vez que amplía la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, reduciendo el carácter impositivo de la Ley Presupuestaria. Es posible reconocer que esta es la posición adoptada por el Supremo Tribunal Federal, aunque se observe una fuerte tendencia a modificarla, como se podrá observar de acuerdo con las consideraciones hechas a lo largo del presente texto.

Sin embargo, no es este el consenso en la doctrina brasileña, que tiende a adoptar un posicionamiento distinto, en el cual cada vez más se observan manifestaciones de estudiosos en el sentido de reconocer que la Ley Presupuestaria tiene naturaleza de ley material.[3]

2- Véase en ese sentido ASSONI, Sérgio, *Controle de constitucionalidade da lei orçamentária*, p. 26, y CORREIA NETO, Celso, O *orçamento público e o Supremo Tribunal Federal*, pp. 121-2.

3- Como ha sido expuesto con mucha propiedad por Sérgio ASSONI (Filho): "La doctrina más moderna preconiza que las leyes presupuestarias tienen contenido jurídico, enfatizando su carácter material, de modo de ser consideradas posibles

III. Control de constitucionalidad en Brasil

La Constitución, como la norma más importante para un Estado, depende, para su fiel observancia y seguridad jurídica, de sistemas que permitan ejercer el control de constitucionalidad, con el fin de mantener la perfecta salud de sus dispositivos.

En Brasil no es diferente, el control de constitucionalidad es bastante amplio y abarca varios órganos e instrumentos por medio de los cuales se lo puede ejercer.

Algunas consideraciones sobre las *clasificaciones* relativas al control de constitucionalidad permiten una comprensión más acabada del tema.

III.1. En lo referente al tipo de inconstitucionalidad

Hay *inconstitucionalidad por acción* cuando hay incompatibilidad vertical de las normas, que puede ser *formal* —cuando la autoridad es incompetente, el procedimiento es irregular— o *material* — cuando el contenido contraría un precepto constitucional—.

E *inconstitucionalidad por omisión* —cuando no se practican los actos legislativos o administrativos requeridos para hacer que las normas constitucionales sean plenamente aplicables—.

III.2. En lo referente al momento en el que ocurre

En Brasil, según el momento en el que ocurre, el control de constitucionalidad puede ser preventivo o represivo.

El *control preventivo* se realiza en el ámbito de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, por medio de instrumentos dirigidos a evitar la sanción de leyes inconstitucionales, lo cual se observa principalmente por medio de las comisiones que analizan y evalúan los proyectos presentados antes de transformarse en leyes y otros actos normativos.

El *control represivo* es esencialmente realizado por el Poder Judicial y puede ser difuso o concentrado, como se expondrá a continuación.

III.3. En lo referente al órgano de contralor

En el ámbito de los sistemas de control de constitucionalidad existen el *control político*, efectuado por órganos de naturaleza política, como el Poder Legislativo, *jurisdiccional*, efectuado por el Poder Judicial, que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos, y *mixto* (modelo Suizo, con una parte sometida a un control y otra parte, a otro).[4]

En Brasil, principalmente en lo que se refiere a la materia presupuestaria, prevalece el control jurisdiccional.

III.3.1. Control jurisdiccional

El *control jurisdiccional* puede ser *difuso*, cuando todos los componentes del Poder Judicial pueden ejercerlo, o *concentrado*, ejercido por la Suprema Corte (para el caso, el Supremo Tribunal Federal - STF).[5]

El *control difuso* se realiza por vía de excepción (o defensa), incidentalmente, en el transcurso de procesos judiciales en los que se litiga

objetos de control jurisdiccional de constitucionalidad, pues son vistas como regulares integrantes del ordenamiento y, con este carácter, están sujetas a la evaluación de la legitimidad frente a la supremacía constitucional" (*Controle de constitucionalidade da lei orçamentária*, p. 37).

4- SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 49.

5- Idem, p. 49.

el reconocimiento de inconstitucionalidad de la ley. En tal caso, solo vale para el proceso y la ley se mantiene vigente.

El *control concentrado* es realizado por la Suprema Corte, por vía de acción, y en ella se cuestiona la constitucionalidad de leyes y actos normativos, como en el caso de la acción directa de inconstitucionalidad.

En lo referente al *modo de ejercer ese control*, puede ser por vía de *excepción* o *incidental*, también conocido como control *concreto* (el interesado alega la inconstitucionalidad en el caso concreto, como medio de defensa cuando es demandado); por vía de la *acción directa de inconstitucionalidad*, por iniciativa del interesado o autoridad/órgano legitimado; o bien por *iniciativa del juez*.

III.4. Principales instrumentos de control jurisdiccional concentrado

Hay varias formas de ejercer el control concentrado de constitucionalidad, por medio de acciones judiciales dirigidas a obtener un pronunciamiento judicial sobre las cuestiones planteadas. En materia presupuestaria, algunos de estos instrumentos se destacan como los principales y más utilizados, y sobre estos se harán breves consideraciones que permitirán comprender su función y alcance.

III.4.1. Acción directa de inconstitucionalidad – ADI

La *acción directa de inconstitucionalidad* está prevista en el art. 103 de la Constitución, fue reglamentada por la Ley Nº 9868, de 1999, artículos 2° a 12, y puede ser propuesta por las personas y órganos indicados en el dispositivo legal mencionado.

Tiene por objeto impugnar una ley o un acto normativo que contraríe la Constitución y tiene efecto vinculante con relación al Poder Judicial y a los órganos del Poder Público.

Actualmente es el principal instrumento de control de constitucionalidad en materia presupuestaria.

III.4.2. Acción directa de inconstitucionalidad por omisión – ADO

La *acción directa de inconstitucionalidad por omisión* que está prevista en el mismo art. 103 de la Constitución, fue reglamentada por la Ley Nº 9868, de 1999, artículos 12-A a 12-H, y puede ser propuesta por las mismas personas y órganos mencionados en el punto anterior.

Tiene por objeto corregir una omisión inconstitucional total o parcial en lo referente al cumplimiento del deber constitucional de legislar o en cuanto a una medida de índole administrativa. Una vez declarada la inconstitucionalidad se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias.

III.4.3. Acción declaratoria de constitucionalidad – ADC

La *acción declaratoria de constitucionalidad* que está igualmente prevista en el art. 103 de la Constitución, también se encuentra reglamentada por la Ley Nº 9868, de 1999, artículos 13 a 21, y puede ser propuesta por las personas y órganos mencionados en el artículo 13 (presidente de la República, autoridades de la Cámara de Diputados, autoridades del Senado federal y por el procurador general de la República).

Tiene por objetivo reconocer la constitucionalidad de un dispositivo de ley o acto normativo sobre cuya aplicación exista controversia judicial relevante.

III.4.4. Alegación de incumplimiento de precepto fundamental – ADPF (en su sigla en portugués)

La *alegación de incumplimiento de un precepto fundamental* tiene su base constitucional en el artículo 102 inc. 1° y fue reglamentada por la Ley Nº 9882, de 1999.

Fue propuesta ante el STF y tiene por objeto evitar o reparar una lesión a un precepto fundamental, resultante de acto del Poder Público, cuando sea relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre una ley o acto normativo federal, de un Estado federado o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución. La demanda debe indicar el precepto fundamental que se considera violado.

Una vez juzgada la acción, este hecho será comunicado a las autoridades y a los órganos responsables de la práctica de los actos cuestionados, estableciéndose las condiciones y el modo de interpretación y aplicación del precepto fundamental.

III.5. Consideraciones sobre las acciones en materia presupuestaria

En el ámbito presupuestario, el principal y más adecuado instrumento para el control de constitucionalidad ha sido la ADI (acción directa de inconstitucionalidad) y, también, la ADPF (alegación de incumplimiento de precepto fundamental), dadas las características de la Ley Presupuestaria, especialmente la periodicidad.

En Brasil, tal vía principal, por medio de la acción, se presenta como la más adecuada para el control de constitucionalidad de leyes presupuestarias, toda vez que la vía incidental exige una violación al derecho subjetivo del demandante, más difícil de caracterizar e identificar en esos casos.

IV. Control de constitucionalidad de las leyes presupuestarias en Brasil

El STF ha adoptado, históricamente, la posición de que el Presupuesto tiene naturaleza de ley formal, que, como tal, posee efectos concretos y no es susceptible de control concentrado de constitucionalidad por acción directa. Normalmente extinguía las acciones sin análisis del mérito por imposibilidad jurídica del pedido.

La cuestión es bien expuesta por Celso de Barros Correia Neto, en un texto que analiza la evolución del entendimiento de la Suprema Corte brasileña por el análisis de los principales casos en los que se discutió el control de constitucionalidad en materia presupuestaria.[6]

En la ADI Nº 1640 —en la cual el caso involucraba una eventual inconstitucionalidad de la Ley Presupuestaria por la no aplicación de recursos vinculados— el STF fundamentó:

> Por tratarse de una ley formal, es decir, una ley de efectos meramente concretos, les faltarían a las leyes presupuestarias los requisitos de generalidad y abstracción elegidos como condiciones fundamentales para la viabilidad del control de constitucionalidad abstracto, especialmente por acción directa de inconstitucionalidad.

Se observa que la posición adoptada tiende a considerar al presupuesto público como un acto de efectos concretos, no susceptible de control abstracto de constitucionalidad.[7] Y el control

6- CORREIA NETO, Celso, *O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal*.

7- CORREIA NETO, Celso, *O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal*, p. 116.

abstracto no apunta a tutelar derechos subjetivos, sino a proteger la Constitución en sí.

Actualmente se nota una tendencia de modificación en el posicionamiento del STF, pero las decisiones recientes aún no permiten reconocer que las leyes presupuestarias sean objeto de control abstracto de constitucionalidad en cuanto a su contenido.[8]

En la ADI Nº 2108 (parcialmente) y en la ADI Nº 2535, ya se había reconocido la posibilidad de control de constitucionalidad por vía principal de ley o norma presupuestaria, pero únicamente la ADI Nº 2925 fue tenida como precedente para los juicios futuros. En esta ADI Nº 2925, en la que también se cuestiona la constitucionalidad de una ley presupuestaria por no respetarse la vinculación de ingresos, aunque no en los mismos términos de la ADI Nº 1640, toda vez que el objeto de la controversia era la posibilidad de apertura de créditos suplementarios, hubo un reconocimiento de que cabría el control de constitucionalidad, por ser un caso en el que la Ley Presupuestaria revela un cierto grado de abstracción.[9]

En la ADI Nº 4048, juzgada en 2008, el relator, ministro Gilmar Mendes, afirma que no se puede prescindir de leyes de control abstracto y, por lo tanto, de prácticamente cualquier forma de control. Los ciudadanos sufrirían las repercusiones de la ley, sin poder cuestionarla en juicio. La ADI Nº 4048 es la decisión más importante dictada en el control de constitucionalidad de leyes y normas presupuestarias en Brasil, esto se debe a que reconoce la posibilidad de controlar por medio de una ADI cualquier ley o norma presupuestaria, independientemente del contenido de las normas presentadas. De este modo, la ADI muestra claramente:

> [que] el Supremo Tribunal Federal debe ejercer su función precipua de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos cuando haya un tema o una controversia constitucional suscitada en abstracto, independientemente del carácter general o específico, concreto o abstracto de su objeto. Una posibilidad de sumisión de las normas presupuestarias al control abstracto de constitucionalidad [STF, ADI 4.048, resumen]. [Representó] el ápice de una progresiva evolución jurisprudencial, en el sentido de romper con el clásico paradigma que vislumbraba en la Ley Presupuestaria una mera ley formal, para finalmente reconocer su materialidad, admitiendo el control de constitucionalidad de las leyes presupuestarias tanto por la vía incidental (control difuso) como por la vía principal o directa (control concentrado).[10]

V. Control judicial de constitucionalidad y políticas públicas

Los derechos sociales en Brasil son garantizados por la implementación de políticas públicas dirigidas a atender las necesidades de la sociedad amparadas por el texto constitucional que le asignó al Estado el deber de garantizárselos a los ciudadanos.

No hay una definición precisa del concepto

8- Idem, *op. cit*., p. 107.

9- Idem, *op. cit*., p. 118.

10- ASSONI, Sérgio, *Controle de constitucionalidade da lei orçamentária*, p. 37.

de política pública, que puede ser comprendida como:

> Un programa o cuadro de acción gubernamental, porque consiste en un conjunto de medidas articuladas (coordinadas), cuyo objetivo es dar impulso, es decir, movilizar la maquinaria del gobierno en el sentido de realizar algún objetivo de orden público o, desde la óptica de los juristas, concretar un derecho.[11]

A través de estas, las acciones gubernamentales se materializan y se reflejan en las leyes presupuestarias —aunque no explícitamente dispuestas y descriptas en las leyes presupuestarias en programas específicos—[12] volviendo relevante el análisis de las decisiones judiciales que las involucran, aunque no haya en cada caso un cuestionamiento que involucre directamente un caso de control de constitucionalidad.

Es lo que se pretende hacer a continuación, con la breve exposición de algunos casos seleccionados.

V.1. Salud

En el área de la salud se intensificó el llamado "activismo judicial" por medio de la proliferación de acciones que solicitaban, en una fase inicial, el suministro de medicamentos y, posteriormente, también requerían análisis médicos con mayor sofisticación y costo, así como tratamientos de diversas naturalezas.

De esta manera, se hizo necesaria la reflexión y manifestación, por parte de jueces y tribunales de todo el país, acerca de cuestiones dirigidas al abarcamiento y a la intensidad de la interferencia del Poder Judicial en las políticas públicas y, frente a los reflejos financieros, en las leyes presupuestarias. Se comenzaron a discutir teorías como la de la "reserva de lo posible", la del "agotamiento financiero" y la de la "imposibilidad material", y las leyes presupuestarias comenzaron a integrar las cuestiones controvertidas.

V.1.1. Alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF) 45: recursos mínimos en salud

En el caso en cuestión, hubo alegación de incumplimiento de un precepto fundamental en materia de salud, motivado por el veto a un dispositivo de la Ley de Directrices Presupuestarias que modificaba la forma de cálculo de los recursos financieros mínimos destinados a la salud, lo cual comprometería la aplicación de un dispositivo de enmienda constitucional (Enmienda Constitucional Nº 29/2000) que garantizaba recursos mínimos para la salud. Con la publicación posterior de una ley que reemplazara la omisión legislativa, el justificativo motivador de la acción fue perjudicado, lo que hizo innecesaria su continuidad.

De todas formas, en un voto emitido para justificar el archivo del pedido, el ministro relator Celso de Mello expuso, en una argumentación bien fundamentada, consideraciones en torno a las cuestiones que inicialmente motivaron el pedido, que hasta hoy son citadas y

11- BUCCI, O *conceito*..., p. 14.

12- Maria Paula Bucci observa que "destinar medios a las políticas públicas abarca posibilidades amplias y diversas, además de los recursos presupuestarios. Los medios públicos disponibles para la implementación de una política pública pueden comprender también créditos fiscales, préstamos públicos, cesión de uso de áreas o bienes públicos y recursos humanos y materiales" (*Fundamentos para una teoría jurídica*..., p. 174).

utilizadas en juicios que involucran la materia objeto de la controversia planteada, entre las cuales se encuentra el control de constitucionalidad en materia presupuestaria.

Se reconoció la legitimidad constitucional del control y de la intervención del Poder Judicial en la cuestión de la implementación de políticas públicas y de la validez del uso del instrumento de alegación de incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF) en el proceso de concreción de las libertades positivas.

El ministro Celso de Mello destacó: "La falta de respeto a la Constitución puede ocurrir tanto mediante acción estatal como mediante inercia gubernamental", dejando claras las posibilidades de inconstitucionalidad por acción o por omisión.

Reconoce que no es atribución del Poder Judicial formular e implementar políticas públicas, aunque afirma que, con bases excepcionales, podrá hacerlo: "El Poder Judicial no debe interferir en una esfera reservada a otro Poder para reemplazarlo en juicios de conveniencia y oportunidad, queriendo controlar las opciones legislativas de organización y prestación, a no ser, excepcionalmente, cuando haya una violación evidente y arbitraria, por el legislador, de la incumbencia constitucional".

También, son relevantes las consideraciones acerca de las limitaciones presupuestarias impuestas a las decisiones judiciales, ante las alegaciones de imposibilidad material de cumplirlas, por la invocación de la "cláusula de la reserva de lo posible":

> La cláusula de la *reserva de lo posible* —salvo que ocurra justo motivo objetivamente contrastable— no puede ser invocada por el Estado, con el fin de librarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, principalmente cuando de tal conducta gubernamental negativa pueda resultar una anulación o, inclusive, aniquilamiento de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentalidad.

Argumenta que, tratándose de derechos fundamentales que aseguran el mínimo existencial, únicamente después de alcanzarlos se podrá discutir, en lo referente a los recursos remanentes, en qué otros proyectos se podrá invertir.

La argumentación desarrollada por el ministro Celso de Mello en la acción mencionada, aunque más no sea para motivar el archivo de la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental, sintetiza un importante momento en la inflexión que tuvo lugar en la Suprema Corte brasileña en torno a la comprensión acerca de la interferencia del Poder Judicial en políticas públicas y sus reflejos presupuestarios, y sus razones hasta hoy fundamentan decisiones en estos temas.

V.1.2. Suspensión de Tutela Anticipada (STA) 175: suministro de medicamentos.

En este caso, se observa que la discusión no se concentra en cuestiones relacionadas directamente con el control de constitucionalidad, y no hay una solución que se dirija al aspecto de la constitucionalidad de leyes y actos normativos, sino un reconocimiento de que es preciso aplicar eficaz y adecuadamente las leyes, actos normativos y políticas públicas ya existentes e implementados.

Con motivo de un pedido judicial de suministro de medicamentos para el tratamiento de una enfermedad neurodegenerativa rara, que podría detener el avance de la enfermedad, aumentando la sobrevida y mejorando la calidad de vida de la paciente, la cuestión llegó a la Suprema Corte con varias cuestiones en debate.

El alto costo del medicamento, no registrado en los órganos sanitarios gubernamentales competentes, la ilegitimidad activa del Ministerio Público Federal y la legitimidad pasiva del ente de la Federación responsable fueron objeto de discusiones y debates, que se agregaron a los aspectos centrales de la controversia, involucrando la interferencia del Poder Judicial en políticas públicas con claros reflejos presupuestarios.

Para la decisión tuvo en cuenta las experiencias y datos recolectados en una audiencia pública realizada en el Supremo Tribunal, en mayo de 2009, para ocuparse del tema "salud", en la que la sociedad fue escuchada por sus instituciones, personas y órganos representativos y con especialización en este tema, con el fin de buscar subsidios para la mejor comprensión de las cuestiones abarcadas por el tema en debate, suministrando datos e informaciones relevantes para demarcar y fundamentar las decisiones judiciales.

Después de entretejer consideraciones sobre el costo de los derechos sociales y la posibilidad de interferencia del Poder Judicial en políticas públicas, el ministro Gilmar Mendes, relator del proceso, analiza el contenido del derecho a la salud previsto en el artículo 196 de la Constitución, desmenuzando los elementos en los que se descompone, y observa que se trata de un "derecho de todos", que se consustancia en un "deber del Estado" a ser garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedades y otros agravios, regido por el principio del acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Dirige su raciocinio hacia el entendimiento en el sentido:

> [de que] los problemas concretos deberán resolverse teniendo en cuenta todas las perspectivas que involucra la cuestión de los derechos sociales. Los juicios de ponderación son inevitables en ese contexto repleto de complejas relaciones conflictivas entre principios y directrices políticas o, en otros términos, entre derechos individuales y bienes colectivos.[13]

Y concluye que, en materia de derecho a la salud:

> Los problemas de eficacia social de dicho derecho fundamental se deben mucho más a cuestiones vinculadas a la implementación y al mantenimiento de políticas públicas de salud ya existentes —lo cual implica también la composición de los presupuestos de los entes de la Federación—, de lo cual hay carencia de legislación específica. En otros términos, el problema no es de inexistencia, sino de ejecución (administrativa) de las políticas públicas de los entes federados.[14]

Por consiguiente, se debe analizar si la prestación de salud pretendida en cada litigio concreto no está entre las políticas de salud existentes a causa de una omisión legislativa o administrativa, de una decisión administrativa de no suministrarla o de una veda legal de su dispensación.[15] Y la obligación del Estado, frente a lo dispuesto en el art. 196, se limita al suministro de políticas sociales y económicas formuladas por aquel y para la promoción, protección y recuperación de la salud, debiendo

13- STF, Ag. R. (recurso) en la STA 175-CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.3.2010, p. 83 del expediente.

14- Idem, STA 175, p. 90.

15- Idem, STA 175, p. 93.

establecerse parámetros para la concesión de las medidas litigadas.[16]

V.2. Educación – Recurso Extraordinario (RE) 436.996-4 – educación infantil: vacantes en guarderías.

Las políticas públicas en el área de la educación se encuentran entre las que más han sufrido la interferencia del Poder Judicial en Brasil, apenas en segundo lugar después del área de la salud.

Predominan casos de solicitud de vacantes en guarderías, lo cual motivó decisiones del Supremo Tribunal Federal en esta cuestión, como la que se verificó en el Recurso Extraordinario (RE) Nº 436.996-4, sancionado en 2005, período marcado por el cambio de orientación en la Suprema Corte en lo que se refiere al control de constitucionalidad de las normas presupuestarias y de la intensidad de la interferencia del Poder Judicial en las políticas públicas.

Se trata de un caso en el que se litigaba la condena del Poder Público Municipal sobre la obligación de asegurar vacantes para niños en establecimientos de educación preescolar, fundada en el dispositivo constitucional que establece que es deber del Estado garantizar la educación infantil, en guardería o jardín de infantes, a los niños de hasta cinco años cumplidos (Constitución, art. 208, IV), al resaltar que es una prioridad absoluta garantizarles a los niños, entre otras cosas, el derecho a la educación (Constitución, art. 227).

La decisión de la Suprema Corte, en este caso, relatada por el ministro Celso de Mello, determinó que la municipalidad debía garantizarles a los niños menores de seis años el derecho a una vacante en un establecimiento preescolar, sin acoger el argumento de la imposibilidad de hacerlo por falta de recursos presupuestarios, fundada en la teoría de la "reserva de lo posible", por entender que, en este caso, se trata de un derecho constitucional a la educación, que no puede ver comprometida su eficacia, sin subordinarse a razones de pragmatismo gubernamental,[17] como consta en el fragmento del resumen:

> La **educación infantil** representa una prerrogativa constitucional indisponible, que, **concedida** a los niños, les garantiza a estos, a efectos de su desarrollo integral, **y como primera etapa** del proceso de educación básica, **la atención** en guardería y el acceso al jardín de infantes (**CF**, art. 208, IV) (...) Aunque resida, primariamente, en los Poderes Legislativo **y** Ejecutivo **la prerrogativa** de formular y ejecutar políticas públicas, **se revela como posible**, sin embargo, **que el Poder Judicial** determine, **también** que, con bases excepcionales, **especialmente** en los casos de políticas públicas **definidas por la propia** Constitución, **estas sean implementadas** por los órganos estatales incumplidores, **cuya omisión** —por importar **un incumplimiento** de las cargas político-jurídicas que inciden sobre ellos con carácter obligatorio— **se muestra apta a comprometer**

16- Idem, STA 175, p. 95.

17- Como ya he descripto en el texto "O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil", publicado en la antología HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Comps.), *Direito Financeiro, Econômico e Tributário*. Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira, Quartier Latin, San Pablo, 2014, pp. 481-496.

> la eficacia y la integridad de derechos sociales y culturales **impregnados** de estatura constitucional. **La cuestión pertinente a la *'reserva de lo posible'*** (texto destacado en el original).[18]

En consecuencia, se le ha impuesto al Estado:

> Por efecto de la alta significación social de 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 guarderías y unidades de jardín de infantes, bajo pena de configurar inaceptable la omisión gubernamental, apta para frustrar, injustamente, por inercia, el cumplimiento integral, por el Poder Público, de prestación estatal que le ha impuesto el propio texto de la Constitución Federal.[19]

V.3. Situación carcelaria – Alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF) Nº 347 y el "estado de cosas inconstitucional".

El caso más reciente en el que se litiga la interferencia del Poder Judicial en políticas públicas en Brasil —con potencial para intensificar y calificar el debate en torno al control judicial de las políticas públicas con reflejos presupuestarios— tuvo lugar con el inicio de la acción en la modalidad de alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF) Nº 347, en mayo de 2015; y fue impulsada por el partido político PSOL (Partido Socialismo y Libertad).

En la demanda que inicia la acción, se describe el caos del sistema carcelario brasileño, en el que se constatan graves violaciones a los derechos humanos expresamente consagrados en varios dispositivos constitucionales, como el principio de la dignidad humana, veda de la tortura y tratamiento inhumano, prohibición de sanciones crueles, con respecto a la integridad física y moral, entre otros, lo cual permite reconocer un presente verdadero de "estado de cosas inconstitucional", justificando la interferencia del Supremo Tribunal Federal y del uso de la medida judicial de alegación de incumplimiento de precepto fundamental.

Argumenta que el reconocimiento de "estado de cosas inconstitucional" ya viene siendo utilizado por la Corte Constitucional de Colombia desde 1997 como técnica decisoria "dirigida al enfrentamiento de violaciones graves y sistemáticas de la Constitución derivadas de fallas estructurales en políticas públicas que involucren a un gran número de personas y cuya superación demande medidas variadas de diversas autoridades y poderes estatales".[20] A ello se le suma que el tema no es nuevo en Brasil, donde hay referencias en las ADI Nº 4357 y Nº 4425, cuyo relator es el ministro Luís Roberto Barroso, al tratar la cuestión involucrando rogatorios judiciales. Menciona, asimismo, ejemplos de otros países, en casos decididos por la Suprema Corte norteamericana (caso "Brown vs. Plata"), Corte Suprema argentina (caso "Verbitsky"), Corte Europea de Derechos Humanos (caso "Torregiani y otros vs. Italia"), también sobre la

18- STF, RE 436.996-Ag. R./SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Sala, j. 22.11.2005.

19- RE 436.996-Ag.R./SP, resumen.

20- Lo cual permite llamar a tales demandas "litigios estructurales", expresión recientemente utilizada por Oscar Vilhena Vieira al referirse al caso ("Litigio estructural", en *Folha de S. Paulo*, el 30 de mayo de 2015).

cuestión carcelaria y la jurisdicción constitucional sudafricana (Caso "Grootboom", en materia de derecho a la vivienda).

La acción litiga el reconocimiento del "estado de cosas inconstitucional" en el Sistema Penitenciario brasileño, motivando una serie de pedidos cautelares dirigidos a promover soluciones de carácter inmediato —en el sentido de amenizar la situación existente— entre los cuales se destacan la necesidad de motivar expresamente las prisiones cautelares; la realización de audiencias de custodia —presentación inmediata de presos ante la autoridad judicial—, en las que se dé preferencia a las penas alternativas y que se promueva la liberación de recursos presupuestarios destinados al Sistema Penitenciario.

En el pedido con carácter definitivo, se litiga el envío de un Plan Nacional que, en tres años, supere tal estado de cosas inconstitucional, debiendo, asimismo, los Estados y municipios elaborar sus respectivos planes, que deberán someter a la homologación y al monitoreo del STF.

Consideraciones finales

De lo expuesto anteriormente se percibe que Brasil presenta un sólido sistema de control de constitucionalidad, cuyo uso se viene intensificando en las cuestiones que involucran materia presupuestaria.

Decisiones tomadas por el Supremo Tribunal Federal, principalmente desde la década de 2000, muestran un cambio en la tendencia, hasta entonces predominante, de no admitir el control de constitucionalidad en materia presupuestaria y de fuerte restricción en las cuestiones que involucran la interferencia del Poder Judicial en políticas públicas con reflejos presupuestarios, para una postura más intervencionista y de reconocimiento de la posibilidad de control judicial de la constitucionalidad de las normas presupuestarias.

Las recientes acciones, también sometidas a su apreciación por parte de la Corte Suprema brasileña, como la que acerca al debate la teoría del "estado de cosas inconstitucional", muestran que aún se puede esperar mucho en términos de avance en lo que respecta al control de constitucionalidad que involucre materia financiera y tienden a dejar en el pasado las teorías que restringen el reconocimiento del carácter material de la Ley Presupuestaria y de la posibilidad de control de constitucionalidad, lo cual colaborará para que ocupe, efectivamente, la condición de ley más importante después de la Constitución y deje de ser una obra de ficción.[21]

21- CONTI, José Mauricio, "Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção".

BIBLIOGRAFÍA

ASSONI, Sérgio, Filho, "Controle de constitucionalidade da lei orçamentária", en CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2011, pp. 21-40.

BARCELLOS, Ana Paula de, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", en *Revista Diálogo Jurídico*, Nº 15, Salvador, ene./mar. de 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de, "Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático", en SARLEET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.), *Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível"*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, pp. 111-147.

BUCCI, Maria Paula Dallari, "O conceito de política pública em direito", en *Políticas Públicas*: *Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, Saraiva, San Pablo, 2006, pp. 1-50.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, Saraiva, San Pablo, 2013.

CAMPOS, Francisco, "Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Impôsto de Indústrias e Profissões – Movimento Econômico – Impôsto sobre Vendas e Consignações", en *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 71, ene./mar. de 1963, p. 335.

CHRISTOPOULOS, Basile G. C., *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*, Tesis de doctorado, Facultad de Derecho de la USP, San Pablo, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder, "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", en *Revista Brasília*, a. 35, Nº 138, pp. 39-48, abr./jun. de 1998.

CORREIA NETO, Celso de Barros, "O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal", en CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2011, pp. 111-126.

CONTI, José Mauricio, *A autonomia financeira do Poder Judiciário,* MP Editora, San Pablo, 2006.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), "Orçamentos públicos e Direito Financeiro", *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2011.

CONTI, José Mauricio, "Planejamento e responsabilidade fiscal", *in* SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (Coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal*. *10 anos de vigência – questões atuais*, Conceito Editorial - IBDF, Florianópolis, 2010, pp. 39-56.

CONTI, José Mauricio, "Orçamento impositivo é avanço para administração", en *Revista Eletrónica Consultor Jurídico* – Conjur (www.conjur.com.br), publicado y disponible desde el 7 de mayo de 2013.

CONTI, José Mauricio, "O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil", en HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Orgs.), *Direito Financeiro, Econômico e Tributário*. Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira, Quartier Latin, San Pablo, 2014, pp. 481-496.

CONTI, José Mauricio, "Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção", en *Revista Eletrónica Consultor Jurídico* – Conjur (www.conjur.com.br), publicado y disponible desde el 2 de junio de 2015.

CORTI, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

CORTI, Horacio G., "Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico", en CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), "Orçamentos públicos e Direito Financeiro", *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2011, pp. 127-185.

DUARTE, Tiago. *A lei por detrás do orçamento*. *A questão constitucional da lei do orçamento*, Almedina, Coímbra, 2007.

FARIA, Rodrigo Oliveira de, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*. Disertación de maestría, Facultad de Derecho de la USP, San Pablo, 2009.

MACHADO, Clara C., "Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária: análise da ADI 4.048-1/DF". Disponible en: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=428>. Último acceso: 27-5-2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. B., *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva-IDP, San Pablo, 2011.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 11ª Ed., Atlas, San Pablo, 2002.

NEME, Eliana F.; ARAUJO, Luiz Alberto D., "O controle de constitucionalidade de normas orçamentárias", en CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), "Orçamentos públicos e Direito Financeiro", *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2011, pp. 203-214.

SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (Coords.), *Lei de Responsabilidade Fiscal*. *10 anos de vigência – questões atuais*, Conceito Editorial-IBDF, Florianópolis, 2010.

SCAFF, Fernando Facury, "Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos", en PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira, *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*, Renovar, Río de Janeiro, 2006.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30ª Ed., Malheiros, San Pablo, 2007.

Prof. Didier Ribes*

La incidencia financiera de las decisiones del juez constitucional**

Introducción

¿Cuánto cuesta la Constitución? Detrás de esta pregunta, en apariencia simple, posiblemente hasta simplista, se perfilan en realidad las problemáticas más complicadas sobre las modalidades de implementación de los programas constitucionales y la materialización de los derechos fundamentales. Muy especialmente en el marco de constituciones de transformación como la de África del Sur, el poder normativo del juez constitucional encontrará, tarde o temprano, el obstáculo presupuestario: su alcance financiero será necesariamente interrogado. La cuestión de la incidencia financiera de las decisiones del juez constitucional no puede pues ser limitada al control de constitucionalidad de las normas presupuestarias, aunque este pueda arrogarse una cierta especificidad,[1] menos aún podría ser reducida al alcance presupuestario de la justicia constitucional.[2]

*** Prof. Didier Ribes**
Profesor en la Universidad Paul CézanneAix-Marseille III. GERJC Institut Louis Favoreu CNRS UMR 6201.

****** La versión original de este artículo *L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel* fue traducida para este número por Beatriz Rodriguez.

1- PHILIP, Loïc, "La spécificité et l'exemplarité du contrôle de constitutionnalité des lois financières", en Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, Paris, 2004, p. 743. Ver también VALLS, Julien, Le contrôle des normes législatives financières par les Cours constitutionnelles espagnole et française, LGDJ, Paris, 2002.

2- DI MANNO, Thierry, "L'autonomie financière des Cours constitutionnelles en Europe", en E. Douat (dir),

No todas las decisiones del juez constitucional tienen una incidencia negativa sobre las finanzas públicas, ya sea que extiendan, por ejemplo, el ámbito de aplicación de un impuesto o reduzcan el alcance de una prestación. Así, el Consejo constitucional amplió la base imponible del impuesto que gravaba sobre los textos impresos gratuitos y censuró, con fundamento en el principio de igualdad tributaria, la exención de los que son enviados a los particulares[3] en forma personal. Pero la problemática que confronta más fuertemente el poder normativo del juez constitucional con la competencia financiera del Parlamento concierne a las decisiones que tienen una incidencia financiera negativa para el Estado, ya sea porque generan gastos, ya sea porque disminuyen los ingresos. Si bien las consecuencias financieras de ciertas decisiones del Consejo constitucional han sido señaladas o denunciadas,[4] esta cuestión ha sido poco evocada por la doctrina francesa.[5] Por el contrario, suscitó y continúa provocando en otros países apasionados debates.[6] Estos debates, como este estudio dentro de un marco limitado, se concentran en las implicancias financieras más sensibles del ejercicio de la justicia constitucional. No omiten, por el contrario, que las relaciones entre control de constitucionalidad y consecuencias financieras son mucho más vastas. El aspecto contencioso de la responsabilidad del Estado por inconstitucionalidad presenta problemáticas comparables a las de la "satisfacción equitativa" en el derecho convencional.[7] Asimismo, las numerosas decisiones

Les budgets de la justice en Europe, La Documentation française, coll. "Perspectives sur la justice", Paris, 2001, p. 53. Le Conseil constitutionnel a réaffirmé l'autonomie financière qui est la sienne en tant que pouvoir public constitutionnel à l'occasion du contrôle de textes financiers (déc. 2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, cons. 25, Rec. p. 99 et déc. 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, cons. 45, Rec. p. 180).

3- Déc. n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances rectificative pour 2003, Rec. p. 480 ; notes SCHOETTL, Jean-Eric, Les Petites Affiches, 28 janvier 2004, p. 5 ; PHILIP, Loïc, Dr. fisc., 2004, 782 ; RIBES, Didier, D. 2004, p.1277. La censura circunscripta a ciertos términos de la disposición permitió asegurar su constitucionalidad por ampliación de la base imponible. En la imposibilidad de proceder a una intervención "quirúrgica" tal en las categorías indebidamente eximidas, el Consejo constitucional tuvo, el año anterior, que declarar inconstitucional el conjunto de este dispositivo tributario. (déc. n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, Loi de finances initiale pour 2003, cons. 55 à 57, Rec. p. 583).

4- Si pensamos, por ejemplo, en la polémica que rodea la decisión Nationalisations I del 16 de enero de 1982, los métodos de evaluación preconizados por el Consejo constitucional al haber sobrecargado el costo de la operación, o más recientemente en la decisión del 29 de diciembre de 2005 que censura una validación legislativa por un costo estimado en mil millones de euros.

5- Citemos, sin embargo, a Louis Favoreu quien había señalado que "incumbe a los nueve sabios la delicada tarea de establecer un equilibrio entre el respeto de los derechos de los individuos y de las familias y el interés general que puede ser un interés financiero. No es cierto que siempre actué de manera satisfactoria" (FAVOREU, Louis, "Les sages et les deniers publics", Le Figaro, 2 janvier 1998). Ver también FAVOREU, Louis y ESCARRAS, Jean-Claude, Intervention in Carusi (Vittoriana) (dir.), Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Actes du séminaire d'étude des 8 et 9 décembre 1991, Palais de la Consulta, Giuffrè, Milan, 1993, pp. 297 et s.

6- En Italia, ver entre otros, DONATI, Filippo, "Le repercussioni delle pronunce giurisdizionali sull'equilibro di bilancio", in Bassanini (Franco) et Merlini (Stefano) (dir.), Crisi fiscale e indirizzo politico, Il Mulino, Bologne, 1995, p. 585 ; GROPPI, Tania, "La quantificazione degli oneri conseguenze sul processo costituzionale", in P. Costanzo (dir.), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Giappichelli editore, Turin, 1996, p. 269.

7- Sobre este tema, ver recientemente Bîrsan (Corneliu), "Les aspects nouveaux de l'application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" et de SALVIA, Michele, "La satisfaction équitable au titre des mesures individuelles et la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme : qu'en est-il du principe de sécurité juridique?", en Trente ans de droit européen des droits de l'homme. Études à la mémoire de Wolgang Strasser,

constitucionales, como los fallos interpretativos de rechazo "con valor aditivo" en Italia, tienen una incidencia financiera sin producir por ello un impacto significativo en los gastos públicos debido a sus efectos *inter partes*.

¿El poder normativo del juez constitucional deviene ilegítimo dado que produce gastos suplementarios para las finanzas públicas? La respuesta debe ser negativa ya que, al delimitar las obligaciones financieras del Estado que derivan directamente de la Constitución, cada Tribunal Constitucional no se atribuye una función específica e indebida. El costo financiero *inherente* a la aplicación de la Constitución es el fundamento de la decisión del juez constitucional (I). Por otra parte, el juez constitucional, en el marco de su misión, se concentra en fijar el "justo precio" de la constitucionalidad de los dispositivos legislativos que le son sometidos (II).

I. El costo de la Constitución, fundamento de la decisión del juez constitucional

La imposición de obligaciones financieras a cargo del Estado por un Tribunal Constitucional cuestionaría el derecho presupuestario del Parlamento y desconocería así la reserva de ley. Tal es el argumento específicamente sostenido en la materia. El reconocimiento de la carga financiera de las políticas constitucionales conduce a relativizar la reserva de competencia tan reconocida al legislador financiero (A). Por tal motivo, las implicancias financieras surgidas de la Constitución solo se inscriben en un marco sostenido en el derecho constitucional comparado, el de los recursos efectivamente disponibles (B).

Bruylant Nemesis, Bruxelles, 2007, pp. 19 et 45.

A. Un límite relativizado: la reserva de ley

El lugar del control presupuestario del Parlamento en la afirmación de las democracias contemporáneas explica, sin duda, la referencia basada en la reserva de ley en materia financiera, particularmente en Alemania.[8] La doctrina italiana también se interrogó sobre si el artículo 81 inciso 4 de la Constitución según el cual "toda otra ley que comporte creación o agravación de los gastos debe precisar los medios para cubrirlos" podía ser opuesto a la Corte Constitucional.[9] ¿La existencia de una reserva legal en materia de autorización de gastos públicos prohibiría a la Corte pronunciar fallos con alcance prestacional? Más allá de una asimilación muy discutible entre la ley y el fallo de la Corte,[10] ciertos autores pudieron destacar que los fallos que generaran gastos nuevos o incrementados sin poder prever la cobertura financiera necesaria producirían una inconstitucionalidad derivada de la ley dado que esta última, gravada con nuevos impuestos, ya no respetaría las exigencias del artículo 81 inciso 4. Pero la propia idea de una reserva de ley oponible al juez constitucional ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina porque su significado operativo se expresa en las relaciones

8- GUSY, Christoph, "Les droits sociaux sont-ils nécessairement injusticiables?", en Grewe (Constance) et Benoît-Rohmer (Florence) (dir.), Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 39.

9- En este punto, la doctrina italiana está dividida. Para una presentación de las dos tesis DI MANNO, T., Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, P.U.A.M. Economica, Aix-en-Provence Paris, 1997, pp. 423 et s.

10- En este punto, PIZZORUSSO, Alessandro, "Les décisions de la Cour constitutionnelle et la couverture financière des lois", AIJC, IV-1988, p. 492.

entre el Gobierno y el Parlamento.[11] El artículo 81 de la Constitución no fija "un principio general de equilibrio financiero que se produzca a 360 grados".[12] Con esta lógica, el Tribunal Constitucional pudo afirmar que "el valor constitucional del equilibrio financiero, extraído del artículo 81 (…) no constituye (…) un límite para la toma de decisiones que tienen una incidencia en los ingresos y en los gastos públicos".[13]

La competencia del legislador en materia financiera no obstaculizaría la identificación, por parte del juez constitucional, de *gastos constitucionales obligatorios* para el presupuesto del Estado. Estos gastos son necesarios para la aplicación de numerosas normas constitucionales, aunque el debate se enfoca muy a menudo en la realización de los derechos sociales. La jurisprudencia no hace sino poner en evidencia el costo financiero intrínseco de la Constitución. Cabe añadir que, la restricción constitucional que pesa sobre el legislador financiero, es sin duda más importante que lo sugerido por la presentación que generalmente se hace de ella, y en todo caso, no puede limitarse a un encuadramiento formal de su ejercicio. "Si el gasto es impuesto por la Constitución, el equilibrio presupuestario que debe ser preservado no podría ser utilizado como argumento para impedir la afirmación de la Constitución, sino solamente para imponer a los órganos que tienen el poder de hacerlo (es decir el Gobierno y el Parlamento) actuar en consecuencia, tomando las medidas necesarias para ajustar el presupuesto o adoptando nuevas disposiciones legislativas destinadas a aumentar los recursos".[14] El razonamiento expuesto es similar al del Consejo constitucional cuando impone al Gobierno que presente un proyecto de ley de finanzas rectificativa, en caso de conmoción en curso, del equilibrio económico y financiero previsto.[15]

Así, la reserva de ley en materia financiera no altera ni disminuye la competencia reconocida al juez constitucional. No obstante, la incidencia de las decisiones de constitucionalidad en las cuentas del Estado es un dato que debe ser tomado en consideración en el control de constitucionalidad. La *Consulta* destacó que "el valor constitucional del equilibrio financiero, extraído del artículo 81 de la Constitución (—) representa un elemento de ponderación del conjunto de los valores constitucionales establecida en el seno del control de constitucionalidad de las leyes".[16]

Por otra parte, como en otros ámbitos, la sensibilidad está vinculada aquí con el carácter intrínsecamente político de las decisiones tomadas por el legislador. Es pues en menor medida la reserva de ley que el margen de apreciación del legislador lo que está en juego. En efecto, al imponer una carga presupuestaria suplementaria, la jurisdicción constitucional puede interferir con la determinación, por las instituciones democráticas, de prioridades financieras. Es importante pues que el juez constitucional

11- ZAGREBELSKY, Gustavo, "Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali" in Carusi (Vittoriana) (dir.), Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Actes du séminaire d'étude des 8 et 9 décembre 1991, Palais de la Consulta, Giuffrè, Milan, 1993, p. 108.

12- ALESSE, Roberto, "Note minime (•••e non propriamente tecniche per una sentenza scontata) in tema di bilanciamento tra l'art. 81 e 38 Cost.", note sous Cour const. italienne, arrêt n° 211 du 17 juin 1997, Giur cost. 1997, p. 2137

13- Cour const. italienne, arrêt n° 260 du 23 mai 1990, cons. en droit n° 3, Giur. Cost. 1990, p. 1550.

14- ZAGREBELSKY, G., *op.cit.*, p. 113.

15- Déc. n° 2001-456 DC du 27 déc. 2001, Loi de finances pour 2002, cons. 4, Rec. p. 180.

16- Cour const. italienne, arrêt n° 260 du 23 mai 1990, cons. en droit n° 3, Giur. Cost. 1990, p. 1550.

no sustituya la apreciación del legislador en la determinación de las vías constitucionales por seguir y de sus implicancias financieras. Estas vías son condicionadas por "la reserva de lo posible".

B. Un límite reafirmado: la "reserva de lo posible".

Ciertos textos constitucionales integran explícitamente lo que algunos llaman el "principio de realidad". Así, los artículos 26 y 27 de la Constitución sudafricana definen los derechos "condicionados" a una vivienda decente y a una seguridad social de la siguiente manera: "el Estado debe tomar medidas legislativas y toda otra medida razonable, *teniendo en cuenta sus recursos disponibles*, para poner en marcha el cumplimiento progresivo de este derecho". Tal carácter constitucional solo refuerza el realismo del juez constitucional inherente a la aplicación de la Constitución y al respeto de sus disposiciones.[17]

El Tribunal Constitucional federal alemán recordó, en el mismo sentido, que el cumplimiento de los derechos fundamentales se enfrentaba con la "reserva de lo posible" entendida "en el sentido de lo que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad".[18] Consideró, en consecuencia, que el principio del Estado social del artículo 20 de la Ley fundamental le imponía al Estado la obligación de garantizar un acceso igualitario a la enseñanza universitaria, pero dentro de los límites de las posibilidades presupuestarias. Si bien los numerosos textos constitucionales evocan el camino hacia el progreso económico y social, tal objetivo no implica un aspecto lineal de las reformas sociales. El Tribunal constitucional español pudo sostener, a este respecto, que la tasa de aumento de las pensiones depende de circunstancias económicas y sociales presentes y que, en todo caso, la necesidad de distribuir recursos limitados prohíbe inferir de la Constitución un derecho a un aumento constante.[19] En un sentido más amplio, el contexto económico influye necesariamente en las posibilidades de materialización de los derechos-beneficios. En su fallo Grootboom del 4 de octubre de 2000,[20] el Tribunal Constitucional de África del Sur establece así un cumplimiento progresivo de estos derechos teniendo en cuenta los recursos disponibles. La Corte suprema de Canadá ha hecho incluso referencia a la excepción de crisis económica para limitar la protección reclamada de ciertos derechos sociales.[21] En cada caso, el juez constitucional debe confrontar las consecuencias de la protección de las normas constitucionales con las limitaciones financieras y económicas. Entonces, su decisión permite establecer el costo de la constitucionalidad.

17- RIBES, Didier, "Le réalisme du Conseil constitutionnel", Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 22, 2007, p. 132.

18- BVerfGE 33, 303, 333 ; 43, 291, 314.

19- Trib. const. espagnol, arrêt 134/1987 du 21 juillet 1987, B.O.E. n° 191 du 8 novembre 1987.

20- Governement of Republic of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) S.A. 46 (CC), § 38. Voir Philippe (Xavier), Chronique Afrique du Sud, R.F.D.C., 46-2001, p. 402 ; Dixon (Rosalind), "Creating dialogue about socio-economic rights i Strong-form versus weak-form judicial review revisited", I.Con, 2007, p. 391.

21- Newfoundland (Treasury Board) v. Newfoundland Association of Public Employees (NAPE) (2004) 3 SCR 381. Sur cette décision, voir Choudhry (Sujit) et Hunter (Claire E.), "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada i A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE", McGill Law Journal, vol. 48, p. 525.

II. El costo de la constitucionalidad, expresión de la decisión del juez constitucional

El costo de la eliminación de una norma inconstitucional es el resultado de la conciliación realizada entre la eficacia consagrada en los preceptos constitucionales y la libertad de configuración financiera dejada al Parlamento. Con el fin de preservar esta última, el juez constitucional cumple, a la vez, una función de moderación (A) y una de imaginación (B).

A. La moderación del juez constitucional: el control del gasto de constitucionalidad

El juez constitucional, en el ejercicio moderado de sus poderes, debe verificar la amplitud y la adecuación del gasto de constitucionalidad aun cuando no siempre disponga de instrumentos y de informaciones necesarias para una apreciación perfecta.

En la causa Tsotetsi,[22] el Tribunal Constitucional sudafricano juzgó que no podía dictar una decisión cuyos efectos financieros serían desmesurados. En su decisión *National Coalition for Gays and Lesbians Equality and others v. Minister of Home Affairs and others,*[23] la Corte precisó cuáles son los diferentes límites a la intervención normativa del juez constitucional. A este respecto, consideró que incluso cuando la acción positiva era justificada, esta intervención no debía ser realizada cuando implicara imponer al Estado que soporte gastos suplementarios no previstos. Estas jurisprudencias muestran claramente que un impacto importante de la decisión judicial en las cargas públicas puede ser considerado de una naturaleza tal que atenta contra el poder financiero del Parlamento.

Por otro lado, el conjunto de los Tribunales Constitucionales reconoce a los poderes públicos un margen amplio de apreciación en la elección de las decisiones que impliquen gastos públicos. De manera recíproca, todos estos tribunales expresan un "Self resistant" en la materia,[24] aunque algunos se muestran más dinámicos, llevados por una exigencia profunda de transformación social.

En cualquier caso, el poder discrecional del legislador encuentra su límite en el carácter razonable de las medidas que deben ser tomadas para atribuir un carácter efectivo a los derechos y a los principios constitucionales. El Tribunal Constitucional de África del Sur afirmó muy particularmente su aptitud para ejercer una "Reasonnableness review" en su fallo Grootboom.[25] Busca, a este respecto, lograr una conciliación "razonable" entre la efectividad mínima de los derechos sociales constitucionales y la limitación de los recursos públicos.[26] Los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional sudafricano son los de un programa coherente, comprensible y transparente que cubre las

22- Tsotetsi v. Mutual and Federal Insurance Co Ltd, 12 sept. 1996, § 9.

23- National Coalition for Gays and Lesbians Equality and others v. Minister of Home Affairs and others, 12 déc. 1999, íntegramente traducida al francés en los Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9, 2000, p. 66. Sobre esta decisión, Ribes (Didier), "Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur?", Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9, 2000, p. 84.

24- Ver por ejemplo la Corte Suprema de Canada en la decision Provincial Court Judges Association of NB v. NB (Minister of Justice) (2005) 2 SCR 285.

25- Governement of Republic of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) S.A. 46 (CC), § 38 a propósito de un programa de urgencia para los sin techo. Ver Philippe (Xavier), Chronique Afrique du Sud, R.F.D.C., 46-2001, p. 402.

26- WESSON, Murray, "Grootboom and beyond. Reassessing the socio-economic jurisprudence of the South African Constitutional Court", South African Journal on Human Rights, 20, 2004, p. 284.

necesidades a corto, mediano y largo plazo. Por ello, solo aprobó la obligación de acción y de financiación en las situaciones más graves señaladas por la urgencia. La decisión del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 2002 relativa a la distribución de las medicinas antirretrovirales a las futuras madres seropositivas resaltó el impacto de la urgencia sobre la obligación positiva constitucional del Estado y el control de su respeto.[27] En la causa Khosa, la Corte también consideró que el Estado debía movilizar los recursos financieros necesarios para extender el beneficio de ciertas prestaciones de asistencia social a un grupo de escasos recursos, en este caso los residentes extranjeros en situación de gran pobreza, mientras que el Gobierno sostenía que era razonable limitar el derecho a la igualdad por razones financieras.[28]

Realmente, la limitación de los recursos financieros ya no puede constituir hoy una justificación para la negativa a poner en funcionamiento el programa constitucional pero impone a los poderes públicos, bajo el control del juez constitucional, la determinación de las prioridades de la acción estatal a favor de las personas más desfavorecidas o vulnerables. No es sorprendente, entonces, que la cuestión planteada ante los Tribunales Constitucionales sea hoy menos la concretización de derechos-créditos que la conformidad al principio de igualdad de dispositivos de prestación preexistentes.[29] Este control de igualdad conduce muy a menudo a la jurisdicción constitucional a actuar sobre el "andamiaje" de un dispositivo legislativo. Extiende el beneficio de la ventaja patrimonial, que la ley reservaba para ciertas categorías de personas a otras categorías hasta ese entonces expresa o implícitamente no beneficiarias. Estas decisiones son justificadas por la necesidad de preservar dispositivos legislativos con alcance patrimonial, que sean conformes, además, a las exigencias constitucionales. Es por ello que esta acción positiva puede producir repercusiones financieras relevantes.

Esta es la razón por la cual los jueces constitucionales desarrollaron diferentes técnicas contenciosas para limitar el impacto financiero de algunas de sus decisiones.

B. La imaginación del juez constitucional: las técnicas contenciosas que limitan el impacto financiero de la decisión

En Alemania, la ley relativa al Tribunal Constitucional federal niega, en su artículo 79, inciso 2, cuarta frase, todo derecho general al reembolso con respecto al poder público en caso de inconstitucionalidad de una ley tributaria.[30] La anulación de la ley es ineficaz para todos los dictámenes de imposición que, aunque fundados en una ley inconstitucional, no hayan sido objeto de una oposición o ya no sean objeto de un litigio ante los tribunales. El Estado no está así obligado a reembolsar los impuestos ilícitamente percibidos.

Pero más allá de esta hipótesis particular, los Tribunales Constitucionales concibieron

27- Minister of Health v. Treatment Action Compaign (TAC), (n° 2) 2002 (5) SA 721, § 39.

28- Kosa v. Minister of Social Development ; Mahlaule v. Minister of Social Development, 2004 (6) SA 505.

29- Voir récemment, Liebenberg (Sandra) et Goldblatt (Beth), "The interrelationship between equality and socio-economic rights under South Africa's transformative Constitution", South African Journal on Human Rights, 23, 2007, p. 335. La literatura sudafricana es abundante con relación a este tema.

30- Para un mejor análisis crítico de esta disposición, SCHLAICH, Klaus y KORIOTH, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, C.H. Beck, Munich, 5e éd., 2001, p. 268.

diferentes técnicas contenciosas para limitar o suspender el impacto financiero de algunas de sus decisiones. Las implicancias financieras del ejercicio de la justicia constitucional fueron un motor poderoso de diversificación de los dispositivos decisorios. El juez pudo limitar a veces una declaración de inconstitucionalidad para que produzca un efecto *ex nunc*. En efecto, ciertas decisiones de constitucionalidad, por sus efectos retroactivos, implican el reembolso de importantes pagos atrasados.[31] Recientemente, la Corte suprema de Canadá negó así la plena aplicación retroactiva del derecho a una pensión para el cónyuge supérstite en beneficio de las parejas del mismo sexo.[32] Declaración de inconstitucionalidad simple, sentencia conminatoria, declaración de inconstitucionalidad con delegación al legislador: la variedad de los dispositivos imaginados muestra la preocupación de los jueces constitucionales para asegurar la sanción efectiva para normas inconstitucionales, evitando consecuencias financieras excesivas y un cuestionamiento consecuente de su legitimidad. No es asombroso que la diversificación de los dispositivos decisorios del Consejo constitucional, más allá de las reservas de interpretación, se hubiera efectuado necesariamente en el ámbito presupuestario.[33]

En este campo, hay que destacar que el carácter *a priori* del control de constitucionalidad atenúa sensiblemente la problemática financiera. Dado que la ley no ha entrado aún en vigencia, la supresión de una ventaja económica o de una prestación por inconstitucionalidad no perjudica a ningún beneficiario. Pero si la "excepción de inconstitucionalidad" es finalmente adoptada en Francia, la cuestión de la incidencia financiera de las decisiones del Consejo constitucional se impondrá tanto al legislador natural como al propio juez constitucional.

Conclusión: el juez constitucional, ¿guardián de las finanzas públicas?

En la jurisprudencia más reciente del Consejo constitucional, la aparición, aunque tímida, de un control de necesidad de los gastos fiscales con fundamento en el principio de igualdad tributaria no deja de llamar la atención.[34] En efecto, los entendidos consideraron que una ventaja fiscal hacía soportar al Estado los gastos desproporcionados con relación al efecto estimulante que se espera de la medida.[35] La problemática del empleo de los márgenes disponibles en el período deficitario puede inscribirse sin duda en derecho constitucional pero necesita un fortalecimiento de las fuentes y de las justificaciones constitucionales dado que ya está muy presente, y no sin legitimidad, en

31- Por ejemplo Corte constitucional italiana, arrêt n° 240 du 10 juin 1994, Giur. cost. 1994, p. 1970. Este fallo justificó el reembolso de pagos atrasados de pensión por viudez que cubría un período de más de diez años y beneficiaba a más de 600.000 personas.

32- Canada (AG) v. Hislop (2007) SCC 10. Sobre esta decisión, Shmitz (Cristin), "Top court's restriction of Charter remedies seen as a major shift", 25, 42, The Lawyers Weekly 1, 24.

33- Déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, Loi de finances pour 1998, RJC I-732, à propos des fonds de concours, et déc. n° 2005-530 DC du 29 déc. 2005, Loi de finances pour 2006, Rec. p. 168, à propos des mono-programmes. Sur cette jurisprudence, Barque (François), "Le Conseil constitutionnel et la technique de la censure virtuelle i développements récents", R.D.P., 2006, n° 5, p. 1409.

34- Déc. n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi TEPA, cons. 20, JO 22 août 2007, p. 13959.

35- El comunicado de prensa del Consejo constitucional ha precisado que el costo de la medida relativa al reembolso de los intereses por préstamo a las personas ya propietarias desde hace menos de cinco años ascendía a 7,7 mil millones de euros.

el debate político. El ex presidente del Tribunal Constitucional italiano, Mauro Ferri, también resaltó el interés que la Corte le da "a la gestión razonable y equilibrada de los recursos financieros, para asegurar también a las generaciones futuras el pleno goce de los derechos constitucionalmente protegidos".[36] Cuando el juez constitucional adopta así los rasgos de un guardián escrupuloso de las finanzas públicas, cuando piensa en realizar un equilibrio entre los derechos de las generaciones presentes y las generaciones futuras, posiblemente pone en tela de juicio tanto su legitimidad como cuando adopta decisiones "despilfarradoras". Pero destaca felizmente la dimensión generacional del derecho constitucional y, en particular, los derechos fundamentales[37] porque, para parafrasear a Léopold Sédar Senghor, *no heredamos el Estado de nuestros padres, se lo pedimos prestado a nuestros hijos*.

36- Citado por PARDINI, Jean-Jacques, "Principe de gradualità et droits sociaux de prestation (ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie)", in L. Gay, E. Mazuyer, D. Nazet-Allouche (dir.), Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen, Bruylant, coll. "À la croisée des droits", Bruxelles, 2006, p. 60.

37- Esta idea ya ha sido expresada por el Profesor Peter Häberle. Cf. HÄBERLE, Peter, La libertad fundamental en el Estado constitucional, Comares, Grenade, 2003, p. 261.

Dr. Horacio Corti, Dra. Verónica M. Belmonte y Dr. Lautaro Furfaro*

La saga de los casos "Richmond": el costo presupuestario del derecho de defensa en la jurisprudencia de los Estados Unidos.

I. Introducción

La vinculación entre derechos y financiamiento no es un asunto limitado a los derechos sociales o a las instituciones estatales dedicadas a estos (así, por ejemplo, los organismos públicos encargados de garantizar el derecho a la vivienda). Esa relación se da, con diferente grado, en todos los derechos, más allá de cómo se los clasifique.

Un claro ejemplo es la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y el debido proceso, derechos vinculados, a su vez, a la existencia de instituciones judiciales. Tanto el Poder Judicial y las instituciones dedicadas a la defensa como los derechos a él vinculados requieren de una adecuada y suficiente financiación pública.

En ese marco puede verse, más en concreto, la situación del derecho de defensa en los litigios penales.

Por lo dicho, el derecho de defensa es costoso. Estos costos varían según cada sistema jurídico, pero la regla es que las personas que quieren proteger sus derechos frente a los estrados judiciales deben contar con solvencia económica.[1]

Planteado el problema en estos términos, la diferencia de ingresos entre ciudadanos ricos y

*** Dr. Horacio Corti**
Dr. en Derecho Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Defensor General de la CABA.

Dra. Verónica M. Belmonte
Abogada (UBA). Especialización en Derecho Administrativo (UNLAM) -tesina en elaboración-. Prosecretaria Administrativa de Cámara del Ministerio Público de la Defensa.

Dr. Lautaro Furfaro
Abogado (UBA). Docente en Derecho Constitucional Profundizado y en Derechos Humanos y Garantías (UBA). Investigador en el área de derecho constitucional (UBA). Maestrando en Derecho Administrativo (UBA). Prosecretario de Cámara de Apelaciones del fuero en lo Contencioso Administrativo de la CABA.

1- Cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. Á. y ALMUDÍ CID, J. M., *La financiación de la asistencia jurídica gratuita en España*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

pobres constituye un divisor en el ejercicio del derecho de defensa.

Los gastos que los litigantes asumen ante un proceso judicial se dividen entre las cargas que exige el Poder Judicial para dar trámite a un proceso (tasa de justicia, depósitos), los honorarios de los abogados que ejercen la asistencia letrada y aquellos que son necesarios para llevar adelante una defensa eficaz (así, informes técnicos).

En los Estados Unidos, esta problemática fue formulada por Cass Sunstein bajo el siguiente interrogante: ¿deben los Estados hacerse cargo del costo del derecho a defender los derechos de las personas sin recursos? Sostendremos, a la luz de la jurisprudencia relevada, que la respuesta en el derecho estadounidense es afirmativa.

La jurisprudencia norteamericana de los años sesenta y setenta cuenta con precedentes paradigmáticos en el desarrollo del derecho a defender los derechos (la defensa pública y los costos de los procesos), al utilizar como clave constitucional un radical cambio en la interpretación de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución que establece las cláusulas del debido proceso e igual protección ante la ley.

La primera ocasión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió a esta vinculación fue en 1956 en el caso "Griffin v. Illinois". Luego, en el célebre caso "Gideon v. Wainwright", de 1963, la Corte estableció que la Constitución de los Estados Unidos exige que el Estado pague la defensa pública de los acusados sin recursos en juicios criminales.[2] Ese mismo año, en "Douglas v. California", también se reconoció que las personas sin recursos económicos tenían derecho a la defensa pública desde la primera apelación a una sentencia criminal. Y en 1971, en "Boddie v. Connecticut", la Corte amplió, más allá de los procesos penales, el derecho a la asistencia letrada financiada por el Estado en los procesos civiles de divorcio de las personas sin recursos.

Recientemente la relación entre presupuesto y el derecho a la defensa pública se ha puesto de relieve en la saga jurisprudencial de los precedentes "Dewolfe v. Richmond I" (2012) y "Dewolfe v. Richmond II" (2013) —conocidos como los casos "Richmond" — de la Corte de Apelaciones de Maryland. Los fallos ofrecen dos respuestas a la demanda de los actores, quienes buscaban una asistencia letrada por parte de un defensor público desde la etapa inicial del proceso penal. La primera respuesta es que el

2- Cfr. BRIGHT, S. B. y SANNEH, S. M., "Fifty Years of Defiance and Resistance After Gideon v. Wainright", en *122 Yale L.J. 2150*, 2013. FAIRFAX, R. A. Jr., "Searching for Solutions to the Indigent Defense Crisis in the Broader Criminal Justice Reform Agenda", en *122 Yale L. J. 2316*, 2013. CAMPBELL, D., "The Sky is Falling (Again): Evaluating the Current Crisis in the Judiciary", en *47 New Eng. Law Review*, 571, 2012-2013, p. 597. DRINAN, C. H., "Getting Real about Gideon: The Next Fifty Years of Enforcing the Right to Counsel", en *70 Washington & Lee Law Review 1309*, 2013. GARDNER, M. R., "The Sixth Amendment Right to Counsel and its Underlying Values: Defining the Scope of Privacy Protection, Journal of Criminal Law and Criminology", Vol. 90, 2000. KING, J. D., "Beyond Life and Liberty": The evolving Right to Counsel", en *48 Harvard C.R. –C.L.L Review 1*, 2013. CRAMER, L., "Recent Developments: Dewolfe v. Richmond: Indigent Arrestees Have a Statutory Right to Counsel at Initial Appearances before District Court Commissioners and Bail Reviews before District Court Judges; Trial Court Did Not Err in Issuing Declaratory Judgment without Considering Office of the Public Defender 's Budgetary Concerns or Drafting a Remedy; Res Judicata Would Not Preclude Arrestees from Subsequently Seeking Injunctive Relief to Enforce Their Right to Counsel", Vol. 42, 2012, disponible en: http://scholarworks.law.ubalt.edu/lf. COLBERT, D. L., "When the cheering (for Gideon) stops: The Defense Bar and Representation at initial Bail Hearings", en *36-Jun Champion 10*, disponible en: https://www.nacdl.org/Champion.aspx?id=24992. GROSS, J. P., "Developments in Indigent Defense", *36- Jun Champion 76*, disponible en: https://www.nacdl.org/Champion.aspx?id=25024. Thomson, Anthony, "The Promise of Gideon: Providing High Quality Public Defense in America", en *31 Quinnipiac L. Review 713*. SOUTO, J. C., "Suprema Corte dos Estados Unidos", Editora Atlas S.A., San Pablo, 2014, pp. 96-97.

derecho a la defensa de los acusados de bajos ingresos en un juicio penal se extiende al momento preliminar del proceso penal (etapa prejudicial). La segunda respuesta es que, si se acepta la premisa de que el acceso a la defensa pública de las personas sin recursos es un derecho fundamental, no pueden aceptarse objeciones del tipo presupuestarias (como la carga desproporcionada que el derecho importa en relación con el presupuesto del Estado) para impedir o demorar su implementación.

Examinaremos los argumentos principales de esta línea jurisprudencial que erige el derecho a defender los derechos de las personas pobres en los Estados Unidos ("Griffin", "Gideon", "Douglas" y "Boddie") y analizaremos las razones que justificaron el impacto presupuestario de sentencias que reconocieron una ampliación del derecho a la defensa a cargo del Estado ("Richmond").

II. El derecho a defender los derechos en los Estados Unidos: el legado de la Corte de Earl Warren.

La atención de la Corte Suprema de los Estados Unidos frente a los derechos de los ciudadanos ha variado a mediados del siglo XX, pues hasta ese momento existía una visión estrecha sobre los derechos constitucionales de las personas sin recursos.[3] Por ejemplo, desde el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, los acusados de un delito, carentes de recursos económicos, podían ser sometidos a juicio, declarados culpables y condenados a prisión, aunque no tuvieran un abogado.[4]

Luego, en los años 20 del siglo anterior y, especialmente con la bisagra que importó la designación de Earl Warren en 1953 como presidente de la Corte Suprema, esta comenzó a prestar atención a otro tipo de casos constitucionales. Así, durante la década de los sesenta, el constitucionalismo norteamericano conoció una actividad judicial de la Corte Suprema, que, a través de diversas líneas jurisprudenciales, exigió al gobierno la provisión de fondos para asistir a las personas que se encontraban en situación de pobreza.

Este proceso de ampliación de los derechos constitucionales ha sido denominado por Charles Epp como "la revolución de los derechos" por haber significado un cambio en el ideario del constitucionalismo norteamericano, que viró desde una concepción restringida (concibiendo a la Constitución como un mero límite frente a los abusos del gobierno) a un concepto más profundo, que comprende la obligación de brindar cierto umbral de protección a los derechos de los ciudadanos.

Según su lectura, aquella revolución de los derechos se sustentó en la expansión de lo que denomina *la economía política de litigación*. Su argumento es que el mayor reconocimiento de derechos por parte de la Corte norteamericana se debe en mayor medida al crecimiento del litigio estratégico por parte de organizaciones defensoras de derechos, por la existencia de una profesión legal diversa y organizada y, fundamentalmente, por una amplio conjunto de fuentes de financiación de los litigios que hizo que las cuestiones relativas a los derechos ascendieran hasta la agenda de la Corte Suprema. Todos estos factores revelan la importancia decisiva, no solo de la movilización social, sino también de las instituciones de defensa para acceder a la justicia.

Las decisiones judiciales no son solo el resultado de una historia interna de los

3- Ver una reconstrucción de la jurisprudencia norteamericana, así como de su doctrina en: LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

4- Cfr. EPP, C. R., *La revolución de los derechos*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013, p. 13.

tribunales, sino que son el efecto de múltiples causas, que hacen a la conciencia jurídica de los pueblos, la práctica de las organizaciones sociales, las características del ejercicio de la abogacía, la existencia de defensas públicas, los recursos económicos que disponen los litigantes, el peso de la doctrina institucionalizada, entre otros factores.

Dado aquel contexto, la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana fue el fundamento normativo utilizado en los precedentes que veremos en el próximo acápite, que ampliaron el derecho de defensa de las personas sin recursos.[5] La fórmula utilizada por la jurisprudencia fue asignar un nuevo contenido a las cláusulas de *debido proceso legal* e *igual protección ante la ley*, más allá de lo previsto por los redactores de la Enmienda en 1868. Al momento de su adopción, no estaba claro qué derechos protegía la Decimocuarta Enmienda ni si era aplicable a los Estados, pues contenía referencias vagas y términos generales.

Como dijimos, desde mediados del siglo XX, a través de una renovada interpretación de la Constitución norteamericana, la Corte Suprema reconoció una batería de derechos de las personas sin recursos, que implicaron un gran impacto presupuestario para el gobierno federal y los gobiernos estaduales, en especial en lo relativo al proceso penal. En dicha etapa, existieron enormes avances en la exigencia al Estado de financiación y asistencia a aquellos que lo necesitaban por carecer de recursos.[6]

El interrogante sobre si es constitucional que tanto ricos como pobres paguen los costos de un proceso (honorarios de sus propios abogados y los gastos que insume cualquier litigio) encuentra entonces respuesta en una serie de precedentes iniciados en la Corte de Warren, que, bajo una nueva interpretación de la cláusulas del *debido proceso legal* y *protección igualitaria ante la ley* de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, reconocieron que el Estado debe asegurar y financiar, de alguna manera, el derecho de defensa de las personas sin recursos económicos suficientes. Tal como señalan Holmes y Sunstein:

> [L]os derechos de los acusados de haber cometido algún delito —ricos y pobres, blancos y negros— no están protegidos todos por igual. Sin embargo, [la] justicia penal sería aún más groseramente injusta si la comunidad en su conjunto no subsidiara algunas protecciones básicas (…) El acusado no debe respaldarse exclusivamente en sus propios recursos (…); legalmente tiene derecho a utilizar recursos tomados del conjunto de la comunidad. La capacidad de pago no tiene ninguna relación racional con la inocencia o la culpabilidad. Al menos, ese es el razonamiento explícito de la Corte Suprema en relación con el derecho del indigente acusado, incluso en una apelación, ante un tribunal cuyos honorarios serán pagados por los contribuyentes. Igual protección implica el derecho constitucional

5- La Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (Enmienda XIV) incluye la cláusula del debido proceso legal y la protección igualitaria ante la ley: "Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria".

6- Cfr. SUNSTEIN, C., *The second Bill of rights*, Basic Books, Nueva York, 2004, p. 154.

> a acceder a cualquier tipo de apelación que el Estado ofrezca en general.[7]

En adelante, reconstruiremos los principales argumentos que emergen de esta senda jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

II.1. "Griffin v. Illinois" (1956).

La Corte Suprema de Estados Unidos dispuso que el Estado debe financiar el costo de las transcripciones de los condenados en situación de pobreza.[8]

A partir de 1956, esta Corte comenzó a resolver una serie de causas en las que reforzó las obligaciones de los Estados frente a las personas sin recursos. El origen de esta saga comenzó con el renombrado caso "Griffin v. Illinois".

El caso se refiere —según el voto del juez Black, uno de los jueces más influyentes del Tribunal durante el siglo XX, al que acompañó la mayoría de la Corte— a la petición de Griffin y Crenshaw, dos personas condenadas por robo con armas por el Estado de Illinois, para obtener de la Corte Suprema el derecho a tener una copia certificada de todo el expediente, incluida una transcripción estenográfica sin costo alguno para poder apelar la sentencia de condena.[9]

El argumento medular de Griffin y Crenshaw era que al no disponer de los recursos económicos para pagar los costos necesarios de la transcripción y la certificación del expediente completo para presentar un recurso de apelación de la condena el Estado debía conceder dicho procedimiento sin ningún costo.

A la luz de estos hechos, la Corte analizó si en virtud de la cláusula del *debido proceso e igual protección ante la ley* de la Decimocuarta Enmienda se podía denegar la apelación de una condena en perjuicio de personas sin recursos por no poder pagar los costos de la transcripción y certificación del expediente para obtener la revisión.[10]

El razonamiento de la mayoría del tribunal se basó en que las garantías del debido proceso y la igual protección ante la ley no admiten discriminaciones injustas entre personas por diversos motivos, como *la posición económica*, en los juicios penales.[11] Con esta inteligencia, la Corte sostuvo:

> [E]n los juicios penales, un Estado no puede discriminar en función de la condición de pobreza de la persona o por la religión, la raza o el color. Es evidente que la capacidad de pagar los costos por adelantado no tiene ninguna relación racional con la culpabilidad o la inocencia de un acusado y no podría utilizarse como excusa para privar a un acusado de un juicio justo.[12]

7- Cfr. HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp. 102-103.

8- El caso completo puede encontrarse en el buscador de la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, creado por Cornell University Law School, disponible en: www.law.cornell.edu/supremecourt/text/351/12.

9- De conformidad con la sentencia de la Corte, en aquel momento, las leyes de Illinois exigían que los condenados, tanto ricos como pobres, costearan las transcripciones y la copia certificada de todas las actuaciones del expediente penal para poder presentar un recurso de apelación *(writ of error)* ante el Tribunal Superior.

10- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Judson Griffin and James Crenshaw, Petitioners, v. The People of the State of Illinois", 1956, 351 U.S. 12, voto del juez Black al que adhieren Douglas y Clark, segundo párrafo.

11- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Judson Griffin and James Crenshaw, Petitioners, v. The People of the State of Illinois", 1956, 351 U.S. 12, voto del juez Black al que adhieren Douglas y Clark, sexto párrafo.

12- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Judson Griffin and James Crenshaw, Petitioners, v. The People of the State of Illinois", 1956, 351 U.S. 12, voto del juez Black

La Corte norteamericana interpretó que no existía una diferencia sustancial entre negar a las personas sin recursos el derecho a defenderse en un tribunal e impedir que, efectivamente, estos puedan conseguir una revisión de la sentencia de condena como la que obtienen las personas que cuentan con el dinero suficiente para pagar los costos que irroguen estos procesos.[13]

En una reconstrucción del principal argumento de la Corte en "Griffin", Stanley Qua, otrora juez de la Corte de Massachusetts, sostuvo que la regla que se extrae del voto de la mayoría propuesto por el juez Black es que "si un Estado provee un recurso de apelación de una sentencia de condena, no se puede requerir a las personas sin recursos el pago de un monto de dinero que estas no pueden afrontar, a menos que el Estado proporcione alguna otra alternativa que ofrezca una revisión adecuada y efectiva a esas personas".[14]

La Corte agregó un argumento de tipo cuantitativo para reconocer que la Constitución garantiza la prestación que Griffin y Crenshaw reclamaban. En este sentido, tuvo en consideración que, a diferencia de Illinois, muchos Estados garantizaban el costo de las transcripciones y la certificación del expediente en las apelaciones que se presentan en el marco de los procesos penales.[15] Así, consideró que la normativa de Illinois afectaba el derecho a la igualdad ante la ley en el proceso penal y expresó: "[N]o puede haber justicia donde el tipo de juicio que un hombre obtiene depende de la cantidad de dinero que tiene".

Por estos argumentos, el voto de la mayoría (Black, Douglas y Clark) reconoció que la cláusula de *igual protección ante la ley* de la Constitución exige que los Estados provean las transcripciones legales sin ningún costo para las personas sin recursos cuando estas deciden apelar su sentencia de condena.[16]

En los fundamentos de la sentencia, la Corte no muestra preocupación en torno a los costos que pueda generar la regla de Griffin para la práctica de los gobiernos de los distintos Estados de los Estados Unidos. La Corte solo deja a salvo para los estados la posibilidad de cumplir con la sentencia mediante alguna otra alternativa procesal para que las personas sin recursos puedan apelar, aunque no puedan costear las transcripciones del expediente.

El efecto directo e inmediato de la decisión fue que, a partir de 1956, los Estados que permitían las apelaciones penales bajo algún costo debían prever alternativas para las personas en situación de pobreza o bien hacerse cargo de los gastos requeridos porque a la luz de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución ninguna persona podía ser excluida de una garantía penal únicamente por su condición económica.[17]

Según la doctrina de la época, parecía claro que no tenía una especial importancia el hecho de que el gasto en el caso "Griffin" haya sido el costo de una transcripción en lugar de algún otro gasto comparable necesario para una apelación justa y adecuada bajo la ley estatal de

al que adhieren Douglas y Clark, séptimo párrafo.

13- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Judson Griffin and James Crenshaw, Petitioners, v. The People of the State of Illinois", 1956, 351 U.S. 12, voto del juez Black al que adhieren Douglas y Clark, octavo párrafo.

14- Stanley E. Qua, "Comments: Griffin v. Illinois", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 25, p. 146.

15- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Judson Griffin and James Crenshaw, Petitioners, v. The People of the State of Illinois", 1956, 351 U.S. 12, voto del juez Black al que adhieren Douglas y Clark, noveno párrafo.

16- Cfr. SUNSTEIN, C., *The second Bill of rights*, Basic Books, Nueva York, 2004, p. 156.

17- Cfr. WILLCOX, B. y BLOUSTEIN, E. J., "Griffin Case Poverty and the Fourteenth Amendment", en *Cornell Law Rev. 1*, Vol. 43, 1957, p. 17.

Illinois, por lo que podría esperarse que la regla del caso "Griffin" se aplicara a cualquier tipo de desembolsos (gastos del proceso, honorarios, etcétera).[18]

II.2. "Gideon v. Wainwright" (1963): el derecho a la defensa pública de los acusados en situación de pobreza en procesos penales.[19]

Al momento en que la Corte decidió el caso "Griffin", se pronosticaba que los efectos de aquella sentencia, probablemente, determinarían una nueva regla, más amplia, que acabaría transformándose en la obligación de los Estados de proporcionar un abogado a todas las personas indigentes acusadas de un crimen en los procesos penales para resguardar completamente el derecho de las personas sin recursos al debido proceso.[20]

Pocos años después de "Griffin", la afirmación del derecho a la defensa pública en los Estados Unidos tuvo un hito jurisprudencial en el célebre caso "Gideon v. Wainwright" de 1963, considerado uno de los precedentes constitucionales más importantes de la jurisprudencia norteamericana.[21] Allí la Corte de los Estados Unidos estableció que el derecho de un acusado indigente de acceder a la asistencia de un abogado en el marco de un juicio penal es un derecho esencial fundamental que emerge de la cláusula del *debido proceso legal* de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

En "Gideon" el peticionario había sido acusado en un tribunal estatal de Florida por haber intentado cometer un delito en una sala de billar. En el marco del proceso penal seguido en su contra, el acusado solicitó que se le designara un abogado costeado por el Estado porque carecía de fondos para pagar su propia defensa. El Tribunal del Estado de Florida rechazó la petición porque bajo las leyes del Estado solo se garantizaba la defensa pública de los acusados cuando podían ser sometidos a una pena capital. A tenor de lo anterior, Gideon presentó un *habeas corpus* en el que solicitaba el derecho a un abogado financiado por el Estado, que llegó a instancias de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Previo a que "Gideon v. Wainwright" fuese resuelto, en una dividida decisión la Corte de los Estados Unidos había establecido en el histórico caso "Betts v. Brady" que las personas sin recursos no tenían derecho a un abogado costeado por el Gobierno.[22] En el caso "Betts", la opinión de la mayoría del tribunal acompañó el voto del juez Roberts J., quien sostuvo que la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que prevé la cláusula del *debido proceso*, no permite concluir que el derecho a un abogado deba garantizarse inexorablemente a los individuos acusados en cualquier caso y ante cualquier delito.[23]

18- Cfr. QUA, S. E., "Comments: Griffin v. Illinois", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 25, pp. 147-148.

19- El caso completo puede encontrarse en el buscador de la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, creado por Cornell University Law School, disponible en: www.law.cornell.edu/supremecourt/text/372/335%26hl%3D.

20- Cfr. WILLCOX, B. F. y BLOUSTEIN, E. J., "Griffin Case Poverty and the Fourteenth Amendment", en *Cornell Law Rev*. 1, Vol. 43, 1957, p. 23.

21- Para un análisis pormenorizado del fallo, ver: LEWIS, A., *Gideon's Trumpet*, Vintage Books, Nueva York, 1989.

22- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Betts v. Brady", Nº 837, 316 U.S. 455, sentencia del 1º de junio de 1942. Disponible en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/316/455.

23- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Betts v. Brady", Nº 837, 316 U.S. 455, sentencia del 1º de junio de 1942, opinión del juez Roberts J. acompañado por la mayoría: "The Fourteenth Amendment prohibits the conviction and incarceration of one whose trial is offensive

Posteriormente, la renovada Corte en "Gideon", con el voto del juez Black seguido por la mayoría (Warren, Brennan, Stewart, White y Goldberg), al analizar la similitud de los casos, revirtió expresamente la regla otrora establecida en "Betts".[24] Luego de recordar los precedentes anteriores del Tribunal referidos a la cláusula del *debido proceso* de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estadounidense, la Corte sostuvo que en el sistema criminal de los Estados Unidos se viola esa norma cuando una persona que carece de los recursos para pagar un abogado es sometida a un juicio penal.[25]

En "Gideon" la Corte además argumentó que la garantía de la Sexta Enmienda, que establece el derecho a un abogado, es esencial para un juicio justo y se aplica a los Estados a través de la cláusula del *debido proceso* de la Decimocuarta Enmienda.[26]

En el capítulo "How the Supreme Court (Almost) Adopted the Second Bill", Sunstein enfatiza que el dinero es central para el funcionamiento del sistema de la justicia criminal.[27] En este punto radica, tal vez, el principal argumento de la Corte en "Gideon" al expresar que "[l]os Gobiernos, tanto el Estadual como el Federal, gastan enormes sumas de dinero para establecer una maquinaria para perseguir a los acusados de un delito".[28]

Con esta premisa, la Corte sostuvo que si los gobiernos pagan abogados para acusar a una persona de un delito se refuerza la idea de que los "defensores en los juicios penales son necesidades, no lujos".[29]

to the common and fundamental ideas of fairness and right, and, while want of counsel in a particular case may result in a conviction lacking in such fundamental fairness, we cannot say that the Amendment embodies an inexorable command that no trial for any offense, or in any court, can be fairly conducted and justice accorded a defendant who is not represented by counsel".

24- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gideon v. Wainwright", Nº 155, 372 U.S. 335, sentencia del 18 de marzo de 1963. Voto del juez Black seguido por la mayoría: "Since the facts and circumstances of the two cases are so nearly indistinguishable, we think the Betts v. Brady holding, if left standing, would require us to reject Gideon's claim that the Constitution guarantees him the assistance of counsel. Upon full reconsideration, we conclude that Betts v. Brady should be overruled".

25- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gideon v. Wainwright", Nº 155, 372 U.S. 335, sentencia del 18 de marzo de 1963. Voto del juez Black seguido por la mayoría: "Not only these precedents, but also reason and reflection, require us to recognize that, in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him".

26- Cfr. DURBACH, A., "The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation", en *Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 64. La Sexta Enmienda establece el "[d]erecho a un juicio público y expedito": "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; a acceder a un careo con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa".

27- Cfr. SUNSTEIN, C., *The second Bill of rights*, Basic Books, Nueva York, 2004, p. 157.

28- Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gideon v. Wainwright", 372 U.S. 335, Nº 155, 1963, párrafo décimo sexto: "Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish machinery to try defendants accused of crime".

29- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gideon v. Wainwright", Nº 155, 372 U.S. 335, sentencia del 18 de marzo de 1963. Voto del juez Black seguido por la mayoría: "Lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries".

II.3. "Douglas v. California": el derecho de las personas sin recursos a contar con un abogado para apelar una condena penal.[30]

En 1963 la Corte de Warren reconoció el derecho de las personas sin recursos a que el Estado les provea un abogado en la primera apelación de una condena penal.

Según los hechos, relatados por el juez Douglas que emitió el voto de la mayoría del Tribunal, el caso trataba sobre el pedido de Bennie Will Meyes y William Douglas a contar con un abogado financiado por el Estado por encontrarse ambos en situación de indigencia.[31] La petición fue rechazada porque el Tribunal del distrito de California consideró que no sería útil para los derechos de los acusados obtener el nombramiento de un abogado en esa etapa del juicio. El rechazo de la petición estuvo basado en una norma del procedimiento penal de California que estipulaba que los tribunales de Apelación del Estado debían hacer una investigación independiente en el expediente para determinar si era ventajoso para el acusado contar con un abogado financiado por el gobierno de California.

El argumento utilizado por el juez Douglas fue que la denegación del derecho a un abogado a las personas sin recursos es discriminatoria, utilizando el mismo análisis del caso "Griffin".[32] En este orden, tanto el impedimento de obtener una transcripción y certificación gratuita del expediente para apelar una condena (analizado en "Griffin") como la falta de provisión de un abogado en la apelación obedecen a una misma causa: la discriminación hacia las personas sin recursos.

En el caso "Douglas", la Corte comprueba que cualquier chance real de que una persona sin recursos obtenga un resultado favorable en la apelación es completamente cercenada cuando es privada de la asistencia de un abogado financiado por el Estado.[33] En este sentido, sostuvo la Corte que existe una *línea inconstitucional que divide entre ricos y pobres* en la igual protección que exige la Decimocuarta Enmienda cuando la única apelación de una condena se decide sin la asistencia letrada de un abogado porque el condenado carece de recursos.[34]

En palabras de la Corte, "[e]n el presente caso, cuando el abogado es denegado a los apelantes, se demuestra que la discriminación no es entre buenos y malos casos, sino entre hombres ricos que solicitan a los Tribunales que escuchen los argumentos de su abogado antes de decidir sobre la causa y hombres sin recursos que no pueden pagar por su defensa".[35]

30- El caso completo puede encontrarse en el buscador de la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, creado por Cornell University Law School, disponible en: www.law.cornell.edu/supremecourt/text/372/353.

31- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "William Douglas and Bennie Will Meyes, Petitioners v. The People of the State of California", 372 U.S. 353 (83 S.Ct. 814, 9 L.Ed.2d 811), Nº 34, sentencia del 18 de marzo de 1963, voto de la mayoría del Dr. Douglas, párrafo primero.

32- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "William Douglas and Bennie Will Meyes, Petitioners v. The People of the State of California", 372 U.S. 353 (83 S.Ct. 814, 9 L.Ed.2d 811), Nº 34, sentencia del 18 de marzo de 1963, voto de la mayoría del Dr. Douglas, párrafo tercero.

33- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "William Douglas and Bennie Will Meyes, Petitioners, v. The People of the State of California", 372 U.S. 353 (83 S.Ct. 814, 9 L.Ed.2d 811), Nº 34, sentencia del 18 de marzo de 1963, voto de la mayoría del Dr. Douglas, párrafo cuarto.

34- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "William Douglas and Bennie Will Meyes, Petitioners, v. The People of the State of California", 372 U.S. 353 (83 S.Ct. 814, 9 L.Ed.2d 811), Nº 34, sentencia del 18 de marzo de 1963, voto de la mayoría del Dr. Douglas, párrafo quinto.

35- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "William Douglas and Bennie Will Meyes, Petitioners, v. The People

II.4. "Boddie v. Connecticut" (1971). Paralelo con "Airey v. Irlanda" del TEDH.

Ocho años después del caso "Douglas", la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió un nuevo avance en el contexto de los procesos de divorcio. Hasta 1971 los desarrollos jurisprudenciales de la Corte se habían centrado en casos relativos a derechos de los acusados indigentes en procesos penales. En "Boddie", la Corte debió resolver si en el marco de un proceso civil de divorcio el Estado debía pagar los gastos de las personas sin recursos.[36]

Analicemos los hechos del caso. Los demandantes residían en el Estado de Connecticut y habían iniciado un proceso de divorcio en el Circuito Federal. Además, habían solicitado que se les eximiera de pagar los costos del proceso judicial por su condición de personas en situación de pobreza.[37] En el caso, no había discusión sobre la imposibilidad de la pareja de pagar los costos del proceso de divorcio.

Ante el rechazo de los Tribunales de llevar adelante el divorcio debido a que la pareja no podía pagar los costos del proceso, estos iniciaron una nueva causa para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley de Connecticut, que exigía el pago de los costos del proceso a las personas sin recursos previo a obtener una resolución judicial.

En la opinión del juez John Marshall Harlan II, un miembro del ala conservadora de la Corte, que fue seguida por la mayoría del Tribunal, se estableció que, si se rechazaba el reclamo de la pareja, el resultado sería que no podrían divorciase por una simple razón: su pobreza.[38]

La conclusión de Harlan, con base en la cláusula del *debido proceso* de la Decimocuarta Enmienda, fue que "dada la posición básica del matrimonio en la jerarquía de valores en esta sociedad y la concomitante monopolización del Estado de los medios para disolver dicho vínculo, el debido proceso prohíbe al Estado denegar el acceso a los Tribunales para obtener una disolución judicial del matrimonio con el único fundamento en la incapacidad de pagar el proceso".[39]

Es de interés poner este caso en paralelo con la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el también muy conocido caso "Airey c. Irlanda" (sentencia 6289/73), de 1979, en el que se controvertía el derecho de ser asistido por un abogado defensor en un juicio de divorcio.

El artículo 6º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos establece el derecho a un proceso equitativo, cuya letra solo reconoce un derecho a la asistencia letrada a las personas

of the State of California", 372 U.S. 353 (83 S.Ct. 814, 9 L.Ed.2d 811), Nº 34, sentencia del 18 de marzo de 1963, voto de la mayoría del Dr. Douglas, párrafo sexto.

36- El caso completo puede encontrarse en el buscador de la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, creado por Cornell University Law School, disponible en: www.law.cornell.edu/supremecourt/text/401/371. (El Estado debe pagar los costos de los procesos de divorcio de las personas sin recursos).

37- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gladys Boddie et al., Appellants, v. State of Connecticut et al.", 401 U.S. 371 (91 S.Ct. 780, 28 L.Ed.2d 113), sentencia del 2 de marzo de 1971, voto del juez Harlan seguido por la mayoría, primer párrafo. Según los hechos del caso, el costo promedio que asume un litigante en un proceso de divorcio es de 60 dólares.

38- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gladys Boddie et al., Appellants, v. State of Connecticut et al.", 401 U.S. 371 (91 S.Ct. 780, 28 L.Ed.2d 113), sentencia del 2 de marzo de 1971, voto del juez Harlan seguido por la mayoría, cuarto párrafo.

39- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gladys Boddie et al., Appellants, v. State of Connecticut et al.", 401 U.S. 371 (91 S.Ct. 780, 28 L.Ed.2d 113), sentencia del 2 de marzo de 1971, voto del juez Harlan seguido por la mayoría, sexto párrafo.

acusadas de una infracción. Según este artículo, inciso 3.c., se reconoce el derecho "a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan". Nada dice de los procesos no penales.

En este caso, el Tribunal entendió "que es muy poco probable que una persona en la situación de la señora Airey pueda defender eficazmente por sí misma su causa". A ello agrega:

> [E]l cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio, en ocasiones, implica acciones positivas por parte del Estado; en esos casos, el Estado no puede permanecer pasivo y "no hay lugar a distinguir entre actos y omisiones" (ver. "mutatis mutandi", la citada sentencia Marckx, p. 15, § 31, y la De Wilde, Ooms y Versyp del 10 de marzo de 1972, serie A, núm. 15, p. 10, § 22). El deber de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales entra en esa categoría de deberes.[40]

Es decir, del derecho a un proceso equitativo se deriva la obligación positiva del Estado de proveer, en ciertas circunstancias, un abogado defensor.

La argumentación del Tribunal no está exenta de matices como lo muestran los siguientes razonamientos, que les dan precisión a aquellas circunstancias:

> Por otro lado, si bien el artículo 6.1 garantiza a los litigantes un derecho de acceso efectivo ante los Tribunales, deja al Estado la elección de los medios a emplear para el logro de esa finalidad. La instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita —que actualmente aparece contemplado en Irlanda para asuntos relacionados con el derecho de familia— constituye uno de esos medios, pero hay otros, como, por ejemplo, una simplificación del procedimiento. En cualquier caso, no es función del Tribunal indicar, menos aún dictar, las medidas que han de tomarse; lo que el Convenio exige es que todo individuo disfrute de su derecho a un acceso efectivo a los Tribunales, en condiciones que no sean contrarias a lo dispuesto por el artículo 6.1 (ver, "mutatis mutandi", sentencia sobre el Sindicato Nacional de la Policía Belga del 27 de octubre de 1975, serie A, núm. 19, p. 18, § 39, y la anteriormente citada del caso Marckx, p. 15, § 31). La conclusión que figura al final del parágrafo 24 no implica, por tanto, que el Estado debe proveer de un sistema de asistencia jurídica gratuita para todo litigio referido a un "derecho

40- Esta sentencia es en general destacada por haber señalado la interdependencia entre derechos, así como por entender que los derechos civiles y políticos implican obligaciones correlativas, tanto negativas como positivas. De acuerdo con uno de sus argumentos más elocuentes: "El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado y, sobre todo, de su situación económica. Por otro lado, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento (la anteriormente citada sentencia Marckx, p. 19, § 41), y dentro de su campo de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo (ver más arriba apartado 24). Porque, si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de esa interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio".

> de naturaleza civil". La afirmación de la existencia de un deber así entendido se concilia mal, y así lo estima el Tribunal, con el hecho de que el Convenio no haga mención alguna a esa asistencia jurídica para los litigios nacionales, pues el artículo 6.3.c) únicamente se refiere a los de naturaleza penal. Sin embargo, a pesar de la ausencia de una cláusula similar para los procesos civiles, el artículo 6.1 puede en ocasiones competer a un Estado a proveer de esa asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de esta para un acceso efectivo ante los Tribunales, ya sea porque sea legalmente exigida la asistencia de un letrado, como ocurre en los ordenamientos internos de algunos de los Estados contratantes para determinados tipos de procesos, o por la complejidad del procedimiento o del caso.

Es decir, el Tribunal dispone que de la cláusula genérica del proceso equitativo no deriva una obligación de proveer asistencia letrada en todos los casos, sino solo a) cuando haya una exigencia legal, y b) cuando sea indispensable para garantizar el acceso efectivo a la Justicia.[41]

Como contraste, puede verse una de las disidencias de tono mucho más conservador. El juez Thor Vilhjalmsson llegó a la siguiente conclusión:

> (…) sin grandes dudas, aunque con pesar, de que la demandante no se puede apoyar en lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio. Estimo que los Estados contratantes no tienen la obligación de asegurar asistencia jurídica gratuita en litigios civiles, y que este es el verdadero problema del caso. La capacidad o incapacidad de reivindicar los derechos garantizados por el Convenio dependen en muchos casos de la situación económica del titular. Es, por supuesto, deplorable que esto sea así. Para corregir esta situación, los Estados contratantes han tomado y toman incontables medidas, promoviendo el desarrollo económico y social en esta parte del mundo. Las ideas que subyacen en el Convenio y su letra muestran claramente que, sin embargo, se trata de problemas distintos de los del presente caso. La guerra contra la pobreza no se puede ganar mediante una interpretación amplia del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Cuando el Convenio juzga que la capacidad económica para aprovecharse de un derecho garantizado es tan importante que debe considerarse una parte esencial del derecho, lo afirma expresamente; así, en el artículo 6.3. Cuando no es el caso, el Convenio no tiene nada que decir acerca del qué, cómo y cuándo el significado económico lo hará efectivo. Cualquier otra interpretación del Convenio, al menos en la actual fase de evolución de los derechos humanos, hará surgir problemas cuyo rango y complejidad no pueden preverse, pero que, indudablemente, desbordan el marco del Convenio y las competencias de las instituciones que este ha creado".

41- El desarrollo posterior de este derecho puede verse en una serie de casos referenciados en un informe del propio Tribunal: "Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme Droit à un procès équitable (volet civil)", que puede consultarse en su sitio web.

III. El rol del Poder Judicial frente a los derechos y el presupuesto: la respuesta de los casos "Richmond".

Al conceptualizar el valor del texto constitucional en el sistema jurídico estadounidense, Akhil Reed Amar entiende que en un país políglota de muchas religiones, etnias e ideologías, la Constitución de los Estados Unidos se erige como un símbolo unificador. Además de la Constitución, existirían textos icónicos que demuestran una narrativa e identidad nacional, y que han adquirido un especial lugar en el discurso constitucional.[42] Estos textos son definidos como la *Constitución simbólica*, no escrita, en este país, que permitirían comprender las ambigüedades o los supuestos no previstos en la Constitución escrita. Uno de estos textos privilegiados en el discurso constitucional son los ensayos publicados en *El Federalista* por James Madison, Alexander Hamilton y John Jay.

En *El Federalista* Alexander Hamilton concibió un Poder Judicial sin injerencia en las decisiones sobre el gasto público y el presupuesto, ámbitos reservados para los órganos ejecutivo y legislativo. Hamilton sostuvo que el Poder Judicial es el órgano:

> (…) menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa.[43]

Esta visión sobre los tribunales, aun cuando pueda considerarse que no refleja con precisión la totalidad de su actuación, juega claramente como una imagen mítica que sí puede tener efectos en las tareas cotidianas de los jueces al momento de resolver los casos.[44] Ello, sumado a visiones doctrinarias muy estrechas sobre qué significa tener un derecho y cuáles son, por consiguiente las obligaciones correlativas, donde las visiones conservadoras presumen la existencia de derechos que solo implican obligaciones de no hacer por

42- Cfr. AMAR, A. R., *America's Unwritten Constitution: The precedents and the principles we lived by*, Basic Books, Nueva York, 2012, p. 245 y sigs. El autor inscribe en la noción de Constitución no escrita a los siguientes textos, admitiendo la posibilidad de existir otros: la Declaración de la Independencia, *El Federalista*, la Ordenanza del Noroeste, Lyncoln's Gettysburg Address, el caso "Brown v. Board" de la Corte de Warren y el discurso "I Have a Dream" de Martín Luther King. Sobre la importancia de la inserción de las normas jurídicas en narrativas políticas, ver el fundamental texto de COVER, R., "The Supreme Court, 1982 Term Foreward: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, Vol. 97, Nº 1, noviembre de 1983, pp. 1-306. Además, ver: CORTI, H., "La verdad en la doctrina constitucional", en *Derecho y Verdad*, Vol. III. Concepciones, Colección dirigida por Jorge Cerdio y Javier de Lucas, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2015 (en prensa) y "La Controversia sobre la hospitalidad: Interpretación de la Constitución y narraciones políticas sobre justicia", en *Revista Aequitas*, N° 2, año II. Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, Argentina, 2008.

43- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 330-331 (*El Federalista*, LXXVIII, Hamilton, de la Edición McLean, Nueva York).

44- Puede verse, en el propio derecho norteamericano, el debate sobre la ejecución de sentencias patrimoniales contra el Estado. Ver, entre otros: SHIMOMURA, F. D., "The history of claims against the United States: the evolution from a legislative toward a judicial model of payment", en *45 La. L. Rev. 625*, enero de 1985.

parte del Estado y que, a la vez, no tienen incidencia en las relaciones recíprocas entre las personas. Como sabemos, esas visiones estrechas sobre qué significa tener un derecho han sido desmontadas desde múltiples prácticas jurídicas, tal como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de casi todos los Tribunales Superiores nacionales, y la práctica del derecho internacional de los derechos humanos (a través por ejemplo de los Comités que aplican los pactos internacionales que protegen los derechos civiles y políticos, y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales).[45]

Un caso de la Corte norteamericana que se mueve en aquella estrecha senda jurídica es "DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services".[46] La Corte, con el voto del juez Rehnquist (al que siguieron White, Stevens, O'Connor, Scalia y Kennedy), resolvió que la inacción del Departamento de Servicios Sociales de proveer al peticionario de protección contra la violencia ejercida por su padre no violaba sus derechos en el marco de la cláusula del *debido proceso* de la Decimocuarta Enmienda.[47]

El caso versaba sobre el reclamo de los familiares de un niño por el maltrato sistemático al que lo sometía su padre y por la inacción del Departamento de Servicios Sociales.[48] En 1983 el niño Joshua DeShaney había sido internado en un hospital como consecuencia de la violencia física infringida por su padre. Pese a las denuncias presentadas ante el Departamento de Servicios Sociales del condado de Winnebago en Wisconsin, los funcionarios públicos consideraron que el maltrato no justificaba mantener al niño bajo custodia pública. Tiempo después, Joshua fue nuevamente atendido por la violencia física ejercida por su padre, incluso la asistente del Departamento del Servicio Social que visitó cada mes la casa de DeShaney había constatado nuevas heridas en la cabeza del niño. Ese mismo año, el niño de cuatro años fue nuevamente internado después de una salvaje golpiza propinada por su padre, que lo dejó en coma y con daños cerebrales irreversibles.

La Corte Suprema rechazó la petición al afirmar que, si bien el caso era lamentable, no constituía una violación a la Constitución. A criterio de la Corte, la falta de protección al niño por la violencia ejercida por su padre (un actor no estatal) no constituye una violación a la cláusula del *debido proceso*, porque la norma no impone ninguna obligación al Estado de proveer a los miembros del público en general una protección adecuada de servicios como los reclamados por los familiares de DeShaney.[49] La cláusula del *debido proceso* es concebida como una

45- La bibliografía al respecto es enorme. Sobre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ver la tesis de COLOMBINE, M., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, París, 2014. Sobre el derecho internacional de los Derechos Humanos: SEPÚLVEDA, M., *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, intersentia, Utrecht, 2003.

46- El caso completo puede encontrarse en el buscador de la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, creado por Cornell University Law School, disponible en: www.law.cornell.edu/supremecourt/text/489/189.

47- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services", 489 U.S. 189, voto del juez Rehnquist (al que siguieron White, Stevens, O'Connor, Scalia y Kenedy), sentencia del 22 de febrero de 1989.

48- Un resumen de los hechos del caso se puede ver en: HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp. 109-110.

49- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services", 489 U.S. 189, voto del juez Rehnquist (al que siguieron White, Stevens, O'Connor, Scalia y Kenedy), sentencia del 22 de febrero de 1989.

limitación al poder del Estado, y no como una garantía de ciertos niveles mínimos de seguridad y protección.[50] Según el tribunal, la cláusula prohíbe que el Estado prive por sí mismo a los individuos de su vida, libertad y propiedad sin un debido proceso legal, pero la letra de la norma no permite ser leída de una manera fiel como la imposición de una obligación afirmativa sobre el Estado de asegurar aquellos intereses que resulten lesionados por otros medios no estatales (como la violencia de un padre a un hijo que constituye un acto privado).[51]

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa en este ensayo, el derecho de defensa de las personas sin recursos en el proceso penal, el sistema legal estadounidense ofreció una respuesta distinta a DeShaney, al exigir al Estado que se haga cargo de los costos del proceso, como de la defensa de los acusados ("Gideon"), los gastos para certificar el expediente en una apelación ("Griffin"), la defensa letrada en las apelaciones de condena penal ("Boddie") y el costo de los procesos de divorcio ("Douglas").

Como se ve, la lógica de la Corte Suprema norteamericana es distinta de la esbozada en DeShaney, siendo similar a la desarrollada por otros tribunales estadounidenses, tanto federales como estaduales.

Luego del caso "Brown", se desarrolló ante los tribunales federales inferiores una significativa cantidad de litigios institucionales referidos, fundamentalmente, a las condiciones de detención en cárceles y prisiones, y a la situación de las personas internadas en razón de sus padecimientos mentales. En dichos casos, ha habido discusiones judiciales sobre la vinculación entre derechos y pautas constitucionales, por un lado, y restricciones presupuestarias, por otro. El estándar que resume la posición mayoritaria de estos jueces federales es que *las carencias presupuestarias no justifican la vulneración de derechos y principios constitucionales*.[52]

En cuanto a la jurisprudencia de los jueces estaduales, es fundamental la experiencia referida al derecho a la educación, suscitada por los litigios posteriores a la sentencia dictada por la Corte en "San Antonio Independent School District v. Rodríguez" de 1973 (411 U.S. 1). Allí la experiencia es por supuesto muy variada, pero en una gran cantidad de casos los tribunales estaduales hicieron lugar a las demandas que entendían que la lesión al derecho a la educación tenía su causa en un déficit de financiación pública, es decir, en insuficientes asignaciones presupuestarias. Un caso paradigmático al respecto es "Campaign for Fiscal Equity v. State", en el Estado de Nueva York.[53]

Según Rebell, quien además lleva adelante el caso citado, "hay una bien establecida doctrina en la jurisprudencia federal y estadual a través de la cual las consideraciones sobre el costo no pueden afectar el cumplimiento de los

50- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services", 489 U.S. 189, voto del juez Rehnquist (al que siguieron White, Stevens, O'Connor, Scalia y Kenedy), sentencia del 22 de febrero de 1989.

51- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services", 489 U.S. 189, voto del juez Rehnquist (al que siguieron White, Stevens, O'Connor, Scalia y Kenedy), sentencia del 22 de febrero de 1989.

52- Para una reseña de las decisiones federales hasta los años 70, ver FRUG, G. E., "Las potestades presupuestarias del poder judicial", publicado en CORTI, H., *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 37 y sigs., quien además sostiene una visión crítica sobre esta jurisprudencia. Sobre la jurisprudencia referida a condiciones de detención ver: FEELEY, M. y RUBIN, E., *Judicial Policy Making and The Modern State. How the courts reformed America's prisons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

53- Ver: REBELL, M., "Safeguarding the rights to a sound basic education in times of fiscal constraint", *75 Alb. L. Rev. 1855*, 2011-2012.

derechos constitucionales. La Corte Suprema ha específicamente afirmado que las restricciones financieras no pueden ser utilizadas para justificar la creación o la perpetuación de violaciones constitucionales".

La referencia de Rebell corresponde a "Rufo v. Inmate of Suffolk Cnty. Jail", U.S. 367, 392, de 1992, referida a condiciones inconstitucionales de detención. También se refiere a dos casos de la Corte, ambos de los años sesenta, vinculados al principio de igualdad de trato: "Watson v. City of Memphis", 373 U.S. 526, 537, de 1963, donde se sostuvo que eliminar situaciones referidas a la desagregación racial (en el caso: uso de un parque) no puede hacerse depender de teorías sobre lo más costoso que resulta asegurar el derecho, y "Shapiro v. Thompson", 394 U.S. 618, 633, de 1968, donde se dijo que las clasificaciones odiosas no se pueden justificar con argumentos basados en los costos.[54]

Es en este contexto, que merece por cierto un análisis pormenorizado sobre la base de una clasificación de los derechos y pautas constitucionales en juego, que se inserta la saga que a continuación narramos.

IV. La saga de los casos "Richmond".

Los casos "Richmond" de la Corte de Apelaciones de Maryland de 2012 y 2013 refieren, en lo sustancial de la decisión, al alcance del derecho de las personas indigentes a un abogado en el marco de un proceso penal.[55]

La nota distintiva de los casos "Richmond" es que la Corte de Apelaciones de Maryland amplió la defensa de los acusados indigentes desde la primera aproximación con un agente judicial, es decir, desde la etapa prejudicial, logrando una extensión del derecho a la asistencia legal pública no prevista en el ordenamiento infraconstitucional de ese Estado.[56]

IV.1 "Richmond I" (2012).

En el Estado de Maryland existe un sistema previo al juicio penal que exige que cada persona arrestada por haber cometido un presunto crimen debe comparecer obligatoriamente ante un comisionado u oficial de justicia.[57] Este funcionario tiene una serie de facultades en las audiencias iniciales a su cargo entre las que se encuentra la posibilidad de conceder la libertad condicional en favor del acusado, la concesión de una fianza, entre otras.[58]

Esa instancia es significativa desde la perspectiva del acusado porque allí se pueden establecer serias restricciones a sus derechos. Estos límites pueden ser desde las condiciones para la liberación de la persona, la posibilidad de obtener la libertad condicional bajo custodia, hasta el impedimento al acusado de viajar durante el período de la liberación, entre otras

54- También refiere Rebell una extensa serie de sentencias de Tribunales federales inferiores y de Tribunales estaduales.

55- Disponible en: http://mdcourts.gov/opinions/coa/2012/34a11.pdf.

56- COLBERT, D. L., "The Maryland's Access to Justice Story: Indigent Defendant's Right to Counsel at First Appearance", en *15 University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender & Class*, Vol. 15, Issue 1, 2015.

57- Sobre este punto, ver: *Maryland Code and Court Rules, Rule 4–212, Issuance, Service, and Execution of Summons or Warrant*. La figura del comisionado, o en otras palabras "oficial de justicia", se encuentra regulada en el artículo IV inciso 41.G de la Constitución del Estado de Maryland y en otras leyes como *Maryland Code and Court Rules, Rule 4–102(f)*. En adelante, utilizaremos indistintamente la denominación "comisionado" u "oficial de justicia".

58- STUMPF, F. F., *Inherent Powers of the Court*, NJC Press, 2008, p. 57.

restricciones que surgen de la regla 4-216(f) del Código de Procedimientos de Maryland.[59]

El dato necesario para entender la saga de casos "Richmond" es que previamente a estas sentencias los acusados indigentes no tenían un derecho reconocido a la defensa pública durante la instancia prejudicial en el marco de un proceso penal.[60]

Se estima que en 2013 se realizaron aproximadamente 153.000 audiencias ante comisionados en la etapa prejudicial de los procesos penales de Maryland y que los acusados indigentes representados por un abogado tenían el doble de probabilidades de ser puestos en libertad bajo fianza o libertad condicional en relación con aquellos que carecían de esa representación.[61]

El caso "Richmond I" se originó por una demanda presentada a la Corte del distrito de Baltimore por Quinton Richmond, quien era uno de los diez individuos que iniciaron la causa colectiva en calidad de demandantes.[62] Se encontraban detenidos en la ciudad de Baltimore por diferentes crímenes. Los actores representaban a todos los acusados de bajos recursos detenidos en Baltimore a los que se les había denegado el acceso a la defensa pública en el marco de la audiencia inicial prevista para la obtención de una fianza o libertad condicional ante un Comisionado.

En lo sustancial, la Corte de Apelaciones de Maryland debió decidir si una persona indigente tenía derecho a la defensa pública derivada de la Regla 4-2016 del Código de Procedimientos de Maryland para la determinación de una fianza en la etapa prejudicial. Sobre esta primera discusión, la Corte de Apelaciones sostuvo: "[Un] acusado indigente tiene derecho a la defensa pública desde las etapas iniciales del proceso ante un comisionado en virtud de la Ley de la defensa pública de Maryland y el Código de Maryland".[63]

Corresponde indagar, en detalle, los principales aspectos de la sentencia.

i) El derecho legal a un abogado para los acusados en un proceso penal

La Corte de Apelaciones recordó que el derecho a un abogado emana, además de la Ley de defensa pública (Sección 16-204 de la Ley de defensa pública de Maryland), de la Sexta Enmienda la Constitución de los Estados Unidos.

El razonamiento de los jueces sobre el alcance de la asistencia letrada por parte de la defensa pública requirió interpretar la sección

59- Ver: *Maryland Code and Court Rules, Rule 4–216 (f), Rule 4–216.*

60- Cfr. PLATT, S. y MODICA, K., "The separation of powers in Maryland and the Right to counsel: checks and balances or weights and measures", en *Maryland Bar Journal*, Maryland, 2015, p. 32. Los autores explican que si bien la determinación de los comisionados puede ser apelada, las estadísticas demuestran que los jueces difícilmente se apartan de los criterios adoptados por los comisionados.

61- Cfr. PLATT, S. y MODICA, K., "The separation of powers in Maryland and the Right to counsel: checks and balances or weights and measures", en *Maryland Bar Journal*, Maryland, 2015, p. 33.

62- Los demandados fueron el Presidente de la Corte de Maryland, el Coordinador de la Actividad de los Comisionados de la Jurisdicción de Maryland, el Juez Administrativo de la Jurisdicción de la Ciudad de Baltimore y los propios comisionados de la jurisdicción de la Ciudad de Baltimore. Los actores eran Jerome Jett, Glenn Callaway, Myron Singleton, Timothy Wright, Keith Wilds, Michael LaFrasse, Ralph Steele, Laura Baker, Erich Lewis y Nathaniel Shivers. Todos ellos fueron arrestados por delitos graves. Se encontraban detenidos en la cárcel central de reservas, no habían tenido contacto con un abogado y debían comparecer ante un comisionado u oficial de justicia para definir su libertad condicional. Además, habían informado que no podían costear por sus propios medios a un abogado que los represente en la etapa prejudicial del proceso penal. Sin embargo, el comisionado había denegado la asistencia de un abogado de la defensa pública.

63- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, pp. 1-2.

16-204(b)(2) de la Ley de defensa pública que reconoce el derecho de los acusados indigentes a obtener un defensor público en cualquier etapa del proceso penal.[64]

Ello requirió definir cuándo comienza el proceso penal, cuestión que había sido establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Rothgery v. Gillepsie County" al reconocer que la audiencia inicial ante un oficial de justicia —en la que pueda restringirse la libertad de un individuo— marca el comienzo de un proceso dentro de la proyección del derecho a un abogado que emerge de la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana.[65]

Con esta premisa, la Corte de Apelaciones de Maryland sostuvo que la idea de "cualquier etapa del proceso penal" de la sección 16-204(b)(2) de la Ley de defensa pública incluía las audiencias ante los comisionados que pudieran determinar la detención del acusado indigente. A criterio del tribunal, "la presencia de un abogado para la determinación de la excarcelación o la libertad condicional puede mejorar la defensa del acusado".[66] Al considerar que la audiencia inicial ante un comisionado era una etapa del proceso penal, se arribó a la conclusión en el caso "Richmond" de que los acusados indigentes tenían derecho a la defensa pública en la etapa prejudicial ante el comisionado en el marco de la sección 16-204(b)2.[67]

ii) El mayor peso del derecho sustancial a la defensa pública por sobre las limitaciones presupuestarias

El argumento neurálgico del caso "Richmond I" es la prevalencia de los derechos sustanciales sobre sus costos.

Es cierto que la decisión de extender el alcance del derecho a la defensa pública a todas las etapas del proceso penal, incluso la prejudicial, exige una mayor solvencia por parte del órgano que agrupa a los defensores públicos.[68] Sin embargo, para la mayoría del Tribunal, esta limitación de índole económica no constituye un impedimento para el reconocimiento de un derecho.

En el caso se presentaba la paradoja de que el propio titular de la Oficina de la defensa pública, Paul Dewolfe, aceptaba la petición de los demandantes en cuanto a obtener un derecho a la defensa pública desde las audiencias iniciales ante los comisionados, pero discrepaba en cuanto al abordaje de su implementación. Desde su postura, la falta de recursos constituye un impedimento para el reconocimiento del derecho a la defensa.

El voto de la mayoría de la Corte de Apelaciones rechazó el argumento presentado por Dewolfe. Por un lado, sostuvo que las objeciones presupuestarias nunca pueden ser un óbice al reconocimiento del derecho de un individuo a la defensa pública. Según este razonamiento, indicó que el hecho de que la causa sea de naturaleza colectiva y que de ello se derive un impacto mayor en el presupuesto estatal no puede ser un impedimento para el reconocimiento de un derecho.[69]

64- Ley de la defensa pública de Maryland, sección 16-204 (b) (2), que dispone: "[l] a representación debe ser garantizada a toda persona indigente en cualquier etapa del procedimiento (…), incluyendo los procesos penales, custodias, interrogatorio, audiencias preliminares, acusaciones, juicio y apelación".

65- Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Rothgery v. Gillepsie County", 554 U.S. 213.

66- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, p. 25.

67- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, p. 27.

68- En el caso de Maryland, se trataba de la Oficina de la defensa pública.

69- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe,

El postulado del voto de la mayoría afirma que una vez reconocido un derecho su impacto presupuestario no tiene relevancia.[70]

En resumen, la posición de la Corte de Apelaciones puede resumirse mediante el siguiente postulado: "[L]os costos financieros para la implementación de una decisión judicial no pueden servir de justificativo para demorar o impedir el reconocimiento del derecho a la defensa pública de los acusados indigentes".[71]

En lo medular de su análisis, la Corte de Apelaciones de Maryland reafirmó la potestad de los jueces de declarar el reconocimiento de un derecho, como en el caso el acceso a la defensa pública, sin consideración a los obstáculos fiscales para hacer frente a la implementación de una decisión de este tenor.

iii) La disidencia de los jueces Harrel y Adkins

Los jueces Harrel y Adkins de la Corte de Apelaciones de Maryland formularon una disidencia al voto de la mayoría, pero únicamente con relación al rechazo a la solicitud del titular de la Oficina de la defensa pública de suspender los efectos del fallo.[72] El argumento central de su posición es que correspondía otorgar un plazo para que las dependencias de la Oficina de la defensa pública de Maryland y los órganos que deciden las asignaciones presupuestarias puedan realizar sus mayores esfuerzos para cumplir con la decisión de la sentencia.[73]

Desde este enfoque, los jueces de la minoría asignaron preponderancia a las implicancias presupuestarias de la sentencia que en definitiva significaba la realización de miles de audiencias por año en la etapa prejudicial del proceso ante los comisionados. Esa orden implicaba que la Oficina de la defensa pública debía proporcionar representación 24 horas al día, siete días a la semana en los centros de detención de la ciudad de Baltimore.

Harrel y Adkins consideraron inaceptable la posición de la mayoría al hacer oídos sordos a la objeción de la Oficina de la defensa pública que había solicitado una suspensión del fallo hasta asegurar que se le asignaran los recursos adecuados para proporcionar una representación letrada efectiva desde las instancias iniciales del proceso ante los comisionados.[74]

Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, pp. 30-31.

70- En su razonamiento, la Corte de Apelaciones de Maryland tuvo en consideración un precedente de la Corte de Apelaciones de Nueva York, que sostuvo: "[L]a necesidad de un mecanismo de implementación de una decisión judicial puede exigir la asignación de fondos públicos y, particularmente en tiempos de escasez, requiere del reordenamiento de las prioridades legislativas. Sin embargo, esto no equivale a un argumento en virtud del cual un Tribunal podría ser relevado de su obligación esencial para proporcionar un solución para la violación de un derecho constitucional fundamental". Sobre la cuestión, ver el caso "Hurrel-Harring v. New York", 930 N.E.2d 217, Nueva York, 2010.

71- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, p. 32.

72- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, voto de los jueces Harrel y Adkins, p. 4.

73- Los jueces manifestaron que "habrían concedido una suspensión de la sentencia hasta el 30 de junio de 2012, período durante el cual la Oficina de la defensa pública, el Gobernador y la Legislatura realicen todo lo que se debe hacer para cumplir con el derecho aquí declarado. Durante la suspensión, cabe esperar que el Oficina de la defensa pública, además de los esfuerzos para asegurar la plena ejecución del derecho declarado el 30 de junio de 2012, formule y lleve a cabo una iniciativa de mejores esfuerzos, utilizando sus recursos existentes, para representar a personas indigentes durante las audiencias iniciales ante los Comisionados". Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, voto de los jueces Harrel y Adkins, p. 4.

74- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, voto de los jueces Harrel y Adkins, p. 2.

Por cierto, la medida de suspensión de los efectos de la sentencia propuesta por la minoría se debe, según el criterio de estos dos jueces, a que si bien es posible que se aumenten las partidas de un presupuesto anual aprobado, el proceso de formulación, fiscalización y adopción de esas medidas no es instantáneo y, además, tanto la Legislatura como el Gobernador pueden tener otros asuntos o prioridades económicas que atender.[75]

El rol de los jueces ante las limitaciones presupuestarias pareciera ser el mayor punto de conflicto entre las dos posiciones. Los magistrados Adkins y Harrel postularon que las limitaciones económicas de la Oficina de la defensa pública la hacen incapaz de proporcionar asesoramiento en las audiencias iniciales ante los comisionados y de todas las etapas posteriores debido a los enormes costos de la sentencia.

iv) La respuesta estatal ante las implicancias del fallo

La sentencia de "Richmond I" generó un encendido debate en la Legislatura de Maryland. El problema radicó en que la extensión del derecho a la defensa a las etapas iniciales del proceso penal en virtud de la Ley de defensa pública irradiaría un costo adicional de por lo menos 27 millones de dólares para implementar aquella decisión.[76]

Mientras los recursos de apelación al caso "Richmond I" eran analizados por el Tribunal, la Legislatura de Maryland aprobó una reforma a la Ley de defensa pública que estableció que "no se requiere proporcionar representación letrada a los acusados indigentes desde las audiencias iniciales del proceso ante los comisionados de distrito".[77]

IV.2 "Richmond II" (2013).

Debido a la reforma de la Ley de la defensa pública para eliminar el derecho legal de los acusados indigentes a contar con representación letrada ante los comisionados, en el caso "Richmond II" la Corte de Apelaciones de Maryland debió decidir si existía un derecho constitucional en la Constitución de los Estados Unidos o en la Constitución de Maryland.[78]

i) El derecho constitucional a un abogado para los acusados en un proceso penal ante los comisionados de distrito

El tribunal por mayoría, reconoció que debido a la cláusula del *debido proceso* del artículo 24 de la Declaración de Derechos de Maryland las personas indigentes gozan de un derecho constitucional a obtener un defensor oficial en el marco de una acusación en el proceso prejudicial ante los comisionados.[79]

75- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 4 de febrero de 2012, voto de los jueces Harrel y Adkins, p. 3.

76- Cfr. PLATT, S. y MODICA, K., "The separation of powers in Maryland and the Right to counsel: checks and balances or weights and measures", en *Maryland Bar Journal*, Maryland, 2015, p. 35.

77- La reforma fue aprobada con la siguiente redacción: Sección 16-204 (b) (2) (II) "La representación no es requerida para los individuos indigentes en las audiencias preliminares ante un Comisionado de la Corte del Distrito", ver Chapter 504, *Laws of Maryland*, 2012, pp. 10-11.

78- Cfr. APPLEMAN, L. I., "Justice in the Shadowlands: Pretrial Detention, Punishment, & the Sixth Amendment", en *Washington Law Review*, Washington, 2012, pp. 1343-1354.

79- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 25 de septiembre de 2013, p. 12. La Constitución del Estado de Maryland contiene una primera parte denominada "Declaración de Derechos". En esa sección, su artículo 24 establece: "Ningún hombre debe ser llevado o encarcelado o privado de su libertad o privilegios, (…) sino por el juicio por jurados y por la Ley del territorio".

La decisión se basó únicamente en el componente del debido proceso del artículo 24 de la Constitución de Maryland, de forma que el tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre la cláusula federal de la Constitución de los Estados Unidos por haber encontrado protección directa en la Constitución estadual para el derecho de los demandantes.[80]

La cláusula del debido proceso de la Declaración de Derechos de Maryland del artículo 24 ha sido construida por el Tribunal de Apelaciones de Maryland desde hace tiempo en virtud de sus sentencias.[81]

Asimismo, el Tribunal se basó en los fundamentos esbozados en la sentencia "Richmond I", en la que se señalaron algunos de los problemas que se suscitan cuando los acusados carecen de un abogado en las audiencias preliminares.[82]

Los jueces remarcaron que la reforma de la sección 16-204(b)(2)(i) de la Ley de defensa pública no afectó el derecho de los indigentes acusados a obtener un abogado a cargo del Estado previsto en la norma constitucional del Estado.[83]

Si bien algunas partes argumentaron la inconstitucionalidad de la reforma de la Ley de la defensa pública, el Tribunal decidió no inmiscuirse en dicha cuestión debido a que no era lo que estaba en discusión siendo el *holding* del caso "las personas sin recursos tienen derecho a un abogado en las audiencias preliminares ante un comisionado".[84]

ii) La disidencia de los jueces Barbera, Harrel y Adkins

El voto en disidencia emitido por Barbera, al que adhieren Harrel y Adkins, se fundamenta en que, a criterio de estos jueces, la cláusula del *debido proceso* del artículo 24 de la Declaración de Derechos de Maryland no garantiza el derecho a un defensor oficial en la etapa prejudicial ante los comisionados de distrito, particularmente debido a los cambios normativos que se dieron en respuesta a "Richmond I".[85]

La disidencia hizo hincapié en el argumento del Estado acerca de que la Asamblea General consideró una multitud de factores al momento de decidir que no sea necesario un abogado en el momento de la audiencia inicial, entre ellos, justamente el alto costo monetario, así como las dificultades prácticas y logísticas inherentes a proveer un letrado en ese momento inicial, asuntos de seguridad pública, y "el hecho de que muchos arrestados son liberados en ese momento, sin asistencia de un representante legal".

iii) La respuesta estatal ante las implicancias del fallo

En cuanto a las implicancias con posterioridad a "Richmond II", se destaca un fuerte debate de los legisladores en cuanto a la implementación del fallo y su impacto presupuestario.[86]

80- Ver la novena nota del voto de la mayoría en "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 25 de septiembre de 2013, p. 12. Ver: JOHNSON, L. D., "The Politics of the Bail System: what's the Price for freedom?", *17 Scholar 171*, 2015, p. 200.

81- Ver: "Coates v. State", 180 Md. 502, 512, 25 A2d. 676, 680 (1942) y "Jewett v. State" 190 Md. 289, 296-297, 58 A2d. 236, 238, 1948.

82- Por mencionar algunas de las consecuencias de carecer de un abogado: mayor probabilidad de tener fianzas más costosas, de tener detenciones más largas, entre otras.

83- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 25 de septiembre de 2013, p. 18.

84- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. et. al. v. Quinton Richmond, et. al.", el 25 de septiembre de 2013, p. 21.

85- Cfr. Corte de Apelaciones de Maryland, "Paul Dewolfe, Jr. Et. al v. Quinton Richmond, et al.", el 25 de septiembre de 2013, voto en disidencia de las jueces Barbera, Harrell y Adkins, p. 1.

86- COLBERT, D. L., "The Maryland's Access to Justice

V. Conclusión

Probablemente, la aparición de los casos "Richmond" de la Corte de Maryland, que extienden el derecho a la defensa pública a la etapa prejudicial obedecen a una reciente expresión de la línea jurisprudencial de la Corte de Warren en el supuesto específico de la defensa pública. Podemos advertir que en el área del derecho a la asistencia letrada de las personas sin recursos y la financiación de los costos de un proceso los desarrollos de la Corte de Warren han perdurado e incluso evolucionado.

En la mayoría de los casos de la Corte Suprema norteamericana analizados, el núcleo del argumento se basó en el reconocimiento de un derecho constitucional (la defensa pública de los individuos o el pago de los costos del proceso), mediante distintos argumentos (existencia de un derecho sustancial).

La clave conceptual que permitió los avances de los casos de la Corte de Warren ("Griffin", "Gideon", "Douglas" y "Boddie") se sustentó en una novedosa interpretación de la cláusula del *debido proceso* e *igual protección ante la ley* de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Mediante una reinterpretación de estos mandatos constitucionales, la Corte extendió derechos relativos a la defensa pública de los acusados en procesos criminales y el pago de gastos judiciales en favor de las personas sin recursos económicos.

Solo de manera implícita, sin mayores desarrollos, la Corte de Warren condenó al Gobierno a asumir el costo de los derechos en estos casos. La jurisprudencia analizada no hace otra cosa que sujetar el presupuesto del Estado como un medio para garantizar el derecho a defender los derechos sin cortapisas.

Estas decisiones no arrojan una sola línea sobre el impacto del reconocimiento de derechos sobre el presupuesto, al asumir que este análisis no es un tema a considerar por los tribunales. Sin embargo, en la solución judicial de estos casos subyace una regla no explicitada: *el derecho a defender los derechos es costoso y ese costo lo debe asumir el Estado cuando se trata de procesos penales en perjuicio de personas pobres*.

Sentada la premisa anterior surge un nuevo problema, la existencia de recursos suficientes para garantizar estos derechos. La saga de los casos "Richmond" demuestra un argumento revelador para justificar el reconocimiento de los derechos por sobre los problemas presupuestarios de los Estados. La Corte de Maryland adoptó una clara posición: *ante la presencia de un derecho sustancial deviene inválido el argumento del Estado sobre la carencia de recursos financieros*.

Esta postura jurisprudencial ejemplifica lo que en otros ensayos denominamos el control judicial fuerte de las restricciones presupuestarias.

Según destacamos, es posible clasificar las diferentes posiciones de los tribunales en un espectro que va de un extremo a otro. Uno de ellos basado en las argumentaciones de la primacía de los derechos hacia otro que es el de las restricciones presupuestarias.

Entre ambos polos, identificamos una serie de modelos de control judicial, caracterizados por su diferente grado de intensidad y por las diferentes modalidades de razonar a través de la cual se expresan.

El control judicial fuerte es el que afirma sin excepciones el derecho constitucional involucrado.

Y en ese espacio parecen moverse algunas líneas jurisprudenciales norteamericanas, en sus diferentes instancias (la Corte Suprema, los

Story: Indigent Defendant's Right to Counsel at First Appearance", en *15 University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender & Class*, Vol. 15, Issue 1, 2015, pp. 49-52.

tribunales federales inferiores y los tribunales estaduales) y con respecto a diferentes derechos y estándares constitucionales (derechos de las personas detenidas; derechos de las personas con padecimiento mental; derecho a la educación).

Aquí nos detuvimos en el derecho de defensa de las personas, sin recursos económicos e involucradas en los procesos penales, desde el primer momento en el que está en juego su libertad, donde la Corte de Maryland no les otorga peso jurídico argumental a los eventuales efectos presupuestarios de la decisión como un medio para restringir o limitar este derecho constitucional.

Es decir, en estos casos, los derechos priman, sin excepción, sobre las restricciones presupuestarias.

Mg. Aldo Caliari*

Política tributaria y derechos humanos: algunos comentarios sobre el "Informe de la Relatoría Especial sobre pobreza extrema y derechos humanos".

El movimiento de derechos humanos está cada vez más consciente de la necesidad de unir, a sus tradicionales demandas, recomendaciones que influyan directamente en la política económica. Esto, por supuesto, se ajusta a una lógica jurídica de que las políticas económicas —como manifestaciones del aparato del Estado—, no pueden estar exentas y deben, también, ceñirse a las obligaciones y normativa de los derechos humanos. No obstante, también, reflejan una percepción práctica; y es que, los mecanismos de exigibilidad e, incluso, justiciabilidad de los derechos —si se manejan con exclusión de políticas económicas que determinan el resultado de varias medidas de goce y protección de derechos—, terminan siendo insuficientes para garantizar ese goce. Esto no significa, desde luego, ceder a un condicionamiento del cumplimiento de obligaciones de derechos humanos a la obtención de un cierto grado de prosperidad. Pero sí, aceptar la simple realidad de que lograr que las políticas de derechos humanos y económicas operen de consuno, y, en el mismo sentido, lograren más y mejores resultados que si operan en sentidos contrarios.

*** Mg. Aldo Caliari**
Abogado (UNT). Master en Política y Práctica Internacional (Universidad George Washington). Master en estudios jurídicos internacionales (Washington College of Law, American University). Director del proyecto 'Repensando Bretton Woods' en la organización Center of Concern. Docente adjunto (Washington College of Law, American University).

Aun para quienes no cuestionan esta premisa, sin embargo, poder diseñar las recomendaciones adecuadas y pertinentes en un ámbito que, frecuentemente, se presenta a los expertos de derechos humanos como complejo y técnico —como es el de la política económica—, puede no ser fácil. Precisamente por esto, representa una invalorable contribución la decisión de la Relatoría Especial sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos "la Relatoría" —en aquel momento ocupada por Magdalena Sepúlveda Carmona— dedicar uno de sus informes temáticos a la relación entre política tributaria y derechos humanos. Tal informe fue presentado a la 26ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en junio del 2014, 1[1] "el Informe", por quien ya, en ese momento, acababa de tomar posesión como nuevo Relator: el profesor Philip Alston.

El Informe llena un vacío en más de un sentido. No solo es una contribución al señalado empeño en desarrollar las consecuencias de la normativa de derechos humanos para el subuniverso de la política económica, —que son, en definitiva, las políticas tributarias—. Sino que, al decidir ir más allá de la cuestión del gasto —que, frecuentemente, había sido objeto de análisis desde la perspectiva de los derechos humanos—, y enfocar en la de la recaudación, el Informe constituye un bienvenido complemento. El gasto, visto sin su inevitable relación con el ingreso —cuánto, cómo y de quién se recauda—, siempre se quedaría en un estudio sesgado del impacto que las políticas del Estado tienen en los derechos de la población.

Asimismo, la Relatoría no adopta el ángulo que la temática parecería sugerir de manera más obvia, esto es, una mirada al aspecto puramente doméstico de la recaudación, y aborda el tema de una manera balanceada. No se conforma con puntualizar dónde los Estados pueden hacer más "hacia dentro" y constatar los límites existentes, sino que, sobre los fundamentos jurídicos planteados por las obligaciones de asistencia y cooperación internacional, empuja las fronteras respecto de la acción extraterritorial y coordinada en cooperación tributaria. Abre así, una nueva dimensión de debate en la que, de otra manera, se vio casi exclusivamente la contribución de terceros Estados como una transferencia directa de "ayuda para el desarrollo."

Un desafío transversal a todo el Informe es que, toda vez que se trata la temática de la política económica, los Estados cuentan con un espacio de discreción política, en el que no sería prudente que las normas de derechos humanos intentaran acotar la flexibilidad necesaria para responder a la variedad de situaciones que se pueden presentar, y la variedad de soluciones o respuestas posibles a estas. Al mismo tiempo, si las políticas económicas estuvieran exentas del análisis desde la perspectiva de derechos humanos, se abriría un enorme ámbito de instrumentos que los Estados tienen a su disposición para cumplir con las obligaciones de derechos humanos, por lo que escaparían al escrutinio y, más aún, podrían socavar o vulnerar derechos.

Esta tensión es reconocida frontalmente en el Informe de la Relatoría:

> Las obligaciones de Derechos Humanos no prescriben políticas de tributación precisas, ya que los Estados tienen la discreción de formular las políticas que son más apropiadas a sus circunstancias. Sin embargo, un amplio espectro de tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos

1- "Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights", A/HRC/26/28, 14 de abril 2014. Las traducciones de este informe son propias del autor (al no haber traducción oficial al español).

Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen límites a tal discreción.[2]

El marco normativo

El Informe contiene una sección en la que considera el marco normativo a tener en cuenta para analizar las conductas del Estado en materia de tributación:

Derecho a la igualdad y la no discriminación

Un principio clave es el de igualdad y no discriminación. Como es esperable, el tema de la igualdad y su relación con la política tributaria es un tópico recurrente en este Informe. El cumplimiento de este derecho en el área de la recaudación se traduce en instalar sistemas tributarios progresivos con capacidad redistributiva real, para preservar y progresivamente, incrementar el ingreso de los hogares más pobres.[3] Por ejemplo, un impuesto llano —aquel en que todas las personas tienen que pagar igual proporción de su ingreso— no sería conducente con la igualdad, ya que limitaría esa función redistributiva. Asimismo, el Informe se refiere a la necesidad de evaluar estructuras impositivas que podrían —directa o indirectamente— desincentivar la participación de la mujer en la fuerza de trabajo.

Derecho a la autodeterminación

El derecho a la autodeterminación, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultures (PIDESC), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), involucra el derecho de los pueblos a proveer libremente a su desarrollo económico, social y cultural,[4] y el deber de los Estados de respetar ese derecho. Esto tiene "consecuencias claras para actividades que puedan socavar la capacidad de otros países de recaudar ingresos para financiar su desarrollo".[5]

Como se señaló, la Relatoría hizo un fuerte hincapié en el tema de los impactos de la política tributaria en otros Estados, dada su importancia en la configuración actual de la economía global. El derecho a la autodeterminación es uno de los basamentos para establecer que las políticas tributarias nacionales pueden acarrear consecuencias jurídicas, debido a sus impactos fuera del territorio.

Derecho a la participación, rendición de cuentas y acceso a la información

Los derechos a la participación, rendición de cuentas y acceso a la información aplican en el caso de las políticas fiscales y deben ser implementados a través de todo el ciclo que va desde el diseño de presupuestos y códigos tributarios hasta la asignación de gastos, y a la evaluación y monitoreo de impactos.[6]

Obligaciones específicas respecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Una de las obligaciones en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es la de dedicar los máximos recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los recursos disponibles a ser

2- Informe,párr. 4.

3- Informe,párr. 16.

4- PIDCP,art. 1.1.

5- Informe, párr. 19.

6- Informe, párr. 20.

movilizados—recalca el Informe— incluyen recursos potenciales, que pueden ser recaudados a través de esfuerzos razonables, tales como las medidas tributarias y de cooperación y asistencia internacional.[7] Los Estados que dicen tener restricciones de recursos tienen la carga de la prueba para demostrar que hicieron todos los esfuerzos para avanzar hacia la realización de los derechos como materia prioritaria.[8]

Esto es de enorme trascendencia, dado que las obligaciones en materia de DESC no son siempre de aplicación inmediata, y un Estado puede alegar limitaciones de recursos que le impiden, por lo menos en el corto plazo, hacer efectivo el pleno goce de ciertos derechos. Por lo tanto, la afirmación de que los recursos disponibles involucran también a aquellos que podrían ser recaudados a través de esfuerzos razonables abre un importante espacio de discusión. De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, existe una amplia evidencia de que, en varios países, existe un margen para recaudar más recursos.[9] Por supuesto, un Estado podría argumentar que aumentar los tributos o implementar algunos nuevos podría tener un impacto negativo mayor en derechos —por ejemplo, si se proyectara una caída de la actividad económica como resultado y se demostrara que tal actividad afectaría a individuos o grupos vulnerables—. Será al Estado, sin embargo, a quien le incumbirá probar que ha ejercitado tales medios o que, si no ha utilizado alguna herramienta, se debió a que hubiera tenido consecuencias negativas para los derechos en su conjunto.

También, está entre los deberes específicos del DESC la obligación inmediata de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos. Incluso en tiempos de limitaciones graves de recursos, dice el Informe, los Estados deben demostrar que han hecho todo lo posible para usar los recursos a su disposición para satisfacer tales niveles, y esto incluiría recursos que, potencialmente, se pueden obtener vía tributación, o a través de atacar la evasión y otros flujos financieros ilícitos.[10]

La obligación de realización progresiva involucra la prohibición de medidas que —directa o indirectamente— conduzcan a retrocesos en el goce de los derechos. El Informe concluye que la compatibilidad de las medidas de austeridad con el PIDESC dependería, al menos parcialmente, de que el Estado hubiera buscado alternativas para incrementar sus ingresos antes de implementar cortes presupuestarios a áreas de importancia para los DESC.[11]

Obligaciones de asistencia y cooperación internacional

La Relatoría se refiere, dentro del marco normativo relevante, a las obligaciones de asistencia y cooperación internacional que emanan de la Carta de las Naciones Unidas (artículos 55 y 56), así como el PIDESC [artículos 2º(1) y 1º(1)], la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 4º) y otros instrumentos.[12] Estas obligaciones exigen que los Estados respeten y protejan los derechos humanos en todas partes, es decir, se

7- Informe,párr. 25

8- Informe,párr. 26.

9- "Revenue mobilization in Developing countries"; PNUD 2010, "What will it take to achieve the Millenium Development Goals? An International Assessment", FMI, 2011.

10- Informe,párr. 27.

11- Informe,párr. 28.

12- Informe,párr. 29.

abstengan de conductas que puedan dificultar el goce de los derechos humanos por parte de las personas más allá de sus fronteras.

Estados que proveen a personas con riqueza y corporaciones transnacionales avenidas para evadir sus pasivos tributarios podrían encontrarse en contravención de estas obligaciones, ya que estarían afectando así la capacidad de otros Estados de movilizar los recursos para la realización progresiva de DESC.[13]

Una paradoja, que la Relatoría señala, es que ha sido difícil alcanzar acuerdos internacionales sobre cooperación tributaria —debido a los poderosos intereses en juego y la resistencia de los Estados a ceder soberanía en cuestiones impositivas—. Pero dada la actual situación, ciertos Estados —especialmente aquellos de bajos ingresos o con altos niveles de deudas hacia instituciones financieras internacionales— tienen limitada la soberanía sobre sus asuntos fiscales, ya que sus acciones en materia fiscal son acotadas por el accionar de países ricos, organizaciones financieras internacionales o intereses empresarios.[14]

Por ejemplo, el Banco Mundial produce anualmente el informe "Haciendo negocios", documento que clasifica a los países de acuerdo con la "facilidad para hacer negocios" y que ha demostrado ser una importante influencia en países en desarrollo, así como en programas de préstamo y asesoramiento del Banco a sus países prestatarios. Entre las áreas evaluadas para hacer este ranking, están las políticas fiscales, que han generado críticas por su sesgo hacia la reducción de las tasas de recaudación.[15]

Tributación: funciones críticas en materia de derechos humanos.

De acuerdo con el Informe, si bien los impuestos no son la única fuente de ingreso del gobierno, son los más importantes porque combinan tres funciones críticas: la generación de ingresos para la realización de los derechos; el fomento de la igualdad y el fortalecimiento de la gobernanza, y la rendición de cuentas.

La generación de recursos para financiar bienes —como la educación o la salud— es la manera más directa en que los ingresos tributarios pueden facilitar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos.[16] Cuando los niveles de recaudación son bajos, el impacto lo sufren desproporcionadamente los segmentos más pobres de la población y representan un obstáculo a la capacidad del Estado de financiar servicios públicos y programas sociales. De hecho, las personas que viven en la pobreza tienden a ser particularmente dependientes de los servicios públicos, al no poder pagar las alternativas privadas.

En cuanto a la igualdad, el Informe dice que la transferencia y redistribución de la riqueza a través de la tributación tiene el potencial de compensar la discriminación sistemática y alentar el progreso hacia la igualdad sustantiva.[17]

Los sistemas tributarios progresivos, en especial los impuestos directos, son una de las más importantes herramientas que los gobiernos tienen disponibles para enfrentar las desigualdades de ingreso.[18] Un rasgo distintivo de los países de

13- Informe,párr. 32.

14- Informe, párr. 34.

15- "Center of Concern y otras organizaciones", Cafod, 2013. "Doing Better: Civil Society recommendations for building on the findings of the Doing Business Review", disponible en: https://www.coc.org/rbw/civil-society-proposes-next-steps-after-doing-business-review-concluded-november-2013.

16- Informe, párr. 42.

17- Informe, párr. 45.

18- Informe, párr. 46.

Latinoamérica es que la distribución del ingreso, después de la recaudación de impuestos, es peor —es decir, más desigual— que la medida antes de esta recaudación. De acuerdo con la CEPAL, no es sorprendente que esto ocurra, ya que, menos de un tercio de la recaudación corresponde a impuestos directos, mientras que el grueso de la carga se traslada a impuestos al consumo, así como otros impuestos indirectos.[19] Existen medidas objetivas que permiten apreciar la diferencia que determinadas políticas fiscales pueden hacer en la desigualdad, como puede ser el índice de GINI —índice que mide la desigualdad— antes y después de la recaudación de impuestos.[20] Si bien sería difícil estipular una particular medida de GINI como deseable para todo un país, el examen de progreso en la relación del GINI —antes y después de los impuestos— sí sería pertinente y compatible con la obligación de adoptar medidas para realizar los DESC.

Finalmente, en cuanto a la gobernanza y la rendición de cuentas, es necesario subrayar que la formación de Estados efectivos —y que rindan cuentas— ha estado vinculada a la emergencia de sistemas tributarios. Las políticas fiscales pueden alentar a la construcción de Estados y la ciudadanía; impactar el nivel y calidad de la participación de la gente en los asuntos públicos; y fortalecer la capacidad del Estado.[21] Por otra parte, las disparidades pronunciadas en el ingreso pueden llegar a polarizar y fragmentar a las sociedades, lo que, en última instancia, conduciría al conflicto social.[22]

Realizando el potencial de la tributación: medidas que el Estado puede tomar.

Entre las contribuciones más tangibles al uso de los principios de derechos humanos para analizar políticas tributarias, el Informe propone una serie de medidas que agrupa en las siguientes seis secciones.

Extender la base impositiva y mejorar la eficiencia

El Informe menciona que, en algunos países, a pesar de los esfuerzos para incrementar el ingreso a través de la recaudación, los montos son manifiestamente inadecuados para cumplir con obligaciones de derechos humanos.[23]

Sumado a esto, el informe cita evidencia de que, incluso en países en desarrollo, la extensión de la base impositiva y la mejora en la eficiencia de la recaudación pueden incrementar considerablemente el ingreso.[24]

Esta mención sigue en la línea con lo establecido anteriormente respecto de las consecuencias de la obligación de movilizar los máximos recursos disponibles. Sin embargo, es crucial que, el aumento de impuestos no se produzca de manera ciega, sino que también debe cumplir, en sí mismo, con la normativa de los derechos humanos. Es decir, que a aquellos que menos pueden no se

19- "La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir", CEPAL, 2011, p. 250.

20- En Uruguay, por ejemplo, el índice de GINI aumentaba —es decir, la desigualdad— un 1,43% después de impuestos. Luego de reformas que incrementaron el peso de los impuestos directos en relación con los indirectos en la recaudación tributaria, el índice de GINI resultó inferior en un 1,25% antes y después de impuestos. (Véase presentación del Lic. Pablo Ferreri, en http://www.rightingfinance.org/?p=564).

21- Informe, párr. 51.

22- Informe, párr. 53.

23- Informe, párr. 55.

24- Informe ,párr. 56.

les debería pedir que paguen más.[25]

Esta es una importante directriz a tener en cuenta. Este mismo artículo mencionaba las fuentes que estiman que, en varios países, se podría incrementar la recaudación impositiva. Pero las recomendaciones que meramente apuntan a incrementar la proporción del ingreso al producto bruto interno (PBI) o que buscan ensanchar la base fiscal sin mirar a quién se grava, arriesgan profundizar aún más las desigualdades e inequidades existentes. Por ejemplo, el Informe cita evidencia de que los efectos negativos de los impuestos indirectos en el ingreso de aquellos que viven en condiciones de pobreza pueden ser incluso más fuertes que los efectos positivos de las transferencias directas.[26] La preferente tendencia a expandir la base tributaria es también uno de los problemas de las reformas fiscales recomendadas por el FMI.[27]

Hacer frente al abuso tributario

El abuso tributario incluye la evasión, el fraude y otras prácticas ilegales, y las pérdidas al fisco resultantes de flujos financieros ilícitos, como el soborno y el lavado de dinero.[28]

Después de brindar impresionantes cifras sobre las cantidades de dinero que se pierden en estas prácticas cada año, el Informe advierte que: no se puede decir que un Estado que no toma fuertes medidas para hacer frente a los abusos impositivos esté dedicando los "máximos recursos disponibles" para la realización de los DESC. Asimismo, los altos niveles de abuso impositivo violan los principios de igualdad y no discriminación, pues dejan a evasores en situación de pagar menos que aquellos contribuyentes con la misma —o menor— capacidad de pago. Otra forma en la que se manifiesta esta violación se evidencia en que los ingresos perdidos obligan a incrementar impuestos de otras fuentes —frecuentemente impuestos regresivos, que serán sentidos, sobre todo, entre los más pobres.[29]

Si bien la Relatoría pareciera referirse a prácticas ilegales, es importante destacar que la expresión "flujos financieros ilícitos" es una traducción literal de una expresión que en inglés involucra también el abuso de prácticas legales con el fin de pagar menos impuestos. Una definición amplia de estos incluye a "todos los tipos de arreglos artificiales establecidos con el propósito esencial de eludir la ley o su espíritu. En consecuencia, por ilícito puede no entenderse necesariamente una infracción de la letra de la ley, sino también una contradicción de su espíritu. En este caso, ilícito puede designar un hecho oculto o disimulado".[30] Los esquemas de "optimización" de gravámenes —que permiten a corporaciones multinacionales trasladar ganancias de una jurisdicción a otra— entrarían en esta categoría, incluso si son conductas que el texto de la ley permite.

Reconsiderar la contribución impositiva de las empresas

Las exenciones fiscales son otro asunto importante, dado su impacto en los recursos de los que puede disponer el Estado —hasta el punto tal de que también se las llama "gastos tributarios"—.

25- Informe, párr. 55.

26- Informe, párr. 47.

27- DAMME, L, MISRAHI, T y OREL, S. "The IMF's regressive secret: Tax policy advice and its distributional impact. Bretton Woods Project", 2008.

28- Informe, párr. 58.

29- Informe, párr. 60.

30- "Informe sobre el comercio y el desarrollo: Gobernanza mundial y espacio para políticas de desarrollo", Cnuced, 2014, p. 194.

El Informe señala que los Estados otorgan cada vez más incentivos fiscales a corporaciones en el afán de atraer inversiones extranjeras.[31]

Sin embargo, esto contrasta con la débil evidencia que existe sobre el éxito de los incentivos en la búsqueda de inversiones, ya que, en muchos casos, la inversión probablemente hubiera llegado de todos modos sin el incentivo.[32] También, hace referencia al problema de que los costos del incentivo podrían superar los beneficios de la inversión así atraída.[33]

El Informe ofrece una importante guía a la luz de la cual evaluar los incentivos. Esta guía es un desarrollo del principio —anteriormente señalado— de la carga de la prueba, que le corresponde al Estado cuando este invoca que no dispone de recursos suficientes para el cumplimiento de ciertas obligaciones. Así, el Informe establece:

> Como en todos los casos en que se alega que un Estado no está movilizando los máximos recursos disponibles para cumplir con sus obligaciones de realización progresiva, los incentivos deberían estar justificados por una clara descripción del progreso deliberado, concreto y focalizado hacia el logro de Derechos Humanos que se puede esperar de su implementación.[34]

En otras palabras, si bien el Informe no se pronuncia en contra de todo incentivo, deja en claro que estos representan, *prima facie*, una pérdida de recursos que podrían haberse destinado a hacer efectivos mayores niveles de goce de ciertos derechos. Sin embargo, al Estado le queda la vía abierta para demostrar que, de algún modo, el incentivo propende a alcanzar derechos por otros medios. Por ejemplo, un Estado podría argumentar que la inversión que se atrae con los incentivos creará empleos o ingresos, que llevarán a mejores resultados que los que se hubieran podido lograr con la erogación directa.

Es necesario enfatizar, sin embargo, cuán importante es que esta prueba se realice con suficiente rigor. Más aún, dado que los incentivos representan una concesión extendida en el tiempo, la evaluación de ellos y la determinación respecto de si se están cumpliendo los fines pactados también debería ser periódica. "Los Estados Parte del PIDESC tienen la carga de probar periódicamente—dice la Relatoría—que el otorgamiento de exenciones impositivas son la opción menos restrictiva desde la perspectiva de los DESC".[35]

El factor de la extensión en el tiempo se vuelve especialmente importante en el caso de incentivos que toman la forma de acuerdos de "estabilización tributaria", para aislar a los inversores de futuros cambios en las tasas tributarias. "Estos acuerdos deberían examinarse con cuidado bajo las normas de Derechos Humanos, ya que reducen los recursos públicos sin tener en cuenta la evolución de los impactos de Derechos Humanos."[36] Podría inferirse de lo que dice la Relatoría que la firma de tales acuerdos —sin que el Estado sepa si en el futuro no necesitará incrementar sus recursos de acuerdo con los requerimientos de satisfacer los derechos de la población— pondría en una situación

31- Informe, párr. 64.

32- Informe, párr. 65.

33- Informe, párr. 65.

34- Informe, párr. 67.

35- Informe, párr. 67.

36- Informe, párr. 66.

altamente precaria la compatibilidad de estos con la normativa de derechos humanos.

Ampliar la contribución del sector financiero

El Informe establece un paralelo entre dos hechos que se pueden constatar en relación con el sector financiero. Uno, el enorme crecimiento de este en las últimas décadas y; dos, los salvatajes durante la crisis de 2008-09.[37] La preocupación que se plantea desde la óptica de los derechos humanos, entonces, sería que, por lo menos, parte del exceso de rentabilidad del sector fue debido a los altos niveles de riesgo y apalancamiento que, en último término, resultaron en enormes rescates usando fondos públicos —que podrían haberse utilizado para la realización de los derechos—.[38] Los propietarios, gerentes y acreedores de las entidades financieras recogieron las ganancias del tiempo de bonanza y fueron los contribuyentes comunes quienes tuvieron que soportar los costos de salvar al sector cuando colapsó, incluso soportando medidas de austeridad.[39]

En efecto, la observación de que existe implícita una red de seguridad —garantía de que en una situación de crisis de ciertas entidades financieras, el Estado no tendrá más remedio que ofrecerles apoyo financiero—vincula la superior rentabilidad del sector al uso de fondos públicos: "En ausencia de pasos creíbles para reducir la probabilidad de salvatajes, los costos de fondeo de las entidades financieras de importancia sistémica reflejarán la expectativa del apoyo oficial, llevando a que las mismas realicen actividades de más alto riesgo que [...] hagan futuras crisis más probables".[40]

Por ello, la crisis financiera global de 2008-09 puso en agudo relieve la reducida presión tributaria sobre el sector financiero. De acuerdo con el Informe, "las bajas demandas impositivas respecto del sector financiero y la falta de regulación podrían indicar la falta de voluntad (en vez de incapacidad) de un Estado de usar sus máximos recursos disponibles."[41] El aumento de los impuestos en el sector financiero podría no solo restaurar cierto equilibrio, sino también desalentar el exceso de riesgo que llevó a la crisis.[42]

Asegurar el uso sostenible de los recursos naturales con respeto a los derechos

El Informe aborda la situación de los impuestos correspondientes a industrias extractivas llevando a cabo un cuidadoso acto de equilibrio entre tres dimensiones: la contribución fiscal, vía gravámenes a los recursos naturales; la necesidad de preservar los recursos no renovables para futuras generaciones; y los derechos de las personas y/o comunidades que dependen de tales recursos.

Por una parte, entonces, el Informe comenta que los niveles de ingreso público —generados a través de impuestos a la industria extractiva— permanecen muy por debajo de su potencial. Y advierte que a un Estado que permite o directamente lleva a cabo explotación de recursos naturales —sin que una porción justa de los fondos así generados sea gravada o asignada a

37- Informe, párr. 68.

38- Informe, párr. 68.

39- Informe, párr. 68.

40- "Reducing the moral hazard posed by systematically important financial institutions", Interim report to G20 Leaders, Foro de Estabilidad Financiera, 18 de junio de 2010, p. 2.

41- Informe, párr. 69.

42- Informe, párr. 69.

lograr derechos humanos— podría imputársele una falta de movilización de los recursos adecuados.[43] "Los legítimos beneficios en términos de ingreso por la explotación de recursos naturales frecuentemente van al exterior (algunas veces a paraísos fiscales) ayudados por regímenes que no requieren que tales industrias revelen sus ganancias proyecto por proyecto." [44]

Sin embargo, aclara que las decisiones sobre extracción de recursos deben tomarse con especial cuidado, teniendo en cuenta preocupaciones ambientales y los derechos de las generaciones futuras;[45] y también, con la advertencia de que una excesiva dependencia en ingresos provenientes de recursos naturales finitos plantea la preocupación respecto de la sostenibilidad de largo plazo.[46]

En tercer término, se refiere a las violaciones de derechos vinculadas al extractivismo, incluyendo usurpación de tierras; evicciones masivas; deterioro ambiental; y, el derecho de las personas a participar en las decisiones respecto de recursos naturales, especialmente en casos que atañen a territorios indígenas.[47]

Mejorar la asistencia y cooperación internacional

No obstante, el Informe también se encarga de puntualizar que, en estas materias, la acción a nivel nacional —en ausencia de reformas globales— tiene sus límites. Para tomar acción efectiva y decisiva, la cooperación internacional concertada es necesaria.

Esto no debe significar absolver a ningún Estado de la responsabilidad que le cabe individualmente de reunir los máximos recursos disponibles para lograr la progresiva realización de los DESC. Pero sí representa un reconocimiento de realidades impuestas por la globalización.

> La globalización y el incremento de flujos transfronterizos de bienes y capital han incrementado vastamente las posibilidades de que acciones y omisiones de un Estado impacten la capacidad de otro de generar ingresos públicos, y expandieron los medios para que las empresas e individuos evadan impuestos.[48]

Esto no solo representa una esencial actualización en el debate sobre qué está abarcado por las obligaciones de asistencia y cooperación, como lo dijéramos, sino que, en este punto, el Informe está en línea con los últimos análisis del Fondo Monetario Internacional. Este, en recientes informes, ha tratado la cuestión de los efectos colaterales que prácticas y políticas tributarias de un país pueden tener en otros países, y ha subrayado la especial relevancia de tales efectos en los países en desarrollo.[49]

Entre los problemas que pueden impedir la adecuada recaudación, el Informe menciona las grietas entre diferentes sistemas impositivos y la aplicación simultánea de tratados de doble tributación, que pueden llevar a que cierto ingreso de empresas que operan globalmente sea subgravado, o simplemente, no pague impuestos en ninguna parte. Otro fenómeno importante es el de la "erosión de

43- Informe, párr. 72.

44- Informe, párr. 71.

45- Informe, párr. 73.

46- Informe, párr. 72.

47- Informe, párr. 70.

48- Informe, párr. 75.

49- "Spillovers in International Corporate Taxation", Informe del Staff, FMI, 9 de mayo de 2014.

base imponible y transferencia de beneficios", prácticas por las que compañías transnacionales transfieren ganancias de una jurisdicción a otra para aprovechar menores gravámenes, que pueden privar de millardos de dólares en potencial ingreso fiscal, tanto a países desarrollados como a los que están en desarrollo.[50]

Como lo señaló un investigador del PNUD, si bien los flujos financieros ilícitos ocurren tanto en países en desarrollo como desarrollados, estos tienen consecuencias de largo alcance en los primeros, en la medida en que están tratando de identificar recursos para cumplir con objetivos de desarrollo. [51]

Los efectos no se limitan solo a los DESC y, en este sentido, se ha dicho que los flujos financieros ilícitos impactan en los países a los que privan de recursos también a través de la calidad de las instituciones políticas.[52]

Conclusión

El Informe de la Relatoría Especial sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos representa un significativo avance en el esfuerzo de la comunidad de derechos humanos de desarrollar recomendaciones y formular demandas en materia de política económica, necesarias para una mejor y mayor garantía de los Derechos.

Como todo informe de este tipo, su validez y relevancia —en último término— estarán dadas en la medida en que los órganos judiciales y cuasi judiciales, la academia, y la sociedad civil hagan uso de sus bases para aplicaciones concretas, así como la construcción de experiencia, doctrina y estudios de casos. Este artículo espera fomentar tales desarrollos con miras a lograr estándares y directrices que aseguren una política tributaria —y, en última instancia económica— acorde y alineada con los principios y normas de derechos humanos.

50- Informe, párr. 76.

51- TIMILSINA, A., Illicit Financial Flows: An Overview, UNDP Global Thematic Programme on Anti-Corruption for Development Effectiveness, *Briefing Paper*.

52- HERKENRATH, M., Illicit Financial Flows and their Developmental Impacts: An Overview, in *International Development Policy Journal*, 5.3., 2014

Dr. Óscar Nava Escudero*

La problemática presupuestaria en la exigibilidad de los derechos humanos en México.

Especial referencia al derecho a una justicia pronta y completa.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Los artículos 1° y1 17º de la Constitución mexicana*. 1. *Los tratados internacionales como parte del derecho positivo mexicano y la obligación del Estado mexicano de proteger y garantizar los derechos humanos*. 2. *Tutela judicial efectiva: La prontitud en las resoluciones y su plena ejecución*. III. *El procedimiento administrativo presupuestario del gasto público y la desventaja en la que encuentra el particular frente al Estado*. IV. *La dificultad en la ejecución de las sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero*. 1. *El principio de legalidad presupuestaria y el procedimiento de pago de las obligaciones del Estado derivado de sentencias que lo condenan*. 2. *La imposibilidad de embargar bienes del Estado mexicano*. 3. *Algunas propuestas para solucionar la problemática de la exigibilidad del Derecho Humano a la impartición de justicia pronta, imparcial y completa.*

*** Dr. Óscar Nava Escudero**
Doctor y Maestro en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid. Autor del libro ***Derecho Presupuestario Mexicano***, editado por Porrúa, en 2014. Autor de diferentes artículos publicados en México, la Argentina y España. Codirector del I Seminario Internacional de Presupuestos Públicos y Derechos Humanos, 2016. Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la UNAM, dentro del Programa Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos. Asesor jurídico en materia presupuestaria y gasto público.

I. Introducción

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011 supuso un giro trascendental en el sistema constitucional mexicano que ubicó en el centro de su organización a los derechos humanos. Asimismo, integró al derecho positivo mexicano los tratados internacionales de los cuales forma parte

México, a efectos de reconocer y proteger de la manera más amplia los derechos humanos de los mexicanos.

A partir de esa reforma, no solo los jueces constitucionales o el legislador serán los guardianes del respeto de los derechos humanos de las personas, sino también todas las autoridades, sean estas del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial, o de los tres diferentes niveles de gobierno: federación, gobiernos estatales y municipales. Por tanto, el Estado, a través de sus instituciones, será el máximo garante del respeto de ellos.

Esta nueva obligación constitucional implica para el Estado Mexicano la utilización eficiente de recursos públicos que deben emplearse en el resguardo de los derechos humanos, pues la puesta en práctica de estos no puede quedarse como una declaración de buenas intenciones del gobierno. El aparato gubernamental debe activar todos sus recursos, incluidos los económicos, para custodiarlos, pero también, y más importante, para reestablecerlos en caso de una violación a los mismos.

Por eso, considero que la dotación de dinero público, a través del fortalecimiento de las instituciones; de la creación y mejoramiento de tribunales; de la capacitación de servidores públicos; etc., es de suma trascendencia en la atención a los derechos humanos, ya que, sin acciones de índole económica, difícilmente se podrá cumplir con el mandato constitucional previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM). El Estado mexicano no puede argumentar falta de dinero público para dejar de atender una situación que proteja o vulnere los derechos de los ciudadanos.

El suministro de recursos públicos en la atención de los derechos humanos en México no es una fórmula de fácil aplicación sino todo lo contrario. El procedimiento presupuestario previsto en la normatividad nacional para dotar de crédito presupuestario a las partidas que hagan frente al pago del cumplimiento de las obligaciones económicas del Estado deja en franca desventaja procedimental al afectado, provocando que este, ante la negativa de cumplimiento del Estado, tenga que acudir a instancias judiciales superiores en defensa de su derecho —con el consiguiente gasto y espera procesal—. Una vez condenado el Estado mediante sentencia firme al pago de una cantidad de dinero por su responsabilidad, nuevamente la legislación presupuestaria y la de responsabilidad patrimonial del Estado auspician que este pueda retrasar considerablemente el pago e incluso que este sea injusto.

Los jueces —cuya responsabilidad primordial es la de hacer ejecutar sus sentencias— se enfrentan a un poderoso binomio utilizado por el Estado para evadir el cumplimiento económico de esas sentencias de manera pronta y completa: la legalidad presupuestaria y la inembargabilidad de sus bienes. Estos principios deberían ceder su aplicación para dar paso al respecto económico irrestricto de los derechos humanos de los mexicanos.

Los mecanismos de dotación presupuestaria así planteados por nuestra legislación llevan a que la ejecución de las sentencias de amparo en México se torne lenta e incompleta, violando con ello el Derecho Humano previsto en el artículo 17 de la CPEUM y, consecuentemente, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo Convención Americana).

II. Los artículos 1° y 17 de la Constitución mexicana

1. Los tratados internacionales como parte del derecho positivo mexicano y la obligación del Estado mexicano de proteger y garantizar los derechos humanos

Mediante una reforma del 10 de junio de 2011 al artículo 1°, el texto del rubro del Capítulo I, Título I de la CPEUM pasó de ser denominado "De las Garantías Individuales", a "De los Derechos Humanos y sus Garantías", en consonancia con el nombre de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aun cuando se mantuvo el término "garantías" —por una tradición jurídica mexicana— el título responde a lo que la doctrina jurídica contemporánea denomina como derechos fundamentales.[1]

La citada reforma, asimismo, modificó los artículos 3°, 11°, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de la CEPEUM, que se refieren básicamente al ajuste en las instituciones y en los procedimientos de este nuevo paradigma en el derecho mexicano. Sin quitar importancia al resto de los artículos, me interesa centrarme en el artículo 1°, específicamente, en sus tres primeros párrafos, sobre los cuales gravitan las ideas que en breve expondré.

Establece el artículo 1° de la CPEUM:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Sobre el alcance y los límites de este artículo 1°, existe una vasta bibliografía doctrinal, así como diversos criterios judiciales sobre los cuales no voy a entrar en detalle, pues desbordaría en mucho este trabajo; sin embargo, haré énfasis en algunos de ellos.

De los dos primeros párrafos, se debe enfatizar que las personas no solo gozarán de las prerrogativas previstas en la CPEUM, sino también de las derivadas de los tratados internacionales de los que México forme parte, ampliando con ello los derechos de las personas. De esta forma, los tratados internacionales se incorporan al derecho positivo como una normatividad de obligatoria aplicación para el Estado mexicano. En palabras de Carbonell, los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados

1- Para los aspectos relacionados con el estudio de los derechos humanos, me basé en las siguientes dos obras: ROJAS CABALLERO, A. A., *Los Derechos Humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*, 1ª edición, Porrúa, México, 2015, y CARBONELL, M., *El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*, 2ª edición, Porrúa, México, 2015.

y ratificados por México son Constitución. Al respecto, el Pleno de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), al resolver la contracción de tesis 293/2011, reconoció expresamente la integración de un conjunto normativo de máxima jerarquía, constituido por los derechos humanos provenientes tanto de una fuente interna o constitucional, como una externa o convencional.[2]

En cuanto al tercer párrafo del artículo 1°, se entiende que el Estado tiene las siguientes obligaciones: i) promover los derechos humanos; ii) prevenir la violación a los derechos humanos; iii) investigar las violaciones a los derechos humanos; iv) respetar los derechos humanos; v) proteger los derechos humanos; vi) garantizar los derechos humanos; vi) sancionar las violaciones a los derechos humanos, y vii) reparar las violaciones a los derechos humanos.

La promoción de los derechos humanos implica que el Estado darles publicidad entre la población para que los identifiquen y los puedan ejercer en caso de ser violados. La prevención puede consistir en la realización de cursos entre los servidores públicos —a efectos de que tomen conciencia sobre su protección—; la investigación supone aportar todos los elementos del Estado, para encontrar al responsable de la comisión de un delito; el respeto significa que los agentes del Estado deben abstenerse de cometer violaciones a los derechos humanos; la protección conlleva, por ejemplo, la creación de mecanismos o sistemas de tutela administrativa, a efectos de ayudar a la persona a defender sus derechos; sancionar las violaciones comporta la existencia de leyes que contengan sanciones ejemplares; y la reparación de los derechos humanos representa la posibilidad de restituir los derechos (*resitutio in integrum*) de las personas afectadas. En fin, se podrían señalar múltiples ejemplos sobre las obligaciones que tiene el Estado mexicano con motivo de la reforma al artículo 1° de la CPEUM.

Lo que también queda claro es que todas estas obligaciones de hacer o no hacer suponen para el Estado la necesidad de dedicar recursos públicos a dicho fin, bien que ya estén previstos en el Presupuesto que se ejecuta o preverlos para el siguiente ejercicio fiscal a efectos de no desatender las contingencias derivadas de la violación de los derechos humanos. Se me ocurre pensar en la designación de un defensor de oficio por un juez penal a fin de que el imputado cuente con la defensa jurídica necesaria y gratuita. Esto genera gasto público, pero, indudablemente, permite y garantiza el respecto a los derechos humanos del imputado.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así lo reconoce. Establece el apartado 2.1:

> Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La SCJN también ha sido muy clara respecto de la carga económica del Estado, pero, a la

2- "Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional." 10ª Época, No. Registro 2006224, Pleno, Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, Tomo I, Tesis: PJ/20/2014, abril de 2014.

vez, indispensable para atender la protección de los derechos humanos. Vale la pena citar el siguiente criterio que se refiere al derecho a la educación:

> El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias deben promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, por lo que dentro de esas obligaciones, en cumplimiento al derecho a la educación, reside la facultad otorgada al Congreso de la Unión para expedir las leyes necesarias destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, así como fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que incumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas y a todos aquellos que las infrinjan. **Así, existe una obligación del Estado de verificar la correcta aplicación de los recursos destinados para el cumplimiento del Derecho Humano a la educación**, de la cual se advierte el carácter del Estado como sujeto obligado y comprometido, a través de instrumentos internacionales, al cumplimiento de los fines educativos…[3]

Conforme a lo anterior, se concluye que el nuevo escenario jurídico de respeto y protección de los derechos humanos en México supone para el Estado mexicano, entre otras acciones, la de suministrar los suficientes recursos públicos para su atención.

2. Tutela judicial efectiva: La prontitud en las resoluciones y su plena ejecución

Los párrafos segundo y sexto del artículo 17 de la CPEUM exigen que la administración de justicia sea rápida y que las sentencias de los jueces y tribunales se ejecuten plenamente.

> Artículo 17.
>
> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. […] Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones…[4]

3- "DERECHO A LA EDUCACIÓN. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD." 10ª Época, Registro 2009187, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, mayo de 2015, Tomo I, p. 427.

4- Aunque las prescripciones establecidas en el artículo 8º de la Convención Americana (derecho de toda persona a un recurso efectivo ante tribunales nacionales competentes) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho de toda persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas) se refieren a materia penal como también lo hace nuestro artículo 17 Constitucional, el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación en México ha resuelto que dichos derechos no solo son aplicables a la materia penal, sino también a otras materias. "RESCISIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA DE PETRÓLEOS MEXICANOS Y ORGANISMOS SUBSIDIARIOS. EN LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PARA DETERMINARLA, AQUELLOS GOZAN DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA Y DERECHO

El Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, del Poder Judicial de la Federación interpretó el alcance del artículo 17 citado de la siguiente forma:

> La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, de rubro: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES", definió la garantía a la tutela como "... **el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión**...". Por otra parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 1969), relativo a la protección judicial, señala que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido. ... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención", asimismo, establece el compromiso de los Estados Partes a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. De lo anterior se advierte que el Estado Mexicano ha reconocido el acceso a la justicia como un derecho fundamental; sin embargo, para que este realmente se concrete en la esfera jurídica de los gobernados, es necesario precisar que se manifiesta en dos aspectos complementarios: uno formal y otro material. **El aspecto formal del acceso a la justicia se refiere a la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa**, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento;[…] Por su parte, **el aspecto material del derecho de acceso a la justicia complementa al primero, pues se refiere a la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones** y, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes. Por tanto, no es posible sostener que se respeta el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, aunque se dé respuesta al justiciable en los términos de ley, si no se atiende al aspecto material o subgarantía de "ejecución de resoluciones"

DE DEFENSA." 10ª Época, Registro 2002898, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XVII, Tomo 2, Tesis: XXXI.5 L (10a.), febrero de 2013, p. 1504.

> o de "justicia cumplida", que otorga a los gobernados el derecho a que los fallos dictados por las autoridades jurisdiccionales se notifiquen y cumplan cabalmente, ya que, de otra manera, la prerrogativa constitucional y convencional primeramente indicada tendría solo carácter adjetivo o procesal.[5]

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana, referente a la protección judicial, establece: "**Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido** o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución…".

En este orden de ideas, las resoluciones de los jueces y tribunales no solo deben ser rápidas, completas e imparciales —como dice el artículo constitucional señalado y la Convención Americana— sino que también el juez o tribunal debe ejecutar sus resoluciones, es decir, debe obligar al sujeto condenado a cumplir con lo que la resolución establece. De no ser así, dice claramente el criterio de la SCJN, se entenderá violado el derecho fundamental establecido en el artículo 17 antes transcripto.

La justicia debe otorgarse rápidamente, sin dilaciones, de lo contrario se entenderá como la denegación de ella; lo que, en términos anglosajones, se conoce como *A delayed justice is a denied justice*. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela judicial, que asiste a todos los sujetos del derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando con él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias.[6]

La doctrina mexicana, por su parte, ha dicho claramente que el derecho a una tutela judicial efectiva, según lo prevé nuestro artículo 17 constitucional, surte sus efectos en tres momentos distintos: primero, el acceso a la jurisdicción, que significa evitar que se obstaculice el acceso a los órganos jurisdiccionales e impedir que se conozca una pretensión por parte de los órganos jurisdiccionales; segundo, en el proceso mismo, que implica que una vez logrado el acceso, se debe asegurar se siga un proceso que permita que el actor plantee sus pretensiones y el demandado se defienda y, además, que se obtenga una solución en un plazo razonable y, tercero, eficacia de la resolución, es decir que, una vez que se dicte la sentencia, haya una plena ejecución de esta.[7]

5- "DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SE RESPETA EN LA MEDIDA EN QUE SE ATIENDEN LOS ASPECTOS FORMAL Y MATERIAL EN QUE SE MANIFIESTA." 9ª Época, Registro 162163, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXXIII, mayo de 2011, p. 1105.

6- GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, ed. Tecnos, Madrid, España, 1998, p. 137.

7- Acúdase a HALLIVIS PELAYO, M. L., "Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México. Tecnología y tutela jurisdiccional", en la obra de estudios jurídicos en homenaje a Alfonso Nava Negrete, titulada *Administración Pública Contemporánea. Derecho, política y justicia*, tomo III, Porrúa, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (en adelante, UNAM) e Instituto de Investigación Jurídicas (en lo sucesivo IIJ), UNAM, México, 2010, p. 183.

III. El procedimiento administrativo presupuestario del gasto público y la desventaja en la que se encuentra el particular frente al Estado

Una vez analizado el nuevo marco jurídico general en el que se desenvuelven los derechos humanos de las personas, e identificada la obligación económica del Estado que esto supone, corresponde abordar aunque sea brevemente el tema del procedimiento administrativo presupuestario de disposición de gasto público, para evidenciar el estado de desventaja en el que se encuentra el particular que mantiene relaciones de obligación con el Estado.

El procedimiento común u ordinario de ejecución del gasto contempla dos vertientes que, si bien pueden diferenciarse, llegan a un punto en el que están íntimamente ligadas. Uno es el acto administrativo que sigue un determinado procedimiento hasta concretarse, y el otro, es el aspecto financiero o presupuestario, que en un punto se engarza con aquel para que ese acto administrativo de disposición de gasto público sea legal. Ambos aspectos no son ajenos entre sí, pero cursan cauces diferentes hasta el punto en que necesariamente deben unirse y terminar juntos su andadura; de tal suerte que el acto administrativo puede sobrevivir sin el procedimiento presupuestario (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia para conducir), pero el presupuestario debe llevarse a cabo a través de un acto administrativo o por un acuerdo de voluntades (p. e., la compra de un bien o la celebración de un contrato de prestación de servicios) a efectos de que se realice una legal disposición de gasto público.

Si bien los actos administrativos que emanan del Estado se presumen legítimos, cuando esos mismos actos pretenden disponer del dinero público, se encuentran supeditados a cumplir con el aspecto material financiero, de tal forma que la presunción de legitimidad del acto administrativo se desvanece si no se cumple con la legalidad presupuestaria; es decir, la legalidad presupuestaria se convierte así en un principio —a mi juicio— claramente disuasorio de la presunción de legitimidad del acto administrativo de disposición de gasto público.[8] Dado el acto administrativo, pero sin crédito presupuestario para satisfacerlo, aquel no puede concluir su recorrido.

De aquí que no pueda separarse drásticamente la actividad financiera de la actividad administrativa, o lo que es lo mismo, separar la Hacienda Pública de la Administración Pública.[9] La Administración Pública y la Hacienda Pública son dos manifestaciones de una única personalidad jurídica que es el Estado, que actúa a través de su Administración y que responde con su Hacienda Pública. La primera administra a la segunda en el seno del Estado.[10]

Ahora bien, conforme al esquema antes planteado, habrá que conocer cuál es el momento jurídico/contable del acto administrativo de disposición del gasto público en el que se generan consecuencias jurídicas para terceros. Es decir, cuándo ese acto administrativo se exterioriza al requerir del aspecto financiero y que entraña una relación jurídica con terceros. Nuestra Ley General de Contabilidad Gubernamental y la

8- Vid. NAVA ESCUDERO, O., *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, Instituto de Estudios Fiscales (citado posteriormente como IEF), Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, España, 2006, pág. 228.

9- MARTÍNEZ GINER, L. A., *La Hacienda Pública deudora. Un análisis de Derecho financiero, con especial referencia al cumplimiento de las obligaciones públicas,* IEF, Madrid, España, 2002, págs. 34 a 36.

10- VICENTE-ARCHE DOMINGO, F., "Hacienda Pública y Administración pública", en *Hacienda Pública Española*, núm. 26, Madrid, España, 1974, p. 104.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria establecen en los artículos 4º y 2º, respectivamente, las siguientes etapas de esa coordinación separada entre el acto administrativo y el acto financiero de disposición de gasto público: i) el Presupuesto aprobado; ii) el Presupuesto modificado; iii) el Presupuesto precomprometido; iv) el Presupuesto comprometido; v) el Presupuesto devengado; vi) el Presupuesto ejercido, y vii) el Presupuesto pagado.

A mi juicio, es en la fase contable del Presupuesto comprometido en donde se unen el aspecto administrativo y el aspecto financiero presupuestario derivados de la cual ya existe una vinculación jurídica frente a terceros. Dice la ley de contabilidad citada que este momento:

> Refleja la aprobación por una autoridad competente de un acto administrativo, u otro instrumento jurídico que formaliza una relación jurídica con terceros para la adquisición de bienes y servicios o ejecución de obras. En el caso de las obras a ejecutarse o de bienes y servicios a recibirse durante varios ejercicios, el compromiso será registrado por la parte que se ejecutará o recibirá durante cada ejercicio.

Es decir, a partir de esta etapa, existe una verdadera obligación del Estado de formalizar una relación jurídica frente a terceros, y que tiene consecuencias jurídicas, como es la de proteger los derechos económicos del tercero. Por ende, si llegado a este punto contable el Estado incumple, la consecuencia inmediata —previa rogación de justicia a los tribunales— sería la de responder económicamente al particular con el que se relacionó.

Pero la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria no es consecuente con lo anteriormente revisado de la ley contable, pues establece una clara contradicción de normas dejando en un plano de desigualdad entre la posición del particular y la del Estado.

El párrafo tercero del artículo 35 de la ley presupuestaria citada ordena:

> Los contratos estarán sujetos a la disponibilidad presupuestaria del año en el que se prevé el inicio de su vigencia, por lo que sus efectos estarán condicionados a la existencia de los recursos presupuestarios respectivos, sin que la no realización de la referida condición suspensiva origine responsabilidad alguna para las partes….

De esto se desprende que los contratos ya formalizados entre la Administración y el particular (porque habla de sus efectos) independientemente de su inicio de vigencia están sujetos a que exista dinero en la partida presupuestaria correspondiente. Es decir, teóricamente, en dicho párrafo se estaría aplicando el principio de legalidad presupuestaria a la celebración de los contratos, de lo que se concluye que estos no podrán ejecutarse si no hay dinero. Luego, entonces, si no existe dinero en la partida presupuestaria, no podrá ejecutarse el contrato. Pero la no ejecución del contrato no causará efectos respecto de su incumplimiento, porque "la no realización de la referida condición suspensiva… (no podrá generar)…responsabilidad alguna para las partes".

Por lo visto, este precepto de la ley mencionada contradice lo establecido en la Ley General de Contabilidad, porque aquella considera que si existe gasto comprometido, es porque ya se celebró válidamente el contrato conforme a derecho; es decir, ya es un contrato con efectos jurídicos; por tanto, la ley contable acepta que

una vez que se realiza el contrato existen efectos jurídicos frente al particular, ya que el perfeccionamiento del contrato se realiza mediante su formalización. Pero la ley presupuestaria "anula" dichos efectos aun con contrato válidamente celebrado, pues niega al particular cualquier derecho que le asista.

La contradicción entre ambas leyes es notoria: mientras la ley contable acepta o reconoce que un contrato válidamente celebrado conforme al derecho privado crea derechos frente a terceros, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria nos dice, en forma contraria, que, aun cuando exista ese contrato válidamente celebrado, si no hay dinero, no solo el contrato carecerá de sus efectos, sino que el incumplimiento de este no generará consecuencias jurídicas para ninguna de las partes. Firmado el contrato, es muy probable que el particular contratista ya haya realizado diversas actividades para poder prestar el servicio, por ejemplo, asesoramientos; estudios de contratación; la construcción de pequeñas bodegas; la instalación de oficinas administrativas móviles a pie de obra; la compra de automóviles utilitarios; la edificación de talleres, pabellones temporales para obreros, bardas perimetrales del terreno, etc., de tal suerte que la inexistencia de dinero público para llevar a cabo el objetivo del contrato no puede dejar sin efectos a este, pues las consecuencias económicas para el particular serían desastrosas.

En mi opinión, y en aras de proteger los derechos económicos del particular que se relaciona jurídicamente con el Estado —y esto ha sido materia de profundo estudio—[11] si no existe dinero en la partida presupuestaria destinado al contrato ya celebrado, es correcto que este no se ejecute, pero es incorrecto que esa carencia presupuestaria condicione la validez del contrato cuya formalización se rige por el derecho común, aun cuando lo celebre la Administración, porque esa regla jurídica termina por dañar los derechos de los terceros.

Dicho en otras palabras, la ausencia de recursos públicos no debe invalidar o nulificar el contrato válidamente celebrado con el Estado; en todo caso, el contrato subsiste —aunque inejecutable— y el Estado debe responder por su incumplimiento.

IV. La dificultad en la ejecución de las sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero

Una vez visto que la configuración jurídica del procedimiento administrativo de disposición del gasto público en la normativa nacional estimula la desigualdad entre el particular y el Estado, y con ello orille al particular a acudir a los tribunales para demandar su derecho, corresponde ahora analizar la problemática que supone para el particular que, aun ganando el juicio, se topa con la difícil ejecución de su sentencia de amparo. El problema no se plantea —hay que insistir en ello— en el sentido de si el juez o el tribunal le da la razón o no al particular, en cuyo caso dependerá de la habilidad jurídica del abogado litigante, sino cuando una vez ganado el asunto, la ejecución de la sentencia de amparo se complica

11- Entre otros, RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., *El presupuesto del Estado. Introducción al Derecho Presupuestario*, ed. Tecnos, Madrid, España, 1970; BAYÓN MARINÉ, I., *Aprobación y control de los gastos públicos*, IEF, Madrid, España, 1972; MARTÍNEZ LAGO, M. Á., *Manual de Derecho Presupuestario*, Colex, Madrid, España, 1992; MARTÍN QUERALT, J., *et álii*. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, España, 2007; y NAVA ESCUDERO, O., *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, IEF, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, España, 2006.

habida cuenta de diversos obstáculos, entre ellos, el presupuestario.

Como ya se ha dicho entre la doctrina mexicana, actualmente no hay un mecanismo en nuestro sistema jurídico que garantice que la autoridad infractora cumplirá efectivamente con sus condenas "en efecto, aunque suene aventurado, el ordenamiento jurídico no pone en manos de los tribunales de amparo ningún medio o instrumento efectivo para satisfacer el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias de amparo". Las sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero "son cumplidas por los ejecutores de gasto si quieren, cuando quieren y como quieren",[12] tengan o no fondos económicos para hacer frente a tal resolución.

Dos son, fundamentalmente, los problemas de la ejecución de sentencias de amparo en México cuando se condena al Estado al pago de una suma de dinero. El primero, cuando el Estado utiliza el principio de legalidad presupuestaria como un instrumento de protección a efectos de mal cumplir con sus obligaciones y con las sentencias que lo condenan, o a retrasar su cumplimiento; y el segundo, la imposibilidad de embargar los bienes del Estado para hacerlo cumplir con la condena dineraria, aun en contra de su voluntad.

1. El principio de legalidad presupuestaria y el procedimiento de pago de las obligaciones del Estado derivado de sentencias que lo condenan

El principio de legalidad presupuestaria, previsto en el artículo 126 de la CPEUM, exige que los ejecutores de gasto no realicen pago alguno si no es mediante el Presupuesto de Egresos o mediante una ley posterior: "No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior". Esto significa que, solo a través de estos dos medios, el Estado puede disponer del dinero público— ya sea a través de obligaciones voluntarias o legales/contractuales—. De lo contrario, es decir, de realizar un gasto sin sustento en estas dos únicas vías, supondría la realización de un acto administrativo de disposición de gasto ilegal. Por tanto, las fuentes jurídicas del gasto público en México son la ley y el Presupuesto de Egresos. El Estado, *ergo*, no puede gastar dinero público si no se encuentra autorizado por estas dos únicas instancias.

¿Qué pasa con las sentencias firmes que condenan al Estado al pago de una suma de dinero? En mi opinión, estas también debieran ser fuente jurídica de gasto público, independientemente de que la previsión legal para dotar de créditos presupuestarios para hacer frente a este gasto venga o no estipulada en la ley o en el Presupuesto de Egresos. No obstante, conforme a la legislación mexicana, la sola sentencia no genera por sí misma el dinero para satisfacerla.

Como el principio de legalidad presupuestaria solo prevé esas dos alternativas para generar y autorizar el gasto público, el Estado se cobija en ese principio para no dotar inmediatamente de un crédito presupuestario que haga frente al pago de la sentencia de amparo condenatoria. De esta forma, el principio de legalidad presupuestaria pasa de ser un principio rector

12- Vid. ALVARADO ESQUIVEL, M. de J., "Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo", en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, tomo V, UNAM, Marcial Pons, México, 2008, p. 246 y ss., y "Un extraño ataque a las ejecutorias de amparo: la insuficiencia presupuestaria de las autoridades administrativas", en la obra colectiva *Derecho Presupuestario. Temas selectos*, coord. por Oscar Nava Escudero y Juan Manuel Ortega Maldonado, ed. Porrúa, México, 2006, p. 185.

y garantista del ejercicio del gasto público a ser un instrumento al servicio del Estado para evadir sus obligaciones dinerarias.

Dictada la sentencia condenatoria del Estado al pago de una cantidad de recursos, la legislación mexicana contempla dos vías para satisfacerla presupuestariamente. El régimen general y el régimen derivado de la responsabilidad patrimonial del Estado.

a) El régimen general

El artículo 47 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria establece:

> Los ejecutores de gasto, con cargo a sus respectivos presupuestos y de conformidad con las disposiciones generales aplicables, deberán cubrir las contribuciones federales, estatales y municipales correspondientes, así como las obligaciones de cualquier índole que se deriven de resoluciones definitivas emitidas por autoridad competente.
> Las adecuaciones presupuestarias que, en su caso, sean necesarias para el pago de las obligaciones a que se refiere la parte final del párrafo anterior no podrán afectar el cumplimiento de los objetivos y las metas de los programas prioritarios aprobados en el Presupuesto de Egresos.
> Las dependencias y entidades que no puedan cubrir la totalidad de las obligaciones conforme a lo previsto en el párrafo anterior presentarán ante la autoridad competente un programa de cumplimiento de pago que deberá ser considerado para todos los efectos legales en vía de ejecución respecto de la resolución que se hubiese emitido, con la finalidad de cubrir las obligaciones hasta por un monto que no afecte los objetivos y metas de los programas prioritarios, sin perjuicio de que el resto de la obligación deberá pagarse en los ejercicios fiscales subsecuentes conforme a dicho programa…

Desde la simple lectura del artículo transcripto, se traslucen las facilidades que la ley otorga al Estado para el cumplimiento del pago de sus obligaciones derivadas de resoluciones. El análisis es el siguiente:

- Para las obligaciones "de cualquier índole" no existe en el Presupuesto de Egresos un fondo con recursos públicos como sucede en otros países para afrontar estos gastos.[13] Tampoco se exige contar con una partida presupuestaria para acometer tal obligación. Cosa diferente sucede con la responsabilidad patrimonial en la que sí se exige la dotación de dinero a una partida, según se verá.
  Asimismo, la ley presupuestaria mexicana auspicia lo que la doctrina internacional conoce como el principio de autotutela o autoejecución administrativa de sentencias condenatorias del Estado.[14]

13- El artículo 50 de la Ley General Presupuestaria española prevé un Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria cuya principal misión es hacer frente a necesidades inaplazables, de carácter no discrecional, para las que no se hiciera en todo o en parte la adecuada dotación de crédito. Esto significa que el dinero depositado en el fondo (un dos por ciento del total de gastos para operaciones no financieras) es susceptible de ser utilizado para atender gastos derivados de una sentencia condenatoria a las Administraciones Públicas españolas; no obstante, la autorización para realizar esa operación recae en el acuerdo que al respecto emita el Consejo de Ministros; por tanto, la dotación de dinero para tal causa depende de la voluntad del mismo ejecutado.

14- Por todos véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y

Este principio permite que sea la misma autoridad la que ejecute y cumpla la sentencia que lo condena; por tanto, no se permite la ejecución forzosa, cuyo cumplimiento se realiza aun en contra de la voluntad del condenado.

- Es la misma autoridad administrativa condenada la que deberá realizar o, en su caso, solicitar autorización para llevar a cabo la adecuación a su Presupuesto para hacer frente a este pago. Es ella misma la que en todo caso debe activar el mecanismo presupuestario de la adecuación.

  Pero esas adecuaciones presupuestarias —dice la ley— no deben afectar el cumplimiento de objetivos y metas de programas prioritarios. Ante la falta de la determinación exacta de lo que debe entenderse por un programa prioritario, basta que el ejecutor de gasto condenado alegue que la adecuación referida afecta el cumplimiento de alguno de sus programas para excusarse del pago de la sentencia. Es cierto, por otro lado, que no sería conveniente que por realizar dicha adecuación el ejecutor de gasto dejara sin fondos un programa de repercusión social como los de educación y que inciden directamente en la población; pero hay que subrayar que quien incumplió fue la autoridad administrativa condenada y la responsabilidad del cumplimiento de la sentencia condenatoria no debiera perjudicar a la población, sino que debiera castigarse al ejecutor de gasto que se niega a cumplir —o lo retrasa— con el veredicto del juez o tribunal.
- Si aun realizadas las correspondientes adecuaciones presupuestarias estas no fuesen suficientes para afrontar el pago, la ley permite que el ejecutor de gasto presente ante la autoridad competente un programa de cumplimento de pago con la finalidad de cubrir las obligaciones hasta por un monto que no afecte los objetivos y metas de los programas prioritarios, debiéndose pagar el resto de la obligación en los ejercicios fiscales subsecuentes. Este programa, entonces, sirve para fraccionar el pago durante el ejercicio fiscal correspondiente y en los subsecuentes, sin que dichos pagos en los ejercicios futuros tampoco afecten metas y objetivos.

  El hecho de que el programa de cumplimiento de pago sea para todos los efectos legales en vía de ejecución respecto de la resolución que se hubiese emitido, significa que, para su pago en los subsecuentes ejercicios fiscales, no se requiere nuevamente de un pronunciamiento judicial de ninguna especie ni el reconocimiento de dicha obligación por parte de ninguna autoridad, pues se entiende que dichos pagos se realizan "en automático"; el problema surge, a mi modo de ver, porque mientras el ejecutor de gasto no presente ese programa, no se podrán pagar tales obligaciones. Y mientras la autoridad administrativa alegue que esos pagos afectan sus programas prioritarios, incluso en los ejercicios futuros, la obligación de pago puede irse retrasando varios años.

Todas las modalidades o límites de

FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 13ª ed., Cívitas, Madrid, España, 2006, pp. 51, 52 y 512 *passim*.

cumplimiento revisados evidencian lo difícil que supone para el particular que su pago se realice con prontitud como exige el artículo 17 constitucional y el artículo 25 de la Convención Americana, pero además denota que la ley presupuestaria otorga muchas facilidades al ejecutor de gasto para resolver el cumplimiento de sus obligaciones, pero ninguna para resguardar los derechos humanos del particular afectado.

b. Régimen de responsabilidad patrimonial del Estado

El último párrafo del artículo 109 de la CPEUM establece el régimen general de la responsabilidad patrimonial del Estado:

> La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Para el pago derivado de responsabilidad patrimonial del Estado, el artículo transitorio único de la reforma constitucional del 14 de junio de 2002 y la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, del 31 de diciembre de 2004, establecen un procedimiento presupuestario *ad hoc* coincidente en algunos aspectos al régimen general que arriba se desarrolló, pero que difiere en otros, pues la indemnización está sujeta a ciertos "límites" que alteran no solo el límite cuantitativo, sino también el cualitativo del particular a recibir el pago de su indemnización.

El artículo único transitorio mencionado establece en la parte respectiva:

> La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el período comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.
> La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes: a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

A diferencia del régimen general, en el caso del pago por responsabilidad patrimonial del Estado, se exige que, en el plazo que ahí se establece, la Federación, las entidades federativas y los municipios realicen las modificaciones pertinentes para que incluyan en sus respectivos presupuestos una partida específica —no un fondo presupuestario— para hacer frente a este tipo de gasto.

La anterior regla debe sujetarse, dice el inciso b) del artículo único transitorio, a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate; en consecuencia, si no existe dinero en la partida presupuestaria correspondiente, no

podrá hacerse el pago como lo exige el artículo 126 constitucional. Según entiendo, el hecho de que se exija la inclusión de una partida presupuestaria *ad hoc* en el respectivo Presupuesto no implica que a esa partida se le dote obligadamente de dinero para pagar las indemnizaciones, en razón de que la dotación depende de la disponibilidad presupuestaria. Es suficiente para el ente público, por tanto, esgrimir que no cuenta con recursos para incluirlos en la partida para que, en ese ejercicio fiscal, no se pague la indemnización respectiva. Para el particular ofendido, le es imposible conocer si en el Presupuesto del ente infractor realmente se va a incluir dinero en la partida para pagarle, ya que se trata de un procedimiento interno del gobierno.

La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, por su parte, agrega otras limitaciones y modalidades.

El pago por la indemnización a parcialidades deberá sujetarse al "comportamiento del ingreso-gasto" (art. 11°, inciso f, numeral 3). Es decir, ¡¿el comportamiento financiero del Estado puede limitar el legítimo Derecho Humano del afectado a recibir su indemnización?! Esta regla me parece un criterio sumamente subjetivo y altamente perturbador: Porque ¿quién decide que el comportamiento ingreso-gasto del país no es óptimo para pagar las obligaciones del Estado derivadas de una decisión judicial? La misma estructura administrativa condenada, e incluso factores externos o internacionales, como puede ser, por ejemplo, la observancia del principio de equilibrio presupuestario. Esto debe reformarse, pues con el nuevo régimen constitucional a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, el Derecho Humano a recibir una indemnización justa no debe condicionarse al comportamiento de las finanzas públicas cuando ni siquiera estas pueden considerarse como un valor "protegible", máxime cuando esta limitante sirve de excusa para no pagar en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 6° de la ley mencionada fija un monto máximo que los proyectos de presupuestos de los entes públicos pueden contener para el pago derivado de la responsabilidad patrimonial del Estado:

> La suma total de los recursos comprendidos en los respectivos presupuestos aprobados de los entes públicos federales, no podrá exceder del equivalente al 0.3 al millar del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente.

Si bien este límite pretende proteger a la Hacienda Pública de grandes erogaciones de dinero público por su responsabilidad patrimonial; por otro lado, no hay evidencias prácticas de que el monto de una sentencia de estas características pueda vulnerar la estabilidad de la hacienda de un país. El Dictamen de la Cámara de Diputados (9 de diciembre de 2004), —previo a la aprobación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial— justificó ese límite al argumentar lo siguiente:

> De lo contrario se podrían presentar abusos por parte de los administrados que, obviamente, repercutirían en las finanzas públicas y desvirtuarían la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Desde mi punto de vista, es inconstitucional establecer un límite a los recursos que deban pagarse por este concepto. ¿Acaso la

impartición de justicia debe sujetarse a una determinada suma de dinero? Hay que insistir en que es el Estado el infractor y que debe pagar por ello; en todo caso, si el Estado es temeroso de que las acciones de sus servidores públicos lo puedan llevar a realizar un gasto que hipotéticamente afecte sus finanzas, habrá que seguir a Pérez López, quien dice con toda razón: "La responsabilidad patrimonial del Estado debe generar en el cuerpo de sus servidores públicos la preocupación de que sus actos no causen afectaciones en la esfera particular".[15] En todo caso, la legislación mexicana contempla el derecho de repetición del Estado contra sus servidores públicos que le causen algún perjuicio en su patrimonio. Si el Estado no quiere pagar por su responsabilidad patrimonial, tendrá que capacitar a sus servidores públicos y erradicar y perseguir a los que son corruptos. Pero el particular no tiene por qué soportar esa actuación irregular del Estado.

Es inconstitucional, a su vez, porque el establecimiento de un porcentaje como límite al pago de sentencias condenatorias también estaría violando el Derecho Humano a la propiedad privada, según se prevé en el artículo 21, apartado 2 de la Convención Americana, que a la letra señala: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley". La indemnización justa no es un Derecho Humano como tal, pero es la garantía de la protección del Derecho Humano a la propiedad privada. Si el Estado sobre la base de la legislación paga tarde, pero además de forma injusta —esto es, una cantidad menor a la que tiene derecho el particular por su indemnización patrimonial— no hay duda de la vulneración de los artículos 17 de la CPEUM y 21 de la Convención Americana.

En una tesis aislada de SCJN, se interpreta que la ley no debe fijar límites y porcentajes para el pago de la responsabilidad patrimonial, sino que debe hacerlo el juez:

> **Una indemnización no es justa cuando se le limita con topes o tarifas, cuando en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios,** al margen del caso y su realidad. Solo el juez, que conoce las particularidades del caso, puede cuantificar la indemnización con justicia y equidad. [16]

En este mismo sentido, ya se han pronunciado diversos tribunales. El criterio del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con Residencia en Guadalajara, Jalisco, consideró el alcance de la palabra "límites" establecida en una ley local de responsabilidad patrimonial del Estado de Jalisco, y concluyó que, debido a que esa ley estableció un monto máximo al cual sujetar la indemnización por los daños que generara la actividad administrativa irregular del Estado —y que la CPEUM también establece la palabra "límites" causando duda sobre el alcance de la misma—la interpretación sobre ese precepto tendría que ser en sentido amplio para así

15- Vid. PÉREZ LÓPEZ, M., "La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, núm. 2, México, 2010, p. 6.

16- "DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE." 10ª Época, Primera Sala, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XII, Tomo 1, septiembre de 2012, p. 502.

atender a lo establecido en el artículo 21, apartado 2 de la Convención Americana, por lo que:

> Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, sin que estuviera limitada por montos máximos en los parámetros de restitución. Luego, si por justa debemos entender que las personas afectadas en sus derechos reciban un pago acorde con el daño causado, al armonizar estos aspectos, **se concluye que la Constitución Federal y la mencionada Convención son coincidentes en cuanto a que la indemnización debe ser justa, cuestión que no se logra con el establecimiento en la referida ley local de un monto máximo como tope de indemnización,** pues no permite al juzgador realizar una ponderación a fin de determinar la indemnización que corresponda al caso concreto.[17]

Tenemos entonces, por dos vías, la violación a los derechos humanos de las personas en cuanto a aspectos presupuestarios se refiere. Por un lado, la lentitud en la ejecución de la sentencia de amparo por aspectos procedimentales, la cual estaría violando el artículo 17 constitucional y 25 de la Convención Americana, y por otro lado, en la responsabilidad patrimonial del Estado, el límite o porcentaje previsto en la ley para el pago de la indemnización justa a que tiene derecho el afectado, vulnerando el artículo 21 de la Convención Americana.

c. Dos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Considero que, dos pronunciamientos de la SCJN en los que se admite que la ejecución de las sentencias de amparo no pueden quedar sujetas a la inclusión o no de una partida presupuestaria debieran constituir la punta del iceberg a considerar por los legisladores y el Poder Judicial para redimensionar la regulación legal de la ejecución de sentencias tratándose de cuestiones presupuestarias. Es decir, no debe existir ninguna circunstancia que impida que una sentencia de amparo que condene al Estado al pago de una suma de dinero se cumpla, exista o no dinero en el Presupuesto Federal. Según veremos, estos criterios de la SCJN de 2002 no fueron considerados en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria expedida en 2006 ni en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 2004.

En un primer momento, la SCJN emitió diversas tesis en las cuales sostuvo el criterio predominante de que, tratándose de obligaciones de pago derivadas de sentencias de amparo a cargo de las autoridades responsables, no se sancionaría su incumplimiento cuando el pago no se encontrara previsto en el Presupuesto autorizado, de manera que la responsabilidad de aquellas quedaba limitada a la mera gestión ante los órganos competentes para que se autorizara el gasto correspondiente.[18]

17- "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN III, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE UN MONTO MÁXIMO COMO LÍMITE AL QUE DEBERÁ SUJETARSE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS QUE GENERE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA, JALISCO." 10ª Época, Registro 2000157, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta,* Libro IV, Tomo 5, enero de 2012, p. 4610.

18- "CASO EN QUE NO ES APLICABLE, DE MOMENTO, LA FRACCIÓN XI EL ARTÍCULO 107 CONSTITUCIONAL. DEFECTO DE EJECUCIÓN.";

Posteriormente, en 2002, el Pleno de la SCJN rectificó los anteriores criterios en una tesis aislada en la que consideró que la interpretación del artículo 126 constitucional no debía realizarse de forma aislada, habida cuenta de que:

> El precepto constitucional en mención, en lugar de constituir un valladar insuperable para la autoridad responsable, prevé la posibilidad de modificación del Presupuesto original para adecuarlo a las necesidades sobrevenidas, es decir, su virtud es la de establecer un remedio para los casos fortuitos, que **le permite solicitar los ajustes presupuestarios necesarios para enfrentar las obligaciones pecuniarias del Estado, gasto que necesaria e ineludiblemente debe autorizarse por tratarse del cumplimiento de un mandato de amparo cuya ejecución es impostergable.** Además, si la autoridad ya tiene autorizado un Presupuesto que le permite efectuar un pago, aun cuando no esté previsto específicamente en él, debe realizarlo si con ello da cumplimiento a un mandato de amparo, pues exclusivamente en esta hipótesis no podría considerarse jurídicamente que vulnerara la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución General de la República, **en razón de que el cumplimiento de las sentencias de amparo no puede quedar condicionado a la determinación de si se aprueba o no una partida presupuestal para hacer frente a la obligación impuesta, dado que la majestad de la Constitución Federal impone categóricamente que aquellas sean cumplidas inexcusablemente.**[19]

Siguiendo este camino de interpretación en otra tesis aislada,[20] el Pleno de la SCJN ratifica lo expuesto en la tesis antecedente:

> La resolución incidental de daños y perjuicios, como cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo, que establece la condena al pago de una cantidad líquida, cierta y determinada, derivada de un procedimiento en el cual se le respetó a la autoridad responsable el derecho procesal de audiencia, **constituye una obligación lisa y llana, cuyo cumplimiento y eficacia no se encuentran condicionados a que la autoridad responsable gestione y obtenga la partida presupuestal destinada específicamente para su pago. Lo anterior es así, en virtud de que existe una responsabilidad del Estado en la satisfacción de los deberes esenciales para restituir al gobernado en el goce de sus garantías**

"SENTENCIAS DE AMPARO, EJECUCIÓN DE LAS."; "SENTENCIAS DE AMPARO, INELUDIBLE EJECUCIÓN DE LAS." e "INCIDENTE DE INEJECUCIÓN DE SENTENCIA IMPROCEDENTE." Publicados, respectivamente, en el Informe de 1941, p. 131 y en el *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XXXI, p. 2277 y Tomo XLVII, p. 4882, y Sexta Época, Volumen LXXVIII, Primera Parte, p. 14.

19- "SENTENCIAS DE AMPARO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 126 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TRATÁNDOSE DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DERIVADAS DE SU CUMPLIMIENTO." 9ª Época, Registro 187083, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XV, abril de 2002, p. 12.

20- "SENTENCIAS DE AMPARO. EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, COMO CUMPLIMIENTO SUSTITUTO DE AQUÉLLAS, NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE GESTIONE Y OBTENGA LA PARTIDA PRESUPUESTAL CORRESPONDIENTE." 9ª. Época. Pleno. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XV, abril de 2002, p. 11.

individuales violadas, entendida esta como la obligación ineludible de un órgano del poder público de restituir el perjuicio patrimonial o económico ocasionado a uno de sus gobernados con motivo del indebido ejercicio de la actividad que desempeña, responsabilidad que va más allá de los trámites efectuados para obtener una asignación presupuestaria específica a fin de asumir el pago del débito, pues el cumplimiento de los mandatos de amparo no está sujeto a la voluntad de las autoridades responsables, sino al imperio de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de no ser así, bastaría con que las autoridades obligadas gestionaran debidamente ante las autoridades competentes el otorgamiento de la partida presupuestal correspondiente, para quedar exoneradas de la aplicación de las medidas establecidas en la fracción XVI del artículo 107 de la propia Constitución Federal, aunque aquella no se otorgara, **lo cual permitiría tanto a la autoridad obligada al pago como a aquella que debe autorizar el presupuesto o gasto público de una oficina gubernamental, encontrar un mecanismo para evadir el cumplimiento de una resolución de pago de daños y perjuicios, hasta el grado de que esta quedara permanentemente incumplida, con mengua del riguroso sistema dispuesto en la Norma Fundamental para el cumplimiento de los mandatos de amparo y de la garantía de administración de justicia pronta y expedita prevista en su artículo 17**, a favor del gobernado, quien a través del procedimiento de inejecución de sentencia de amparo debe ser restituido en el pleno goce de sus garantías individuales violadas…

Estos criterios son una prueba irrefutable de dos cosas: a) que si bien el ejecutor de gasto (administración pública, en suma) debe respetar el principio de legalidad presupuestaria al momento de realizar un acto administrativo que disponga de recursos públicos o en la celebración de un contrato, el uso de dicho principio no debe convertirse en un instrumento al servicio del Estado que impida el cumplimiento de sentencias que le condenan o que le permita retrasar su cumplimiento, y b) que las sentencias condenatorias del Estado al pago de una suma de dinero generan por sí mismas el gasto que debe asignarse a la partida presupuestaria que hará frente a dicha obligación, haya o no dinero en el correspondiente Presupuesto de Egresos; en esta última dirección, se ha comentado:

> La obligación de pago determinada por la ejecutoria de amparo no se adquiere en virtud de un compromiso de gasto por parte de la Administración Pública, sino que es mera e inapelable consecuencia de la propia ejecutoria de amparo dictada por los tribunales del Poder Judicial de la Federación.[21]

Por lo anterior, considero que de una interpretación armónica de los principios constitucionales previstos en los artículos 1°, 17 y 126, así como de los dos criterios de la SCJN

21- Véase ALVARADO ESQUIVEL, M. de J., "Un extraño ataque a la ejecutorias de amparo: la insuficiencia presupuestaria de las autoridades administrativas", en la obra colectiva *Derecho Presupuestario. Temas selectos*, coord. por Oscar Nava Escudero y Juan Manuel Ortega Maldonado, ed. Porrúa, México, 2006, p. 205.

mencionados en concordancia con el artículo 26 de la Convención Americana, el acatamiento de sentencias condenatorias del Estado al pago de una cantidad de dinero debe cumplirse sin ninguna excepción, exista o no dinero en el Presupuesto.

2. La imposibilidad de embargar bienes del Estado mexicano

Finalmente, otro de los obstáculos con los que colisionan los jueces y tribunales a efectos de hacer ejecutar sus sentencias es la imposibilidad de embargar bienes al Estado o de embargar sus cuentas públicas. La inembargabilidad de los bienes del Estado es uno de los privilegios con los que cuenta el mismo derivado de su *imperium*. Así:

> Visto como un fuerte obstáculo para el cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Administración, el principio de legalidad presupuestaria y los privilegios o prerrogativas que la Administración ostenta resultan un malogrado binomio en el cual la Administración se cobija para incumplir con sus obligaciones…[22]

Hoy en día (y desde hace algunas décadas), se alzan diversas voces que demandan la terminación de tales privilegios, sobre todo el que se refiere a la inembargabilidad de los bienes patrimoniales del Estado.[23] Es castigadora la frase que, al respecto, enuncia el profesor español García de Enterría, quien ha considerado la inembargabilidad de los bienes del Estado como un "asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio",[24] o una rémora de la justicia administrativa como lo ha nombrado Ballesteros Moffa.[25]

En México, el artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles, cuya redacción original se conserva desde el año de su expedición (24 de febrero de 1943), es sumamente claro respecto al *imperium* del Estado:

> Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías

22- Cfr. NAVA ESCUDERO, O., *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, IEF, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, España, 2006, p. 218.

23- Entre otros, SÁNCHEZ SERRANO, L., *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*, Tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1997, p. 485; GIMENO SENDRA, J. V., "Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas", en *Revista Española de Derecho Administrativo* (en lo sucesivo REDA), núm. 27, 1980, p. 575; y SAINZ MORENO, F., "Bienes de las entidades locales", en *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, (dir.) Muñoz Machado, Santiago, Cívitas, 1998, p. 1593.

24- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración", en *REDA*, núm. 52, Madrid, España, 1986, p. 489; *ídem*. "Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", en *DA*, núm. 209, Madrid, España, 1987, p. 13.

25- BALLESTEROS MOFFA, L. Á., "Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa", en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coord. Carmen Chinchilla Marín, ed. Cívitas, Madrid, España, 2004, p. 231.

> que este Código exija de las partes. Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes dentro de los límites de sus atribuciones…

Desgranando este artículo, en un primer momento, nos advierte que el Estado tiene dentro del procedimiento judicial la misma situación "que otra parte cualquiera", es decir que el Estado y los particulares que se relacionan jurídicamente se encuentran, judicialmente, en un mismo plano de igualdad.[26] No obstante, a pesar de lo contundente de la primera parte, esta se subordina o condiciona a la segunda que prohíbe que contra el Estado se dicte "mandamiento de ejecución ni providencia de embargo".

La Exposición de Motivos del Código Procesal es, también, definitiva al respecto:

> Esta excepción se justifica porque no es posible que los órganos del Poder se coaccionen a sí mismos, y es imposible, dentro del Estado, que haya un poder superior al mismo poder estatal; y, respecto de las garantías, se juzga que el Estado siempre es solvente, pues es un principio general de derecho público, y en especial, del derecho fiscal, que el Estado debe obtener de los habitantes del país los ingresos indispensables para cumplir sus fines, de manera que está siempre en posibilidad de contar con un patrimonio que le permita responder, en general, de sus obligaciones, sin necesidad de una garantía especial.[27]

Lo ordenado en el Código señalado concatena con lo establecido en el artículo 13 de la Ley General de Bienes Nacionales (20 de mayo de 2004) que dispone:

> Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.

Son inalienables porque no se pueden enajenar (vender, permutar, donar) por el gobierno federal; son imprescriptibles porque ningún particular podrá adquirir tales bienes por medio de la prescripción, es decir, por el solo transcurso del tiempo de posesión de los mismos; y son inembargables, "pues aceptarlo sería a la vez admitir que son adquiribles en remate".[28]

En relación con el artículo 4º citado, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, del Poder Judicial de la Federación, mediante una tesis aislada, también

26- Así lo profesaba el insigne jurista mexicano Antonio Carrillo Flores, tratando de suavizar la posición de superioridad en que se encontraba el Estado: "Los Códigos Federales de Procedimientos, de 1897, de 1908, de 1942, han concedido a la Federación ciertos privilegios: no poder ser embargada, o condenada en costas, ni estar obligada a entrar a concursos y tal vez algunos más; pero, salvo esos privilegios y otros que consigna la Ley General de Bienes Nacionales, la Federación, en su capacidad como persona moral susceptible de derechos y obligaciones regidos por la legislación civil y mercantil, está colocada casi en situación de igualdad con los particulares", véase "La responsabilidad del Estado en México", conferencia leída en la Escuela Libre de Derecho el 8 de marzo de 1976 y publicada en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 1, año I, México, 1997, p. 12.

27- Citado por DE LA GARZA, S. F., *Derecho Financiero Mexicano*, 26ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 178.

28- NAVA NEGRETE, A., *Derecho Administrativo Mexicano*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica (en adelante, FCE), México, 2007, p. 381.

se ha pronunciado en favor del privilegio del Estado, pero dejando a salvo el derecho subjetivo del particular a través del ejercicio del juicio de amparo en contra de la negativa de la autoridad a acatar el fallo:

> Conforme a lo establecido por el precepto citado, **no podrá dictarse en contra de las dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas** (que tienen dentro del procedimiento judicial la misma situación que cualquier otra parte) **mandamiento de ejecución ni providencia de embargo…**[…]... sin embargo, conforme al párrafo segundo de ese mismo precepto legal, es obligación de la autoridad correspondiente cumplimentar las resoluciones pronunciadas en contra de dichas entidades gubernamentales, de acuerdo con sus atribuciones, por lo que en cada caso concreto se deberá determinar quién es esa autoridad para que cumplimente el fallo pronunciado, debiendo para ello atenderse a las atribuciones y facultades con las cuales se encuentra investida, **y en caso de que la referida autoridad se niegue a dar debido cumplimiento a la sentencia pronunciada en contra de la entidad correspondiente, procede en su contra el juicio de amparo, pues de lo contrario se estaría transgrediendo el artículo 17 constitucional en perjuicio de la persona que obtuvo sentencia favorable,** habida cuenta de que la impartición de justicia no únicamente se puede limitar a que los tribunales resuelvan las controversias que se susciten entre las partes en conflicto, sino que una vez que se diriman mediante la emisión de una sentencia, esta se debe hacer efectiva en contra de la persona que fue condenada, para lo cual las diversas disposiciones aplicables, como es la que se estudia, deben establecer los medios necesarios para poderla ejecutar…[29]

También, es relevante la siguiente jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN sobre el mismo artículo 4º:

> La excepción al principio de igualdad procesal consagrado en el artículo 4º del Código Federal de Procedimientos Civiles a favor de las dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas al disponer que nunca podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución ni providencia de embargo **no significa la posibilidad de incumplimiento a una sentencia condenatoria por parte de los órganos estatales, sino que parte de que la entidad estatal cumplirá voluntariamente,** por lo que es innecesario acudir a la vía de apremio, lo que así se señala en el segundo párrafo de dicho precepto, al establecer que las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes,

29- "SENTENCIAS. FORMA DE LOGRAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS DICTADAS CONTRA DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA FEDERACIÓN Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 4o. DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES", 9ª. Época; Tribunales Colegiados de Circuito; *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; Tomo XX, agosto de 2004; p. 1679.

dentro de los límites de sus atribuciones. Sin embargo, **en caso de que tal cumplimiento voluntario no se dé, dicha omisión constituye un acto de autoridad que puede combatirse en el juicio de amparo,** pues se surten las condiciones para considerar al ente estatal como autoridad en virtud de que: a) Se encuentra colocado en un plano de desigualdad frente al particular, atendiendo precisamente a su calidad de órgano del Estado, pues se le otorga el privilegio de no ser sujeto a ejecución forzosa; b) Tal prerrogativa deriva de la ley, pues esta responde al cumplimiento voluntario del órgano estatal; c) El uso indebido de ese beneficio implica transgredir la obligación legal de cumplimiento voluntario y afecta la esfera legal del particular porque le impide obtener la prestación que demandó en el juicio en que se dictó sentencia a su favor; y d) La actitud contumaz de la autoridad coloca al particular en estado de indefensión ante la imposibilidad de lograr por las vías ordinarias la justicia que mandata el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos…).[30]

Como puede apreciarse, en el sistema jurídico mexicano se deja a la voluntad de la Administración deudora el cumplimiento de la obligación, lo cual como ya se ha mencionado es reprobable, pues en la mayoría de las ocasiones la Administración no cumple voluntariamente, y aunque se le conceda al particular afectado la posibilidad de acudir al amparo para combatir el acto de autoridad de la Administración infractora, al particular se le afecta su derecho subjetivo desde el mismo momento en que la Administración incumple con su obligación.

3. Algunas propuestas para solucionar la problemática de la exigibilidad del Derecho Humano a la impartición de justicia pronta, imparcial y completa

a. Repensar la posición privilegiada del Estado frente a su acreedor

En otro lado propuse que el cumplimiento de las obligaciones del Estado se realizara conforme al derecho privado, debiéndose despojar de sus diferentes prerrogativas las cuales impiden que la justicia sea impartida de forma pronta y expedita: "Si la Administración incumple con su obligación alegando carencia de crédito presupuestario deberá resarcir los daños ocasionados al tercero contratista como si de una obligación de derecho privado se tratara".[31] Lo anterior en beneficio de ciudadanos que se relacionan contractualmente con el Estado y que, debido a diferentes técnicas dilatorias, aquellos ven conculcados sus derechos.

No es el momento de realizar un estudio sesudo de la anterior propuesta, ya que el espacio del presente trabajo lo impide, pero considero

30- "DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL O DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. LA OMISIÓN EN DAR CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN UN JUICIO EN EL QUE FIGURARON COMO DEMANDADAS, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO (ARTÍCULO 4º DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES)." 9ª. Época, Jurisprudencia, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo XXXIV, julio de 2011, p. 448.

31- NAVA ESCUDERO, O., *El Estado deudor frente a sus acreedores. (La exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública)*, IEF, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, España, 2006, pág. 181.

que el Estado debiera despojarse de algunos de sus privilegios (o cuando menos flexibilizarlos) para que, en igualdad de circunstancias, se resuelvan las obligaciones dinerarias conforme al derecho privado. Nadie niega que el Estado goza (y debe seguir gozando) de una situación privilegiada frente a los particulares, pero ese *imperium* no debe dar lugar a vulnerar la ley ni a vulnerar los derechos humanos de sus acreedores. Insistimos:

> Las obligaciones se celebran para cumplirse y que una forma anormal de terminar esa obligación es el incumplimiento, y esto hay que retenerlo en la mente, pues una vez dictado el fallo, la Administración es la única responsable de su incumplimiento, nadie más, y eso trae consecuencias jurídicas que ni la legalidad presupuestaria ni los privilegios de esta pueden servir como excusa para el impago de su obligación.[32]

En este sentido:

> [es] preciso reforzar la protección de los particulares para que puedan defender sus derechos e intereses legítimos, y evitar su avasallamiento frente a la Administración Pública, y si bien existen varios instrumentos tutelares de carácter político y social, consideramos que los más importantes son los de naturaleza jurídica, los que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de la justicia administrativa.[33]

b. Embargo de bienes

La inembargabilidad de los bienes del Estado es un principio cuya permanencia se debilita cada vez más. Es indispensable empezar a alejarse de los pensamientos clásicos ortodoxos que pugnan por una estricta división de poderes en la que el Estado no puede equivocarse o siempre es solvente (o en la que los principios de soberanía y de responsabilidad son incompatibles y el mandamiento de un juez condenando al Estado se considera una invasión o intromisión de poderes),[34] para pasar a un pensamiento más moderno y acorde con nuestro nuevo régimen constitucional en materia de derechos humanos, en donde el Estado sea responsable y susceptible de verse constreñido

32- *Ídem* p. 218. En el mismo sentido en la doctrina española: Bohoyo Castañar, Francisco, *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto* administrativo, IEF, Madrid, España, 1986, p. 194. El Tribunal Constitucional de ese país así lo considera: "Los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento ni la eximen de cumplir con lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 1983)".

33- FIX-ZAMUDIO, H., "Aspectos contemporáneos de la justicia administrativa", en la obra de estudios jurídicos en homenaje a Alfonso Nava Negrete titulada *Administración Pública Contemporánea. Derecho, política y justicia*, Tomo I, Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM e IIJ de la UNAM, México, 2010, pp. 10 y 11.

34- En efecto, con la inserción del principio de división de poderes derivado de la Revolución Francesa, la relación entre la Administración y la Justicia fue entendida por la Asamblea francesa en el sentido de que quedaba vedado a los jueces interferir en absoluto en el funcionamiento de la Administración, en un palabra, enjuiciarla (Ley de 16-24 de agosto de 1790), vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 13ª ed., Cívitas, Madrid, España, 2006, p. 508. Esa ley dispuso: "Las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones".

por los jueces a que cumpla mediante el despojo de sus privilegios en materia de bienes.

Es cierto, por otro lado, que mi propuesta no pasa por aceptar la posibilidad de embargar "todos" los bienes del Estado, pues sería inadmisible el embargo del Palacio Nacional, de un río, de una plaza, de la Ciudad Universitaria o de los recintos permanentes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación (los llamados bienes de uso común y los afectos a la prestación de un servicio público). Se trata, por tanto, de abrir la posibilidad de embargar ciertos bienes del Estado que no están afectos a un servicio público o que no son indispensables para el funcionamiento de este, por ejemplo, las pinturas que cuelgan de los despachos de los servidores públicos, los vehículos de estos, teléfonos celulares asignados al servidor público, computadoras personales, etc.; son los llamados bienes patrimoniales (o bienes propios) del Estado.[35] Aunque también se debe reconocer lo difícil que supone establecer cuáles de los bienes patrimoniales del Estado mencionados no están afectos a la prestación de un servicio público.

c. Mandamiento de ejecución de dinero público (embargo de dinero)

La idea de la embargabilidad del dinero público surge, probablemente, con Laband hace más de 130 años en Alemania, quien planteaba:

> Todas las obligaciones del Estado, nacidas de causas válidas a efectos jurídico-civiles, podrán ser reclamadas por la vía ejecutiva contra la Caja General del Estado, con absoluta independencia de que el pago de tales prestaciones haya sido autorizado o no por el Presupuesto.

Sin embargo, hoy en día, aun cuando este criterio pueda ser adecuado para auspiciar la embargabilidad del dinero público, habrá que ser cautelosos en su utilización —como se ha querido hacer— pues Laband tenía una concepción diferente (antiparlamentaria) a la que actualmente se tiene respecto del Presupuesto del Estado, ya que, por ejemplo, señalaba que "el fundamento legal para la realización de los gastos ya existe, sin necesidad de Presupuesto, en la mayoría de los mismos".[36]

En todo caso, parece más correcto acudir a la propuesta que en los años ochenta hicieron los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. El órgano responsable del cumplimiento del fallo —decían— no podrá admitir, por ser contrario al artículo 118 de la Constitución Española, el argumento de una inexistencia de crédito presupuestario en el caso de condenas patrimoniales o con trascendencia patrimonial, pues los Tribunales podrían expedir válidamente mandamientos de pago vinculantes para la Tesorería, y, por tanto, sobre el Banco de España; si el pago no tuviese respaldo presupuestario o excediese de este, el Banco lo contabilizará como "anticipo de Tesorería" que, por lo demás, es lógico que lo asuma el Banco de la Administración y no, como "empréstito forzoso", el titular de una ejecutoria judicial que impone un pago específico a la Administración.[37] Esto —concluían los autores— evita la ineficacia en la ejecución de sentencias.

35- Así también lo propone ALVARADO ESQUIVEL, M. de J., "Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo", en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo V, UNAM, Marcial Pons, México, 2008, pp. 254 y 255.

36- Vid. LABAND, P., *El Derecho Presupuestario*, traduc. José Zamit, IEF, Madrid, España, 1979, pp. 57, 58 y 126.

37- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 10ª ed. Cívitas, 2006, p. 673.

Las posibilidades de ejecución directa al Tesoro Público también han sido reconocidas en el derecho comparado y su consecuencia principal ha sido el establecimiento de un mecanismo altamente persuasivo en el que los servidores públicos se abstienen de contratar sin crédito presupuestario.

En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998 permitió el embargo de bienes patrimoniales de las Haciendas Locales, pero prohibió el embargo del dinero público; no obstante, el mandamiento de pago fue meridianamente aceptado por los legisladores del Anteproyecto de ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1986 (que no llegó a entrar en vigor en esos términos), al considerar, en el artículo 111.2, que las sentencias judiciales firmes eran equivalentes a efectos de una orden o mandamiento de pago. A favor del embargo de dinero público se pronuncian Martínez Giner[38] y Ballesteros Moffa.[39]

En Alemania, la ejecución contra créditos o haberes de los bancos nacionales o de los institutos públicos de crédito de las Administraciones Públicas es posible,[40] aunque aquella no puede alcanzar aspectos indispensables para la realización de funciones públicas o cuya enajenación se oponga al interés público. Si se produce una dilación, las autoridades responsables incurrirían en la infracción de un deber oficial, de tal modo que la Administración, si el funcionario resulta culpable, podría quedar sujeta a responsabilidad civil y tendría este que hacer frente por su parte a la pertinente indemnización.[41]

En Italia ocurre algo semejante. Desde hace tiempo también se puede ejecutar el dinero público a través de un mandamiento de pago directamente al Tesoro público italiano. En esta nación, el Tribunal puede dirigirse al funcionario pagador y constreñirle al pago, incluso sustituyendo su actividad de ordenación de pagos, o proceder a embargar bienes o caudales de la Administración cuyo mantenimiento no afecte al interés público.[42] El sistema italiano se fundamenta, ante todo, en el principio de paridad de las partes, consistente en que, ante las sentencias de condena al pago de una suma de dinero, la Administración no tiene una posición favorable diversa de la de cualquier otro deudor. Se entiende que el dinero y los créditos de las Administraciones (salvo que estos últimos tengan su origen en relaciones jurídico-públicas) son bienes disponibles que pueden ser objeto de embargo y que producen intereses a favor de su acreedor en caso de demora en el pago.[43]

En México, la doctrina ha sostenido que, dentro de la gama de bienes embargables del Estado, podría incluirse al dinero, que se aparta de la problemática presentada por el resto de los bienes pertenecientes al Estado. El dinero del embargo podría provenir directamente, mediante mandato judicial, de la cuenta de la Tesorería de la Federación, cuya fuente podrían ser las economías presupuestales o los subejercicios en el Presupuesto, según se ha

38- En *La Hacienda Pública deudora. Un análisis de Derecho financiero, con especial referencia al cumplimiento de las obligaciones públicas*, IEF, Madrid, España, 2002, p. 355.

39- En "Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa", en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coord. Carmen Chinchilla Marín, ed. Cívitas, 2004, p. 242 y ss.

40- Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Constitución y Proceso*, ed. Tecnos, Madrid, España, 1998, p. 175.

41- Cfr. SALA SÁNCHEZ, P.; XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica procesal contencioso administrativa*, tomo VII (Ejecución de sentencias, arts. 103 a 113), Bosch, Barcelona, España, 1999, p. 53.

42- *Ídem* p. 188.

43- Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: *il giudicio di ottemperanza*", en *REDA*, núm. 59, Madrid, España, 1988, p. 438.

propuesto.[44] Coincido en que el dinero público debiera ser embargable, pero también otros bienes del Estado no afectos a la prestación de un servicio.

Algún sector doctrinal ha argumentado que la aplicación del embargo de bienes o de dinero público podría alterar el principio de equilibrio presupuestario —y con ello afectar de manera significativa las finanzas públicas—; por lo que el equilibrio presupuestario podría funcionar como un límite a la ejecución de gastos públicos (incluidas las sentencias condenatorias de la Administración a una suma de dinero), de tal forma que los actos administrativos y contratos deberían supeditarse a las exigencias de ese principio.[45]

Al respecto, estimo que esos criterios son insostenibles, pues el objetivo de estabilidad o equilibrio presupuestario no se persigue a cualquier precio, sino de modo compatible con los derechos de los acreedores y otras exigencias de justicia como se ha recomendado.[46] Los derechos subjetivos de los ciudadanos al gasto público no deben estar sujetos al principio de equilibrio presupuestario, porque desde la perspectiva constitucional "…el equilibrio presupuestario, en sí, no es un bien constitucionalmente protegido —ni acaso, en sí mismo, protegible—…".[47] No puede argumentarse el respeto al principio de equilibrio presupuestario en detrimento de los derechos del acreedor del Estado, cuando aquel ni siquiera aparece consagrado en nuestra Constitución política.

Finalmente, habrá que empoderar a los jueces y tribunales para poder llevar a cabo su labor de hacer ejecutar lo juzgado cuando de consecuencias presupuestarias se trata.[48] Es cierto, por otro lado, que algunas actuaciones de jueces y tribunales nos pueden dispensar asombrosos veredictos, pero es preferible dejar en manos de un juzgador la labor de hacer ejecutar efectivamente su sentencia, en vez de dejar el cumplimiento de ella al arbitrio de la dotación de créditos presupuestarios a cargo de la Administración infractora.

En este contexto, la oportuna protección y reparación de la violación de los derechos humanos en México, en específico el que se refiere a la impartición de justicia pronta, imparcial y completa, pasa necesariamente por cambiar el régimen jurídico presupuestario relativo a la ejecución de las sentencias. De lo contrario, nuestro artículo 17 constitucional y el correlativo 25 de la Convención Americana seguirán chocando con el impenetrable muro compuesto por el principio de legalidad presupuestaria en contubernio con los añejos y rancios privilegios del Estado mexicano que, de no sortearlos, marchitarán, poco a poco, nuestra incipiente y —ya de por sí— débil democracia.

44- Esta propuesta es de ALVARADO ESQUIVEL, M. de J., "Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo", en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, tomo V, UNAM, Marcial Pons, México, 2008, p. 255.

45- Véase RUIZ RESCALVO, M. del P., *El principio de estabilidad presupuestaria*, ed. Edisofer, Madrid, España, 2003, pp. 34 y 35.

46- En ese sentido, HERRERA MOLINA, P. M., "Las leyes de estabilidad presupuestaria: una perspectiva jurídico constitucional", en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 29/2002, Madrid, España, p. 33.

47- Vid. CASADO OLLERO, G., "La Constitución y el Derecho Financiero: la constitucionalizarían de la justicia en el gasto público", en la obra colectiva *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, tomo I, coord. Horacio Corti y Mercedes Casás, ed. Abeledo Perrot, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 634.

48- Hoy en día ya no se puede argumentar que los jueces no pueden tomar decisiones judiciales que tengan efectos presupuestarios, en virtud del respeto al principio de división de poderes, porque como bien sostiene CORTI, H. G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 913: "…si el Estado es demandable, entonces, es ejecutable".

Dr. Ramiro Dos Santos Freire*

El derecho a la vivienda y el presupuesto en la Corte Constitucional de Sudáfrica

Introducción

El proceso de globalización jurídica, especialmente acentuado en el campo de los derechos humanos, reafirma la importancia creciente del derecho comparado.

Además, cuando se refiere a cuestiones como la defensa de los derechos sociales y, en particular, al acceso a la vivienda, no se limita al estudio de las sentencias judiciales de tribunales extranjeros, sino que busca rescatar la riqueza de los movimientos jurídicos en los diferentes países, así como estudiar cuáles son las estrategias de acción más efectivas.

Aquí, los diferentes colectivos y movimientos sociales, orientados por programas igualitarios y de promoción de derechos —cualquiera sea su forma de organización— evalúan las vías más convenientes para lograr resultados efectivos en defensa de los derechos fundamentales.

Por supuesto, el objetivo debe ser analizar críticamente las experiencias jurídicas en otros países. De esta manera, pueden surgir ideas fecundas que puedan aplicarse en realidades más próximas.

En este contexto, se observa que, en distintas partes del mundo, cada vez en mayor medida,

*** Dr. Ramiro Dos Santos Freire**
Defensor Oficial de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Docente de Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Facultad de Derecho (UBA) y en la Univ. del Salvador.

los reclamos por los derechos sociales llegan a la puerta de los tribunales. En algunos casos, a través de los llamados litigios estructurales, que ponen en escena la discusión de las políticas generales de un Estado en relación con los derechos.

Se observa en diferentes latitudes un aumento de las acciones judiciales encaminadas a la protección de los derechos colectivos, y en general, en defensa de grupos tradicionalmente postergados o marginados. En líneas generales, se amplía el marco de la legitimación de los actores y, en los casos más afortunados, se observa un activismo judicial que interviene positivamente en la agenda social.

En el apartado siguiente, explicaremos por qué consideramos que la experiencia sudafricana es especialmente relevante. En este punto, cabe considerar que existen muy pocos ejemplos en los que un Tribunal Superior o Corte Constitucional de algún país ha desarrollado una jurisprudencia consistente, coherente y muy elaborada sobre la problemática del acceso a la vivienda.

En las últimas décadas, existe un debate creciente sobre el alcance y el contenido de los derechos sociales, así como una preocupación permanente por lograr su plena exigibilidad. En este marco, el debate refiere inevitablemente a las políticas públicas estatales y, particularmente, a las asignaciones presupuestarias.

En diferentes países, se ha observado que los tribunales asumen una creciente influencia sobre el gasto público y ejercen afirmativamente su jurisdicción a través de órdenes vinculantes. Esto lleva a una redefinición de la función judicial dentro del esquema constitucional de división de poderes, lo que ha motivado diversas reflexiones y opiniones encontradas.[1]

De todas maneras, existe una tendencia creciente a reconocer la importancia del estudio del presupuesto en cuanto a su vinculación con la exigibilidad de los derechos sociales.

El tema presupuestario debe ser analizado desde el prisma constitucional, y de ahí cabe sostener que el fundamento principal de la actividad financiera y presupuestaria del Estado es garantizar la vigencia del sistema de protección y tutela de los derechos humanos. Es necesario tener siempre presente la vinculación conceptual que existe entre actividad financiera pública y derechos humanos.[2]

Puede afirmarse que, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el estudio y análisis del presupuesto se ha vuelto un tópico común. Es que la plena efectividad de los derechos es impensable sin recursos suficientes.

De acuerdo con los estándares provistos por el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, los distintos Estados deben garantizar la protección de los derechos hasta el máximo de los recursos disponibles,[3] y con un criterio de progresividad.

Ello ha llevado a la doctrina a poner una especial atención en el estudio concreto de las asignaciones presupuestarias y un análisis de problemas, como la insuficiencia de recursos, las fallas administrativas o las subejecuciones del gasto.[4]

1- Para el caso de los Estados Unidos, véase el estudio pionero de FRUG, G., "Las potestades presupuestarias del Poder Judicial", en AA.VV., "El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

2- Véase el extenso estudio efectuado en CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario,* Buenos Aires, 2007, en especial Caps. XVII y XVIII.

3- Cf. Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, art. 2º inc. 2.

4- Véase el análisis presupuestario efectuado en REY, S., "¿Existe un derecho a la vivienda adecuada en la Ciudad

En este contexto, es necesario recordar que el Estado de Derecho exige que los tribunales de justicia tutelen efectivamente los derechos. Si ello requiere intervenir en la materia presupuestaria, hacerlo se convierte en un imperativo.

En este sentido, y sintetizando una cuestión por demás compleja, no puede sino coincidirse con lo expresado por el órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[5] en cuanto señala que:

> [a]unque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También, se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

Este artículo se propone contribuir a este debate mediante el análisis de la jurisprudencia en materia de vivienda de la Corte Constitucional de Sudáfrica. En el apartado siguiente, haremos referencia al contexto institucional en que trabaja este tribunal y al marco jurídico que provee la Constitución sudafricana. Luego, en el punto II, analizamos distintas sentencias que consideramos relevantes y que podría decirse que conforman una "familia de fallos" en esta materia, presidida por la sentencia del caso "Grootboom". Finalmente, en el punto III, esbozaremos nuestras consideraciones sobre cuáles son las enseñanzas que se pueden extraer de esta jurisprudencia, con un especial énfasis en el rol del Poder Judicial en la tutela del derecho a la vivienda y de los derechos sociales en general. Particularmente, pondremos nuestra atención sobre las facultades jurisdiccionales en relación con el presupuesto público.

I. La Constitución sudafricana y la Corte Constitucional

La Constitución de la República de Sudáfrica, aprobada en 1996, es el principal instrumento jurídico de aquel país; organiza sus instituciones políticas y garantiza los derechos fundamentales de sus habitantes.

Forma parte de un proceso histórico para acabar con el aberrante régimen del *apartheid*, y cuyo hito fundamental puede ubicarse en las primeras elecciones libres y democráticas en 1994 (cuando Nelson Mandela fue elegido Presidente).

A su vez, el *apartheid* había dejado un legado social penoso, y la sociedad debía enfrentar urgentemente gravísimos problemas estructurales, con altísimos niveles de pobreza y de fragmentación social.

La sociedad tenía elevados índices de violencia e inseguridad y, por otro lado, gran parte

Autónoma de Buenos Aires?", en *Revista de Derechos Humanos*, Año II, Número 2, Buenos Aires, 2013.

5- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 9, "La aplicación interna del Pacto", 19º Período de Sesiones, 1998, párr. 10.

de la población se encontraba excluida de los servicios básicos.[6]

De acuerdo con el programa consagrado por la Constitución sudafricana, la Corte Constitucional (conformada en 1994) tiene un rol fundamental en la construcción del Estado de Derecho, dejando atrás el régimen de segregación racial y en el camino hacia un orden efectivamente constitucional y democrático.

El marco dado, entonces, es el complejo proceso de democratización de una sociedad excluyente, caracterizada por la discriminación y la vulneración sistemática de derechos fundamentales.

Ello exige un papel activo de la Corte Constitucional, para avanzar hacia la efectividad de los derechos.

Desde sus primeros años, la Corte ha tenido un papel relevante en campos heterogéneos: el derecho a la salud,[7] los derechos de los homosexuales,[8] la asistencia social,[9] la no discriminación,[10] y los derechos sociales en general.

Asimismo, cumplió un rol de trascendencia en la aprobación de la Constitución sudafricana. En este sentido, cabe señalar que el proceso constitucional se escindió en dos momentos fundamentales, primero mediante una Constitución interina en 1993, y luego, a través de la Constitución definitiva en 1996. En ese ínterin, la Corte Constitucional desempeñó una representación fundamental en el denominado proceso de certificación de la Constitución.

Se observa en el diseño constitucional de Sudáfrica,[11] la confluencia de distintas tradiciones, como la *judicial review* angloamericana, y las técnicas de control europeas, y asimismo, se destaca como antecedente de importancia, entre otros, la Ley Fundamental alemana.

En este contexto, la Corte Constitucional posee atribuciones en diversos campos, como la protección y tutela de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad de las leyes y la resolución de conflictos entre poderes del Estado.[12]

Evidentemente, este sistema no ha sido ajeno al proceso de globalización jurídica, claro que, con las particularidades propias del país y del continente. Así, debe hacerse una mención especial a la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, del 27 de junio de 1981. Este instrumento intenta tomar las declaraciones de derechos occidentales adaptándolas a la realidad cultural africana. Un notable jurista señala:

> Dicha Carta, que retoma por su cuenta los derechos individuales que figuran en las declaraciones occidentales, los inserta dentro de una concepción del hombre que no es la del individuo como sujeto insular, sino la de un ser

6- ROSS, R., *Historia de Sudáfrica*, Ed. Akal, Madrid, 2006, p. 209 y ss.

7- Corte Constitucional de Sudáfrica, "Treatment Action Campaign v. Ministerio de Salud de Sudáfrica". Sentencia del 5 de julio de 2002.

8- Corte Constitucional de Sudáfrica, "Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another". Sentencia del 1º de diciembre de 2005.

9- Corte Constitucional de Sudáfrica, "Khosa and others v. Minister of Social Development and another". Sentencia del 4 de marzo de 2004.

10- Corte Constitucional de Sudáfrica, "National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs", 1999.

11- KLUG, H., *The Constitution of South Africa. A contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

12- GARCÍA MORELOS, G., "La Corte Constitucional de Sudáfrica y los derechos fundamentales", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 8, México, 2007, pp. 175-187.

> vinculado a sus semejantes, que extrae su identidad de su pertenencia a una serie de comunidades.[13]

El texto constitucional consagra enfáticamente los derechos fundamentales (*bill of rights*), reconociendo un amplio espectro, de acuerdo con los lineamientos modernos en la materia. La declaración de derechos (secciones 7 a 39, de la Constitución) los divide en tres generaciones: los derechos civiles y políticos; los derechos sociales, económicos y culturales; y finalmente, una tercera generación vinculada a derechos tales como el libre desarrollo de los pueblos y el medioambiente.

En relación con los derechos sociales, cabe señalar que la Constitución reconoce los derechos de vivienda, salud, alimentación, agua, seguridad social y educación.[14]

Para los alcances de este trabajo, es pertinente citar aquellas normas jurídicas que, específicamente, se refieren al derecho a la vivienda adecuada.

La Sección 26 de la Constitución de Sudáfrica, con el título "Vivienda",[15] señala que todas las personas tienen derecho a acceder a una vivienda adecuada. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas legislativas razonables y otros medios adecuados, dentro de los recursos disponibles, para lograr la progresiva realización de este derecho. Asimismo, establece que nadie puede ser expulsado de su vivienda, o ser esta demolida, sin una orden judicial dictada luego de considerar todas las circunstancias relevantes. Se establece también que ninguna legislación permitirá desalojos arbitrarios.

Esto se complementa con otras disposiciones de la Constitución, como la Sección 28 de los derechos de la niñez, que, entre otros derechos, garantiza el de la vivienda.[16]

En base a las normas citadas, la Corte Constitucional construyó su jurisprudencia sobre este tema, que analizaremos en el apartado siguiente.

II. Casos judiciales en materia de derecho a la vivienda

II. 1. El caso "Grootboom".[17]

Este caso debe su nombre a Irene Grootboom, una mujer muy pobre que lideró a un conjunto de personas que soportaban una vida en condiciones inhumanas, y cuya lucha dio origen a esta sentencia, que es un hito en la justiciabilidad del derecho a la vivienda.[18]

Ella integraba una comunidad muy numerosa —de alrededor de novecientas personas— que

13- SUPIOT, A., *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007, pp. 283-284.

14- GLOPPEN, S., *Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives,* Michelsen Institute, Bergen, 2005.

15- El texto original en inglés dice: *"26. Housing. (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions".*

16- El texto constitucional, en el art. 28, 1, c, utiliza la expresión *"basic shelter"*.

17- "Government of the Republic of Sudafrica and others v. Grootboom and others", fallo de la Corte Constitucional de Sudáfrica, el 4 de octubre de 2000.

18- GRANT, E., "Enforcing Social and Economic Rights: The Right to Adequate Housing in South Africa", en *African Journal of International and Comparative Law,* Edinburgh University Press, Vol. 15, p. 1.

había sido desalojada por la fuerza del espacio que habían ocupado en un terreno baldío de propiedad privada y que estaba destinado a un plan de vivienda. Según la sentencia, el desalojo se realizó de manera apresurada e inhumana, con reminiscencias a los desalojos realizados durante el *apartheid*.

En esta situación, luego del desalojo, estas personas habían construido viviendas precarias con lonas de plástico en un centro de deportes, en el área de Ciudad del Cabo.

Las condiciones de vida eran paupérrimas, sin acceso alguno a servicios básicos. Casi un millar de personas convivían sin agua potable, sin electricidad ni ningún otro servicio público.

Claramente, el caso evidenciaba un conflicto social que tenía sus raíces en el régimen de segregación racial. Durante el período anterior, había existido una férrea política cuya finalidad fue excluir a la población africana (negra) de las zonas urbanas.[19]

Luego de diversas sentencias de los tribunales inferiores, el fallo de la Corte reconoció que existía una violación al derecho a la vivienda consagrado en la Sección 26 de la Constitución Sudafricana.

Cabe notar que la Corte no pone en duda la justiciabilidad de los derechos sociales; por el contrario, como señala en distintos pasajes, no se trata de saber si estos derechos son exigibles judicialmente, sino de cómo se los hace efectivos en un caso determinado.

La Corte señaló que, al omitir asistencia a quienes se encuentran en situación de extrema necesidad, el Gobierno no cumple con sus obligaciones constitucionales.

La sentencia ordena al gobierno nacional —y a los gobiernos locales— a formular, financiar, implementar y supervisar medidas para aliviar a quienes se encuentren en una situación de extrema necesidad.

El fallo abrió el camino para futuros casos judiciales en los que se invoca el derecho a la vivienda como derecho constitucional digno de tutela. Además, motivó a que distintas municipalidades del país incluyeran en sus presupuestos las llamadas "partidas Grootboom" para aliviar las situaciones más desesperadas.

Aun así, se ha dicho que la sentencia no satisfizo a la comunidad involucrada, ya que no ordenaba medidas directas para dar soluciones concretas. Cabe destacar que la Corte no reconoció un derecho incondicional a la vivienda, sino un derecho a que el Estado adoptara medidas adecuadas.

Así, debe señalarse que la decisión de la Corte parece tener un carácter declarativo, en cuanto constata y declara el incumplimiento estatal a la luz de la Sección 26 de la Constitución Sudafricana, pero no emite orden concreta respecto de la situación de los actores. Vale aclarar que ello se explica, en parte, por el hecho de que, antes de la sentencia, las partes llegaron a un acuerdo en el cual el Estado se comprometía a garantizar a los peticionantes un alojamiento temporario, con condiciones sanitarias básicas y agua potable.

La orden de la Corte, en el caso, señala que la citada Sección 26 establece la obligación de que el Estado diseñe e implemente —en el marco de los recursos disponibles— un programa integral y coordinado que asegure progresivamente el derecho al acceso a la vivienda adecuada. A su vez, este programa debe contemplar medidas razonables para el alivio de las condiciones intolerables de vida de las personas afectadas.

19- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 160-168. En él se realiza un exhaustivo análisis del caso.

II. 2. Referencias expresas a la cuestión presupuestaria

En una parte del fallo, se recuerda que la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales y su vinculación con el presupuesto fue tratada en el proceso de certificación de la Constitución al que hicimos referencia en el apartado anterior.

Allí, la Corte dijo:

> Estos derechos son, en alguna medida, pasibles de control constitucional. Como se ha dicho en párrafos anteriores, muchos de los derechos civiles y políticos asegurados por la Constitución tienen implicaciones presupuestarias sin que estas comprometan su justiciabilidad. El hecho de que los derechos socioeconómicos inevitablemente involucren estas cuestiones presupuestarias no constituye, en nuestra opinión, un límite para su justiciabilidad. Como mínimo, los derechos socioeconómicos deben ser protegidos negativamente, de la invasión ilegítima.[20]

Por otra parte, el fallo hace un análisis muy extenso de las implicancias del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la incidencia de este al momento de interpretar la Sección 26 de la Constitución. Debe señalarse que, de acuerdo con la Sección 39 de la Constitución, los jueces al interpretar el catálogo de derechos "deben tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en consideración el derecho extranjero".[21]

En cuanto al estándar que exige que el Estado aplique "hasta el máximo de los recursos disponibles", significa para la Corte que esta obligación no requiere del Estado más de lo que sus recursos disponibles le permitan realizar. La Sección 26 no le exige al Estado más de lo que podría lograr con los recursos disponibles.

Aquí, la Corte se remite a su propio precedente en el caso "Soobramoney",[22] en el que claramente señaló:

> …Lo que se desprende de estas provisiones es que las obligaciones impuestas al Estado por los artículos 26 y 27 respecto del acceso a la vivienda, salud, alimentación, agua y seguridad social dependen de los recursos disponibles para dichos propósitos y que los correspondientes derechos están también limitados en razón de la falta de recursos. Dada esta falta de recursos y las importantes demandas de ellos que ya fue referida, una obligación incondicionada o absoluta de satisfacer estas necesidades no sería en el presente pasible de ser cumplida.

En general, se ha entendido que este fallo constituye un avance sobre el precedente "Soobramoney", en el sentido en que la Corte tiene una mirada más amplia sobre las obligaciones estatales, y menos deferente en relación con las atribuciones propias del órgano ejecutivo respecto de la utilización del presupuesto.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la efectiva implementación de los programas de

20- Corte Constitucional de Sudáfrica, "Certification of the Constitution of the Republic of South Africa", 6/9/1996.

21- ZAGREBELKSY, G., "Jueces constitucionales", en *Teoría del Constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 92.

22- Corte Constitucional de Sudáfrica, "*Soobramoney v. Minister of Health*". Sentencia del 27 de noviembre de 1997.

vivienda requiere una adecuada asignación presupuestaria provista por el gobierno nacional. Además, es necesario conocer y prever las necesidades de la población en materia de vivienda.

Todo ello implica un plan, el adecuado presupuesto y el monitoreo de su cumplimiento, además de la debida cooperación entre las diferentes áreas del gobierno.

Como veremos en el punto siguiente, la Corte enfoca su análisis en el parámetro jurídico de razonabilidad. Ciertamente, esta pauta parece bastante menos exigente, en esta materia, que el criterio de "máximo de recursos disponibles" que emerge del PIDESC.

Sin embargo, aun en este marco, es posible llevar adelante el control judicial de la política pública y de las asignaciones presupuestarias.

II. 3. El estándar de razonabilidad

Una forma usual de interpretar el fallo se vincula con el análisis que hace la Corte del estándar de razonabilidad.[23] Este principio de razonabilidad se reconoce expresamente en la Constitución Sudafricana, en cuanto impone que "…el Estado debe tomar medidas legislativas y de otra índole razonables para alcanzar la realización progresiva de los derechos..." (arts. 26 y 27 del texto constitucional).

En este caso, entonces, a diferencia del ya mencionado precedente "Soobramoney" en materia de salud, se entendió que aquí, en la cuestión relativa a la vivienda adecuada, el Estado no había cumplido con las medidas razonables.

Inevitablemente, surge la comparación con nuestro país, ya que, en la tradición judicial argentina, la idea de razonabilidad tiene honda raigambre, anclada en el art. 28 de nuestra Carta Magna.

A nuestro entender, en materia de derechos sociales, la idea de razonabilidad no debe tomarse como un criterio excesivamente laxo o ambiguo, sino que la propia materia requiere que, en cada caso, se realice un análisis profundo y exhausto de la pertinencia y efectividad de los medios dispuestos por el Estado para lograr la satisfacción de estos derechos.

La Corte, en este caso, avanzó en el análisis y señaló que, para ser razonables, las medidas deben atender a quienes más lo necesitan, particularmente quienes se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad.

El tribunal entendió que la política de vivienda del gobierno sudafricano era coherente y coordinada y daba respuesta sistemática a una necesidad social apremiante. Sin embargo, en el caso concreto presentado, estos programas no eran los suficientemente flexibles para atender a las necesidades urgentes de la población más expuesta, que requiere soluciones inmediatas o de corto plazo.[24]

Otros casos judiciales vinculados al derecho a la vivienda

A fin de presentar un panorama más acabado sobre este tópico, haremos una referencia a un conjunto de casos de la misma Corte Constitucional relacionados con el acceso a la vivienda. De esta manera, puede observarse que "Grootboom" no es un caso aislado, sino que forma parte de una construcción jurisprudencial de mayor alcance.

A modo de ejemplo, en primer lugar puede citarse el caso bajo la carátula "Minister of Public

23- GROSMAN, L., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución,* Ed. Libraria, Buenos Aires, 2008, p. 100 y ss.

24- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Christian, *op. cit*., p. 165.

Works and others v. Kyalami Ridge Enviromental Association and others", que fue fallado por la Corte Constitucional el 29 de mayo de 2001.

La acción judicial había sido iniciada por una asociación de residentes (la Kyalami Ridge Enviromental Association o KREA), que se veía afectada por la instalación de un campamento temporario para víctimas de inundaciones.

Un grupo de habitantes del pueblo Alexandra había sufrido inundaciones y como solución temporal, el gobierno creó el mencionado campamento en terrenos pertenecientes a una cárcel estatal.

La asociación de residentes invocaba que el gobierno había actuado sin consultarlos y sin respetar normas sobre zonificación y protección ambiental. Además, se quejaban de la desvalorización de sus propiedades por la cercanía del campamento.

La Corte rechazó la demanda de la asociación. Entre distintos argumentos, y citando el caso "Grootboom", señaló que, en virtud de las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la vivienda, este tenía que facilitar el acceso a un alivio temporario para las personas que no tenían acceso a tierras ni a una vivienda o que vivían en condiciones intolerables, así como aquellas personas que se encontraban en situaciones de crisis debido a desastres naturales, como inundaciones o incendios.

Otro caso digno de mención es "Ocupantes de Olivia Road 51 v. la Ciudad de Johannesburgo", resuelto por la Corte Constitucional el 19 de febrero de 2008.

El gobierno local de Johannesburgo intentaba desalojar a hombres, mujeres y niños de edificios en el centro de la ciudad.

Ello dentro de una política pública de regeneración del centro de Johannesburgo, y alegando que las viviendas no eran higiénicas y existían riesgos como incendios o derrumbes por deficiencias de construcción. Esto tenía como consecuencia la realización de desalojos forzados, sin ofrecer alternativas a los habitantes.

Luego de distintas instancias judiciales, la Corte Constitucional ordenó a las partes abrir una instancia de diálogo para lograr una solución satisfactoria y constructiva para todas las partes involucradas.

Esta decisión es trascendente, en cuanto la Corte Constitucional destaca que, cuando el Estado pretende realizar un desalojo, existe un requerimiento constitucional para que el mismo se involucre en forma seria en un diálogo genuino con aquellas personas que puedan quedar sin vivienda. Y, asimismo, la necesidad de analizar concretamente alternativas adecuadas.

Esta decisión tuvo un impacto muy positivo para la protección de los habitantes involucrados; efectivamente, se abrió una instancia de negociación y se logró una efectiva implementación de medidas activas para mejorar la situación de los afectados.

Finalmente, es importante mencionar el fallo dictado en el caso "Modderklip".[25] Este resulta de sumo interés, en cuanto ejemplifica un conflicto común en nuestro tiempo, que es el conflicto de intereses entre el derecho individual a la propiedad privada y el derecho al acceso a la vivienda de un grupo de personas vulnerables.

Se trata del caso de una ocupación masiva de tierras que, según las constancias de la causa, involucraba a alrededor de cuarenta mil personas sin vivienda y que se habían asentado en una finca privada, propiedad de la compañía Modderklip.

Ante el reclamo del propietario, los tribunales inferiores emitieron sucesivas órdenes de

25- Corte Constitucional de Sudáfrica, "Presidente of the Republic of South Africa and others v. Modderklip Boerdery". Sentencia del 13 de mayo de 2005.

desalojo, pero las circunstancias fácticas impidieron hacerlas efectivas.

Luego de diversas instancias, intervino la Corte Constitucional. Haciendo un balance entre el derecho a la vivienda de los ocupantes y el derecho a la propiedad de la compañía, se estableció que los ocupantes tenían derecho a permanecer allí hasta tanto se proveyera efectivamente de un lugar alternativo de alojamiento. Por otro lado, el Estado debía compensar debidamente al propietario perjudicado por la ocupación ilegal de su propiedad.

De esta forma, el Estado, como garante principal de los derechos sociales, debió asumir los costos del daño infligido al propietario (en el caso se estableció un mecanismo de pago de alquileres mensuales por el uso de la tierra).

Vemos que, aquí, la Corte encuentra una solución de compromiso para el —siempre latente— conflicto entre derecho a la vivienda y propiedad privada.

Este caso nos parece muy significativo. Esto es así en tanto pone de manifiesto que, en los casos en que está en juego la vigencia de los derechos sociales, económicos y culturales, el asunto trasciende a una mera relación entre particulares, y no puede resolverse dentro del marco tradicional del derecho privado, sino que es inexcusable la intervención del Estado como garante de los derechos.

Y, paralelamente, la obligación del Poder Judicial de involucrarse y proponer caminos alternativos y soluciones creativas para poder hacer efectivos los distintos derechos vulnerados.

III. El Poder Judicial y los derechos sociales. El dilema del presupuesto.

La plena efectividad y vigencia de los derechos humanos requiere inevitablemente prestaciones positivas por parte del Estado. Además, políticas públicas adecuadas con un financiamiento suficiente.

Estas acciones públicas no se limitan a los poderes Ejecutivos o Legislativos. Por el contrario, en el marco del Estado de Derecho, y cuando existe una vulneración de derechos, el rol del Poder Judicial es irrenunciable. Indudablemente, en diferentes países, incluida la Argentina, existe una demanda de redefinición del rol del Poder Judicial, que exige que este tenga un mayor compromiso y atención con los problemas sociales y económicos.

Por otra parte, en materia presupuestaria, esta etapa histórica se caracteriza por un cambio de paradigma.[26] Esto implica reconocer la relación conceptual que existe entre el Presupuesto y los derechos humanos. Es decir, el presupuesto, dentro del marco de la hacienda pública constitucional, es un instrumento subordinado al respeto y la protección del sistema de derechos humanos, no al revés.

Es que aquí está en juego no solo la efectividad de la Constitución, sino también el verdadero acceso a la justicia, en la posibilidad de dar la palabra a quienes no tienen voz, en la necesidad de dar contenido y sustento a la democracia.

Claro está que la mayor intervención del Poder Judicial puede leerse desde diferentes perspectivas. En parte, puede interpretarse como un síntoma de la crisis del sistema representativo y de la incapacidad o falta de voluntad del sistema político de dar satisfacción a demandas sociales.

También puede pensarse, en algunos casos, como un reflejo de la debilidad política de las organizaciones sociales, que se ven obligadas a

26- CORTI, H., "Ley de Presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero", en AA.VV., "El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

recurrir al Poder Judicial en razón de su incapacidad de obtener sus objetivos por los métodos políticos tradicionales.

Sin embargo, no corresponde sacar conclusiones apresuradas. A menudo, se obtienen resultados combinando diferentes cursos de acción. Es decir, la estrategia judicial serviría como un instrumento más, que debe ser combinado con otras formas clásicas de participación y reclamo, como manifestaciones públicas, promoción de proyectos de ley, campañas de difusión o cualquier modo apto de movilización.

En el Estado de Derecho moderno, se vive la situación paradojal de que el mismo Estado es el que, por acción u omisión, vulnera derechos fundamentales, pero, a la vez, es la instancia a la que se debe recurrir para obtener la salvaguarda de los derechos. En este marco, quizás puede leerse la creciente judicialización como un intento de avanzar sobre esta contradicción.

Por lo demás, y aun en el caso de las intervenciones judiciales más originales y audaces, estas difícilmente alteran el orden económico-social imperante, sino que actúan como un paliativo, a fin de atemperar y limitar las consecuencias más graves de un orden social injusto.

Asimismo, la estrategia judicial puede, en algunos casos, servir como aliciente a la participación y no solamente debe prestarse atención a la sentencia que dicten los tribunales, sino que, en determinados casos, sobre todo pensando en las acciones colectivas, el proceso en sí mismo adquiere un carácter central.

Es sabido que existen distintas corrientes doctrinarias que cuestionan severamente la legitimidad del Poder Judicial para intervenir en la cuestión de los derechos sociales. Estas se basan en diferentes objeciones (legitimidad democrática, afectación de la división de poderes, entre otras). No podemos tratar aquí extensamente este problema, de modo que nos limitaremos puntualmente a las objeciones que refieren a la supuesta imposibilidad del Poder Judicial de entender e interferir en materia presupuestaria.

En este caso, a menudo se presenta una objeción de carácter técnica. Según este planteo, el Poder Judicial no tiene suficiente competencia técnica para analizar complejas cuestiones presupuestarias; y a su vez, esto se entrecruza con la objeción sobre la legitimidad democrática de los jueces.

Ante ello, cabe recordar que, dadas las exigencias de las sociedades modernas, los jueces inevitablemente se ven obligados a resolver cuestiones cada vez más difíciles y, en los más diversos campos, ya sean novedosas cuestiones de bioética o reestructuraciones de deuda de un Estado, o problemas ambientales de gran magnitud.

Esto no puede justificar el apartamiento judicial que por mandato constitucional debe entender en todas las causas que se presenten y en las que existan derechos constitucionales en disputa. En su caso, deberá ser una motivación para repensar cómo se llevan adelante los procesos judiciales, para abrir la participación de organismos técnicos, o modos de lograr mayor transparencia en la información pública, así como también proveer a los poderes judiciales del apoyo técnico indispensable.

Por otra parte, pensamos que no se debe sobredimensionar estas dificultades técnicas. En la mayoría de los casos, ante violaciones graves a derechos constitucionales, no hará falta que el tribunal sea experto en políticas públicas para ejercer su jurisdicción.

Asimismo, como acertadamente señala la doctrina, no debe olvidarse que los tribunales tienen especiales aptitudes para abordar estos temas.[27] Así, los jueces dentro del sistema constitucional tienen el deber de seguir un proceso

27- Ver GROSMAN, L. *op. cit*., pp. 117-119, cuyo análisis seguimos en este punto.

racional de toma de decisiones, en el que deben ser escuchadas todas las partes en igualdad, y finalmente, tienen la obligación de tomar decisiones siempre en forma razonable y fundada.

Por otra parte, ante estas objeciones los tribunales pueden explorar creativamente diversos caminos para hacer valer su jurisdicción. En este sentido, es posible abrir instancias de deliberación dentro del ámbito judicial, y a su vez, los tribunales pueden utilizar mecanismos de diálogo con los otros poderes del Estado.[28]

En definitiva, este tipo de dificultades no pueden por sí mismas excluir el control judicial. Aunque se trate de políticas públicas en las que los poderes políticos actúan con un margen importante de discrecionalidad, los jueces pueden intervenir a través de la aplicación de estándares netamente jurídicos, como la razonabilidad.[29]

En suma, ningún tribunal, por mandato constitucional, puede permanecer en una posición pasiva cuando existen omisiones estatales claras que generan una vulneración de derechos. Debe tenerse presente que, respecto del vínculo entre derechos sociales y presupuesto, ya se ha demostrado cuan engañosa puede ser la visión que distingue entre derechos positivos y negativos. En la realidad, la garantía de todos los derechos exige gastos presupuestarios; en otras palabras, todos los derechos requieren acciones positivas del Estado.[30]

Es pertinente tener presente que todos los derechos humanos, sin excepción, son justiciables. Esta justiciabilidad debe pregonarse no solo respecto de los derechos civiles y políticos, sino en la misma medida también de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La tesis restrictiva respecto de estos últimos —pretendiendo un grado menor de tutela— es arbitraria y no tiene sustento alguno dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos.[31]

En este marco, la efectividad de los derechos sociales en el Estado de Derecho requiere de una actividad y cooperación de todos los poderes del Estado, y los jueces tienen allí el deber de participar activa y comprometidamente para hacer respetar los derechos constitucionales. Así, se podrá empezar a reducir la distancia que existe entre los textos constitucionales y la realidad vital de las personas más postergadas.

28- ETCHICHURY, H., *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 2013, p. 281 y ss. Se realiza un completo análisis sobre las alternativas con que cuentan los jueces para hacer valer los derechos sociales.

29- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en GARGARELLA, R., "*Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*", Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 991.

30- HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

31- GIALDINO, R. E., *Derecho internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Buenos Aires, 2012, pp. 78-79.

Dr. Diego Freedman*

La protección especial de la infancia mediante el presupuesto**

Las normas internacionales de derechos humanos establecen un deber de protección especial a la infancia, lo cual se traduce en derechos específicos (propios de la vulnerabilidad e inmadurez de los niños)[1] y derechos con mayor alcance (también reconocidos a las personas adultas).[2] Este deber de protección especial surge de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, que constituyen un complejo *corpus iuris*.[3]

*** Dr. Diego Freedman**
Abogado (UBA). Docente de la Facultad de Derecho de la UBA y de la UP. Prosecretario Letrado del Consejo de la Magistratura de la Nación.

****** Este ensayo forma parte de un trabajo colectivo que he venido desarrollando tanto con la Dra. Beloff y su equipo de docencia e investigación, como con los docentes integrantes de la cátedra del Dr. Horacio Corti. Agradezco a María Virginia Deymonnaz por su aporte de jurisprudencia, que ha enriquecido notablemente este trabajo.

1- En aras de simplificar la redacción, se hará referencia solo a la palabra "niños" al considerar que el término comprende a las categorías de niños, niñas y adolescentes: "[E]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término 'niño' abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes." (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A Nº 17, del 28 de agosto de 2002, párr. 42).

2- Al respecto, nuestra Corte Suprema, con cita de la Corte IDH, ha interpretado: "[L]os niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Opinión Consultiva Nº 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 54)", *Fallos* 328:4343, considerando 32º del voto de la mayoría.

3- La Corte IDH ha considerado: "[E]l corpus *iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios,

En este ensayo, comenzaremos a analizar en qué medida el deber de protección especial tiene su correlato en obligaciones presupuestarias del Estado hacia la infancia.[4]

La Convención sobre los Derechos del Niño y el estándar de protección especial

El principal instrumento en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos referente a la infancia es la Convención sobre los Derechos del Niño[5] (en adelante, CDN), que en nuestro país tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Precisamente, este instrumento, al referirse genéricamente a los derechos sociales en su art. 4º,[6] dispone que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas para satisfacerlos hasta el máximo de los recursos disponibles. El Comité de los Derechos del Niño clarificó que deben asignarse el máximo de los recursos disponibles en los ámbitos nacional, provincial y municipal, especialmente en las esferas de la salud, la educación, el bienestar social y la seguridad.[7] Asimismo, recomendó que se determine la cantidad y la proporción de recursos que se dedican a los niños en los planos nacional y local para evaluar los efectos de los gastos realizados en la esfera de la infancia.[8] En relación con este

resoluciones y declaraciones)", Opinión Consultiva 16/1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", 1º de octubre de 1999, párr. 115. Ha agregado: "[T]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana", Corte IDH, "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63, párr. 194.

4- Para un profundo análisis de la vinculación entre el derecho financiero y los Derechos Humanos, ver CORTI, H., *Derecho presupuestario constitucional*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

5- Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (Nº 49), p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada en la Argentina por la Ley Nº 23849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

6- CDN, artículo 4º: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional".

7- Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 187, Observaciones al informe de la Argentina, 9 de octubre de 2002, párr. 20.
En relación con los deberes respecto de la primera infancia, sostuvo: "A fin de garantizar que los derechos de los niños pequeños se realicen plenamente durante esta fase crucial de su existencia (y teniendo en cuenta la repercusión que las experiencias en la primera infancia tienen en sus perspectivas a largo plazo), se insta a los Estados Partes a que adopten planes globales, estratégicos y con plazos definidos para la primera infancia en un marco basado en los derechos. Por consiguiente, deberían aumentar la asignación de recursos humanos y financieros a los servicios y programas destinados a la primera infancia (art. 4º) […] Es, no obstante, importante que haya una inversión pública suficiente en servicios, infraestructuras y recursos globales específicamente asignados a la primera infancia, por las múltiples razones expuestas en la presente observación general", Observación General Nº 7, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 40º Período de Sesiones 2006, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2006, párr. 38.

8- Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 187, Observaciones al informe de la Argentina, 9 de octubre de 2002, párr. 20. Asimismo, sostuvo: "Ningún Estado puede decir si para dar efectividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales está adoptando medidas 'hasta el máximo de los recursos de que disponga', como lo dispone el artículo 4º, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social y, dentro de este, a los niños, tanto directa como indirectamente. Algunos Estados han afirmado que no es posible analizar así los presupuestos nacionales. Sin embargo, otros lo han

estándar, de forma complementaria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que se:

> […] debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos y su disfrute, evitando retrocesos y demoras injustificadas, asignándose a este cumplimiento los mayores recursos disponibles.[9]

Sin embargo, desde el plano normativo, no se establece un estándar más estricto que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2º).[10] En consecuencia, una lectura lisa y llana de la CDN no permite reconocer el estándar de protección especial en este artículo referente a los derechos sociales, quedando sujeto al mismo grado de protección aplicable a todas las personas.[11]

Entonces, surgen los siguientes interrogantes: ¿existe un deber de protección especial en la CDN respecto de los derechos sociales? ¿Cuál es el alcance de este deber? A nuestro juicio, esta obligación se deriva del interés superior del niño (en adelante, ISN), previsto en el articulado de la CDN y de la regulación que ha hecho este mismo instrumento de los distintos

hecho y publican 'presupuestos para la infancia' anuales. El Comité necesita saber qué medidas se han adoptado en todos los niveles de gobierno para que la planificación y la adopción de decisiones, en particular presupuestarias, en los sectores económico y social, se lleven a cabo teniendo como consideración primordial el interés superior del niño, y para que los niños, incluidos especialmente los grupos de niños marginados y desfavorecidos, estén protegidos contra los efectos negativos de las políticas económicas o de los declives financieros", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" (artículos 4º y 42, y párr. 6 del artículo 44), 34º Período de Sesiones, 2003, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 377, párr. 51.

9- Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, párr. 81.

10- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2º: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".
Posteriormente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas con la intención de fortalecer el estándar ha señalado: "[C]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, […] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son 'adecuadas' o 'razonables', el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de Derechos Humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas [, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo", "Declaración sobre la evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, el 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

11- Este debilitamiento del estándar de protección especial ha sido señalado por la Dra. Mary Beloff identificado como una paradoja: "El precio que pagó la infancia en el continente americano para ser reconocida en sus derechos de primera generación ha sido el debilitamiento de sus derechos sociales y culturales". Agrega: "El primer tratado universal que reconoce derechos de primera generación a los niños (aunque con sus limitaciones) restringe considerablemente y debilita la exigibilidad de los de segunda y tercera generación". BELOFF, M., "Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 71.

derechos sociales previstos en el *corpus iuris*.

A continuación, comenzaremos con este estudio deteniéndonos en el ISN, en su impacto concreto en el ámbito presupuestario[12] y en la regulación de dos derechos sociales (salud y educación),[13] sin desconocer la existencia de otros derechos que incluyen ciertas prestaciones positivas (vivienda, asistencia a la familia).

El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

El ISN se encuentra reconocido en el art. 3º de la CDN en el que se expresa:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.[14]

Como se advierte de la mera lectura del texto de la CDN, esta disposición no se dirige únicamente a regular la resolución de casos individuales ante las autoridades administrativas o judiciales, sino que al estar dirigida al Poder Legislativo condiciona necesariamente las políticas públicas del Estado. Precisamente, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nº 5 entendió que el principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura.[15] Por lo tanto, obliga a todas las autoridades del Estado.[16] En la Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño se precisa el impacto respecto del presupuesto público al considerar que se debe "[r]eafirmar el interés superior del niño en la asignación de los recursos nacionales para los programas y las medidas destinados a dar efectos a los derechos del niño".[17] Asimismo, especifica: "[e]sta obligación [el ISN] también se aplica a la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una

12- Debe reconocerse la influencia reciente de la Observación General Nº 19, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4º) elaborada por el Comité de los Derechos del Niño, el 21 de julio de 2016.

13- La Corte IDH, en numerosos precedentes, ha asociado los derechos sociales, en particular, la salud y la educación con el derecho a la vida digna, previsto en el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Puede citarse la Opinión Consultiva Nº 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A Nº 17, del 28 de agosto de 2002, que dice: "En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos", párr. 86.

14- Cabe señalar que el ISN es mencionado en otros artículos de la CDN en los que funciona como pauta que justifica la restricción de derechos. En el art. 9º autoriza la separación del niño de sus padres, en el art. 37 habilita la privación de la libertad con personas adultas y en el art. 40 permite las restricción a la participación de los padres en el proceso penal juvenil. Por su parte, en los artículos 18 y 21 direcciona la responsabilidad parental y la adopción.

15- Observación General Nº 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" (artículos 4º y 42, y párr. 6 del artículo 44), 2003, párr. 13.

16- Ver al respecto, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párr. 1), 2013, párr. 25: "La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten".

17- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párr. 1º), 2013, párr. 15.

perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos".[18] En consecuencia, el ISN debe ser valorado en la decisión presupuestaria elaborada por las autoridades públicas.[19] El interrogante que se hace imperativo es el siguiente: ¿cuál es la definición del ISN y cuáles son sus consecuencias jurídicas?

A diferencia de otras disposiciones de la CDN, el ISN no pasó inadvertido por las autoridades de aplicación, que le dieron gran relevancia al considerarlo un criterio rector.[20] Por ello, analizaremos el contenido de diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Opinión Consultiva Nº 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (28 de agosto de 2002), la Corte IDH vinculó al ISN con las medidas de protección especiales destinadas a lograr el desarrollo del niño o de la niña sin dar mayores precisiones.[21] Recién en el "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana" (sentencia del 8 de septiembre de 2005) se interpreta que

> La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.[22]

Concretamente, la Corte Interamericana consideró que, en este caso, al denegarles la nacionalidad a las niñas Yean y Bosico, la República Dominicana actuó en forma contraria al ISN.[23] De modo que relacionó la afectación a los derechos humanos (en este caso,

18- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párrafo 1º), 2013, párr. 31.

19- Este estándar fue reafirmado en la Observación General N° 19, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4º), 2016, párrs. 45 y 46.

20- La Corte IDH en la conclusión 2ª de la Opinión Consultiva Nº 17 afirmó: "[l]a expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño". Ver también el voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, integrante de la Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002, párr. 60.
Se ha explicado que el ISN "se encuentra consagrado expresamente en una amplia gama de tratados internacionales tanto de derecho público como de derecho privado. Efectivamente, entre los tratados sobre derechos del niño posteriores a la década del 90 es difícil encontrar alguno que no incorpore el concepto de alguna forma […] tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han leído en los textos de los principales tratados que el principio del interés superior del niño debe ser considerado en cualquier asunto concerniente a estos. El concepto es utilizado en diferentes idiomas y diferentes alcances a veces, incluso, dentro del mismo tratado, pero estas diferencias no resultan suficientemente relevantes como para hacer fracasar el reclamo del estatus del interés superior del niño como norma de derecho internacional consuetudinario", VAN BUEREN, G., "La separación de poderes, el estatus normativo internacional del interés superior del niño y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes en los tribunales domésticos", en COLLINS, T.; GRONDIN, R.; PIÑERO, V.; PRATTE, M. y ROBERGE, M.-C., *Derechos del Niño*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2010, p. 281.

21- Párrs. 56 a 61. En los casos contenciosos, se hizo una mención al ISN sin precisar su significado y sus consecuencias jurídicas: "Los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", sentencia del 11 de septiembre de 1997; "Bulacio vs. Argentina", sentencia del 18 de septiembre de 2003; "Los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", sentencia del 8 de julio de 2004, e "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", sentencia del 2 de septiembre de 2004.

22- Párr. 134.

23- Párr. 166.

el acceso a la nacionalidad) con el ISN.

La vaguedad y la ambigüedad[24] del ISN y la interpretación formulada por la Corte Interamericana que no pudo superar estos problemas fueron objeto de crítica por la doctrina especializada.[25] A nuestro juicio, esta falta de precisión en la definición del ISN provoca que su consecuencia jurídica sea el genérico deber de garantizar la protección de todos los derechos de los niños.[26]

Este sería el único condicionamiento aplicable a los casos en los cuales se encuentran en juego los derechos sociales de los niños y las políticas sociales vinculadas con la infancia. Desde ya, este estándar resulta ser sumamente laxo y se deduce del propio articulado de la CDN, sin agregar obligaciones específicas a las autoridades públicas.

Esta definición genérica se corresponde con el doble reduccionismo legal y penal señalado por Mary Beloff, por el cual, la problemática de la infancia en el ámbito latinoamericano se ha limitado a la reforma legal penal, dejando de lado los derechos sociales.[27] Pareciera que

24- Entendemos por "vaguedad" 'a la dificultad para determinar claramente su significado' y por "ambigüedad" 'la existencia de diversos significados'. Es menester aclarar que se ha sostenido en defensa de este principio que es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado en cada caso teniendo en cuenta el bienestar del joven y sus deseos y sentimientos, entre diversos factores. Sin embargo, estas consideraciones se hicieron siempre cuando se abordan casos individuales en el ámbito del derecho privado.
Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño consideró: "El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3º, párrafo 1º, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párr. 1º), 2013, párr. 32.

25- "La Corte soslayó la larga discusión en torno a esta problemática categoría —históricamente utilizada como un cheque en blanco que permitía el ejercicio de las facultades discrecionales de los jueces y funcionarios tutelares—, no la definió, no intentó interpretarla en el marco de las normas que estaba analizando ni resolvió los problemas ya clásicos que existen en torno al 'interés superior del niño', precisamente en una decisión dirigida a clarificar la condición jurídica de la infancia en nuestra región", BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 111.
En su momento, sostuvimos que esta falta de precisión del ISN posibilita que persistan prácticas compatibles con el tradicional complejo tutelar, que son restrictivas de los derechos y de la autonomía de los niños. Por ello, hemos denominado al ISN como el "caballo de Troya" de la CDN, ya que resulta ser una disposición jurídica, que de no ser definida en forma precisa, puede habilitar prácticas de los operadores estatales contrarias a los fines proclamados, FREEDMAN, D., "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Revista ¿Más Derecho?*, Nº 4, 2004.
Tomamos el concepto de complejo tutelar de DONZELOT, J., *La policía de la familia. Familia, sociedad y poder*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2008. La experiencia en Francia tiene aristas similares a la relatada respecto de los Tribunales de Menores en los Estados Unidos por PLATT, A., *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 2001. Un abordaje de la situación en Latinoamérica y en la Argentina es desarrollado por BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

26- "El objetivo del concepto de 'interés superior del niño' es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párr. 1º), 2013, párr. 4.

27- "Frente a la falta de definición del contenido concreto de la protección especial de la niñez, del contenido concreto de los derechos, todos pierden. Pierde el Estado porque no tiene claridad sobre qué es lo que se va a proteger ni cómo y pierde la sociedad civil porque no sabe qué ni cómo exigirle al Estado que haga lo que debe hacer. Esto nos lleva al punto inicial relacionado con el reduccionismo legal-penal característico de este proceso latinoamericano de incorporación de tratados de Derechos Humanos de la niñez al derecho interno. Los juristas no están entrenados para poner contenido a la protección especial, más allá de las intuiciones correctas que cualquier persona pueda tener sobre el tema. El contenido de la protección —ya

las cuestiones vinculadas a los derechos sociales son problemas de segundo orden, que merecen solo consideraciones generales.

Considerando estas críticas y tratando de construir una definición del ISN, basada en el texto de la CDN que tenga incidencia en la vigencia de los derechos sociales de la infancia, hicimos un análisis dogmático.

En un primer momento, descartamos el intento de delimitar su contenido por todos los derechos del niño,[28] ya que el deber estatal de satisfacer los derechos surge del propio articulado de la CDN al reconocerlos expresamente y disponer un mandato al Estado de efectivizarlos en el artículo 4º. En consecuencia, el mandato que derivaría de esta interpretación del principio no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas jurídicas contenidas en la CDN.

Por nuestra parte, consideramos que el ISN es un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el ISN tiene un contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos. Entendemos que este privilegio no puede operar como regla general garantizando todos los derechos de los niños en las situaciones conflictivas, ya que la propia CDN establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros.[29] A la vez, la CDN reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación,[30] lo cual implica, a nuestro juicio, la existencia de un conjunto de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Es decir, existiría un contenido mínimo esencial de derechos del niño dentro de la CDN, lo cual constituye un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación arbitraria.[31]

sea para definir una política pública o bien para definir el contenido concreto de una sentencia que ordena proteger al niño— debe ser desarrollado por disciplinas no jurídicas relacionadas con la intervención psicosocial, aquellas a las que en portugués se alude con la expresión *pedagogia*", BELOFF, M., "Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina", en la *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 11, Unicef, Santiago de Chile, 2009, p. 68.

28- Esta es la posición de cierto sector de la doctrina y de la Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño. Puede mencionarse a CILLERO BRUÑOL, M., "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en la *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 1, Santiago de Chile, 1999. En igual sentido, se ha sostenido que "el interés superior del niño es la pura y simple satisfacción de sus derechos y garantías", JIMÉNEZ, E. y GARCÍA MINELLA, G., "Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio", en BIDART CAMPOS, G. y GIL DOMÍNGUEZ, A. (coord.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 74.

29- Arts. 10º, 13 y 15. Otra parece ser la postura del Comité de los Derechos del Niño que asume soluciones casuísticas: "Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párrafo 1º), 2013, párr. 39.

30- Arts. 6º, 7º, 8º, 14, 24, 27, 28, 31 y 40.

31- En sintonía con este razonamiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró

Este contenido mínimo esencial comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal. De modo que se incluyen los derechos sociales de la infancia dentro de este contenido mínimo esencial.

El ISN definido de esta forma otorga prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar el contenido mínimo esencial de los derechos de la CDN.[32] Lo cual hace necesario revisar las políticas públicas, más precisamente, la inversión social en infancia para determinar el cumplimiento de este estándar constitucional.

Asimismo, el ISN debe ser interpretado en consonancia con el Principio de Progresividad, que surge del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26).[33] Lo cual significa que resulta

que hay una prohibición absoluta de regresividad cuando una medida afecta la satisfacción de niveles esenciales de los derechos sociales. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General Nº 14, "El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud", 2000, párr. 43 y Observación General Nº 15, "El derecho al agua", 2002, párr. 37.

Se puede realizar un paralelismo del contenido mínimo esencial con el concepto de "coto vedado" utilizado por Garzón Valdez para referirse al conjunto de necesidades básicas no negociables en una democracia. Al respecto, explica: "La posibilidad de satisfacción de las necesidades básicas delimita el campo de lo no negociable, de lo que en otros trabajos he llamado el 'coto vedado' a la negociación. Con él, deseo designar aquellos aspectos de la convivencia social que no pueden ser objeto de compromiso. La imposibilidad de compromiso no es aquí una imposibilidad fáctica, sino normativa: es la ética la que prohíbe negociar la posibilidad de la satisfacción de las necesidades básicas (salvo en los casos excepcionales de las situaciones trágicas). El cumplimiento de los deberes que implica el mantenimiento del coto vedado incluye, desde luego, el tratamiento humanamente digno de los niños, pero también de los adultos. Cuando tal no es el caso, los miembros de una sociedad se convierten en seres vulnerables, objeto de explotación por las minorías que detentan el poder. En este sentido, podría decirse que una sociedad injusta es aquella que institucionaliza la vulnerabilidad de parte de sus miembros o, para mantenernos dentro del marco de este trabajo, que mantiene a parte de su población en desvalido infantilismo", GARZÓN VALDEZ, E., "Desde la modesta propuesta de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños, en *Revista Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 15-16, Vol. II, 1994, p. 741.

32- A favor de una orientación prioritaria de los recursos estatales en aras de garantizar los derechos de los niños se pronuncia PALOMBA, F., "Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad", en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Ministerio de Justicia de El Salvador, Editorial Hombres de Maíz, El Salvador, 1995. Su fundamento radica en la vulnerabilidad propia de los niños, al sostener: "[S]u incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica", p. 18.

33- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26: "Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado: "Si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos", Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador", OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10, Rev. 1, p. 25.

La aplicación del Principio de Progresividad con respecto al derecho a la educación fue reconocida en el caso "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)" de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí

obligatorio aumentar el grado de efectividad de los derechos en comparación con el año anterior de la forma más eficaz y expedita posible.[34] El cumplimiento de esta obligación, muy probablemente, va a requerir un aumento de los recursos presupuestarios.[35]

En vinculación directa con esta obligación, se reconoce el Principio de No Regresividad,[36] por el cual, el grado de efectividad de los derechos no debe disminuir al año siguiente. Por consiguiente, los recursos presupuestarios no deben mermar al año siguiente si va a tener como consecuencia una menor efectividad de los derechos sociales.

Esta orientación prioritaria del gasto social a la infancia debe efectuarse, pese a la escasez de recursos generada por recesiones o crisis económicas. En este sentido, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró: "[l]os Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfa-

se consideró que "es dable agregar que —en la concepción de esta Alzada— a los derechos entendidos en la dimensión señalada precedentemente, en virtud de su faz social, se les aplica el Principio de Progresividad —emanado de las normas internacionales y nacionales—, según el cual, los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos reconocidos en tales ordenamientos jurídicos. Dicho compromiso encuentra su razón de ser en el hecho de que tales derechos tienen como destinataria a la persona humana '[...] y, en consecuencia, requiere del Estado el máximo esfuerzo en los recursos disponibles, con lo cual destierra definitivamente interpretaciones o medidas... que puedan ser consideradas regresivas en la materia" (Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 17/5/2005, en autos "Sánchez, María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social", LL 2005-C, 616, del voto del doctor Maqueda).

34- "El ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, 'gradualmente', no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. Realización gradual quiere decir que los Estados Partes tienen la obligación concreta y permanente 'de proceder lo más expedita y eficazmente posible' para la plena aplicación del artículo 13", Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 21º Período de Sesiones, U.N. Doc. E/C.12/1999/10, 1999, párr. 44.

35- Desde ya, esto no significa que siempre es necesario el aumento de recursos. Al respecto, los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales disponen: "23. La obligación de alcanzar una realización progresiva es independiente del aumento de los recursos; dicha obligación exige que se haga un uso eficaz de los recursos disponibles. 24. La aplicación efectiva puede efectuarse mediante el aumento de recursos, así como por el desarrollo de los recursos de la sociedad necesarios para la realización individual de los derechos reconocidos en el Pacto".

36- La CIDH, en el Informe Nº 38/09**,** Caso 12.670, "Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras", Perú, 27 de marzo de 2009, consideró: "La naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención", párr. 139.
Se ha expresado que "[c]onstituye una limitación que la Constitución y los tratados de Derechos Humanos pertinentes imponen sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo a la posibilidad de reglamentación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario toda reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los que goza la población", ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista Contextos*, Nº 1, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 52.
Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) establecen: "Las violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación con la adopción de las medidas necesarias derivadas de sus obligaciones legales. A continuación se menciona algunos ejemplos de dichas violaciones: (e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos […] (g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta en la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima", Directriz 14.

vorecidos y marginados de la sociedad, aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo".[37]

En consecuencia, este privilegio se mantendrá, e incluso debería incrementarse, en las situaciones de crisis económicas cuando la eficacia de los derechos de los niños puede verse aún más vulnerada.

Nuestra experiencia refuerza esta idea, ya que la crisis que vivió la Argentina hasta 2002 afectó, en mayor medida, a los sectores vulnerables, como los niños, al aumentar sus niveles de pobreza e indigencia.[38] Por ello, las situaciones de crisis son momentos en los cuales debe priorizarse con mayor intensidad el gasto social en los sectores más vulnerables, ya que existe un riesgo mayor de que sus derechos sociales se vean afectados.[39]

En virtud de este razonamiento, creemos que del ISN se deduce una prohibición de regresividad absoluta en la eficacia de los derechos sociales de los niños,[40] ya que tienen prioridad

37- Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del pacto, 21 de septiembre de 2007, 38º Período de Sesiones, párr. 4.
En la Observación General Nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se sostuvo: "[A]ún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causados sea por el proceso de ajuste, de recesión o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo", La índole de las obligaciones de los Estados parte, 5º Período de Sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1990, párr. 12.
En la Observación General Nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dijo: "Los Estados parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás", "El derecho a una vivienda adecuada", 6º Período de Sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1991, párr. 11.
En el campo doctrinario, se consideró: "[A]un en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores, el Estado debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo costo", ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, *ob. cit.*, p. 50.

38- CURCIO, J. y CENTRÁNGOLO, O., *Efectos de la crisis en Argentina. Las políticas del Estado y sus consecuencias para la infancia*, Unicef y Cepal, 2006.

39- Sobre este aspecto, en la Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina y el Caribe (1998), se ha considerado: "[E]l Estado tiene las siguientes obligaciones […] La obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos: el Estado tiene la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos. Esta obligación rige aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga".

40- Vale recordar que, en general, se admiten excepciones para la efectividad del Principio de No Regresividad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General N° 3, expresó: "Cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone", La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 5º Período de Sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1990, párr. 9. Posteriormente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sujetó la adopción de medidas regresivas a un control muy estricto, en el cual se va a analizar: "a) El nivel de desarrollo del país; b) La gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) La situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) La existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) Si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo; y f) Si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto", Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de

frente a las consideraciones respecto de otros derechos e intereses colectivos. De modo que no se debe admitir ningún argumento, como la falta de recursos financieros provocados por una crisis económica, para adoptar medidas regresivas por parte del Estado en perjuicio de los derechos sociales de la infancia.

De alguna forma, este principio es receptado en la Ley Nº 26061[41] en su art. 3º, cuando establece la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas frente a los derechos e intereses de terceros. Asimismo, esta norma plasma la prohibición de regresividad en su art. 72 cuando dispone que la previsión presupuestaria que garantice el cumplimiento de la ley de protección de la infancia no pueda ser inferior a la ejecución de ejercicios anteriores. Desde ya, se presupone que la reducción de recursos presupuestarios asignados provoca una política regresiva en materia de derechos.

La Observación General Nº 19 del Comité de los Derechos del Niño y el deber de protección especial

En sintonía con lo analizado, el Comité de los Derechos del Niño dictó recientemente la Observación General Nº 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño. En ese instrumento internacional, desarrolló con profundidad el alcance del art. 4º de la CDN en relación con la realización del gasto público.

En primer lugar, reafirmó que las autoridades responsables (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en los niveles nacionales y provinciales) tienen el deber de hacer efectivos los derechos de los niños mediante la movilización de recursos, la asignación presupuestaria y el gasto público.[42] Con claridad, resaltó la prioridad de los derechos de los niños en las decisiones presupuestarias adoptadas tanto en el ámbito nacional como provincial, lo que tiene efectos positivos en el "crecimiento económico futuro, en el desarrollo sostenible e inclusivo y en la cohesión social".[43]

los recursos de que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del pacto, el 21 de septiembre de 2007, 38º Período de Sesiones, párr. 10.
La Corte IDH ha dicho: "Como correlato de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que 'las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán una consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga'. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá 'determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso'. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se trate", "Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1º de julio de 2009, Serie C Nº 198, párr. 103.
Sobre este punto, Christian Courtis propone someter toda medida regresiva a un control de estricta necesidad evaluando la existencia de un interés estatal calificado, el carácter imperioso de la medida y la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. A la vez, la medida debe significar un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y debe demostrarse que sean empleado todos los recursos disponibles, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios* en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 37 y 38.

41- Sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

42- Párrs. 21, 27, 28 y 59.

43- Párr. 12.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño explicitó que la expresión "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" prevista en el art. 4º de la CDN implica que "los Estados Partes demuestren que han hecho todo lo posible para movilizar, asignar y gastar recursos presupuestarios a fin de dar efectividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de todos los niños".[44] De modo que frente a una situación de vulneración de los derechos sociales de la infancia, el Estado responsable debe demostrar los esfuerzos financieros efectuados, recayéndole así la carga de la prueba.

También, se pronunció sobre la prohibición de regresividad estableciendo como primer estándar que las "obligaciones fundamentales mínimas e inmediatas impuestas por los derechos de los niños no se verán comprometidas por ningún tipo de medida regresiva, ni siquiera en tiempos de crisis económica",[45] consagrando un núcleo duro. Sin perjuicio de lo cual, consideró que las medidas regresivas solo pueden ser adoptadas en tiempos de crisis económica cuando se "hayan evaluado todas las demás opciones y garantizando que los niños, particularmente aquellos que están en situaciones de vulnerabilidad, serán los últimos en verse afectados por tales medidas".[46] Al mismo tiempo, el Estado deberá acreditar que estas medidas regresivas son "necesarias, razonables, proporcionadas, no discriminatorias y temporales, y que los derechos que se vean afectados se restablecerán lo antes posible" y se debe asegurar la participación en el proceso de toma de decisiones de los grupos de niños afectados y de las personas conocedoras de la situación de esos niños.[47]

El Comité de los Derechos del Niño también puso el foco en los procesos de toma de decisiones en el ámbito presupuestario al exigir que sean "responsables, transparentes, inclusivos y participativos".[48] Lo cual implica la necesaria participación de los niños en las decisiones presupuestarias.[49]

En relación con el Principio de No Discriminación, consideró exigible que los Estados adopten "medidas especiales" previstas en el Presupuesto respecto de niños que se encuentren en situaciones particulares.[50] De modo que se reconoce el deber de aplicar medidas de acción positiva respecto de niños en situación de mayor vulnerabilidad, lo que se traduce en mayores gastos focalizados en este sector de la infancia.

Esta Observación General detalló con gran precisión una serie de principios aplicables a la actividad presupuestaria, a saber: eficacia, eficiencia, equidad, transparencia y sostenibilidad,[51] y desarrolló la incorporación de los derechos de los niños en las fases de planificación, aprobación, ejecución y seguimiento.[52]

A continuación, analizaremos algunas de las obligaciones en materia presupuestaria derivadas de los derechos sociales de la infancia.

44- Párr. 30.

45- Párr. 31.

46- Párr. 31.

47- Párr. 31.

48- Párr. 33. Ver también las referencias expresas a la transparencia y el acceso a la información en materia presupuestaria en los párrs. 54 y 62.

49- Párr. 52: "Los Estados parte deben escuchar periódicamente las opiniones de los niños sobre las decisiones presupuestarias que los afectan, mediante mecanismos para su participación significativa a nivel nacional y subnacional".

50- Párr. 42.

51- Párrs. 57 y ss.

52- Párrs. 64 y ss.

Las obligaciones presupuestarias en materia de salud

La CDN reconoce en el artículo 24[53] el derecho a la salud en términos similares al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[54] cuando prevé que la infancia tiene derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud".[55] La CDN define en el artículo 24.2 una serie de obligaciones específicas en relación con el derecho a la salud de la infancia: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;[56] b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;[57] c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible[58] y el suministro

53- CDN, artículo 24: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (...)".

54- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

55- En la Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño se precisó: "Los niños tienen derecho a servicios sanitarios de calidad, incluidos servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa. En la sanidad primaria, deben ofrecerse servicios en cantidad y calidad suficientes que sean funcionales y aceptables para todos y estén al alcance físico y financiero de todos los sectores de la población infantil […] Los Estados deben garantizar una fuerza laboral debidamente capacitada y de tamaño adecuado para prestar servicios sanitarios a todos los niños", "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 24), 2013, párrs. 24 y 27.

56- En forma concordante, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12 inc. 2 dice: "Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños (…)". Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12), 22º Período de Sesiones, 2000, párr. 14.
La Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño detalló: "Mediante las intervenciones se ha de prestar atención a la mortinatalidad, las complicaciones en los partos prematuros, la asfixia al nacer, el peso bajo al nacer, la transmisión materno-infantil del VIH y otras infecciones de transmisión sexual, las infecciones neonatales, la neumonía, la diarrea, el sarampión, la subnutrición, la malnutrición, la malaria, los accidentes, la violencia, el suicidio y la morbilidad y mortalidad de madres adolescentes. Se recomienda fortalecer los sistemas sanitarios para facilitar esas intervenciones a todos los niños en el contexto de un proceso ininterrumpido de atención en materia de salud reproductiva, materna, del recién nacido y del niño, incluidas pruebas de detección de defectos congénitos, servicios de parto en condiciones seguras y atención del recién nacido. Deben realizarse periódicamente comprobaciones de la mortalidad materna y perinatal con fines de prevención y rendición de cuentas", "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 24), 2013, párr. 34.

57- En la Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño se expresa: "Los Estados han de dar prioridad al acceso universal de los niños a servicios de atención primaria de salud prestados lo más cerca posible de los lugares de residencia de los niños y su familia, especialmente en contextos comunitarios. Aunque la configuración y el contenido precisos de los servicios variarán de un país a otro, en todos los casos serán precisos sistemas sanitarios eficaces, lo cual incluye un mecanismo sólido de financiación; personal debidamente capacitado y pagado; información fiable que sirva de fundamento a la adopción de decisiones y políticas; instalaciones debidamente mantenidas y sistemas de logística para suministrar medicamentos y tecnologías de calidad; y solidez en el liderazgo y la gobernanza. La prestación de servicios sanitarios en las escuelas ofrece una oportunidad importante de promover la salud y detectar enfermedades y aumenta el acceso de los niños escolarizados a los servicios sanitarios", sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 36.

58- La Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño establece: "A medida que se disponga de nuevas tecnologías de eficacia demostrada en el ámbito de la salud infantil, con inclusión de medicamentos, equipo e intervenciones, los Estados deberán incorporarlas en las políticas y los servicios. Algunos riesgos pueden reducirse considerablemente con técnicas móviles y actuaciones

de alimentos nutritivos adecuados[59] y agua potable salubre,[60] teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medioambiente;[61] d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;[62] e) Asegurar que

comunitarias que deben adoptarse de forma universal, en particular la inmunización contra las enfermedades infantiles comunes; el seguimiento del crecimiento y el desarrollo, sobre todo en la primera infancia; la vacunación de niñas contra el papilomavirus humano; la administración a las embarazadas de inyecciones de toxoide tetánico; el acceso a terapia de rehidratación oral y suplementos de zinc para el tratamiento de la diarrea; antibióticos y medicamentos antivirales esenciales; suplementos de micronutrientes, como vitaminas A y D, sal yodada y suplementos de hierro; y preservativos. Los trabajadores sanitarios deben asesorar a los padres sobre la manera de acceder a estas tecnologías sencillas y, cuando proceda, administrarlas", sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 41.
La Corte IDH en el "Caso de la Comunidad Indígena Kákmok kasek vs. Paraguay", el 24 de agosto de 2010, párr. 259, puso énfasis en el acceso de los niños a la vacunación.

59- La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XI también relaciona el derecho a la salud y a la alimentación, al establecer: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por lo demás, vale tener en consideración a la Observación General Nº 12, "El derecho a una alimentación adecuada" (artículo 11) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20º Período de Sesiones, 1999.
Al respecto, la Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño dijo: "Habrá que adoptar, en función de cada contexto, medidas encaminadas al cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de garantizar el acceso a alimentos inocuos, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados, y luchar contra la malnutrición", sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 43.
La Corte IDH ha analizado la accesibilidad, disponibilidad y sostenibilidad de la alimentación adecuada en el "Caso de la Comunidad Indígena Kákmok kasek vs. Paraguay", el 24 de agosto de 2010, párrs. 198 y 259.

60- Sobre este tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General Nº 15, "El derecho al agua" (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29° Período de Sesiones, 2002. Asimismo, en la Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño se expresó: "El agua potable salubre y el saneamiento son esenciales para el pleno disfrute de la vida y los demás Derechos Humanos. Los departamentos gubernamentales y las autoridades locales a cargo del agua y el saneamiento deben asumir su obligación de contribuir a la realización del derecho del niño a la salud y tener presentes los indicadores infantiles de malnutrición, diarrea y otras enfermedades relacionadas con el agua, así como el tamaño de las familias, al planificar y llevar a cabo obras de expansión de la infraestructura y mantenimiento de los servicios de abastecimiento de agua y al adoptar decisiones con respecto a la asignación mínima gratuita y al corte del suministro. Los Estados no están exentos de cumplir sus obligaciones, aunque hayan privatizado el agua y el saneamiento", sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 48.
La Corte IDH en el "Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", el 17 de junio de 2005, analizó el acceso al agua, párr. 168.

61- La Constitución Nacional en el artículo 41 relaciona el derecho a la salud con el medioambiente: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (…)". Ver también párrs. 49 y 50 de la Observación General Nº 15 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr.

62- "La atención que reciben las mujeres antes, durante y después del embarazo tiene repercusiones profundas en la salud y el desarrollo de sus hijos. El cumplimiento de la obligación de garantizar el acceso universal a un conjunto completo de intervenciones en materia de salud sexual y reproductiva deberá basarse en el concepto de atención ininterrumpida que empieza en el período anterior al embarazo, prosigue durante el embarazo y el parto, y se extiende hasta el período posterior al parto. La atención oportuna y de calidad durante estos períodos sucesivos ofrece importantes oportunidades de prevenir la transmisión intergeneracional de la mala salud y tiene grandes repercusiones en la salud del niño durante toda su trayectoria vital […] Las intervenciones que deben ofrecerse durante este proceso ininterrumpido constan, entre otras cosas, de prevención y promoción de la salud básica y servicios de curación, incluida la prevención del tétanos neonatal, la malaria en el embarazo y la sífilis congénita; la atención nutricional; el acceso a educación, información y servicios en materia de salud sexual y reproductiva; educación sobre el comportamiento en materia de salud (por ejemplo, en relación con el consumo de tabaco y otras sustancias); preparación para el parto; detección y tratamiento temprano de complicaciones; servicios

todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental, y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; y f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido una importante pauta al establecer expresamente el cumplimiento progresivo de estas obligaciones, "dándoles prioridad incluso en el contexto de situaciones de crisis económica o emergencia" considerando que "es preciso planificar, diseñar, financiar y aplicar de forma sostenible la salud del niño y las políticas, programas y servicios conexos".[63]

En relación con la inversión presupuestaria, el Comité de los Derechos del Niño consideró: "Al adoptar decisiones sobre la asignación y el gasto presupuestario, los Estados deben esforzarse por garantizar la disponibilidad,[64] accesibilidad,[65]

de aborto en condiciones de seguridad y de atención después del aborto; atención básica durante el parto; y prevención de la transmisión maternoinfantil del VIH, junto con la atención y el tratamiento de las mujeres y los lactantes infectados por el VIH. En el marco de la atención dispensada a madres y recién nacidos después del parto, no debe separarse innecesariamente a la madre de su hijo […] El Comité recomienda que las intervenciones en el ámbito de la protección social garanticen la cobertura universal de la atención o el acceso financiero a ella, bajas de paternidad retribuidas y otras prestaciones en materia de seguridad social, así como legislación para limitar la comercialización y la promoción indebidas de sucedáneos de la leche materna", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párrs. 53 a 55. En similar sentido, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25. Este deber se compatibiliza con la protección establecida por la Constitución Nacional en el artículo 75 respecto de las mujeres embarazadas: "Corresponde al Congreso: […] 23 […] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".
La Corte IDH en el "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", 17 de junio de 2005, sostuvo: "Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo [mujeres embarazadas] y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica, párr. 177.

63- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 74.

64- "Los Estados deben velar por el funcionamiento en cantidad suficiente de instalaciones, bienes, servicios y programas de salud infantil. El Estado ha de asegurarse de que dispone en su territorio de hospitales, clínicas, profesionales de la salud, equipos e instalaciones móviles, trabajadores sanitarios comunitarios, equipos y medicamentos esenciales suficientes para proporcionar atención sanitaria a todos los niños, las embarazadas y las madres. La suficiencia debe medirse en función de la necesidad, prestando especial atención a las poblaciones insuficientemente dotadas de servicios y las de acceso difícil", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 113.

65- "a) *No discriminación*. Los servicios de atención de la salud y servicios conexos, los equipos y los suministros deben estar al alcance de todos los niños, embarazadas y madres, en la ley y en la práctica, sin discriminación de ningún tipo. b) *Accesibilidad física*. Las instalaciones de atención de la salud deben estar en un radio accesible para todos los niños, embarazadas y madres. Puede que la accesibilidad física obligue a prestar un mayor grado de atención a las necesidades de los niños y mujeres con discapacidad. El Comité alienta a los Estados a que den prioridad a la implantación de instalaciones y servicios en zonas insuficientemente atendidas y a que inviertan en enfoques de atención móvil, tecnologías innovadoras y trabajadores sanitarios comunitarios debidamente capacitados y provistos de apoyo con el objeto de prestar servicios a los grupos de niños especialmente vulnerables. c) *Accesibilidad económica/asequibilidad*. La falta de capacidad para pagar los servicios, suministros o medicamentos no debe traducirse en una denegación de acceso. El Comité exhorta a los Estados a que supriman las tasas de usuario y apliquen sistemas de financiación de la salud que no discriminen a las mujeres y los niños cuando no pueden pagar. Deben implantarse mecanismos de mancomunación de riesgos, como recaudaciones de impuestos y seguros, sobre la base de contribuciones equitativas en función de los medios. d) *Accesibilidad de la información*. Debe proporcionarse a los niños y sus cuidadores información

aceptabilidad y calidad[66] de los servicios esenciales de atención sanitaria para todos los niños, sin discriminación".[67] También se recomendó que: "a) Legislen la asignación de una parte determinada del gasto público a la salud del niño y creen un mecanismo de acompañamiento que permita una evaluación sistemática e independiente de dicho gasto; b) Cumplan el gasto mínimo en salud por habitante recomendado por la Organización Mundial de la Salud y den prioridad a la salud del niño en las asignaciones presupuestarias; c) Aseguren la visibilidad de la inversión en la infancia en el presupuesto estatal mediante una recopilación detallada de los recursos que se le asignan y se gastan; y d) Pongan en marcha un sistema de seguimiento y análisis presupuestario basado en los derechos, así como evaluaciones del impacto infantil relativas a la forma en que las inversiones, especialmente en el sector de la salud, pueden redundar en el interés superior del niño".[68]

Con respecto a la atención del niño afectado por el VIH/sida, se destacó que este

> acudirá más fácilmente a servicios que lo comprendan y lo apoyen, le faciliten una amplia gama de servicios e información bien adaptados a sus necesidades, le permitan participar en las decisiones que afectan a su salud, sean accesibles, asequibles, confidenciales y no supongan juicios de valor, no requieran el consentimiento parental ni sean discriminatorios (…).[69]

Se incluye entre los servicios el acceso a métodos anticonceptivos gratuitamente o a bajo costo.[70] Asimismo, se reconoce que los niños deben tener "acceso continuo, en igualdad de condiciones, a tratamientos y cuidados completos, incluida la prescripción de los necesarios fármacos relacionados con el VIH, y a bienes y servicios sin discriminación".[71] Un estándar relevante incorporado por la Observación General Nº 3 es que los Estados Parte no deben justificar su incapacidad para adoptar medidas

sobre promoción de la salud, estado de salud y opciones de tratamiento en un idioma y un formato que sean accesibles y claramente inteligibles", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 24), 2013, párr. 114.

66- "Las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la salud deben ser adecuados desde el punto de vista científico y médico y de calidad. Para garantizar la calidad es preciso, entre otras cosas, que: a) los tratamientos, intervenciones y medicamentos se basen en las mejores pruebas disponibles; b) el personal médico esté debidamente facultado y disponga de capacitación adecuada en salud materna e infantil, así como en los principios y disposiciones de la Convención; c) el equipo hospitalario esté científicamente aprobado y sea adecuado para los niños; d) los medicamentos estén científicamente aprobados y no caducados, estén destinados a los niños (cuando sea necesario) y sean objeto de seguimiento por si se producen reacciones adversas; y e) se evalúe periódicamente la calidad de la atención dispensada en las instituciones sanitarias", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 116.

67- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 104.

68- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, párr. 106.

69- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3, "El VIH/sida y los derechos del niño", U.N. Doc. CRC/GC/2003/3, 2003, párr. 20.

70- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3, "El VIH/sida y los derechos del niño", U.N. Doc. CRC/GC/2003/3, 2003, párr. 20.

71- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3, "El VIH/sida y los derechos del niño", U.N. Doc. CRC/GC/2003/3, 2003, párr. 28.

por las limitaciones de recursos económicos.[72] De modo que se jerarquiza el derecho a la salud de los niños afectados por el VIH/sida.

Específicamente, el Comité de los Derechos del Niño ha abordado la situación de los niños con discapacidades en la Observación General Nº 9.[73] Sobre el tema, se establece como estándar general:

> Las políticas sanitarias deben ser amplias y ocuparse de la detección precoz de la discapacidad, la intervención temprana, en particular el tratamiento psicológico y físico, la rehabilitación, incluidos aparatos físicos, por ejemplo, prótesis de miembros, artículos para la movilidad, aparatos para oír y ver.[74]

En relación con el acceso a estos aparatos físicos, se expresa: "[…]deben ofrecerse gratuitamente, siempre que sea posible, y el proceso de adquisición de esos servicios debe ser eficiente y sencillo, evitando las largas esperas y los trámites burocráticos".[75]

En líneas generales, es posible resaltar que la CDN ha jerarquizado el derecho a la salud al reconocerlo sin ningún tipo de restricciones, a diferencia de otros derechos que sí admiten limitaciones por razones de seguridad nacional, de orden público, salud o moral pública, de derechos y libertades fundamentales de terceros. Además, el reconocimiento de su importancia va de la mano del establecimiento de ciertos deberes específicos con suficiente detalle a modo de un contenido mínimo esencial del derecho a la salud de la infancia. Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha detallado y clarificado los deberes presupuestarios que entrañan el derecho a la salud.

Las obligaciones presupuestarias en materia de educación

Los Estados se han comprometido a asegurar la gratuidad de la educación primaria,[76] y la generalidad y la gratuidad progresiva en la educación secundaria y técnica.[77] Desde ya, esto va

72- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3, "El VIH/sida y los derechos del niño", U.N. Doc. CRC/GC/2003/3, 2003, párr. 14.

73- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", 2007.

74- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", 2007, párr. 51.

75- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", 2007, párr. 57.

76- CDN, art. 28 inc 1º: "Los Estados parte reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos". En forma concordante, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el art. 13 inc. 2°: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente…"; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo XII: "…Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos" y la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26: "1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria…".

77- CDN, art. 28: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: […] b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella, y adoptar medidas apropiadas, tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad".

a significar una serie de obligaciones negativas (como la prohibición de cobrar un arancel a la educación primaria gratuita) y de obligaciones positivas (como el suministro de becas a los estudiantes secundarios de los sectores económicamente desaventajados o la construcción de escuelas primarias y secundarias adecuadamente distribuidas en todo el territorio nacional). Debe destacarse que la educación básica es una obligación mínima esencial para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, por lo tanto, es aplicable independientemente de los recursos disponibles o de cualquier otro factor o dificultad, como una situación de emergencia.[78]

Precisando estas obligaciones derivadas del derecho a la educación, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 13 dispone: "e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente". En forma concordante, la CDN, aparte de establecer el deber de asistencia financiera en los casos de necesidad, dispone en su art. 28 que los Estados deben "e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar". En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entendió que debe existir un sistema de becas para fomentar la igualdad en el acceso a la educación de los sectores desfavorecidos.[79]

La Observación General Nº 13 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1999) desarrolló estos estándares estableciendo que la educación en todas sus formas y niveles debe ser disponible,[80] accesible (prohibición de discriminación material[81] y económica[82]), acep-

En forma complementaria, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el art. 13 inc. 2: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: […] b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita" y la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26: "1 […] La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada…".
Este estándar ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exigiendo que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparente de un alumno y, en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones, Observación General Nº 13, "El derecho a la educación", 1999.

78- Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, Directriz 9.

79- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 26.

80- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 6: "Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.".

81- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 6: "La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia)".

82- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 6: "La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párr. 2º del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior, mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos,

table[83] y adaptable. Desde ya, el cumplimiento de estos estándares exige importantes gastos públicos por parte del Estado.[84]

A fin de evitar el trato de desigual, estipuló: "Las agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto".[85] Asimismo, destacó: "La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2º del artículo 2º del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente".[86] También, se puso énfasis en las condiciones materiales de los docentes como un obstáculo al acceso a la educación.[87]

El Comité de los Derechos del Niño consideró: "El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redunda en el interés superior del niño".[88] A la vez, destacó que resulta exigible la presencia de "[…] docentes y otros profesionales de diferentes entornos relacionados con la educación que estén perfectamente capacitados, así como un entorno propicio para los niños y métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados".[89]

En el ámbito interamericano, la Corte IDH en el caso "Yean y Bosico"[90] analizó la discriminación que sufrían dos niñas en la República Dominicana porque no se les reconocía su nacionalidad debido a que su padre era originario de Haití. Allí se señaló:

> […] de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el

se pide a los Estados parte que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita".

83- En el "Caso de la Comunidad Indígena Kákmok kasek vs. Paraguay", el 24 de agosto de 2010, la Corte IDH precisó: "Cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etnoeducativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada", párr. 211.

84- La Observación General Nº 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales detalla como gastos "la construcción de aulas, el suministro de materiales de estudio, el pago de sueldos competitivos a los maestros", párr. 50.

85- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 35.

86- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 31.

87- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, "El derecho a la educación", 1999, párr. 27.

88- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párrafo 1º), 2013, párr. 79.

89- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párrafo 1º), 2013, párr. 79.

90- "Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C Nº 130.

> Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.[91]

En similar sentido, la Corte IDH en el "Caso de la Comunidad Indígena Kákmok kasek vs. Paraguay" consideró: "[…] los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma".[92]

En conclusión, sostuvo que era exigible, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el acceso a la educación primaria gratuita.

Existen otras disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que regulan el derecho a la educación. En primer lugar, cabe mencionar a otro tratado de derechos humanos, como es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador",[93] que reconoce expresamente al derecho a la educación en términos similares a las normas internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.[94] Cabe señalar que el derecho a la educación está protegido por el sistema de peticiones individuales ante la CIDH; por ende, se prevén las mismas garantías que para los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[95]

También, existen otros documentos con carácter declarativo *(soft law)* que precisaron las obligaciones del derecho a la educación.[96] Puede citarse, en primer lugar, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos,[97] que, en relación con las obligaciones presupuestarias, dispone en su artículo 9º que los Estados, a fin de satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje, deben invertir tanto los recursos financieros existentes como los nuevos.[98] Se agrega en este artículo que

91- "Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C Nº 130, párr. 185.

92- Corte IDH, "Caso de la Comunidad Indígena Kákmok kasek vs. Paraguay", el 24 de agosto de 2010, párr. 211.

93- Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Aprobado por la Ley Nº 24658, sancionada el 19 de junio de 1996, promulgada de hecho el 15 de julio de 1996 y publicada en el B.O. del 17 de julio de 1996.

94- Protocolo de San Salvador, art. 13: "1. Toda persona tiene derecho a la educación […] 3. Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; […] e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales…".

95- Protocolo de San Salvador, art. 19 inc. 6: "En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8º y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

96- Para un análisis del valor jurídico de las reglas del *soft law*, ver BOVINO, A., *Soft Law y Derechos Humanos*, disponible en: http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2009/01/soft-law-y-derechos-humanos.html.

97- Jomtien, Tailandia, del 5 al 9 de marzo, 1990.

98- Declaración Mundial sobre Educación para Todos, art. 9º: "Movilizar los recursos: 1. Si las necesidades básicas de aprendizaje para todos se han de satisfacer a través de acciones de alcance mucho más amplias que en el pasado, será esencial movilizar tanto los recursos financieros y humanos existentes como los nuevos recursos, públicos, privados o voluntarios. Todos los miembros de la sociedad tienen una contribución que aportar, teniendo presente que el tiempo, la energía y los fondos consagrados a la

puede ser necesaria la reasignación de recursos de otras áreas y debe existir una protección especial cuando hay situaciones de ajuste o se sufre de condicionamientos por la deuda externa.[99]

En el Marco de Acción de Dakar,[100] se establece que los Estados deben elaborar y fortalecer planes nacionales de acción.[101] Estos planes deben abordar los problemas de la financiación insuficiente de la educación básica y establecer prioridades presupuestarias a fin de lograr los objetivos y las metas de la educación básica para todos.[102]

En materia de niños con discapacidades, el Comité de los Derechos del Niño exigió el acceso efectivo a la educación.[103] En particular,

educación básica constituyen quizá la inversión humana más importante que pueda hacerse para el futuro de un país. 2. Un apoyo más amplio del sector público significa atraer recursos de todos los organismos gubernamentales responsables del desarrollo humano, mediante el aumento en valor absoluto y relativo de las asignaciones a los servicios de educación básica, aunque sin olvidar las contrapuestas demandas que pesan sobre los recursos nacionales y que la educación es un sector importante, pero no único. Prestar cuidadosa atención al mejoramiento de la utilización de los recursos disponibles para la educación y la eficacia de los programas de educación actuales no solo permitirá obtener un mayor rendimiento, sino que podrá además atraer nuevos recursos. La urgente tarea de satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje puede requerir una redistribución de los recursos entre sectores, por ejemplo, una transferencia de fondos de los gastos militares a la educación. En particular, los países que llevan a cabo ajustes estructurales o que han de cargar con el angustioso fardo de la deuda externa necesitarán conceder protección especial a la educación básica. Ahora más que nunca, la educación debe considerarse una dimensión fundamental de todo proyecto social, cultural y económico".

99- Debe destacarse que en el Preámbulo de este documento se expresa: "En ciertos países industrializados, la reducción de los gastos públicos durante los años 80 ha contribuido al deterioro de la educación".

100- Foro Mundial sobre la Educación de Dakar, Senegal, del 26 al 28 de abril de 2000.

101- Marco de Acción de Dakar: "9. Utilizando el material acumulado en las evaluaciones nacionales y regionales de la educación para todos y aprovechando las estrategias sectoriales nacionales existentes, se pedirá a todos los Estados que elaboren o fortalezcan los planes nacionales de acción a más tardar antes de 2002. Esos planes se deberían integrar en un marco más amplio de reducción de la pobreza y de desarrollo, y se deberían elaborar mediante procesos más transparentes y democráticos en los que participen los interesados, en particular representantes de la población, líderes comunitarios, padres de familia, alumnos, ONG y la sociedad civil. Los planes abordarán los problemas vinculados a la financiación insuficiente con que se enfrenta de modo crónico la educación básica, estableciendo prioridades presupuestarias que reflejen el compromiso de lograr los objetivos y metas de la educación para todos lo antes posible y a más tardar en 2015".

102- Los objetivos son: "i) extender y mejorar la protección y educación integrales de la primera infancia, especialmente de los niños más vulnerables y desfavorecidos; ii) velar por que, de aquí a 2015, todos los niños, y sobre todo las niñas, los niños que se encuentran en situaciones difíciles y los que pertenecen a minorías étnicas, tengan acceso a una enseñanza primaria gratuita y obligatoria de buena calidad y la terminen; iii) velar por que sean atendidas las necesidades de aprendizaje de todos los jóvenes y adultos mediante un acceso equitativo a programas adecuados de aprendizaje y de preparación para la vida diaria; iv) aumentar de aquí a 2015 los niveles de alfabetización de los adultos en un 50%, en particular tratándose de las mujeres, y facilitar a todos los adultos un acceso equitativo a la educación básica y la educación permanente; v) suprimir las disparidades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria de aquí a 2005 y lograr para 2015 la igualdad entre los géneros en la educación, en particular garantizando a las niñas un acceso pleno y equitativo a una educación básica de buena calidad, con las mismas posibilidades de obtener buenos resultados; vi) mejorar todos los aspectos cualitativos de la educación, garantizando los parámetros más elevados, para conseguir para todos resultados de aprendizaje reconocidos y mensurables, especialmente en lectura, escritura, aritmética y competencias prácticas esenciales para la vida diaria".

103- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", párrs. 14 y 62. Complementando este estándar de protección especial, se pronunció la Corte IDH en el caso "Furlan y familiares vs. Argentina", el 31 de agosto de 2012. Precisamente, se sostuvo: "[T]oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los Derechos Humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos,

consideró que resulta obligatorio que la educación primaria y secundaria sea gratuita, para evitar así las barreras de comunicación y físicas, y consideró necesaria la provisión de asistencia personal, materiales docentes apropiados y accesibles, y equipos y aparatos de ayuda.[104]

De modo que, indudablemente, esta serie de obligaciones condicionan la política presupuestaria del Estado, obligando la realización de ciertos gastos para hacerlas efectivas. Esto ha sido reconocido, en el plano legal, por la ley de financiamiento educativo[105] y la ley de educación nacional.[106]

Palabras finales

A modo de cierre, queremos precisar, entonces, que la protección especial de la infancia se traduce en deberes específicos en el ámbito presupuestario. En particular, el ISN implica el deber de progresividad y la prohibición de regresividad absoluta en materia de derechos sociales de la infancia, no susceptible de excepciones.

Asimismo, cuando se regulan los derechos sociales (salud, educación) en el *corpus iuris* de protección de la infancia se establecen deberes especiales, que tienen su repercusión en el campo presupuestario, lo que implica necesariamente la satisfacción de cierto contenido mínimo esencial, que no puede permanecer insatisfecho por la falta de recursos económicos.

sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad […] Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras […] Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar esas formas de discriminación", párrs. 134 y 135.

104- "La educación primaria, incluida la escuela primaria y, en muchos Estados Partes, también la escuela secundaria, debe ofrecerse a los niños con discapacidad gratuitamente. Todas las escuelas deberían no tener barreras de comunicación ni tampoco barreras físicas que impidan el acceso de los niños con movilidad reducida. […] Para ejercer plenamente su derecho a la educación, muchos niños necesitan asistencia personal, en particular, maestros formados en la metodología y las técnicas, incluidos los lenguajes apropiados, y otras formas de comunicación, para enseñar a los niños con una gran variedad de aptitudes, capaces de utilizar estrategias docentes centradas en el niño e individualizadas, materiales docentes apropiados y accesibles, equipos y aparatos de ayuda, que los Estados Partes deberían proporcionar hasta el máximo de los recursos disponibles", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", párr. 65.

105- Ley Nº 26075, sancionada el 21 de diciembre de 2005, promulgada el 9 de enero de 2006 y publicada en el B.O. del 12 de enero de 2006. En el art. 1º se establece: "El Gobierno nacional, los Gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aumentarán la inversión en educación, ciencia y tecnología, entre 2006 y 2010, y mejorarán la eficiencia en el uso de los recursos con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades de aprendizaje, apoyar las políticas de mejora en la calidad de la enseñanza y fortalecer la investigación científico-tecnológica, reafirmando el rol estratégico de la educación, la ciencia y la tecnología en el desarrollo económico y sociocultural del país".

106- Sancionada el 14 de diciembre de 2006, promulgada el 27 de diciembre de 2006 y publicada en el B.O. del 28 de diciembre de 2006. En el art. 9º se dispone: "El Estado garantiza el financiamiento del Sistema Educativo Nacional conforme a las previsiones de la presente ley. Cumplidas las metas de financiamiento establecidas en la Ley Nº 26075, el presupuesto consolidado del Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires destinado exclusivamente a educación no será inferior al SEIS POR CIENTO (6%) del Producto Interno Bruto (PIB)". Asimismo, el art. 11 dispone: "Los fines y objetivos de la política educativa nacional son: […] e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad…".

Dra. María Eugenia Bianchi y Dr. Juan José Albornoz*

Notas sobre los litigios estructurales

I. Introducción

En las siguientes líneas, pretendemos abordar el rol que cumple el Poder Judicial en los llamados litigios estructurales y en la delimitación de las prioridades de gobierno o, mejor dicho, en las políticas públicas.

En esa tesitura, procuramos resaltar la influencia de ese poder del Estado para dar un contenido concreto y garantizar la operatividad de los derechos fundamentales en general.

Igualmente, repasaremos cuáles son las características de estos litigios —deteniéndonos en las polémicas que generan— que permiten plantear en el ámbito judicial conflictos públicos que trascienden lo individual, para intentar determinar si una acción u omisión del Estado viola los derechos de personas o grupos concretos.

A través de esa herramienta, veremos que se pueden impulsar reformas legales; ordenar que se implemente una política pública definida —cuya omisión afecta los derechos de determinadas personas—; asegurar que la interpretación y aplicación de ciertas normas y derechos sean las adecuadas; identificar vacíos en la ley y omisiones de la Legislatura; incluir un tema en la agenda pública,

*** Dra. María Eugenia Bianchi**
Abogada (UBA). Graduada *cum laude*. Becaria, Tulane University, School of Law, New Orleans, LA, USA.Práctica profesional en la actualidad "Bertazza, Nicolini, Corti y Asociados S.A".

Dr. Juan José Albornoz
Abogado (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho (UBA). Prosecretario Letrado de la Sala 1 de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

y llamar la atención de los poderes públicos y de la ciudadanía sobre un tema específico, otorgándole visibilidad; promover el debate público y educar a la sociedad; construir coaliciones; crear presión para generar cambios sociales y, sobre todo, fortalecer grupos marginados.

II. Cuestiones preliminares

Si partimos de la concepción ya arraigada en la doctrina, según la cual los derechos fundamentales[1] no son *premisas* o puntos de partida, sino *aspiraciones u objetivos*,[2] que emergen de un complejo proceso histórico, social, cultural y jurídico, durante el cual se les otorga un *contenido concreto*, convirtiéndolos en la expresión de verdaderos valores públicos que se plasman en textos legales, tales como la Constitución o los Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos; rápidamente advertimos que la mera remisión a esos textos resulta por sí misma insuficiente para brindar al ciudadano medio una idea palpable o *vivencial* de los derechos que le asisten.

Esta idea fue plasmada hace ya varias décadas por Owen M. Fiss,[3] quien explica:

> A diferencia de los derechos que típicamente se encuentran en los sistemas jurídicos, los Derechos Humanos se extienden por el mundo, definiendo un bien universal, por tener su fuente en nuestra humanidad común. Como ideales encarnan nuestras aspiraciones universales y, de este modo, constituyen una cultura. Sirven como base para el diálogo y la crítica, dentro de nuestra nación y más allá de ella. A veces, los Derechos Humanos pueden dar lugar a demandas legales a nivel nacional o en la esfera internacional a través de tratados internacionales. Sin embargo, cuando eso sucede, no pueden ser confundidos con su encuadramiento legal. En estos casos,

1- En el presente trabajo al referirnos a derechos fundamentales lo hacemos como sinónimo de Derechos Humanos. No obstante ello, no desconocemos lo sostenido por parte de la doctrina, como FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, disponible en: http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/11/LIBRO-EL-SISTEMA-INTERAMERICANO-DE-DDHH.pdf, quien sostiene: "En esta caracterización de los Derechos Humanos como derechos básicos, o como derechos mínimos, deliberadamente hemos eludido el calificativo de «derechos fundamentales», que es muy utilizado por parte de la doctrina como sinónimo de Derechos Humanos, pero que, en nuestra opinión, tiene una connotación diferente. En opinión de quien escribe estas líneas, con la expresión «derechos fundamentales» se hace referencia a una categoría de los Derechos Humanos, a los cuales simplemente se considera más importantes que otros de naturaleza meramente accesoria, o a derechos que tienen un carácter intangible, en cuanto no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia. Tal expresión permitiría distinguir, por ejemplo, entre el derecho a la vida y el derecho a la intimidad —el primero de los cuales sería «fundamental» en cuanto se le percibe como de mayor entidad que el segundo—, o entre la prohibición de la tortura y la libertad de expresión, en cuanto la primera encierra una garantía absoluta del derecho a la integridad física (por lo que, en ese sentido, también puede calificarse de «fundamental»), a diferencia —por ejemplo— de la libertad de expresión cuyo ejercicio puede, en ciertas condiciones, restringirse o incluso suspenderse. Lo anterior no ha impedido el uso muy extendido, por parte de la doctrina, de la expresión «derechos fundamentales», como sinónimo de Derechos Humanos".

2- FISS, O. M., *Two Models of Adjudication, in How Does the Constitution Secure Rights?*, Robert A. Goldwin y William A. Schambra, editors, American Enterprise Institute Constitutional Studies, 1985.

3- FISS, O. M., "Los Derechos Humanos como un ideal social", en *Lecciones y Ensayos,* Nº 66, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996, p. 249.

> los Derechos Humanos conservan su existencia autónoma —persisten como ideales sociales— y proveen la energía moral necesaria para hacer cumplir la demanda que provocaron (…) Considerar a los Derechos Humanos como ideales sociales, trascendiendo el orden legal existente, nos permite usar esos derechos como un estándar independiente por el cual juzgar todas las prácticas sociales, incluyendo el derecho, y aun aquellas leyes que pretenden transformar los Derechos Humanos en demandas legales (…) Sirven así como un estándar para evaluar qué es y como un recordatorio de lo que puede ser.

El anhelo de definir tales ideales más allá de su positivización representa un desafío colosal, incluso para quienes están imbuidos del tema en su faceta jurídico filosófica, pues una cosa es referenciar los derechos fundamentales que han alcanzado recepción legal y, otra muy diferente, es brindar *contenido efectivo* a tales derechos con independencia de lo establecido en los textos normativos.

Pensemos en un niño pequeño que, en plena etapa de descubrimiento del mundo, le pregunta a un adulto cuáles son sus derechos.

Probablemente, la respuesta indubitada de la figura paterna[4] se limite a reproducir un listado interminable de derechos: a la vida, a la educación, a la salud, a la familia, a la vivienda digna, a la libertad, a la protección contra abusos, etcétera.

Pero, como es de esperarse, tal respuesta estereotipada no aportará certeza al pequeño y su afán de conocimiento y atención, en lugar de disipar el interrogante inicial, habrá de sumirlo en un aluvión de nuevos interrogantes: ¿qué significa tener derecho a vivir? Si tenemos derecho a la vivienda, ¿por qué algunas personas duermen en la calle? Si tenemos derecho a estar sanos, ¿por qué nos enfermamos?

En estos casos, el *cómo* contestar tiene a menudo más importancia que el *qué* contestar; ello porque —sin pretender adentrarnos en las complejas discusiones propias de la filosofía del derecho— hace tiempo que ha quedado desarraigada la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad, según la cual existe una *esencia inmutable* de las cosas.[5]

Será por eso más sensata una respuesta que tienda a explicar el carácter dinámico de esos derechos, que la que intente brindar una definición acabada y, muy posiblemente, errónea de aquellos.

Si bien algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán y el español han intentado plasmar la idea del "contenido esencial" (*wesensgehalt*) de los derechos fundamentales, para evitar que la excesiva restricción de esos derechos y las limitaciones reglamentarias que se les impongan terminen por vaciar (*aushohlen*) su alcance normativo, es difícil sostener en el tiempo una teoría absoluta y rígida, siendo a nuestro juicio virtualmente imposible establecer una definición universalmente aplicable y correcta en todas las circunstancias presentes y futuras, incluidas aquellas que provengan del cambio social y tecnológico.

Es cierto que, de acuerdo con los Principios de Maastricht, todos los derechos tienen un *contenido mínimo* que debe ser asegurado por

4- La referencia a la figura paterna no es meramente accidental, pues el padre simboliza, para la teoría psicoanalítica, la ley de la sociedad, las reglas morales, lo que está bien o mal en cada caso.

5- Ver NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Capítulo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

los Estados, pero la definición de la obligación mínima asistencial remite a un proceso valorativo complejo que involucra la ponderación casuística del estándar en un contexto histórico social particular, debiendo realizarse una cuidadosa y razonable ponderación de los beneficios y perjuicios que cada alternativa sea capaz de irrogar, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.[6]

No debe perderse de vista que, en esa valoración, se involucran también cuestiones económicas o de índole financiera, pues a menudo el intérprete tiene en cuenta la escasez de fondos públicos a la hora de definir los alcances de tal obligación.

Así, en un mismo momento histórico, ese piso que hemos llamado *obligación mínima asistencial* también puede variar comparativamente entre países del Primer y el Tercer Mundo o, lo que es aún más frecuente, entre distintas zonas geográficas de un mismo Estado, según sea el desarrollo económico y social alcanzado.

Más allá de las críticas que esto pueda generar, lo cierto es que no podemos ignorar este dato empírico que pone en evidencia la ya apuntada movilidad de los estándares.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales, si bien son inherentes a la dignidad humana, no tienen un contenido inalterable, sino que tal límite está fijado por un parámetro en constante evolución, que se define de acuerdo con el principio de *proporcionalidad*, a la *prohibición de regresividad* y al principio propersona,[7]

6- De hecho, la CSJN en la causa "Q.C.S." del 24/4/2012 fijó que en materia de vivienda existe un contenido mínimo indispensable (ver considerandos 10 a 12 del voto de la mayoría).

7- En este punto, ver GIALDINO, R. E. (director y coordinador académico); DE MARTINI, S. L. (h.), (codirector) y CARPINTERO, K.; DONZELLI, B.; MOGABURU, J. I. (equipo de investigación), en "El orden jurídico argentino en diálogo con las directrices voluntarias de la FAO", trabajo presentado en el marco de la Convocatoria 2014 del Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe, en representación de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (en prensa), en el que sostuvieron que el principio pro persona (o pro homine) ha sido abordado por la CSJN en numerosas oportunidades y bajo diferentes aplicaciones. Entre estas últimas, se destaca su obrar como pauta de hermenéutica jurídica, "en sus dos principales manifestaciones […] Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v. gr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 […] párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en un sentido inverso, vale decir restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o a la capacidad de imponerlas (v. gr., ídem, La expresión las 'Leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 […] párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los Derechos Humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten". Así lo afirmó la CSJN en "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad" (2013). B. Con ello, ciertamente, el Tribunal reiteraba doctrina ya enunciada en otros precedentes: "[e]n el campo de los Derechos Humanos […] el principio pro homine, exige que aquellos sean interpretados con la mayor amplitud que permita la norma que los reconozca, y censura, por ende, toda exégesis restrictiva (Madorrán […] 2007)" ("Ascua, Luis Ricardo c. SOMISA s/ cobro de pesos", 2010); "el intérprete deb[e] escoger dentro de lo que la norma posibilita el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del Derecho Humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales" ("Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", 2007). C. La doctrina enunciada ha recibido incluso un reforzador, pues el principio pro persona se impone con mayor razón, a juicio de la CSJN, en áreas como el derecho del trabajo, en la medida en que "el trabajador es sujeto de «preferente tutela constitucional» […]" (CSJN, "Ascua", supra B, con cita de VIZZOTI, A. [vid. infra 1.5, B] y "Pérez c. Disco S.A.").

principios rectores[8] en materia de Derechos Humanos que a la postre justifican su carácter eminentemente *expansivo*.[9]

Resulta por ello indispensable interpretar una y otra vez a lo largo del tiempo, cada derecho, cada garantía constitucional, cada tratado internacional a la luz de los avances constantes e interrumpidos de esos procesos históricos, sociales, culturales y jurídicos, brindándoles un campo de acción, pues no existe —a nuestro juicio— una noción unívoca y abstracta, inmutable en el tiempo.

El objetivo de estas líneas es, precisamente, analizar el desarrollo concreto de esos estándares.

Pero lo que pretendemos que caracterice a este trabajo es que tal análisis se realizará partiendo de una premisa fundamental: el desarrollo de los Derechos Humanos y su operatividad está íntimamente ligada a la superación de la visión presupuestaria clásica, cuyo paulatino abandono debe dar espacio a la consolidación de una nueva concepción de la actividad financiera, entendida como *herramienta* para la efectividad de tales derechos.[10]

Partimos así de los Derechos Humanos como *ideales sociales* o aspiraciones superadoras de los textos positivos, tesis que nos permitirá —de ser necesario— invalidar las normas que conculquen su vigencia efectiva o, impidan, dificulten u obstaculicen su expansión.

No se nos escapa que el concepto de derecho fundamental y la delimitación de su contenido han provocado encarnizados debates teóricos en diversas disciplinas que comprenden no solo la jurídica, sino también la antropología, la economía y la historia.

No menos controversia ha generado la idea de que sea el Poder Judicial el que ejerza esa función interpretativa.

No obstante ello, en todos esos campos, e independientemente de a qué rama del gobierno la sociedad y los actores políticos encomienden ese rol, existe actualmente un consenso generalizado sobre la necesidad de otorgarles *operatividad*, pues no bastan las declaraciones de carácter ético o moral, sino que su consagración universal debe dar a todo ser humano la legitimación para efectuar reclamos, ya sea ante el Estado del cual forma parte la comunidad internacional o contra un sujeto u organización específica.

A su vez, estos últimos actores deben tener la obligación legal de asegurar el goce y vigencia de tal derecho y, claro está, disponer la afectación de los recursos necesarios para solventar los gastos públicos que insuma esa función tuitiva del Estado.

8- La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de expedirse sobre los principios rectores en la OC-18/03 párr. 44 del voto concurrente del juez A.A. CANÇADO TRINDADE, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf; Allí el juez sostuvo: "Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín principium) que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (prima principia) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho".

9- MARTÍNEZ, M. S., "El doble contenido de los derechos fundamentales en la doctrina Alemana", *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, N° 7, 1997-1998, pp. 115-142.

10- Para profundizar sobre el tema, se recomienda CORTI, H., *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

En torno a la operatividad directa de los derechos fundamentales, señala Dworkin:[11]

> La obligación básica de todo gobierno, cual es el respeto por la dignidad humana, opera de dos formas que, desde un punto de vista práctico, es muy importante distinguir. En primer lugar, esta obligación fundamental es la fuente de los que podríamos denominar Derechos Humanos primordiales (*baseline human rights*): los derechos concretos, como el derecho a no ser torturado, que limitan el tipo de acciones que los gobiernos pueden realizar. Estos derechos prohíben actos que no justificarían ninguna interpretación inteligible de la idea de que la vida de la gente tiene un valor intrínseco y la de que tiene una responsabilidad personal sobre sus vidas. Estos son los derechos concretos que los diversos tratados y convenios sobre Derechos Humanos intentan identificar. Sin embargo, en segundo lugar, la obligación fundamental de respetar la dignidad humana tiene una consecuencia ulterior bien distinta de las precedentes. Prohíbe a cualquier gobierno tratar a una persona de un modo que contradiga la propia interpretación gubernamental de esos ideales —la comprensión encarnada en la legislación y prácticas del gobierno—, puesto que esa contradicción también negaría de modo igualmente rotundo el respeto a la humanidad de sus víctimas.

11- DWORKIN, R., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 54.

Como resultado de las distintas conferencias que Naciones Unidas organizó en la década de los 90, los Estados Parte tomaron conciencia de que para asegurar la real vigencia de los Derechos Humanos era necesario *trascender* la esfera declarativa de los textos legales, moralmente encomiables, pero insuficientes en el plano práctico, para comenzar a trabajar en la faz instrumental de tales derechos, mediante el diseño de políticas públicas que tuvieran en cuenta los compromisos asumidos al suscribir tales instrumentos internacionales, destinando los recursos necesarios a fin de alcanzar progresivamente objetivos concretos en las áreas de desarrollo económico y social.

Si examinamos el presupuesto de ingresos y gastos de cada Estado, tendremos un panorama de cuáles son las prioridades que se ha fijado determinado gobierno y, podremos advertir si la afectación de los recursos públicos a la consecución de tales prioridades se encuentra en línea con el programa constitucional y los compromisos asumidos por ese Estado a nivel internacional; es decir, si las políticas macroeconómicas satisfacen los contenidos mínimos que emanan de tales normas e interpretaciones jurisdiccionales.

Existe, pues, una estrecha relación entre teoría y práctica de los Derechos Humanos y la administración del gasto público.[12]

Esta relación a menudo genera tensiones entre la noción de indivisibilidad de los derechos, por un lado, y la función propia del Presupuesto, que es atribuir gastos sobre la base de prioridades frente a múltiples demandas.

Asimismo, ese grado de tensión se advierte entre quienes abogan por los principios presupuestarios de "máxima flexibilidad" y "no

12- Respecto del gasto público, se recomienda la lectura de GARCÍA, J. P., "Régimen jurídico del gasto público. Presupuestación, ejecución y control", en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 2014, y CORTI, H., *Derecho financiero*, capítulo VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

afectación de recursos a gastos" —que tienden a que el Presupuesto no adolezca de rigideces que le impidan constituirse en un eficaz instrumento de administración, de gobierno y de programación económica y social— y quienes, por el contrario, intentan evitar que el abuso de tal discrecionalidad erosione por completo la vigencia efectiva de tales derechos.

Como hemos anticipado, el Poder Judicial ha tenido un rol estelar en la construcción del nuevo paradigma, pues los tribunales —tanto internacionales como nacionales— han debido interpretar no solo el alcance concreto del derecho afectado, sino también, en ocasiones, remover obstáculos existentes en la normativa interna o en políticas públicas —entre ellas, la del gasto—, pues, paradójicamente, a menudo la amenaza concreta de violación de los derechos fundamentales, en sus distintas variantes, no proviene de acciones individuales, sino del accionar de las administraciones burocráticas que caracterizan el moderno Estado de Derecho. En otras ocasiones, la violación proviene lisa y llanamente de la inacción legislativa.

Esta nueva realidad jurídica dio nacimiento a nuevos roles en cabeza de la judicatura, que no tardó en advertir la necesidad de reestructurar tales organizaciones como único medio para garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

A su turno, las reformas exigidas por el Poder Judicial, a través de sus sentencias, en la mayoría de los casos, implicaron un aumento del gasto público en determinada área o, por lo menos, obligaron a la Legislatura y a la administración a reasignar eficientemente los escasos recursos disponibles para asegurar una cobertura mínima del derecho afectado.[13]

Asimismo, esta nueva realidad dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, supuesto que acaece cuando no existe la certeza de que el órgano legislativo corregirá la inconstitucionalidad denunciada en el pleito.

En estos casos, la labor de la judicatura[14] no consiste en castigar al legislador que deja de cumplir su mandato específico, sino en dotar de plena eficacia al precepto o derecho constitucional que carece de ella, puesto que, como poder constituido y como defensor de la Carta Magna —autoerigido guardián último de la Constitución—, su tarea consiste esencialmente en perseverar por la plena aplicación de los enunciados constitucionales.[15]

A tal punto los obstáculos estatales, de muy diversa índole, conculcan los derechos fundamentales, que el derecho financiero no tardó en advertir el rol fundamental que juega el Presupuesto en este debate.

Incluso algunos autores, como Klause Tipke, se animan ya a hablar de *inmoralidad tributaria o financiera* del Estado, pues advierten la necesidad de que el Presupuesto procure la consecución del *bien común*, hasta se aventuran

13- Ver los casos citados por CORTI, H., "Ley de Presupuesto y derechos fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*", Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 658 y ss.

14- Sagüés ha denominado "nuevas sentencias atípicas", rubro en el que señala: sentencias manipulativas admisorias, sentencias manipulativas desestimatorias, sentencias manipulativas aditivas o constructivas, sentencias manipulativas sustitutivas y sentencias exhortativas (SAGÜÉS, N. P., "Las sentencias constitucionales exhortativas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, noviembre de 2006, vol. 4, Nº 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, pp. 189-202. También se las denomina sentencias manipulativas, sentencias modulatorias o sentencias interpretativas).

15- VALCARCE OJEDA, M. del G., *Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/valcarceojeda.pdf

a sugerir penalidades específicas para aquellos funcionarios que derrochen los escasos recursos públicos o subejecuten las partidas presupuestarias asignadas.[16]

En un pequeño ensayo que sintetiza el Discurso de Ingreso que el profesor Tipke brindó en la Academia de las Ciencias de Renania del Norte-Westfalia, entre otros interrogantes, el autor se plantea qué relevancia jurídica tiene para el ciudadano el destino que el Estado les otorga a los recursos fiscales.

Sencillamente se pregunta: ¿qué sucede cuando la imparcialidad en el gasto se convierte en desvergüenza; en el desvergonzado derroche de la recaudación tributaria?

Ante la comprobación de una doble moral fiscal —que reprime a los contribuyentes remisos pero nada hace frente al despilfarro oficial— Tipke asume que son los tribunales quienes deben velar porque el legislador actúe del modo que exigen los principios constitucionales, pues, para él, la Constitución no otorga al legislador poderes en blanco para establecer a su capricho el contenido de las leyes, sino que: "El poder de la mayoría parlamentaria elegida democráticamente está sometido a los derechos fundamentales".[17]

Debemos anticipar, no obstante, que el autor no se muestra demasiado optimista frente a esa función judicial, pues advierte que incluso los jueces están influenciados por los prejuicios que les transmiten la tradición, la educación, el trato y el espíritu del tiempo a la hora de determinar la relación —de prevalencia— entre los diversos valores fundamentales. Tal vez por eso, en su ensayo, hay constantes referencias al contralor directo de distintas agrupaciones ciudadanas.

Ahora bien, las particularidades del problema y las complejas aristas que involucra su solución advierten al lector que el litigio clásico, tradicionalmente concebido para ventilar demandas de carácter individual se revela como un proceso inadecuado para la resolución de conflictos que trascienden la violación de un derecho individual proyectándose más allá del caso sometido a consideración, adquiriendo la fisonomía de un derecho colectivo cuya tutela requiere una decisión judicial diferente.

Veamos, pues, de qué modo tal escollo formal ha sido superado.

III. Litigios estructurales o complejos

III.a. El moderno rol del Poder Judicial en el proceso de desarrollo e implementación de políticas públicas

En el moderno Estado de Derecho, el Poder Judicial desempeña tres roles interrelacionados: determina los hechos, interpreta los textos legales y normas aplicables, y desarrolla políticas públicas a través de sus sentencias.[18]

Las dos primeras funciones son bien conocidas, mientras que la tercera despierta aún hoy controversias en el campo del derecho[19] e incluso

16- TIPKE, K., *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes* (*Besteuerungsmoral und Steuermoral*), Traducción, presentación y notas a cargo de Pedro Herrera Molina, profesor titular de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid; prólogo de Juan José Rubio Guerrero, director general del Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002.

17- *Op. cit.*, p. 99.

18- FEELEY, M. M. y RUBIN, E. L., *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge Univerity Press, 1999.

19- José Eduardo Faría señala que se han generado

en el político, porque, en la concepción tradicional del Estado, el Poder Judicial fue concebido con una visión más limitada que lo constreñía a la solución de conflictos individuales y a la aplicación e interpretación de las normas.

No obstante ello, la doctrina especializada no niega la participación actual del Poder Judicial en el complejo proceso mediante el cual las ideas influyen en la delimitación de las prioridades de gobierno.

Por el contrario, hace ya más de cuatro décadas en las que el Poder Judicial, en distintas partes del mundo —tanto en sistemas jurídicos regidos por el *common law*, como en los sistemas continentales europeos— viene desempeñando (con distinta intensidad) un rol preponderante en el rediseño de la estructura gubernamental y las políticas públicas, siendo sus sentencias la herramienta fundamental a través de la cual se da contenido concreto y se garantiza la operatividad de los derechos fundamentales en general.

Si bien el movimiento reformista comenzó a gestarse en el campo de la reforma educativa en el conocido caso "Brown",[20] lo cierto es que alcanzó su auge y mayor desarrollo en la cuestión penitenciaria.[21]

El rol reformista parte de la premisa de que la calidad de nuestra vida social es afectada en gran medida por el accionar de las burocracias estatales y no por individuos que actúan por fuera o incluso dentro de estas organizaciones; por ello los derechos fundamentales solo pueden ser garantizados en forma efectiva si se introducen cambios significativos en esas estructuras.[22]

Entre la doctrina nacional, Böhmer describe el nuevo rol al señalar:

> En su disputa con los sofistas, Sócrates afirmaba que la virtud de la Justicia y su traducción institucional, la judicatura, tenía una misión terapéutica. En efecto, en el «Gorgias», Sócrates la equipara a la medicina cuando afirma que la Justicia es al cuerpo de la polis lo que la medicina es al cuerpo del individuo: llega para volver las cosas al estado anterior al acontecimiento del daño. Sócrates también creía, contra los sofistas, que ambos conocimientos debían reservarse a unos pocos. En nuestros días, la Justicia actúa como remedio no solo como lo quería Sócrates, en el sentido de indemnizar, de resarcir el daño, sino también en otro sentido, vinculado con nuestro sistema político. En la democracia constitucional moderna, la Justicia tiene la tarea adicional de vigilar las

muchísimas y significativas discusiones. En concreto, indica que se debe analizar ¿hasta qué punto son los tribunales y sus magistrados funcional y técnicamente aptos para manejar conflictos de clase y transgresiones jurídicas en masa que envuelven a grupos, clases y colectividades? ("El poder judicial frente a los conflictos", en COURTIS, C. [compilador] *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 400 a 402).

20- "Brown v. Board of Education of Topeka, Texas", 347 US 483, 1954. Ver CORTI, H., "Ley de Presupuesto y derechos fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 658; ACKERMAN, B., *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011; DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 272-276.

21- Conferencia del profesor Malcolm FEELEY, "El impacto del litigio en las reformas carcelarias", desarrollada el 13 de agosto de 2008, en la Facultad de Derecho de la UBA. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/conferencia-el-impacto-del-litigio-en-las-reformas-carcelarias/+2597. Para ampliar sobre el tema, ver de nuestra autoría "Las cárceles y el Presupuesto: la situación en los Estados Unidos de América y la Argentina a la luz de los litigios estructurales", en prensa.

22- FISS, O. M., "Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, Nº 1, The Supreme Court, 1978 term, noviembre de 1979.

> violaciones de derechos producidas por las fallas del sistema mayoritario. Así, en democracias imperfectas, el hecho de que los afectados por las decisiones públicas no formen parte de los procesos deliberativos previos a esas decisiones, sino solo en forma muy indirecta, y que el resultado final se obtenga por mayoría de votos, tiende a producir fallas que erosionan los cimientos del sistema. Es en esos casos, cuando las fallas de la democracia mayoritaria y representativa producen violaciones de derechos y manipulaciones de los procesos deliberativos, que se requiere un sistema contramayoritario que controle estas desviaciones. Este es el rol del Poder Judicial.[23]

Así, podríamos definir la noción de *litigio estructural o complejo*, como aquel proceso jurisdiccional en el cual un juez o Tribunal —frente a la demanda de un individuo o un grupo— confronta a la burocracia estatal en relación con el contenido concreto que cabe asignarle en un determinado tiempo y lugar a un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, asumiendo la tarea de reestructurar una determinada organización administrativa para eliminar las amenazas que representan las políticas institucionales vigentes.[24]

En contraste con los litigios clásicos en los que se verifica una violación a un derecho individual, en los litigios complejos, la violación de derechos colectivos conlleva la necesidad de adoptar remedios acorde, incluso cuando ello implique que el juez o Tribunal deba encarar la reforma de una agencia estatal o el diseño de políticas públicas que en la práctica insumen un compromiso de la judicatura como poder público a largo plazo, pues la faz de ejecución de tales reformas o implementación de las nuevas políticas en muchas ocasiones se ha extendido a lo largo de varias décadas, trascendiendo el rol personal del juez o la conformación del Tribunal sentenciante.

Como señala Bergallo, los remedios estructurales persiguen concretar la reorganización de una institución social o reparar, a través de esa reforma organizacional, el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales.[25]

El diseño de políticas públicas, ya sea por un juez o cualquier otra rama de gobierno, es el proceso por el cual los actores de gobierno desarrollan sus facultades sobre la base del convencimiento de que sus acciones producirán un cambio social deseado.[26]

23- BÖHMER, M., "Violaciones de derechos por parte del sistema mayoritario", *Revista Mercado*, 23/12/2009.

24- Conf. FISS, O. M., op. cit., p. 2. En igual sentido, se expresa THEA, F., "Hacia nuevas formas de justicia administrativa: apuntes sobre el 'litigio estructural' en la Ciudad de Buenos Aires", en *La Ley* 2010-A, 309. Por su parte, Corti los caracteriza como aquellos en los que 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 (CORTI, H., "La Ley de Presupuesto y derechos fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 658.

25- BERGALLO, P., "Justicia y experimentalismo: La función remedial del Poder Judicial en el litigio de Derecho Público en la Argentina", en SELA, *Derecho y pobreza*, p. 175.

26- DWORKIN, R., *Law's Empire*, 1986, pp. 1057, 1067-73. Si bien Dworkin es un acérrimo opositor a aceptar el rol político del Poder Judicial, al que considera ilegítimo y carente de sustento legal habilitante, algunos autores como Feeley y Rubin —con quienes coincidimos— utilizan su definición para demostrar una concepción *objetiva* de esta función de la judicatura.

El rol bajo análisis, en cabeza del Poder Judicial, contrasta con la visión tradicional de la función meramente interpretativa. Mientras que en la interpretación tradicional el juez basa su decisión en textos legales preexistentes; cuando desarrolla una función política, la judicatura se remite a la normativa vigente como fuente de legitimación de su jurisdicción, pero el contenido de la sentencia no se encuentra supeditado por esas normas, sino que el sentenciante puede recurrir a otras fuentes como la equidad, los principios generales del derecho y las reglas de la sana critica, para generar una decisión que está guiada por el convencimiento de que generará un cambio social favorable.

El método clásico que utilizan los jueces al dictar sentencias de estas características involucra cinco pasos: 1- definición del problema, 2- identificación del objetivo, 3- generación de una serie de alternativas que permitirían alcanzar el objetivo propuesto, 4- selección de la alternativa que se revela *a priori* como más adecuada para alcanzar el objetivo y, finalmente, 5- implementación de la alternativa seleccionada (etapa de ejecución de sentencia).

Cada uno de esos pasos, a su vez, puede involucrar distintos métodos de interpretación y acción. El más utilizado es el método de *costo/beneficio*.

El estadio más controversial del proceso es sin dudas el referido a la generación de alternativas posibles, foco de atención de la doctrina especializada en psicología cognitiva y eje de las críticas más encarnizadas sobre esta función.

Es importante destacar que, entre las distintas funciones judiciales, existe una estrecha intercorrelación, es decir, que también en los casos en los que el juez desempeña un rol tradicional de resolución de conflictos puede tener en mente un fin ulterior tendiente a generar una política estatal, así como cuando dicta una sentencia en un litigio estructural puede recurrir, entre otros, al método de interpretación de la ley. No se trata de roles o metodologías excluyentes.

Por ello, para la doctrina actualmente mayoritaria, todas las acciones de la judicatura son *políticas*, en el sentido de que sugiere que los jueces no son seres neutrales en sus decisiones.

III.b. Características propias del litigio estructural

Si bien los litigios estructurales como categoría distintiva dentro de los procesos de derecho público se remontan a mediados de la década del 50, los primeros trabajos doctrinarios dirigidos a individualizar sus características propias, tanto sustanciales como procedimentales, comenzaron a publicarse dos décadas después en los EE.UU, siendo muy reciente su análisis en la doctrina local.

En 1976, Abram Chayes fue pionero en advertir el surgimiento de un nuevo tipo de proceso de derecho público, centrado en el área de derechos civiles, principalmente iniciados ante el fuero federal, en los cuales la controversia trascendía el mero interés de las partes involucradas y requería una evaluación acerca del impacto de las políticas públicas en relación con el derecho conculcado. A simple vista, el autor señaló que el esfuerzo por aplicar los principios del *rule of law* [Estado de Derecho] a las instituciones del Estado de Bienestar moderno había dado lugar a esta nueva clase de litigio, en el cual no bastaba con interpretar la Constitución y las leyes en vigor, sino que reclamaba el diseño de un nuevo régimen capaz de regir la relación de las partes —e inclusive de terceros— hacia el futuro, sujetándolos a un continuo y prolongado contralor del Poder Judicial.[27]

27- CHAYES, A., "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, vol. 89, Nº 7, 1976, p. 1281.

El litigio *tradicional* involucraba a un actor individual contra un sujeto de derecho privado o un sujeto de derecho público, que reviste la doble calidad de *víctima y beneficiario*, quien concentraba su reclamo en la invocación de un agravio aislado, ocurrido y culminado en el pasado, cuya reparación consistía en otorgar una indemnización. A su vez, el demandado detentaba el carácter de agresor, pero también era quien quedaba obligado por la sentencia a reparar el daño ocasionado.

En su trabajo, Chayes demostró que, a partir del inicio del movimiento de derechos civiles, comenzó a gestarse en el campo del derecho público un nuevo modelo de litigio con características procesales y sustanciales propias: en estos procesos, el litigante podía ser un individuo o un grupo cuya existencia trascendía a sus miembros e incluso los límites del propio litigio (no se trata de una suma de individuos agrupados al solo efecto de litigar como sucede en la acción de clase), circunstancia que implicó modificar o flexibilizar las reglas clásicas sobre legitimación; el litigante podía o no coincidir con la víctima o el grupo atacado, sino que, en ocasiones, era únicamente un vocero de tales sujetos; por lo tanto, los reclamos denunciaban la existencia de políticas públicas que perpetraban una condición social desventajosa y, por tanto, no exigían una indemnización pecuniaria, sino una solución definitiva para todos los casos análogos que actual o potencialmente pudieran suscitarse, es decir, capaz de impedir que tales daños se reprodujeran en el futuro (disociación entre víctima y beneficiario); en consecuencia, el remedio tornaba indispensable alterar el funcionamiento general de grandes instituciones públicas (sistemas escolares, prisiones, instalaciones de salud mental, departamentos de policía y autoridades de los hogares de asilo público) —no como una condena en sí misma, sino como única vía para remover un accionar administrativo violatorio de la Constitución— y, finalmente, las sentencias no brindaban una solución automática predeterminada por las normas en vigor, sino que propendían al *diseño de planes de reestructuración y supervisión* a largo plazo de tales instituciones, característica esta que requería la implementación de etapas de negociación y mediación a lo largo de la sustanciación de la causa.[28]

En ese esquema, el juez adopta un rol de coordinador,[29] no solo de las tareas del Tribunal, sino también de las acciones de la administración, a quien le exige la presentación de informes periódicos para monitorear los avances específicos, pudiendo —incluso— designar funcionarios judiciales ad hoc y auxiliares de la Justicia para efectuar informes y pericias autónomas, sobre la base de los cuales el juez luego basará la sentencia.

Este tipo de litigio permite plantear, en el ámbito judicial, conflictos públicos que trascienden lo individual, intentando determinar si la acción u omisión del Estado está violando los derechos de personas o grupos concretos; impulsar reformas legales; ordenar que se implemente una política pública definida, cuya omisión esté afectando los derechos de determinadas personas; asegurar que la interpretación y aplicación de ciertas normas y derechos sean los adecuados;

28- A partir del artículo de Chayes, numerosos autores abordaron las características propias de los litigios estructurales, pero sin duda fue Owen M. FISS quien logró sistematizar el análisis en *Two Models of Adjudication*, *op. cit.* y en "The Social and Political Foundations of Adjudication", *Law and Human Behaviour*, vol. 6, Nº 2, 1982, publicación en la cual Fiss ahonda en las conclusiones que extrajo en su anterior trabajo.

29- SCHAFRIK DE NÚÑEZ, F. H., "Una mirada procesal de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Implementación de sentencias judiciales colectivas. Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

identificar vacíos en la ley y omisiones de la Legislatura; incluir un tema en la agenda pública y llamar la atención de los poderes públicos y de la ciudadanía sobre un tema específico, otorgándole visibilidad; promover el debate público y educar a la sociedad; construir coaliciones; crear presión para generar cambios sociales; fortalecer grupos marginados; etcétera.

Por su parte, más recientemente, Charles Sabel y William H. Simon han efectuado un análisis retrospectivo de los litigios estructurales acaecidos durante las últimas tres décadas, en el cual identifican a la negociación entre las partes interesadas, su continuidad y evolución, y la transparencia del proceso como las características más singulares.[30]

Señalan los autores que, durante ese lapso, los jueces se han ido alejando de la estrategia *ordenar-y-controlar (command-and-control)*, que caracterizó a las primeras decisiones judiciales, andando en dirección a una clase de intervención que denominan *experimentalista*. La regulación *ordenar-y-controlar* se presenta como la típica actividad de las burocracias. Toma la forma de regímenes amplios y omnicomprensivos de reglas específicas y fijas establecidas por una autoridad central. Estas reglas prescriben las actividades por realizar —*inputs*— y los procedimientos de funcionamiento de las instituciones que regulan. Por el contrario, la regulación experimentalista combina normas más flexibles y provisionales con procedimientos que permiten la continua participación de las partes relevantes y con sistemas de responsabilidad y control determinados. En los casos más distintivos, las normas de gobierno son estándares generales que expresan las metas que se espera que las partes alcancen, es decir, más bien los *outpus* (productos) en lugar de los *inputs* (entradas o actividades por realizar).

En general, el régimen permite que las partes tengan un margen sustancial de discreción en cuanto a cómo alcanzar estas metas. Al mismo tiempo, especifica los estándares y los procedimientos para la evaluación del rendimiento de la institución. Este rendimiento es evaluado en relación con las metas a las que se comprometen inicialmente las partes y de acuerdo con el rendimiento de instituciones análogas.

Este procedimiento de comparación disciplinada está diseñado para facilitar el aprendizaje, focalizando la atención en las prácticas de instituciones análogas más exitosas. Tanto las declaraciones de metas como las normas de rendimiento son consideradas provisionales y sujetas a revisión continua con la participación de las partes relevantes. En efecto, el remedio institucionaliza un proceso de aprendizaje y de reconstrucción continua.

La regulación experimentalista es característica del gobierno "interconectado" y "de múltiples niveles" que prolifera en los Estados Unidos y la Unión Europea: procedimientos de toma de decisión que no son ni jerárquicos ni cerrados y que permiten que personas de diversos niveles, unidades e incluso organizaciones colaboren cuando las circunstancias lo demanden.[31]

Al examinar las soluciones jurisprudenciales que se han brindado en los Estados Unidos a los distintos problemas estructurales que afrontaban y aún hoy subsisten en materia carcelaria, será fácil ver en forma práctica la transición que destacan los autores.

30- SABEL, C. y SIMON, W. H., "Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds", 117 *Harvard Law Review* 1015, 2004, pp. 1067-1072.

31- DORF, M. y SABEL, C., "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Columbia Law Review*, vol. 98, Nº 2, p. 267; SCOTT, J. y TRUBEK, D. M., "Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union", *European Law Journal*, vol. 8, 1-18, 2002.

Mucho se ha escrito sobre el tema, pero en lo que interesa a este trabajo cabe señalar que, tras largos años de escándalos suscitados en diversas prisiones, principalmente del Estado de Arkansas,[32] todos ellos vinculados a tratos brutales por parte de las autoridades carcelarias y a condiciones inhumanas de encierro, varios reclusos comenzaron a peticionar a los jueces federales que interviniesen con el fin de garantizar el respeto de la octava enmienda —que prohíbe que el gobierno federal imponga castigos inusuales o crueles—, la cuarta enmienda —que requiere que las pesquisas y aprehensiones conducidas por una autoridad del gobierno sean razonables— y la sección 1983 de la Carta de Derechos Civiles de 1871 (conocida como la "Ku Klux Klan Act", en virtud de la cual se suspendió la vigencia del hábeas corpus en el Estado de Carolina del Sur, con la única finalidad de aprehender, enjuiciar y condenar a los miembros del Ku Klux Klan que estaban cometiendo atrocidades contra la población negra de ese Estado).

En el período comprendido entre 1965 y 1969, los tribunales federales se vieron inundados de denuncias, pero lo destacable de ellas es que los reclusos no pretendían en modo alguno que mejorasen las condiciones de cumplimiento de las penas, sino que lisa y llanamente les requerían a los jueces que los liberasen porque, en las condiciones vigentes, el Estado federal no podía garantizar sus derechos.

En ese período, no obstante, se lograron algunas mejoras como resultado de las sentencias dictadas en "Talley v. Stephens"[33] —en las que los reclusos lograron que se les asegurase el acceso a la justicia y al patrocinio letrado gratuito, puesto que hasta ese momento quienes peticionaban a las autoridades sufrían violentas represalias por parte de las autoridades de la penitenciaría estatal de Arkansas— y "Jackson v. Bishop"[34] (se prohibieron los castigos corporales y las torturas con fines disciplinarios por considerar que frustran los objetivos de resocialización de los delincuentes).

Lo que convirtió a estos precedentes en verdaderos *leading cases* no fueron las mejoras en sí mismas, sino que los jueces federales atendieran en forma sustancial los reclamos de los reclusos y se adentraran en el escrutinio del sistema carcelario del Estado de Arkansas.

Recién en 1969 se produciría un auténtico avance procesal hacia el litigio estructural, pues en el marco de "Holt v. Sarver",[35] las crecientes peticiones de los reclusos de la prisión Cummins Farm del Estado de Arkansas, que comenzaron refiriéndose a la falta de asistencia médica y odontológica y a la inconstitucionalidad del encierro en "solitario", habrían de ser encuadradas por el juez Henley como una *acción de clase*, en el marco de la cual se habrían de acumular sucesivas denuncias de la más diversa índole, que a la postre culminarían con la tacha de inconstitucionalidad de la totalidad del sistema carcelario de ese Estado, el cual, hasta ese momento, se regía por estándares no

32- Para una compilación de todas las decisiones proferidas en el caso de Arkansas, véase FISS, O. M. y RENDLEMAND, D., 1984 "Injunctions", Minola: Foundation Press, 1984, p. 528; JACKSON, B., "Killing Time: Life in the Arkansas Penitentiary", Ithaca: Cornell University Press, 1977; HARRIS, M. K. y SPILLER, D. P., "After Decision: Implementation of Judicial Decrees in Correctional Settings" Government Printing Office, Washington, DC, 1976. Todos citados por FISS, O., *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 33, nota al pie 16.

33- 65-C-33 (E.D. Ark.).

34- 404 F. 2d 571 - Court of Appeals, 8th Circuit, 1968.

35- En el marco del litigio, existieron diversos precedentes: "Holt v. Sarver I" 300 F, Supp. 825, 1969, y "Holt v. Sarver II", 309 F. Supp. 362, 1970, aff'd. 442 F. 2d 304, 8th Cir., 1974.

escritos sujetos al arbitrio de las autoridades penitenciarias.

El cambio clave fue precisamente ese: haber acumulado como una *acción de clase* las denuncias individuales sobre violaciones que aisladamente consideradas hubiesen tenido un menor impacto en el Tribunal.

Tal cambio dio lugar a que las sentencias también adquiriesen características diferentes, pues las órdenes no se referían ya —como antiguamente— a aliviar una situación puntual, sino que los mandatos judiciales se convirtieron en condenas de hacer o no hacer profundos cambios estructurales e institucionales.

En el marco de "Holt v. Sarver", el juez habría de realizar —por primera vez en la historia penitenciaria de ese país— una serie de *sugerencias* a la administración estatal sobre cómo debían mejorarse, en forma suficientemente concreta y detallada, las denunciadas atrocidades.

Asimismo, como el juez advirtió que la implementación de las mejoras tenía un impacto presupuestario directo, en el sentido de que las autoridades penitenciaras deberían realizar en el corto o mediano plazo gastos de naturaleza extraordinaria para cumplir con la sentencia —inversiones en infraestructura, contratación de servicios de asistencia sanitaria, aumento del personal con el consiguiente incremento en gastos salariales, etc.—; el magistrado involucró a la Legislatura estatal en el pleito, a fin de que arbitrase los medios económicos necesarios para asegurar la implementación de sus *sugerencias*.[36]

Las comunicaciones entre el juez, la administración estatal y la Legislatura habrían de adquirir, en el marco de ese proceso, una asiduidad hasta entonces inusitada, pues dentro de sus *sugerencias* proponía no solo alteraciones presupuestarias y el dictado de normas referidas a la implementación de programas de rehabilitación para los reclusos, sino que obligaba a que ambas esferas de gobierno le remitiesen periódicamente memorandos sobre los progresos alcanzados.

Precisamente a raíz de esos reportes, el juez Henley fue tomando conocimiento de la gravedad de los problemas, y cuantas más trabas e impedimentos denunciaban las autoridades para implementar las mejoras, más concretas y detalladas se volvían las órdenes del magistrado con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia.

Así las cosas, el magistrado comenzó a advertir que, en realidad, para arribar a una reforma integral del sistema carcelario debía reformarse concomitantemente la deficiente estructura administrativa estatal, de manera de modernizarla a fin de que sus funcionarios fuesen capaces de implementar y sostener nuevos estándares.

Lo cierto es que, en el marco de "Holt v. Hutto"[37] o "Holt III", el juez habría de involucrar personalmente a los funcionarios, al sostener en diversas órdenes que, en caso de incumplimiento, la Corte se encontraba dotada de potestades suficientes para removerlos de sus cargos e, incluso, de iniciar acciones penales o civiles a quienes las incumplieran.

Finalmente, en el marco de "Finney v. Hutto",[38] el juez Henley habría de dictar dos sentencias, en febrero y marzo de 1976, que habrían de examinar exhaustivamente, como nunca antes en la historia, las condiciones

36- Cabe señalar que, hasta ese momento, las prisiones en el Estado de Arkansas se autofinanciaban bajo la filosofía de *"prison for profit"*, según la cual las prisiones debían ser rentables, lo que se traducía en los hechos en trabajo forzado por parte de los reclusos, violatoria de la decimotercera enmienda que prohibió la esclavitud en los Estados Unidos de Norteamérica.

37- 363 F. Supp. 194, E.D. Ark., 1973.

38- 410 F. Supp. 257, E.D. Ark., 1976.

carcelarias —superpoblación, asistencia sanitaria, políticas de rehabilitación, normas sobre visitas e intercambio de correspondencia, acceso al patrocinio jurídico, seguridad de los reclusos, discriminación racial, relaciones raciales, mecanismos internos de petición a las autoridades, necesidades especiales de la minoría negra de religión musulmana, tratos brutales con fines disciplinaros, encierro en solitario y segregación— valorando los progresos obtenidos y centrándose en los problemas subsistentes.

En esos pronunciamientos, el juez libró toda clase de órdenes a la Legislatura y al gobernador, para que proveyesen los fondos, el personal y los medios necesarios para concluir definitivamente la reforma encargada.

El pronunciamiento fue confirmado por la Corte Suprema de los Estados Unidos quince meses después con una contundente mayoría de ocho miembros contra uno. La sentencia de la Corte consideró loable la tarea asumida por el juez Henley, abriendo camino a similares litigios en otros Estados, a tal punto que, hasta diciembre de 1985, solo ocho Estados de la Unión no habían sido objeto de intervención judicial: Alaska, Minessota, Montana, Nebraska, Nueva York, Nueva Jersey, Dakota del Norte y Vermont.[39]

Para advertir la magnitud que ha adquirido la reforma hasta la fecha, cabe señalar como punto de inflexión en la reforma estructural del sistema penitenciario norteamericano la declaración de "*emergencia*" en el Estado de California por parte del entonces gobernador Arnold Schwarzenegger el 4 de octubre de 2006, a resultas de la grave sobrepoblación de las prisiones estatales —que alcanzaron los 160.000 reclusos, lo que representaba alrededor de un 300% de la capacidad real de asilo— que, consecuentemente, impedía garantizar estándares mínimos de seguridad y salubridad a los internos.

En el marco de dos casos que podrían calificarse de estructurales, "Plata v. Schwarzenegger"[40] y "Coleman v. Schwarzenegger",[41] se concluyó que la única manera de resolver la crisis declarada por el gobernador consistía en impulsar una reforma legislativa amplia —que aún continúa vigente— sobre la duración de las condenas, las políticas de libertad condicional y liberación anticipada en caso de buena conducta; así como las dirigidas a implementar programas de rehabilitación y reinserción social de reclusos de baja peligrosidad que aliviasen significativamente el número de internos y a la postre permitiese al gobierno estatal proveerles decentes condiciones de cumplimiento de las penas.

Paralelamente, se ordenó a la administración estatal del Estado de California que, en el acotado plazo de 45 días, proveyese al Tribunal de un plan de reducción de la población carcelaria, que en dos años alcanzase el 137,5% de la capacidad combinada de la totalidad de los centros penitenciarios.

Como anticipamos al inicio de este artículo, tal evolución también ha sido el resultado de un proceso político, social, económico e histórico, en el que no es posible dejar de advertir el papel preponderante que ha adquirido el Poder Judicial, que en los pronunciamientos más recientes ha hecho especial hincapié —tal vez para mitigar críticas— en que el principio de división de poderes y el federalismo requieren que la intervención judicial en los otros poderes estatales sea el último resorte que asegure la vigencia de los derechos constitucionales cuando las demás ramas de gobierno han fallado en tal cometido.

39- NEHARY, D., *Recent Trends in State Corrections Expenditures*, Denver, Colorado, 1985, p. 25.

40- 3:01-cv-01351-TEH (N.D. Cal.).

41- 2:90-cv-00520-LKK-JFM (E.D. Cal.).

Sobre este punto —la concepción del rol subsidiario de la judicatura— nos centraremos a continuación.

III.c. Críticas al nuevo rol del Poder Judicial[42]

No sorprenderá al lector —que probablemente ya se haya formulado interrogantes similares mientras avanzaba en la lectura de las páginas precedentes— que el nuevo rol judicial y, principalmente, la interferencia que las sentencias judiciales estructurales produjeron en las competencias de otros poderes públicos hayan despertado opositores de la más variada índole.

Las críticas se centraron en cuestionamientos basados en la legitimación del Poder Judicial, en la afectación a la división de poderes, a la legalidad, la pérdida de independencia y la ineficiencia que presenta el Poder Judicial.

En primer lugar, la doctrina jurídica conservadora concebía al control judicial de constitucionalidad en términos de la llamada teoría de las "*fallas legislativas*", según la cual el Poder Judicial debe abstenerse en principio de actuar en sustitución del Poder Legislativo, a menos que se demuestre que el trámite parlamentario es inadecuado, circunstancia que se configura cuando existen limitaciones en el derecho a voto o cuando un determinado grupo social minoritario e insular es victimizado y queda excluido del derecho a formar coaliciones y, en consecuencia, de poder participar del sistema político mayoritario.[43]

42- Con respecto a la relación entre derecho y democracia y el rol de las organizaciones sociales se recomienda la lectura de CORBETT, W. R., *Waiting for the Labor Law of the Twenty-First Century: Everything Old Is New Again*, 23 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 259, 2002, Section 7 of the National Labor Relations Act (NLRA) (*is an important tool for nonunionized workers to gain voice and power*); CUMMINGS, S. y EAGLY, I. V., "A Critical Reflection on Law and Organizing", 48 UCLA L. REV., 2001, pp. 443-444, (*presenting a detailed critical analysis of the emerging concept of law and organizing*); EAGLY, I. V., "Community Education: Creating a New Vision of Legal Services", 4 CLINICAL L. REV.,1998, p. 433, (*addressing gaps between the collaborative lawyering theory and the reality of legal services practice*); GORDON, J., "Visions and Revisions of a Movement: We Make the Road by Walking: Immigrant Workers, the Workplace Project, and the Struggle for Social Change", 30 HARV. C.R. - C.L. L. REV.,1995, pp. 407-450, (*a critical reflection on the conflict between providing individual legal representation and organizing low-wage immigrant workers during the Workplace Project's policy campaign in Long Island*); NARRO, V., "Impacting Next Wave Organizing: Creative Campaign Strategies of the Los Angeles Worker Centers", 50 N.Y.L. SCH. L. REV., 2005, p. 465, (*a reflection on immigrant-led worker center organizing campaigns in Los Angeles*); QUIGLEY, W. P., "Reflections of Community Organizers: Lawyering for Empowerment of Community Organizations", 21 OHIO N.U. L. REV., 1994, p. 455, (*discussing how the concept of "empowerment lawyering" could be a Vehicle for progressive attorneys to work with community organizers for social change*); TREMBLAY, P., *Theoretics of Practice: The Integration of Progressive Thought and Action: Rebellious Lawyering, Regnant Lawyering, and Street-Level Bureaucracy*, 43 HASTINGS L.J., 1992, p. 947, (*noting that sympathetic treatment of rebellious lawyering is a "justifiable, justice-based allocation of resources away from clients' short term needs and in favor of a community's long-term needs"*); WHITE, L. E., "Mobilization on the Margins of the Lawsuit: Making Space for Clients to Speak", 16 *N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE*, 1988, p. 535; WHITE, L. E., "To Learn and Teach: Lessons from Driefontein on Lawyering and Power", *WIS. L. REV.*, 1988, p. 699.

43- La teoría de las *fallas legislativas (legislative failure)* tiene raigambre en un antiguo fallo de la Corte Suprema Norteamericana, "United States v. Carolene Prods. Co.", 304 US, 144, 154, nota al pie número 4, 1938. John Hart Ely parte de esta nota al pie para sustentar su postura monista. Este autor prioriza la democracia mayoritaria por sobre la interpretación que un grupo selecto pueda hacer sobre dicha voluntad mayoritaria (v. ELY, J., *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes) ISBN 958-665-008-1. Por ello, para Nino y Ely, se toma "seriamente la dificultad contramayoritaria, [y conciben] al Poder Judicial como una especie de árbitro del proceso democrático. La misión central de este árbitro es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas" (NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 273 y 274).

Esa teoría, como señala Dworkin,[44] descansa en una concepción estadística o mayoritaria —populista— de la democracia, según la cual todas las cuestiones deben ser en principio decididas por el voto mayoritario.

Según Dworkin, si esto es lo que significa democracia, entonces, "un esquema de revisión judicial que les da a los jueces el poder de dejar de lado juicios de moralidad política que una mayoría ha aprobado resulta antidemocrático". Su conclusión es, entonces, que la crítica más habitual que se realiza contra el control judicial se funda en verdad en un entendimiento demasiado poco atractivo sobre el significado de la democracia. Parece claro, si nuestra definición de democracia reclama la primacía de la regla mayoritaria en todos los casos, si cada vez que se recurre a una toma de decisiones que no esté guiada por el principio mayoritario consideramos que hay una violación a la democracia, entonces, la justificación del control judicial de constitucionalidad se encuentra irremediablemente perdida. Sin embargo, se pregunta Dworkin, ¿no resulta insensata tal concepción de la democracia? ¿Puede ser que consideremos como un "insulto" a la democracia cualquier esquema de procedimientos que no responda indefectiblemente a la regla democrática? ¿No estaríamos poniendo en práctica, de ese modo, una concepción demasiado simplista de la democracia, según la cual la única regla válida sería la regla mayoritaria?

Claro está que tales interrogantes y sus justificaciones doctrinarias, incluyendo las contraargumentaciones de Dworkin, surgieron varias décadas después de resueltos los primeros litigios estructurales; por ello, en las sentencias más paradigmáticas, como los fallos dictados en materia de segregación racial dentro del sistema educativo y las incursiones iniciales en los sistemas penitenciarios, no se advierte un desafío a tal premisa, por el contrario, se hace expresa mención a tal cuestión y se engloba la situación de hecho como un supuesto específico de *falla legislativa*.

En tales precedentes, la presunción a favor de la democracia mayoritaria demostró no ser aplicable: se trataba primordialmente de casos suscitados en los Estados del sur y los litigantes eran efectivamente grupos raciales o sociales estigmatizados y excluidos de manera sistemática de la participación política.

A medida que tales grupos fueron adquiriendo mayor estatus social y participación política, el litigio estructural se centró en demostrar de qué manera las instituciones demandadas excluían a los grupos afectados del sistema mayoritario. Así la función judicial adquirió legitimidad al poner en evidencia la *negligencia* legislativa en remediar tales cuestiones. La intervención judicial de tales instituciones comenzó a concebirse como un catalizador del proceso político de diálogo, más que como un obstáculo al funcionamiento de las instituciones democráticas.[45]

No obstante ello, a lo largo de los años, la teoría fue tan manipulada —con el loable objetivo de incluir en sus alcances gran variedad de grupos afectados— que, finalmente, se expandió hasta alcanzar un alto grado de incoherencia: todo grupo que perdía relevancia política o fracasaba en el intento de promover una innovación legislativa automáticamente era transformado en una minoría insular estigmatizada por el sistema.

44- DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012.

45- FOUCAULT, M., *Discipline and Punish*, 1977; E. Goffman, Asylums 3-124, 1961.

Con el discurrir del tiempo, algunos autores pusieron de manifiesto que la teoría era inaplicable a ciertos casos en los que el litigante es la *ciudadanía* en sí misma.

Así, cuando los litigios estructurales comenzaron a dirigirse contra agencias burocráticas de mayor envergadura —la administración tributaria, el sistema de salud pública, el registro civil—, el grupo afectado —contribuyentes, enfermos, ancianos, gays— era tan amplio que incluso, en ocasiones, se trataba de grupos mayoritarios y de clase media con participación política, que resultaba lógicamente imposible subsumirlos en la teoría tradicional de las fallas legislativas.

En esos casos, la teoría fracasa porque es incompleta y no logra demostrar dos cuestiones fundamentales: no explica por qué la falla debe ser subsanada por el Poder Judicial, tampoco justifica su premisa fundamental, esto es por qué debe darse preeminencia a los procesos mayoritarios en los casos en que se encuentran comprometidos derechos fundamentales; simplemente no existe ninguna razón para asumir que, aun cuando el trámite parlamentario funcione en óptimas condiciones y los grupos afectados tengan representación suficiente, la Legislatura habrá de interpretar adecuadamente el texto constitucional brindándole un contenido operativo.[46]

El rol del Poder Judicial, según ha sido definido en la Constitución, es dar contenido efectivo al programa constitucional, mediante la interpretación de las leyes, la historia, los ideales sociales de la época y el principio de equidad; busca la verdad, lo que es correcto y lo que es justo, sin participar de la política o los grupos de interés.[47] Simplemente, la legitimidad surge de la propia Constitución que ha delegado en el Poder Judicial y no en el Legislativo la tarea de interpretar y dar contenido operativo a sus cláusulas.

El Poder Judicial no tiene un rol secundario o subsidiario, no interviene únicamente ante la falla de otras ramas de Gobierno, sino que tiene un *rol institucional propio* que debe desarrollar en forma coordinada con aquellos.

Ello no significa que tenga la *única* o la *última* palabra en la cuestión, pero sí legitima el ejercicio de su autoridad, que despliega haciendo saber su posición —a través de sus sentencias— a los demás actores de gobierno.

Sobre el particular, expresa Gargarella[48] que, aunque no todas las críticas a la legitimidad democrática de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad se basen en una concepción tan simplista de la democracia, sí es cierto que muchas de tales críticas están fundadas en visiones de ese tipo.

Advierte el autor en comentario que no solo los ataques a la legitimidad del Poder Judicial, sino también en ocasiones los argumentos que defienden el control de constitucionalidad habitualmente se basan en una concepción *inatractiva* o *elitista* de la democracia.

Explica:

> Esta postura tiene una extensísima historia dentro de la historia de la filosofía política y puede remontarse al elitismo británico, y a autores como Edmund Burke, que distinguían entre

46- FISS, O. M., "The Forms of Justice", *op. cit*.

47- DWORKIN, R., *No Right Answer? en Law, Morality and Society*, P. Hacker & J. Raz ed., 1977, p. 58, y *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

48- GARGARELLA, R., "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución". Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf

> el "juicio" y la "mera voluntad de la ciudadanía"; entre las "preferencias" u "opiniones" de la ciudadanía y los "intereses" de la misma. Esta línea de pensamiento ha seguido permeando las discusiones políticas contemporáneas. Son muchos quienes, como Burke, siguen partiendo de una postura que se basa en una profunda desconfianza frente a las capacidades políticas de la ciudadanía (una desconfianza que contrasta con la profunda confianza que parecía propia de la revisada postura de los populistas). El mismo Madison, en los Estados Unidos, pareció sostener una postura anclada en ese sentimiento de desconfianza, ya en su misma (y tan famosa) reflexión sobre las facciones; ya sea en su explícita consideración conforme a la cual en las "asambleas públicas" "no había ocasión" en que el apasionamiento mayoritario no terminaba por arrebatarle su cetro a la razón (El Federalista, Nº 55). Este tipo de posturas se fundan, entonces, en una clara desconfianza hacia la regla mayoritaria como medio apropiado para la toma de decisiones imparciales, que contrasta con una fuerte confianza en las capacidades de las elites de gobierno —y particularmente, confianza en aquellas elites compuestas por funcionarios bien entrenados y aislados de las mayorías, como los funcionarios judiciales— para decidir de modo justo.

En opinión del autor, son este tipo de presupuestos los que apoyan, finalmente, muchas de las posiciones hoy vigentes destinadas a sostener al control judicial de constitucionalidad. A su juicio:

> Ambas concepciones de la democracia, sin embargo, resultan poco atractivas: ambas se muestran como posturas simplistas; ambas aparecen, finalmente, como defectuosas. En este sentido, podría decirse, ni la crítica ni la defensa que se hace actualmente del control judicial resultan, finalmente, bien apoyados en la teoría democrática.

Para superar el embate en torno a la legitimidad de la intervención judicial, Chayes afirmó que esta nueva forma de litigar enriquecía el repertorio institucional democrático. En su opinión, el litigio estructural favorecía el diálogo fructuoso entre las partes relevantes, fundamentalmente, un diálogo directo entre la ciudadanía y las agencias gubernamentales.

Por su parte, Fiss[49] sostuvo que un sistema político democrático es el que se basa sustancialmente en el consentimiento ciudadano, mas no requiere necesariamente que todas y cada una de sus instituciones esté basada en ese consentimiento. El consentimiento debe legitimar al sistema en general, pero no a cada una de las instituciones que lo conforman en particular. Para este autor, el consentimiento opera sobre el *todo*, no sobre las *partes*. La legitimación de algunas instituciones, como es el caso del Poder Judicial, depende de las competencias fijadas en la Constitución —las cuales fueron atribuidas entre los distintos niveles de gobierno sobre la base del consenso mayoritario— y, fundamentalmente, de la especial labor que la Constitución confiere a esa rama de Gobierno, respecto de la interpretación y consecución de sus cláusulas fundamentales.

49- FISS, O. M., "The Social and Political Foundations of Adjudication", *Law and Human Behavior*, vol. 6, Nº 2, 1982.

Gargarella[50] también avanza en ese sentido, al proponer una mirada dialógica sobre el control judicial y la interpretación constitucional. Para este autor, la teoría democrática que brinda legitimidad al accionar judicial en el diseño de políticas públicas es la que se basa en la *deliberación democrática*.

Señala:

> Según esta postura, el sistema democrático se justifica solo y en la medida en que contribuye a que tomemos decisiones imparciales, para lo cual —se presume aquí— resulta imprescindible apoyarse en un proceso igualitario de discusión colectiva. Dicho esto, voy a presentar entonces cuál es el ideal regulativo desde el que aquí se parte, con la pretensión de que el mismo nos sirva para evaluar críticamente arreglos institucionales como los actualmente existentes. El ideal regulativo en cuestión consiste en una situación en donde todos los potencialmente afectados por una cierta decisión participan de una discusión sobre los contenidos que va a tener la misma, y lo hacen desde una posición de relativa igualdad. Los elementos de este ideal son tres, y conviene distinguirlos: uno es el de la inclusión, ya que se aspira a que el proceso de toma de decisiones no deje a nadie de los potencialmente afectados fuera de él; el segundo es el de la deliberación, ya que se asume que la discusión es un medio imprescindible para que los distintos participantes se escuchen y corrijan mutuamente; y el tercero es el de la igualdad, ya que se entiende que, en presencia de fuertes desigualdades sociales, todo el proceso de discusión colectiva pierde sentido (en dicho caso, previsiblemente, algunos no estarán en condiciones anímicas, psicológicas o inclusive físicas de participar en ese debate). La idea de la democracia en cuestión presume, a diferencia de las visiones elitistas arriba expuestas, que todos estamos en condiciones de intervenir en ese proceso de toma de decisiones colectivo (predomina aquí un supuesto de "confianza", que contrasta con la "desconfianza" hacia la regla mayoritaria presente en aquellas visiones). Por otro lado, esta idea de democracia presume, a diferencia de las concepciones populistas arriba expuestas, que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones imparciales. En otros términos, sin una amplia garantía de libertad de expresión; sin libertad de asociación (especialmente libertad de asociación política), y sobre todo sin un proceso de debate entre iguales, la regla mayoritaria pierde su sentido. Ahora, no tiene sentido decir —como uno diría si partiese de una concepción populista— que toda intervención judicial es necesariamente ofensiva para el ideal democrático. Del mismo modo, ahora no tiene sentido decir —como uno podría decir si partiese de una concepción elitista— que el control judicial de ningún modo resulta ofensivo para nuestros ideales democráticos. ¿Qué es lo que puede decirse, entonces, sobre el control judicial, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia?

50- GARGARELLA, R., "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación de la Constitución". Disponible en: www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf

> Según entiendo, ahora puede decirse que el control judicial puede ser compatible con el ideal de la democracia solo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva.

IV. Palabras finales

Históricamente, el Poder Judicial ha desempeñado una función eminentemente de interpretación normativa —aun en el sistema anglosajón en el cual rigen normas consuetudinarias—, y tal función responde al hecho de que los litigios tradicionales eran de naturaleza individual sobre bienes individuales, en el cual el juez agotaba su cometido declarando un derecho a favor de uno u otro litigante en una sentencia de condena (mandato, prohibición o permisión).[51]

A raíz de la incorporación de derechos sociales y colectivos, los conflictos individuales comenzaron a tener incidencia sobre bienes colectivos —tal el caso de la vigencia efectiva de los Derechos Humanos de los detenidos en las cárceles—; lo que necesariamente conllevó a una paralela evolución en el rol del Poder Judicial a quien se le trasladó la delicada tarea de dirimir tales conflictos de modo de garantizarlos.

Así, a la función tradicional meramente interpretativa, se le fue sumando la de *gestar e instar* políticas públicas para evitar la lesión actual y futura de esos bienes colectivos, dando lugar a un tipo de sentencia de naturaleza *exhortativa*, en la cual no existe una condena concreta a realizar tal o cual cosa, sino una sucesión de mandatos, dirigidos a la administración e incluso al Poder Legislativo, con el fin de reformar o erradicar la situación que se ha juzgado constitucionalmente lesiva, a través de un proceso complejo, dinámico y adaptativo.

Como surge del relato de los casos más emblemáticos en materia carcelaria tomados como ejemplo en este trabajo, se advierte que necesariamente los magistrados han de pronunciarse primero sobre la interpretación del derecho —si tal o cual práctica de la administración penitenciaria viola una enmienda constitucional—, para ver si el conflicto puntual que juzgan implica o no una lesión a un bien individual o colectivo; lo que resulta novedoso es que, efectuada tal constatación en modo positivo, se advierte una falla estructural de los restantes poderes del Estado que es necesario remover para reparar la situación y he ahí donde el rol de la judicatura adquiere dimensiones sin precedentes de toque *experimentalista*.[52]

A nuestro modo de ver, difícilmente, pueda tildarse de *antidemocrática* tal función, pues hemos visto que en ese proceso los jueces dan intervención no solo a los otros poderes del Estado en el diseño de los nuevos estándares, sino que, además, los sistemas procesales han ido incorporando institutos como la *audiencia pública* o la figura del *amicus curiae* —que incluso posibilitan la intervención de terceros al proceso— precisamente para legitimar sus decisiones.[53]

51- LORENZETTI, R. L., *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, septiembre de 2007, Universidad Torcuato di Tella, disponible en: www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=2447&id_item_menu=3561.

52- Término utilizado por BERGALLO, P., *op. cit.*

53- En ese sentido, ver NICHOLSON, C. y COLLINS, P. M. Jr., "The solicitor General's Amicus Curiae Strategies in the Supreme Court", *American Politics Research* 36, 2008,

Erradicada así la idea del activismo judicial —concebido como sentencias en las que los jueces plasman sus convicciones individuales políticas y sociales de cómo deberían ser las políticas públicas—, asistimos en nuestro tiempo a un activismo judicial de tendencia reformista que consiste —en palabras de Lorenzetti— en "avanzar hasta que se respeten los derechos fundamentales y los marcos institucionales…".

pp. 386-415; HEBERLIG, E. y SPILL, R., "Congress at the Court: Members of Congress as Amici Curiae", *Southeastern Political Review* 28 (2), 2000, pp. 189-212; EPSTEIN, L., "Courts and Interest Groups", en Johns B. Gates y Charles A. Johnson. eds., *The American Courts: A Critical Assessment*, Washington: CQ Press., 1991; COLLINS, P. M., Jr., "Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs", *Political Research Quarterly* 60, 2007,pp. 55-70; FLEMING, R. B. y WOOD, B. D., "The Public and the Supreme Court: Individual Justice Responsiveness to American Policy Moods", *American Journal of Political Science* 41, 1997, pp. 468-498; HOEKSTRA, V. y SEGAL, J. A., "The Shepherding of Local Public Opinion: The Supreme Court and Lamb's Chapel", *Journal of Politics*, 58, 1996, pp. 1079-1102.

Dra. María Eugenia Bianchi y Dr. Juan José Albornoz*

Las Cárceles y el Presupuesto. La situación en Estados Unidos de América y la Argentina, a la luz de los litigios estructurales.

Introducción

Como veremos en los subsiguientes acápites, si bien los derechos que asisten a las personas con condenas penales y, fundamentalmente a las que han sido privadas de su libertad, tienen antigua recepción en las cartas constitucionales de la mayoría de los países occidentales, su operatividad en términos de estándares contemporáneos está íntimamente ligada a los procesos políticos, sociales y económicos de la posguerra.

Así, analizaremos la evolución que el contenido y operatividad de dichos derechos ha tenido en los Estados Unidos de América, a partir de la expansión del movimiento de los derechos civiles que se inició en la década de 1950.

Por su parte, estudiaremos cómo se produjo, concomitantemente, un movimiento similar a nivel internacional que comenzó con la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada como resolución por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, que si bien plasmó el derecho a la vida, la prohibición de torturas y penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes, el derecho de un recurso

*** Dra. María Eugenia Bianchi**
Abogada (UBA). Graduada *cum laude*. Becaria, Tulane University, School of Law, New Orleans, LA, USA. Práctica profesional en la actualidad "Bertazza, Nicolini, Corti y Asociados S.A".

Dr. Juan José Albornoz
Abogado (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho (UBA). Prosecretario Letrado de la Sala 1 de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

efectivo ante los tribunales de justicia contra las vulneraciones de derechos fundamentales, la prohibición de detenciones o destierros arbitrarios, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa con plenas garantías y otros derechos humanos en materia civil, política, económica, social y constitucional, *lo hizo con carácter meramente declarativo*, pues no establecía obligaciones de carácter legal en cabeza de los Estados signatarios; al admitir —inclusive— su posible restricción en aras de "satisfacer las justas exigencias del orden público" (art. 29.2).

Esta última limitación fue subsiguientemente incorporada en numerosas disposiciones normativas y decisiones jurisdiccionales, dando lugar a una verdadera precarización de los derechos para quienes se encuentran privados de su libertad.

Sin ignorar tal advertencia preliminar, veremos que la exigibilidad de tales derechos se plasmó varias décadas después, en 1966, al aprobarse mediante la Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos que entraron en vigor recién en 1976.

Asimismo, haremos referencia a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955-1957), su posterior evolución y su recepción a nivel nacional.

Abordaremos también su evolución a nivel nacional —a partir de una reseña jurisprudencial— con referencias análogas a los casos norteamericanos.

Por último, realizaremos algunas consideraciones sobre el presupuesto como instrumento financiero de materialización de tales derechos y garantías a la luz de los nuevos estándares mínimos que han sido plasmados en tales instrumentos internacionales y nacionales.

I. La experiencia norteamericana

I.1. El activismo judicial y la reforma integral del Sistema Penitenciario en los Estados Unidos de Norteamérica[1]

En los Estados Unidos, no solamente el procedimiento penal, sino también el derecho penal sustantivo y la legislación penitenciaria son estaduales.

De modo que, en principio, no se puede hablar estrictamente de derecho penitenciario estadounidense, sino de la legislación, prácticas y políticas penitenciarias de cincuenta Estados, además de las del Gobierno Federal.[2]

Esta particularidad, propia de la organización federal adoptada por ese país, dio lugar a notorias disparidades en la evolución de los regímenes penitenciarios de cada uno de los Estados miembro, así como también entre aquellos sistemas y el desarrollo del Sistema Penitenciario Federal; desigualdades que, por

1- Existen numerosas publicaciones que relatan *in extenso* este proceso, pero, fundamentalmente, hemos reconstruido el relato de los hechos y los principales precedentes en la materia, sobre la base de los estudios de FEELEY, M. y RUBIN, E., *Judicial Policy Making and The Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons, Cambridge University Press*, 1st Ed. 1999; SCHLANGER, M., *Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders*, *University Law Review*, Nueva York, mayo de 2006, pp. 551-662; BOYLAN, R. T. y N. MOCAN, "Intended and Unintended Consequences of Prison Reform, National Bureau of Economic Reserch", Paper Nº 15535, noviembre de 2009; JEFFRIES, J. C. Jr.; KARLAN, P. S.; LOW, P. W.; RUTHERGLEN, G. A., *Civil Rights Actions: Enforcing The Constitution*, Foundation Press, Thomson West, 2nd. Ed., 2007.

2- ROTMAN, E., "El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en Estados Unidos)", Conferencia pronunciada el 27/6/1995, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, *Revista Lecciones y Ensayos,* Nº 66, 1996, p. 149.

razones evidentes, se vieron reflejadas en la falta de uniformidad que caracterizó al proceso de reconocimiento legal y jurisprudencial de los derechos fundamentales de los reclusos.

Uno de los principales factores de divergencia fue el temprano abandono, por parte del Gobierno Federal, del trabajo forzado como *elemento disciplinante* del convicto y su sustitución por una visión que podríamos llamar *moderna* de la pena y el trabajo con fines de *rehabilitación social* de los condenados.

El segundo factor que coadyuvó a potenciar la falta de uniformidad puede atribuirse a un proceso de reforma integral del Gobierno Federal hacia el modelo del *Welfare State,* que se tradujo en la *burocratización* —en el buen sentido de la palabra que remite al establecimiento de normas basadas en una especialidad técnica para mantener una gestión racional de una actividad estatal— del funcionamiento de los establecimientos penitenciarios a partir de la década del 30.

Ya en 1887 el Congreso de los Estados Unidos prohibió que los condenados por delitos federales fuesen afectados al sistema del *convict leasing*, modalidad que permitía el alquiler de la fuerza de trabajo de los reclusos a operadores económicos independientes que, en muchas ocasiones, quedaban a cargo de la custodia de los detenidos con escaso o ningún contralor estatal, por lo que terminaban padeciendo brutales abusos.

Progresivamente, los Estados del Norte —comenzando por Nueva York, Pensilvania y Nueva Jersey— habrían de seguir tales pasos, al derogar las distintas modalidades de *subarrendamiento*.

Si bien la medida no estaba inspirada en fundamentos humanitarios —respondía a un antiguo reclamo de poderosos sectores económicos que consideraban que tal modalidad constituía una forma de competencia desleal distorsiva de la economía de mercado—, con motivo de esa prohibición, las prisiones estaduales comenzaron a mostrarse renuentes a alojar en sus establecimientos a esos convictos *improductivos* y, ante tal negativa, en 1891 el Congreso proclamó la llamada Ley de las Tres Prisiones (*Three Prisons Act*) y autorizó la construcción de los primeros establecimientos penitenciarios federales que, con el correr del tiempo, se irían organizando bajo la idea de la corresponsabilidad social en el delito y la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento y resocialización.

Así, en la década del 30, el Congreso Federal creó, dentro de la órbita del Departamento de Justicia, la Agencia Federal de Prisiones (Federal Bureau of Prisons), un organismo cuyo objetivo inicial era la estandarización de los procedimientos correccionales en los once establecimientos penitenciarios federales existentes en ese entonces.

Los miembros del Directorio, entre los cuales se encontraban prominentes criminólogos de la talla de Sanford Bates y James V. Benett, se plantearon como objetivo prioritario el desarrollo de políticas penitenciarias que persiguieran la reeducación y reinserción social de los condenados.[3]

Pocos años después, imbuidos de la influencia de novedosos estudios sobre psicología y comportamiento humano, el Departamento Penitenciario Federal desarrolló un programa que contemplaba cuatro tipos de tareas con el fin de dotar a los internos de formación laboral y técnica, aspecto vital para evitar la reincidencia, a saber: a) institucionales (limpieza de los

3- Ver MAGNANI, L. y WRAY, H. L., *Beyond Prisons: A New Interfaith Paradigm for Our Failed Prison System;* Fortress Press, 2006.

establecimientos, mantenimiento, preparación de alimentos), b) agrícolas (hasta la década del 70, las prisiones federales tenían terrenos destinados al autocultivo), c) servicio público (empleo de mano de obra en la construcción de ferrocarriles, rutas, bases militares, etc.), y d) industriales (se crearon emprendimientos fabriles dentro de las unidades penitenciarias cuyos productos eran destinados exclusivamente a cubrir la demanda del propio Gobierno Federal, evitando, de esa forma, distorsionar el mercado; una iniciativa bien recibida por el sector privado, ya que los proveedores de insumos para tales procesos se beneficiaban con contratos de suministro).

La principal diferencia con el sistema anterior es que, bajo el nuevo modelo federal, los internos recibían un *salario* por las tareas desarrolladas en cada uno de esos programas, que podrían emplear en su propio beneficio —por ejemplo, para costear la adquisición de productos autorizados en la proveeduría penitenciaria o destinarlo a un fondo de ahorro posliberación— o bien, para brindar apoyo económico a sus familias. Los excedentes se empleaban, principalmente, en inversiones de capital.

A fin de coordinar las actividades industriales, con el aval del presidente Franklin D. Roosevelt, el 23 de junio de 1934 el Congreso autorizó la creación de una empresa estatal, la Federal Prison Industries Inc. (usualmente llamada FPI o Unicor —denominación comercial—), cuyo funcionamiento fue reglamentado mediante el Decreto Presidencial N° 6917, el 11 de diciembre de 1934.[4]

La iniciativa de Bates aún hoy es considerada un verdadero éxito de la historia penitenciaria: en 1937, la empresa arrojó casi US$ 570.000 de ganancias, un resultado sorprendente en plena depresión económica.

Hacia fines de la década, se creó un fondo especial destinado a programas vocacionales y de capacitación, que rendirían sus frutos durante la Segunda Guerra Mundial, pues hacia 1941 el 95% de la producción de FPI estaba dirigida a cubrir la demanda de productos bélicos primarios (paracaídas, redes para embarcaciones, municiones, etc.).

Con el correr del tiempo, las actividades industriales se irían diversificando mediante la incorporación de procesos más complejos como la fabricación de autopartes y repuestos para aeronaves, montaje de vehículos militares y la implementación de programas de entrenamiento técnico en electricidad.[5]

Para complementar la finalidad *resocializadora* de los distintos programas, el Departamento Penitenciario Federal desarrolló una bolsa de trabajo cuya primordial tarea era suministrar empleo a los liberados en la rama en la que habían recibido entrenamiento (*Post Release Employment Proyect*).

Desde un comienzo se realizaron estudios estadísticos independientes, a fin de medir el porcentaje de reincidencia y se comprobó que disminuía significativamente en aquellos internos que participaban del proyecto de empleo sostenible.

Al finalizar la Guerra, la compañía estatal debió enfrentar algunos altibajos económicos,

4- Para mayor información ver "Factories with Fences", un estudio detallado de la historia de FPI, desarrollado por Unicor, desde su constitución hasta la fecha. Disponible en: http://www.unicor.gov/information/publications/pdfs/corporate/CATMC1101.pdf

5- A modo de ejemplo, cabe señalar que Unicor fue la responsable de proveer en forma inmediata más de cien vehículos de características militares, que fueron empleados por el Departamento de Seguridad Nacional —con fines civiles y de ayuda humanitaria— durante los operativos de rescate a los damnificados por los huracanes Katrina y Rita en 2005.

que supo superar gracias a la pronta sustitución de la producción de suministros bélicos por insumos civiles para otras ramas del Gobierno (fundamentalmente en el área de las telecomunicaciones y la fabricación de mobiliario).

En l950, la Guerra de Corea habría de reflotar —por un breve lapso— el auge de FPI como proveedor militar.

Para 1952, la compañía estatal empleaba a más de 3800 condenados y sus ventas alcanzaban los 29 millones de dólares.

Entre 1957 y 1960, la empresa realizó una inversión de más de 5 millones de dólares —provenientes de sus propias ganancias— en nueva tecnología y programas de capacitación dirigidos a la satisfacción de nuevas demandas, vinculadas a la electrónica (reparación de equipamiento gubernamental y fabricación de cables) y la industria del plástico.

La constante expansión y modernización tecnológica sería la clave de su supervivencia en las décadas siguientes, mediante la incorporación de Internet, programas de calidad total, atención al cliente y otras prácticas comerciales usuales, así como también la incursión en actividades vinculadas con el reciclado de productos nocivos para el medioambiente.[6]

Como ocurrió en muchas otras ramas de la vida social norteamericana, hasta fines de la década del 50 también en materia penitenciaria existía una sórdida brecha entre los Estados del Norte y los del Sur.

Ya hemos dicho que los Estados del Norte fueron espontáneamente plegándose a las políticas penitenciarias federales, mientras que, los Estados del Sur continuaron aplicando sistemas represivos retributivos.

Al abolirse la esclavitud, en 1865, se incorporó a la Constitución norteamericana la decimotercera enmienda, una cláusula ambigua que, si bien prohibía la esclavitud y el trabajo servil en todo el territorio norteamericano, exceptuaba de tal prohibición a los condenados por un delito.

Los Estados sureños, cuyas economías estaban basadas en el trabajo forzoso y gratuito de los esclavos, no tardaron en sancionar masivamente leyes penales sorprendentemente laxas —que dieron en llamarse *Black Codes*—, cuyo objetivo deliberado era convertir a los negros libres en convictos para afectarlos nuevamente a tareas forzosas.

Tales normas, carentes de todo sentido de proporcionalidad y razonabilidad, condenaban con igual severidad los *gestos insultantes*, el *desempleo*, la *vagancia* o lisa y llanamente la *pobreza*; condiciones que, inevitablemente, debió padecer la población de raza negra en los años posteriores a la abolición de la esclavitud.

Los nuevos convictos eran subarrendados a las antiguas plantaciones algodoneras —donde recibían igual o peor tratamiento que

6- Actualmente Unicor posee más de 81 plantas productivas en establecimientos carcelarios y, en 2012, empleaba alrededor de 12.300 reclusos, con un resultado de 606 millones de dólares de facturación bruta, aunque ese año arrojó pérdidas de 28 millones de dólares, según datos oficiales. Ciertamente, a lo largo de los años Unicor ha sido foco de numerosas críticas por parte del sector privado, que considera que la iniciativa estatal genera un foco de competencia desleal —respecto de las relaciones de libre mercado—; así como también se han cuestionado las estadísticas oficiales que han intentado demostrar una incidencia directa del empleo en sus plantas fabriles y la capacitación como factores determinantes de la drástica disminución en los porcentajes de reincidencia. Sin embargo, los críticos del programa fracasan al no poder ofrecer uno alternativo que resuelva las flaquezas del existente. En mayo de 2013, se presentó un proyecto de ley al Congreso (HR2098), en el cual se propusieron numerosas reformas a fin de asegurar que progresivamente —siguiendo un estricto calendario— Unicor se adapte a las condiciones de mercado, tanto en lo que atañe al proceso de licitación con diversos organismos estatales como en los estándares de calidad y el pago de un salario equivalente al mínimo vital y móvil vigente para cada rama de actividad.

durante la esclavitud—, o bien se los afectaba a la construcción de obras de infraestructura estatal que eran llevadas a cabo en condiciones tan infrahumanas que la expectativa de vida promedio no superaba los dos años.[7]

Tal era el *statu quo* imperante hasta la década del 60, que los jueces federales estadounidenses comenzaron a emitir sentencias que, en mayor o menor medida, se dirigieron a corregir las iniquidades que presentaba la administración carcelaria y penitenciaria estadual.

Durante más de tres décadas y aún en nuestros días, fueron principalmente los magistrados judiciales y no otras ramas del Gobierno Federal quienes asumieron la ardua tarea de diseñar e implementar políticas públicas tendientes a reformar de manera integral el régimen carcelario y penitenciario estadual; constituyendo el ejemplo más acabado y actual del rol político —si se quiere activista— que desarrolla la judicatura en aquel país.

En esta primera parte del trabajo, analizamos ese proceso y lo utilizamos como caso testigo para explorar el rol político del Poder Judicial en el Estado moderno.

Asimismo, a través del estudio de algunos precedentes paradigmáticos —principalmente los que afectaron a los Estados de Arkansas y Texas—, de la exposición de sus fundamentos y un seguimiento de su prolongada etapa de ejecución, intentaremos develar el impacto presupuestario de tales precedentes.

7- OSHINSKY, D. M., *Worse Than Slavery: Parchman Farm and the Ordeal of Jim Crow Justice*, Free Press Paperbacks, Nueva York, 1997, pp. 58-59. Este libro provee un relato atrapante y brutal de cómo el sistema penal en los Estados del Sur fue macabramente adaptado para reesclavizar a los afroamericanos.

I.2. Las condiciones de cumplimiento de la pena: una cuestión no justiciable. La doctrina de la no interferencia (1776-1960).

De acuerdo con el relato de Feeley y Rubin,[8] a través de su larga historia, el Sistema Penitenciario de los Estados del Sur —fundamentalmente el del Estado de Arkansas— atravesó una perniciosa espiral de escándalos públicos, seguidas de leves mejoras, subsiguientes períodos de negligencia y nuevas denuncias, que a la postre dejaron en evidencia una horrorosa combinación entre corrupción política, deficiente administración e intolerable crueldad, que exigían la implementación de vigorosas reformas tendientes a erradicarlas.

La lúgubre historia de la reforma penitenciaria —como relatan los citados autores— se remonta a 1838, cuando se construyó la primera penitenciaría en el Estado de Arkansas.

Durante muchos años, la cárcel estuvo gerenciada por el Gobierno Estadual en forma más o menos eficiente, pero luego de un motín acaecido en 1846, en el que los reclusos incendiaron el edificio principal, por falta de recursos económicos para construir una nueva penitenciaría,[9] el gobierno decidió concesionar el servicio a un operador privado.

Ya en aquel entonces se creía que, a través de la concesión pública, el Estado no solo pondría en cabeza de un tercero la explotación eficiente del establecimiento, sino que obtendría una fuente legítima de recursos, toda vez que la

8- FEELEY, M. y RUBIN, E., *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons, Cambridge University Press*, 1st Ed., 1999.

9- Veremos luego, en el apartado 2 de este trabajo, que "la falta de recursos" ha sido desde tiempo inmemorial la excusa bajo la cual los funcionarios de la más diversa jerarquía han pretendido justificar conductas públicas deleznables.

concesión otorgaba al concesionario el derecho a subcontratar la fuerza de trabajo de los reclusos —bajo el sistema de *leasing*— a cambio del pago de un canon periódico a la administración gubernamental.

Como sucede a menudo con este tipo de emprendimientos que comienzan siendo bien intencionados, el contralor estatal fracasó y, luego de numerosas denuncias que ponían en evidencia los terribles abusos a los cuales se encontraban sometidos los reclusos, en 1853, el Estado rescindió la concesión y reasumió el gerenciamiento del establecimiento —aunque tercerizó la prestación de la mayoría de los servicios— y construyó una segunda unidad penitenciaria, siguiendo el mismo objetivo de convertir a la unidad en proveedor de mano de obra intensiva para la construcción de carreteras, ferrocarriles, explotaciones agrícolas y ganaderas, entre otras.

Durante la Guerra Civil, ambas penitenciarias sirvieron de hospital, pero, finalmente, sufrieron considerables daños materiales y, en los años subsiguientes, se reinstauró el sistema de *convict leasing*, aunque con escaso o ningún éxito desde el punto de vista financiero.

Al abolirse la esclavitud, con motivo de la sanción de los llamados *Black Codes*, aumentó significativamente el índice de población negra entre la población carcelaria y, como consecuencia del hacinamiento, recrudecieron significativamente las condiciones de encierro.

En el Estado de Arkansas, la crisis se precipitó en 1886, cuando los prisioneros que trabajaban en una mina de carbón, en protesta de las condiciones infrahumanas en las que vivían, organizaron una huelga de hambre que atrajo la atención de los periódicos locales.

A raíz del suceso, se designó una comisión *ad hoc* para estudiar el asunto, que terminó por desempolvar una estadística siniestra: por lo menos un cuarto de la población carcelaria había muerto en dudosas condiciones en el período comprendido entre 1873 y 1893.

A raíz del macabro hallazgo, el Gobierno abandonó el sistema de *leasing* una vez más y decidió intentar una nueva estrategia, para lo cual adquirió, en 1902, una antigua plantación, *Cummins Farm*, a la que añadió en 1912 otro establecimiento, *Tucker Farm*.

Ambos establecimientos agrícolas se encontraban inexplotados desde la abolición de la esclavitud y con la fuerza de trabajo de los reclusos —en reemplazo de los antiguos esclavos—, las autoridades tenían la esperanza de implementar un Sistema Penitenciario autosuficiente que pudiera autoabastecer su demanda alimenticia y brindar al Estado recursos provenientes de la comercialización de productos agrícolas.

Los convictos debían construir los principales edificios del predio, cultivar sus propios alimentos en los vastos campos e incluso vigilarse unos a otros (esta modalidad que dio en llamarse *trustee system* consistía en delegar la función de vigilancia en ciertos reclusos que, por sus buenas costumbres y falta de peligrosidad, inspiraban confianza en las autoridades, quienes hasta les proveían armas para asegurar el respeto a su jerarquía).

En teoría, los escasos gastos que generaría la implementación del nuevo sistema serían fácilmente costeables con el producto de la venta de los cultivos.

La cruda realidad era que, para economizar o disminuir los gastos corrientes de infraestructura y mantenimiento, los reclusos eran alojados en barracas superpobladas, sin ventilación, al tiempo que los servicios de alimentación y asistencia médica eran provistos en niveles muy por debajo de los límites moralmente aceptables.

No obstante sus atrocidades, el sistema carcelario constituía un *submundo* intrascendente

para el resto de la población, pero además generó los tan ansiados excedentes financieros que hasta entonces no habían podido obtener los gerenciadores privados.

El movimiento reformista comenzó a gestarse en pleno auge de los derechos civiles y el Estado de Bienestar.

En la década del 30, los internos de unidades penitenciarias estaduales, envalentonados con el avance del movimiento de los derechos civiles, comenzaron a controvertir las condiciones de su encierro ante el Fuero Federal.

Los reclamos, que fueron multiplicándose vertiginosamente cada década, eran generalmente rechazados *so pretexto* de la imposibilidad de someter a escrutinio judicial federal una cuestión de naturaleza local y administrativa, como es la oportunidad, mérito y conveniencia del diseño y organización del sistema carcelario estadual.

Salvo en casos muy aislados en los cuales algunos jueces federales, conmovidos por las pruebas aportadas a la causa, concedieron en forma individual *hábeas corpus* para ordenar la liberación de los detenidos o indemnizaciones por daños y, con la honrosa excepción de contados casos en los cuales la propia Suprema Corte accedió a que determinados reclusos cumplieran su condena en sus Estados de origen y no en los Estados donde se habían cometido las faltas —reconociendo implícitamente que las condiciones de confinamiento eran sustancialmente más gravosas en los Estados del Sur—; hasta el año 1964, imperó la llamada doctrina de "no interferencia" —*hand's off doctrine*—, con sustento en la cual ningún tribunal federal había siquiera intentado mejorar o cambiar la infraestructura, administración, el programa alimentario o el servicio de asistencia médica, provisto por las autoridades penitenciarias de los Estados Parte.[10]

Aun cuando las aberraciones denunciadas fueran ciertas y tuvieran sustento legal, los jueces consideraban que no existía un remedio federal a tales violaciones, pues el Gobierno Central no tenía poder ni facultades constitucionales para regular el régimen de las instituciones penitenciarias de cada uno de los Estados Parte.

Se alegaban como argumentos el federalismo, la división de poderes, la falta de idoneidad de los jueces para tratar problemas penitenciarios y el peligro de que los tribunales se vieran inundados por un torrente de demandas *frívolas* carentes de toda sustancia jurídica.

En los hechos, una vez que la condena pasaba en autoridad de cosa juzgada, los reclusos de los establecimientos penitenciarios estaduales quedaban sometidos a la más amplia discreción administrativa —no existían normas ni reglamentos que regulasen la actividad—, en cuanto a las políticas de custodia y salvaguarda, así como también en lo relativo a las condiciones de confinamiento. Se trataba lisa y llanamente de una cuestión no justiciable.

La vieja doctrina de no interferencia con la administración (*hands off doctrine*) remitía a una serie de reglas procesales y sustantivas que dificultaban el acceso a la jurisdicción.

Hasta 1965 existían dos vías procesales a disposición de los condenados a cumplir su pena en prisiones estaduales: a) podían acudir ante los jueces federales, mediante acción de *hábeas corpus*, fundada en la violación a la Constitución norteamericana; b) podían acudir a los tribunales locales bajo la *Civil Rights Act* de 1871

10- Tal como señala Jacobs, la política del *hands off* implicaba —en la práctica— que un recluso, en el momento que ingresaba en un establecimiento penitenciario sufría una suerte de *muerte civil*, pues quedaba privado, frente al poder de la administración penitenciaria, de todos sus derechos constitucionales. JACOBS, J. B., *STATEVILLE: The Penitentiary in mass society, Studies in Crime and Justice*, Chicago y Londres, 1977, p. 9.

(los internos recluidos en cárceles federales podían basar su acción solo en la primera).

Pese a los reiterados intentos de revisión judicial de las condiciones de cumplimiento de la pena bajo tales cursos de acción, estos eran sistemáticamente rechazados por los tribunales que los consideraban improcedentes.

El *hábeas corpus* tradicionalmente era utilizado para someter a revisión judicial el procedimiento por el cual el reclamante había sido condenado, pero no las condiciones de su encarcelamiento.

Además, los jueces sostenían que tal remedio procesal solo los facultaba a *liberar al recluso injusta o ilegalmente privado de su libertad*, pero no a dictar sentencias tendientes a mejorar las condiciones de cumplimiento de la condena regularmente impuesta.

Adicionalmente, para acceder a ese remedio procesal, era necesario agotar previamente las vías procesales locales, lo que implicaba que habitualmente el accionar de la judicatura federal fuese tardío.

En cuanto a la *Civil Rights Act*, que provee un remedio federal para los casos en que una autoridad local, en ejercicio de sus funciones, prive a un ciudadano de sus derechos constitucionales, el principal impedimento al progreso de la acción era la necesidad de demostrar que el exceso denunciado consistía en una *política estatal*.

Es decir que, para que la demanda fuese admitida, era necesario demostrar que el abuso no constituía un hecho aislado cometido por algún funcionario en exceso de sus facultades, sino que se trataba de una práctica gubernamental usual.

Este requisito tornaba inviable la gran mayoría de las acciones judiciales, ante la imposibilidad de aportar las probanzas requeridas —como hemos dicho no existían reglamentos internos de la actividad carcelaria—; en consecuencia, habitualmente las peticiones ante el fuero federal eran desestimadas y se las encuadraba como actos perpetrados en forma individual en abuso de la función pública, dando lugar al reclamo de indemnizaciones ante el fuero civil.

Como se dejó expuesto anteriormente, a diferencia de los presos confinados en establecimientos estaduales, los reclusos de las prisiones federales no tenían acceso a este último remedio procesal.

Si bien conceptualmente se admitía la posibilidad de interponer un reclamo análogo fundado en la violación expresa o implícita a la Constitución, no existía una vía procesal específica a tal efecto.

Por otra parte, recién entrada la década del 60 comenzaron a concederse las denominadas *medidas cautelares* preventivas y las indemnizaciones por daños ocasionados por autoridades federales recién fueron reconocidas por la Corte Suprema en el año 1971, en autos "Bivens v. Six unknown Agents of the Federal Bureau of Narcotics".[11]

11- "Webster Bivens v. Six unknown named agents of the Federal Bureau of Narcotics", 403 US, 388 91 S.Ct.1999, 29 L. Ed. 2d. 619, sentencia del 21 de junio de 1971. En dicho precedente, la Corte entendió que sin perjuicio de la inexistencia de una norma expresa que acordara al reclamante un remedio federal; ante la jerarquía constitucional del derecho afectado —cuarta enmienda que garantiza el derecho de los ciudadanos a la privacidad y prohíbe el cateo sin orden judicial—, el peticionante tenía un derecho *implícito* a recurrir en forma directa ante ese fuero frente a la actuación ilegítima de seis agentes del Departamento Federal de Narcóticos. Para así decidir, la Corte no solo tuvo en cuenta la jerarquía del derecho conculcado, sino que también sostuvo que el conflicto entre un ciudadano y un agente federal en ejercicio ilegítimo de sus funciones no podía ser equiparado a un conflicto entre dos particulares, pues en el primero de los casos los excesos fueron cometidos en representación o con invocación de una autoridad conferida por el Gobierno Federal. Por tanto, no resultaba razonable derivar el pleito a la justicia local, debiendo garantizarse el acceso irrestricto al fuero federal para reclamar la reparación del daño. Asimismo, entendió que, en el caso concreto, la *indemnización pecuniaria* era el

Asimismo, existía una serie de impedimentos de carácter *sustantivo* al progreso de tales acciones.

El principal escollo a la intervención federal se encontraba ligado a una antigua controversia constitucional acerca de si el estatuto de derechos fundamentales —*Bill of Rights*— era aplicable o no a los Estados Parte de la Unión.

Esta antigua disputa fue abordada por la Corte Suprema Norteamericana recién en 1962, al resolver que la octava enmienda estaba incorporada al derecho local en "Robinson v. California", 370 US 660 (1962), un fallo que no se refiere al sistema carcelario, sino a la inconstitucionalidad de una norma que criminalizaba la violación de la Ley de Narcóticos.

El *leading case* usualmente citado en materia estrictamente penal es "Mapp v. Ohio", 367 US 643 (1961), emblemático precedente en el que la Corte sostuvo que la cuarta enmienda, que prohíbe los allanamientos y cacheos sin orden judicial previa, era aplicable tanto a las autoridades estaduales como a las federales y el precedente que definitivamente puso fin a la discusión fue "Duncan v. Luisiana", 391 US 145 (1968), en el que la Corte decidió que, tanto la sexta como la decimocuarta enmienda, eran aplicables a los Estados Parte de la Unión, debiendo estos garantizar el acceso al juicio por jurados también por las conductas reprimidas en el ordenamiento local.

Así, hasta 1961, la mayoría de los casos iniciados por supuesta violación a la octava enmienda, que protege a los condenados de tratos crueles e inhumanos, eran rechazados bajo el argumento de que tal derecho fundamental, contenido en el *Bill of Rights*, no era vinculante para los Estados Parte.

En segundo lugar, las críticas basadas en el federalismo presentaban una barrera aún más difícil de sortear: las autoridades locales rechazaban cualquier intento de intervención de la judicatura federal, ya que argumentaban que esta carecía de competencia y jurisdicción para dar curso a las denuncias de los internos recluidos en prisiones estaduales.

Sobre esta supuesta *interferencia* de un nivel de gobierno en instituciones del otro, no existían precedentes judiciales y, consecuentemente, los jueces se mostraban renuentes a resolver la cuestión, pues ello implicaba adentrarse en la resolución de un posible conflicto de naturaleza intrafederal.

En 1965, en "Talley v. Stephens", 247. F. Supp. 683 (ED Arkansas, 1965), la Corte de distrito de Arkansas declaró que determinadas condiciones en *Cummins Farm*, fundamentalmente la intrusión de las autoridades en las comunicaciones epistolares que los reclusos mantenían con los tribunales de justicia, constituían una violación constitucional.

No obstante ello, en ese precedente el juez actuó dentro de los límites de la arraigada doctrina de no interferencia y se limitó a exhortar a las autoridades a cesar en tales prácticas.

Pese a la prudencia inicial, con el correr de los años sería el mismo magistrado, quien abriría el camino hacia el proceso reformista, al dictar encomiables sentencias en diversos casos que habrían de culminar en la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de las condiciones de las penitenciarías de dicho Estado.

I.3. El instinto reformista comienza a emerger (1960-1965)

Entre 1950 y 1960, la mayoría de los impedimentos legales que obstaban a la reforma carcelaria comenzaron a disiparse.

Así, en diversos precedentes jurisprudenciales dictados en ese período, se estableció que el

único remedio disponible para reparar el abuso cometido.

hábeas corpus resultaba una vía procesal apta para discutir las condiciones de confinamiento.[12]

En igual sentido, se interpretó que tal remedio procesal no requería necesariamente la liberación del recluso y fueron consideradas soluciones intermedias.[13]

Asimismo, se flexibilizó el requisito de previo agotamiento de las vías procesales locales, admitiendo la procedencia del *hábeas corpus* aun durante la pendencia de recursos ante los Tribunales locales.[14]

Estos cambios radicales de interpretación se produjeron en un contexto reformista mucho más amplio que excedió considerablemente la cuestión penal.

Como bien señala Rotman:[15]

> El movimiento por los derechos de los reclusos en Estados Unidos debe ser comprendido en el contexto de una democratización fundamental que cambió a la sociedad estadounidense después de la Segunda Guerra Mundial. Dicho movimiento fue iniciado por una minoría afroamericana a mediados de la década del 50. Esta abrió el camino a otros grupos que bregaban por sus derechos, tales como las mujeres, los niños, los desamparados, los enfermos mentales y los inválidos. El movimiento por el derecho de los presos fue posibilitado por el rol activo de los tribunales federales, avalado luego por los jueces de la Corte Suprema. En ese sentido, el advenimiento de una Corte Suprema liberal, encabezada por Earl Warren, fortaleció los derechos de los individuos frente al Estado, expandiendo los derechos de las minorías que carecían de acceso y representación. Los presos, en su mayoría pertenecientes a grupos minoritarios y paupérrimos, caían precisamente en esa categoría. Otro factor es la aparición de una nueva camada de abogados en el foro de muchos Estados: los defensores de los derechos y libertades civiles, es decir de Derechos Humanos dentro de la terminología argentina. Este fenómeno se vio facilitado por una parte por el financiamiento gubernamental y privado a estos profesionales, y más tarde, a partir de 1976, por una ley federal que les posibilitaba el cobro de honorarios profesionales en los juicios por violaciones constitucionales.

Por otra parte, existió un impulso reformista *dentro* de las propias instituciones carcelarias: ante cada rechazo del Poder Judicial, los internos multiplicaban las presentaciones judiciales; ante cada nueva aberración denunciada por los reclusos, mayor atención y consternación causaba en el público en general y, especialmente, entre los miembros del Poder Judicial.

12- "Miller v. Overholer", 206 F.2d 415 (DC Cir 1953), "Austin v. Harris", 226 F. Supp. 304 (WD Mo. 1964), "Jones v. Cunningham", 371 US 236 (1963). En este último precedente, la Suprema Corte reconoció el derecho de los internados en cualquier prisión estadual a cursar una solicitud de hábeas corpus para someter a prueba, no solo la legalidad de la condena, sino las propias condiciones de cumplimiento de la condena.

13- "Miller v. Overholer", ya citado y "Threatt v. North Carolina", 221 F. Supp. 858 (WD NC 1963).

14- "United States ex rel. Westbrook v. Randolph", 259 F. 2d 215 (7th Cir. 1958); "Evans v. Cunningham", 335 F. 2d. 491 (4ths Cir.1964).

15- ROTMAN, E., "El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en Estados Unidos)". Conferencia pronunciada el 27/6/1995, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, *Revista Lecciones y Ensayos,* Nº 66, 1996, p. 149.

La familia de precedentes que comúnmente se llama *"Black Muslims cases"*, que se inició en los años 60, puso en evidencia que el activismo judicial no fue más que la respuesta natural a la iniciativa personal y a la constancia de los condenados.

El subgrupo de reclusos de raza negra, que profesaban la religión musulmana, fue el primero en organizarse en pos de la prosecución de un fin común: utilizar el reclamo judicial como estrategia global para hacer cesar su persecución religiosa, situación que consideraban que constituía un agravamiento desigualitario en el cumplimiento de la pena.

Al poner sobre el tapete la libertad religiosa, un derecho que la judicatura norteamericana protege a ultranza,[16] hábilmente los miembros de ese grupo lograron captar la atención judicial sobre las condiciones carcelarias en general y, finalmente, obtuvieron el primer pronunciamiento de una Corte federal que ordenó a un establecimiento penitenciario estadual el cese de toda medida discriminatoria contra la libertad de culto.

La Suprema Corte se pronunció sobre el punto, a favor de la libertad religiosa, en "Cooper v. Pate", 378 US 546 (1963), el primer caso emblemático en materia de derechos de los condenados. En ese precedente, la Suprema Corte reconoció el derecho de los reclusos a demandar ante un tribunal federal a cualquiera de los Estados de la Unión, de conformidad con lo previsto en la *Civil Rights Act* de 1871, un estatuto legal que permite buscar el amparo de los tribunales federales frente a cualquier violación de los derechos civiles cometida por la administración de un Estado de la Unión.

Aunque no se trató de un caso de *reforma estructural*, lo cierto es que tal precedente fomentó el debate público sobre la legitimidad de las condiciones de cumplimiento de las penas y, fundamentalmente, sobre el grado de razonable restricción de ciertos derechos fundamentales, que viene necesariamente aparejado al cumplimiento de una condena de reclusión.[17]

A partir de esos precedentes, una lluvia de demandas judiciales fueron interpuestas ante el fuero federal contra los administradores de las prisiones estaduales por abusos, malos tratos, arbitrariedades, condiciones infrahumanas de hacinamiento, que a la postre lograron que la doctrina de la no interferencia fuese abandonada definitivamente.

I.4. La reforma estructural del Sistema Penitenciario en el Estado de Arkansas (1965-1982)

Como señalamos anteriormente, el movimiento de reforma carcelaria en el Estado de Arkansas se inició en 1965, con el caso "Talley v. Stephens".

Los abogados penalistas que prestaban servicios en la penitenciaría de *Cummins Farm* interpusieron una serie de *hábeas corpus* ante el juez de Distrito J. Smith Henley, alegando que el superintendente de la institución, Dan D. Stephens, sometía a los internos a tratos crueles,

16- A fin de ilustrar este punto, vale mencionar que recientemente, con fecha 20 de enero de 2015, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se pronunció unánimemente en "Holt v. Hobbs", al permitirle usar una barba corta de ½ pulgada a un recluso de religión musulmana que cumple prisión perpetua en una penitenciaría del Estado de Arkansas. En la sentencia, la Corte privilegió la libre profesión de la religión musulmana —que requiere entre sus prácticas usuales que los hombres lleven barba cubriendo el rostro— por sobre las objeciones fundadas en razones de seguridad.

17- JACOBS, J. B,, "The prisioner's right movement and its impact", 1960-80, en Norval Morris & Michael Tonry, eds. *Crime and Justice, Annual Review of Research,* Vol. 2, 1980, p. 460.

inhumanos y degradantes que violaban la octava y la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana.

Concretamente, denunciaron que se les negaba sistemáticamente el acceso a la jurisdicción, que no recibían asistencia médica adecuada, que se los obligaba a trabajar en condiciones infrahumanas y se los sometía a castigos corporales periódicos.

Los hábeas pedían la liberación de los detenidos alegando la violación de la cláusula 1983, de la *Civil Rights Act* de 1871.

El magistrado, familiarizado con los escándalos que recientemente habían trascendido a conocimiento del público, designó dos abogados *ad honorem* para representar a los internos ante el tribunal y accedió a tomar una audiencia para evaluar la gravedad del caso.

Las autoridades penitenciarias pronto advirtieron la necesidad de evitar que el caso avanzara a ulteriores instancias, tomando *motu proprio* una serie de medidas tendientes a minimizar los efectos de la sentencia y preservar así su integridad frente a las altas esferas del gobierno: antes de que el magistrado tuviera oportunidad de pronunciarse en el caso, lo tornaron abstracto, pues desvincularon a los guardias más violentos de la institución y reasignaron a los damnificados a los pabellones mejor conservados.

La estrategia funcionó: el juez debió limitarse a prohibir toda práctica que implicara una interferencia en el libre intercambio epistolar de los internos y a monitorear que el fallo judicial no derivara en violentas represalias para con los actores.

Lo paradigmático de este caso es que se inició con una sentencia de alcances muy limitados, pero a medida que los reclusos fueron revelando la brutalidad del sistema, las medidas cautelares y otras decisiones de contenido positivo se ampliaron progresivamente hasta cubrir virtualmente todas las aristas del manejo cotidiano de la prisión.

La primera demanda que el juez admitió en forma integral fue "Jackson v. Bishop" (268, F. Supp, 804, 806 E.D. Ark, 1967; 404 F. 2d. 571, 8th Cir.,1968), un *hábeas corpus* interpuesto por un interno de 28 años de edad que estaba cumpliendo una condena de cinco años de prisión por robo, quien solicitó al magistrado que ordenase su liberación alegando que se encontraba en serio riesgo su integridad física y su salud como consecuencia de los brutales castigos corporales a los cuales se encontraba sometido.

El juez Henley acumuló la petición a otras dos demandas en las cuales se denunciaban abusos similares, agravados por el uso de elementos de tortura (principalmente el látigo y la picana eléctrica).

Los tres casos fueron sometidos a consideración de los jueces Oren Harris y Gorden E. Young, quienes obtuvieron pruebas de los actores y otros doce reclusos, al tiempo que tuvieron en consideración elementos e información colectados por el propio Henley durante la sustanciación del caso "Talley".

Si bien los jueces rechazaron los pedidos de liberación, dictaron una medida cautelar que prohibía el uso de elementos de tortura.

Al acudir en apelación al octavo circuito, el juez Harry Blackmun amplió la medida cautelar y ordenó el cese inmediato de toda pena corporal.

Para así decidir, señaló que tales castigos se prestaban fácilmente a abusos por parte de las autoridades, al tiempo que por su severidad frustraban toda posibilidad de *rehabilitación* de los criminales.

En el segundo de los casos "Courtney v. Bishop" (400, F.2d.1185, 8th Cir. 1968), a diferencia de los casos anteriores en los que se denunciaba una práctica concreta, los actores acumularon varias pretensiones a través de

las cuales perseguían la revisión integral de las condiciones penitenciarias.

En su presentación controvirtieron, entre otros aspectos, la aplicación de sanciones disciplinarias severas —reclusión en solitario— sin previa audiencia de defensa; las deficientes condiciones de higiene y salubridad de las celdas destinadas al cumplimiento de tal sanción —se encerraba a los reclusos durante varios meses sin ropa y sin abrigo en celdas húmedas carentes de mobiliario—; el hacinamiento generalizado de las unidades carcelarias; la falta de higiene de los establecimientos y, finalmente, la falta de custodia suficiente para garantizar la integridad de los internos.

En dicho precedente, los jueces de Distrito también rechazaron sustancialmente la demanda, al señalar que la pena de prisión conlleva una *pérdida legítima o la restricción razonable de otros derechos fundamentales*.

Pese a esta última derrota, los tres precedentes "Talley", "Jackson" y "Courtney" representan verdaderos *leading cases*, no tanto por las mejoras implementadas a resultas de los litigios, sino porque se logró someter a conocimiento de la judicatura federal el escrutinio del sistema carcelario del Estado de Arkansas.

Al año siguiente, se produciría un auténtico avance procesal hacia el litigio estructural, pues en el marco de "Holt v. Sarver",[18] las crecientes peticiones de los reclusos de la prisión *Cummins Farm* del Estado de Arkansas, que comenzaron refiriéndose a la falta de asistencia médica y odontológica y a la inconstitucionalidad del encierro en "solitario", habrían de ser encuadradas por el juez Henley como una *acción de clase,* en el marco de la cual se habrían de acumular sucesivas denuncias de la más diversa índole, que a la postre culminarían con la tacha de inconstitucionalidad de la totalidad del sistema carcelario de ese Estado que, hasta ese momento, se regía por estándares no escritos sujetos al arbitrio de las autoridades penitenciarias.

El cambio clave fue precisamente ese: haber acumulado como una *acción de clase* las denuncias individuales sobre violaciones que aisladamente consideradas hubiesen tenido un menor impacto en el tribunal.

Tal innovación dio lugar a que las sentencias también adquiriesen características diferentes, pues las órdenes no se referían ya —como antiguamente— a aliviar una situación puntual, sino que los mandatos judiciales se convirtieron en condenas de hacer o no hacer profundos cambios estructurales e institucionales.

En el marco de "Holt v. Sarver", el juez realizó —por primera vez en la historia penitenciaria de ese país— una serie de sugerencias a la administración estatal sobre cómo debían mejorarse, en forma suficientemente concreta y detallada, las denunciadas atrocidades.

Asimismo, como el juez advirtió que la implementación de las mejoras tenía un impacto presupuestario directo, en el sentido de que las autoridades penitenciaras deberían realizar en el corto o mediano plazo gastos de naturaleza extraordinaria para cumplir con la sentencia —inversiones en infraestructura, contratación de servicios de asistencia sanitaria, aumento del personal con el consiguiente incremento en gastos salariales, etc.—; el magistrado involucró a la Legislatura estatal en el pleito, a fin de que arbitrase los medios económicos necesarios para asegurar la implementación de sus sugerencias.[19]

18- En el marco del litigio existieron diversos precedentes: "Holt v. Sarver I", 300 F, Supp. 825 (1969) y "Holt v. Sarver II", 309 F. Supp. 362 (1970) aff'd. 442 F. 2d 304 (8th Cir. 1974).

19- Cabe señalar que, hasta ese momento, las prisiones en el Estado de Arkansas se autofinanciaban bajo la filosofía de *"prison for profit"*, según la cual las prisiones debían ser rentables, lo que se traducía en los hechos en trabajo forzado

El alegado déficit presupuestario se convirtió en la principal defensa de la Administración Penitenciaria, que al recurrir ante la Alzada centró sus agravios en la ilegítima interferencia de la judicatura federal en la distribución de los recursos públicos fijada por la Legislatura local en la Ley de Presupuesto.

Como era de esperarse, los agravios fueron desoídos y el plan elaborado por la administración fue rechazado, por considerárselo insuficiente para cumplir con los objetivos fijados por el pronunciamiento.

Las comunicaciones entre el juez, la administración estatal y la Legislatura habrían de adquirir, en el marco de dicho proceso, una asiduidad hasta entonces inusitada, pues dentro de las *sugerencias* se proponían no solo alteraciones presupuestarias y el dictado de normas referidas a la implementación de programas de rehabilitación para los reclusos, sino que se obligaba a que ambas esferas de gobierno remitiesen periódicamente memorandos sobre los progresos alcanzados.

Precisamente a raíz de esos reportes, el juez Henley fue tomando conocimiento de la gravedad de los problemas y, cuantas más trabas e impedimentos denunciaban las autoridades para implementar las mejoras, más concretas y detalladas se volvían las órdenes del magistrado con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia.

Así las cosas, el magistrado comenzó a advertir que, en realidad, para arribar a una reforma integral del sistema carcelario debería reformarse concomitantemente la deficiente estructura administrativa estatal, de manera de modernizarla a fin de que sus funcionarios fuesen capaces de implementar y sostener nuevos estándares.

Luego de acumular una serie de nuevas peticiones que abarcaban no solo el problema disciplinario —abuso del encierro en solitario y uso de castigos corporales—, sino que se proyectaban a casi la totalidad de las condiciones edilicias, alimentarias, de higiene, salubridad, médicas, disciplinarias y laborales de los establecimientos penitenciarios del Estado, al año siguiente, el magistrado dictó un nuevo pronunciamiento, "Holt v. Sarver" (309 F. Supp. 362 E.D. Ark. 1970), que habitualmente es referenciado por la doctrina y jurisprudencia como "Holt II".

En dicha sentencia, el magistrado expresó que el accionar de las autoridades penitenciarias había ilegítimamente privado a los actores y a la clase o grupo que ellos representaban de derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución norteamericana, principalmente los previstos en la octava, decimotercera y decimocuarta enmienda.

Este fue el primer pronunciamiento judicial en el que se evaluó el Sistema Penitenciario del Estado de Arkansas en forma *integral*, adoptándose, consecuentemente una decisión tendiente a *reformarlo estructuralmente*.[20]

La primera parte de la sentencia constituye un ataque directo a la concepción hasta entonces imperante que sostenía que las prisiones debían ser establecimientos económicamente autosuficientes, no debían generar gastos al Estado, sino más bien proveer recursos al erario mediante el empleo de la mano de obra de los

por parte de los reclusos, violatoria de la decimotercera enmienda que prohibió la esclavitud en los Estados Unidos de Norteamérica.

20- Otro tanto sucedió, en 1972, en el Estado de Mississippi *in re* "Gates v. Collier" (349 F. Supp. 881, N.D. Miss, 1972) y, en 1974, en el Estado de Oklahoma, en autos "Battle v. Anderson", 376 F. Supp. 402, E. D. Okla, 1974), entre otros pronunciamientos que habrían de replicarse en la gran mayoría de los Estados de la Unión.

condenados en actividades económicas de mercado *(prison-for-profit)*.

Sobre tal cuestión, el magistrado señaló que, si bien el trabajo forzoso no constituía *per se* una violación a la decimotercera enmienda constitucional —que prohíbe la esclavitud—, en circunstancias concretas, como las comprobadas en el caso, podía quebrantar la octava enmienda, que prohíbe el uso de castigos crueles e inhumanos.

En segundo lugar, repudió el sistema de seguridad interior de los establecimientos, basado en la delegación del poder disciplinario en los propios condenados (*trustee system*), pues señaló que, si bien el Estado tiene el derecho a recurrir a la pena de prisión, no puede luego delegar en otros convictos la custodia y tutela de los condenados, máxime cuando de las constancias del caso se colige que dicha circunstancia daba lugar a múltiples abusos frente a la ausencia de contralor por parte de las autoridades gubernamentales.

Finalmente, si bien rechazó los agravios referidos a la falta de programas tendientes a *rehabilitar* a los condenados, señaló que existe una violación constitucional cuando a la alegada carencia de una acción reeducadora directa por parte del Estado, se suma la existencia —ampliamente demostrada— de múltiples prácticas corruptas por parte de los funcionarios del Sistema Penitenciario, que conspiran en forma indirecta contra tal finalidad.[21]

En la parte resolutiva, el magistrado nuevamente exhortó a la administración a diseñar un plan de acción y a la Legislatura a proveer los recursos necesarios para la implementación de una reforma integral, al tiempo que la instó a promulgar leyes que contemplaran programas de rehabilitación de los condenados y a formular propuestas que propendieran a alcanzar los objetivos de la sentencia.

No obstante ello, el juez señaló que, aun cuando se accediese a la redistribución de recursos, el Tribunal tomaría a su cargo la supervisión directa de la implementación de los respectivos programas y reformas, toda vez que, si bien la disponibilidad de recursos resultaba un medio necesario para el cumplimiento de tales fines, no era suficiente garantía de que las autoridades llevarían a cabo las drásticas modificaciones requeridas para erradicar definitivamente las violaciones constitucionales comprobadas a lo largo del proceso.[22]

Posteriormente, entre 1971 y 1977, la intervención del Tribunal en el gerenciamiento de los establecimientos penitenciarios estaduales —*Cummins Farm, Tucker Farm* y el reformatorio de mujeres— habría de profundizarse aún más.

En efecto, el nuevo pronunciamiento, que compelía a la administración a tomar medidas más drásticas que las propuestas inicialmente, generó una avalancha de nuevas denuncias de los condenados, con lo cual el magistrado se vio obligado a continuar con las audiencias —más investigaba, más complejos eran los problemas que salían a la luz—, hasta que, finalmente, decidió acumular las peticiones en una nueva acción de clase, cuya sentencia, dictada en agosto de 1973, dio en llamarse "Holt v. Hutto" (363

21- Cabe señalar que ya en 1870 la *American Prison Association* reconoció que las penas no tenían un fin retributivo ni tendían al castigo de los condenados, sino a su rehabilitación y regeneración moral. Sobre el particular, ver el trabajo presentado por Robert Kutak, a la *American Correctional Association,* Omaha, Nebraska, 15 de octubre de 1970. Asimismo, muchos Estados incorporaron en su legislación interna la necesidad de implementar políticas correccionales y de rehabilitación en los sistemas penitenciarios. Entre otros, Nueva York, Correc. Law § 136 (McKinney's Consol. Laws, c. 43, 1968).

22- El pronunciamiento fue confirmado en mayo de 1971, por la Cámara de Apelaciones del Octavo Circuito, 442 F2d 304 "Holt v. Sarver".

F. Supp. 194 E.D. Ark, 1973), comúnmente referenciada como "Holt III".

La resolución ordenaba la elaboración de un detallado cronograma de acción y la profundización de la reforma. Asimismo, dejaba en claro que no era la intención del Tribunal perpetuar el contralor de las instituciones más allá de lo estrictamente necesario.

Esta última intromisión generó un fuerte rechazo entre las autoridades administrativas —que hasta el momento ni siquiera habían intentado justificar el lamentable estado de los establecimientos—; así como también entre los miembros de la Legislatura, que comenzaron a cuestionar la legitimación del Poder Judicial para interferir —directa o indirectamente— en la distribución de recursos fijada presupuestariamente. Como era de esperarse, la sentencia fue apelada.

No obstante ello, el juez justificó su intervención, al señalar que, si bien a comienzos del litigio la mayoría de las denuncias se referían a políticas o prácticas *de facto*, fácilmente removibles por las propias autoridades penitenciarias; a medida que fueron pasando los años, se revelaron nuevas atrocidades que *transgredían normas que expresamente prohibían ese tipo de situaciones*, circunstancia que —a su juicio— ameritaba el permanente contralor judicial.

Por lo tanto, frente a la resistencia gubernamental, el magistrado se fijó un *objetivo adicional*, necesario para asegurar el éxito de los demás: debía crear o reformar la estructura administrativa existente de manera tal de convertirla en una organización eficiente, capaz de sostener por sí misma el respeto a la normativa existente y la elaboración e implementación de las nuevas políticas y procedimientos diseñados a instancias del tribunal para garantizar la protección y los derechos constitucionales de los reclusos.

Mientras se sustanciaba la apelación, en 1974, el magistrado lanzó una nueva ofensiva *mediática* para que la causa ganara apoyo público y financiero: por primera vez, desde el inicio del litigio, decidió concurrir personalmente a relevar ocularmente las condiciones de los establecimientos.

Estas visitas pusieron de resalto su compromiso personal con la reforma, pero también estuvieron dirigidas a dejar en claro que el Tribunal había asumido un rol proactivo en el diseño del nuevo modelo penitenciario.

La estrategia funcionó y la Cámara de Apelaciones del octavo circuito dictó sentencia en "Finney v. Arkansas Board of Corrections" (505 F. 2d. 194, 215, 8th Cir., 1975) y convalidó todo lo actuado.

La Cámara de Apelaciones puso especial énfasis en la reforma de tres áreas fundamentales: el creciente índice de sobrepoblación carcelaria; las persistentes carencias de asistencia, equipamiento y tratamiento médico, y la imperiosa necesidad de erradicar definitivamente todo tipo de abuso físico y psicológico de los reclusos.

Adicionalmente, la Cámara ordenó al magistrado mantener su jurisdicción hasta tanto tales reformas fueran puestas en marcha y le sugirió la posibilidad de designar un comité de emergencia, que recolectara datos *in situ* —sin necesidad de que continuara desarrollando la ardua tarea de reunir evidencias mediante periódicas audiencias testimoniales— sobre la base de los cuales podría luego elaborar alternativas de acción.

Finalmente, en su pronunciamiento, la Cámara expresamente señaló que, cuando el Estado condena a una persona a prisión o reclusión, tiene el deber constitucional de su salvaguarda, razón por la cual debe realizar las erogaciones presupuestarias que sean necesarias para cumplir tal deber sin excepción. La alegada insuficiencia de recursos financieros

no releva al Estado de cumplir con su deber constitucional.

Concretamente, la Alzada manifestó que si el Estado carecía de los recursos suficientes para instrumentar en forma inmediata inversiones en infraestructura o en planes de asistencia médica, debía arbitrar otros *medios alternativos* para cumplir con el mandato de guarda; por ejemplo, transfiriendo a los internos a otros establecimientos penitenciarios —dentro o fuera del propio Estado de Arkansas— que cumpliesen con los estándares mínimos exigidos por el Tribunal.

Estas sugerencias fueron inmediatamente implementadas y, como consecuencia de los nuevos datos colectados durante esta última etapa, a comienzos del año 1976, el tribunal dictó sentencia definitiva en la causa "Finney v. Hutto" (410 F. Supp. 257 E.D. Ark.1976).

El pronunciamiento, conocido como "Finney I", resultó un verdadero *leading case* en materia carcelaria y ha sido caracterizado por la doctrina especializada como el estudio más completo e integral que jamás se haya emitido sobre el punto en los Estados Unidos de Norteamérica.[23]

La sentencia presenta la estructura de los precedentes anteriores: el magistrado primero puso énfasis en los progresos alcanzados por la administración, para luego analizar detalladamente cada uno de los problemas subsistentes.

En este caso, el juez Henley identificó trece áreas clave: sobrepoblación, asistencia médica, programas de rehabilitación, intercambio de correspondencia y régimen de visitas, acceso a la jurisdicción y al patrocinio letrado, seguridad de los internos, discriminación racial, relaciones interraciales, procedimientos disciplinarios, necesidades especiales de la población negra de religión musulmana, persistencia de tratos brutales, condiciones mínimas de higiene, alimentación y vestimenta durante el cumplimiento de las condenas en solitario y, finalmente, la segregación como problema persistente dentro de la organización administrativa del Servicio Penitenciario estadual.

A continuación, desglosó cada uno de esos puntos en subpartes, y enumeró con un sorprendente grado de detalle las medidas y estándares que la administración debía implementar a corto y mediano plazo.

Al igual que en los pronunciamientos anteriores, el juez se dirigió directamente a la Legislatura e, incluso al gobernador, urgiéndolos a destinar las partidas presupuestarias necesarias para costear los crecientes gastos de infraestructura, contratación y capacitación de personal de vigilancia profesional, adquisición de equipamiento médico, etc.

Finalmente, destacó nuevamente que el Tribunal no tenía intención de mantener su jurisdicción *in eternum* y que el cese de la intervención judicial dependía pura y exclusivamente de la voluntad y el compromiso de las restantes ramas de gobierno.

El Estado de Arkansas apeló solo dos aspectos del pronunciamiento: a) la legitimación del Poder Judicial para limitar a un máximo de treinta días corridos la reclusión en solitario, y b) la imposición de costas al Departamento Correccional.

La Cámara de Apelaciones del octavo circuito confirmó la sentencia el 3 de febrero de 1977 e impuso nuevamente las costas de la alzada a los apelantes vencidos.

Posteriormente, ese pronunciamiento fue recurrido ante la Corte Suprema de Justicia, que, luego de enfatizar las múltiples oportunidades que el magistrado de grado había brindado a la

23- SPILLER, D. & HARRI, M. K., *After decision: Implementation of Judicial Decrees in Correccional Settings. Dept. of Justice, Law Enforcement Assistance Administration*, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1977, p. 64.

administración para corregir las deficiencias estructurales del Sistema Penitenciario estadual, ratificó la sentencia de la anterior instancia con el voto concurrente de ocho de sus nueve miembros (437 US 678, 1978).

El voto preopinante a cargo del juez Stevens dejó en claro que la pena de reclusión en solitario por un período igual o mayor que 30 días no constituía por sí misma una violación constitucional y podía ser legítimamente utilizada por las autoridades penitenciarias con fines de política criminal; no obstante lo cual, valorando las condiciones generales de las prisiones en el Estado de Arkansas, la prolongación de ese castigo por un plazo superior al fijado por la sentencia recurrida representaba en el caso concreto un riesgo serio a la salud y a la integridad física de los reclusos, por lo que se convertía en un castigo cruel e inhumano, contrario a la octava enmienda constitucional.

En particular, el máximo tribunal destacó que la decisión de la Corte de Distrito —dirigida a limitar temporalmente la referida práctica disciplinaria— era una razonable respuesta a las condiciones sórdidas e inconstitucionales constatadas en sucesivos relevamientos efectuados en tales celdas.

Mientras se sustanciaban las vías recursivas, el juez Henley se retiró del caso y la ejecución de la sentencia fue asignada al juez Thomas Eisele, quien en 1978 dictó sentencia en la causa "Finney v. Mabry" (458 F. Supp. 720 E.D. Ark., 1978), usualmente llamada "Finney II", en la que sostuvo que los procedimientos disciplinarios implementados por la administración como consecuencia de los fallos anteriores seguían siendo inadecuados, pues lejos de propender al verdadero respeto del derecho al debido proceso de los condenados, fijaban audiencias rutinarias —en las que poca o ninguna relevancia se atribuía a los argumentos de descargo— que conspiraban solapadamente contra el logro del objetivo propuesto.

Pese a sus agudas críticas, el sentenciante hizo hincapié en la necesidad de que fueran las propias partes las que asumieran la negociación e implementación de las medidas tendientes a resolver la cuestión.

En los años subsiguientes, luego de duras batallas y reveses judiciales, finalmente, las autoridades estaduales se comprometieron con la reforma y, siguiendo los informes colectados por el Tribunal, destinaron los recursos financieros necesarios para llevar a cabo los planes propuestos para subsanar las deficiencias de las áreas clave.

El 20 de agosto de 1982, a más de 17 años de las primeras denuncias, luego de la consideración de un informe detallado sobre las condiciones reinantes en los establecimientos, el Tribunal puso fin a la intervención judicial del Sistema Penitenciario en el Estado de Arkansas.

Para ese entonces, las espeluznantes condiciones inicialmente constatadas habían desaparecido: el Departamento Correccional contaba con normas internas que regulaban hasta el más mínimo detalle de la administración penitenciaria; existían nuevos establecimientos carcelarios; los internos tenían acceso a prestaciones médicas esenciales; habían cesado los castigos corporales, la utilización de dispositivos de tortura y las prácticas de segregación racial; la seguridad de los establecimientos estaba a cargo de personal especializado dependiente del gobierno estadual; los internos que profesaban la religión musulmana tenían acceso al Corán y se les permitía seguir una dieta especial compatible con sus creencias, y las unidades penitenciarias recibían partidas presupuestarias periódicas para cubrir el coste de mantenimiento y salarios.

En pocas palabras, Arkansas fue el primer Estado que se vio forzado a emprender una

reforma estructural de su sistema carcelario a instancias del activo rol asumido por la judicatura federal.

Al fundar sus decisorios en la octava enmienda y al utilizar la *Civil Rights Act* como fuente de jurisdicción, el juez Henley hábilmente evitó inmiscuirse en las complejidades y limitaciones procesales del *hábeas corpus*, y se involucró directamente en el tema de fondo: erradicar las sórdidas condiciones de confinamiento existentes en los establecimientos carcelarios estaduales.

I.5. La expansión del proceso reformista hacia otros Estados. La reforma del sistema carcelario en Texas (1972-1980).

A partir de los pronunciamientos judiciales dictados en Arkansas, inmediatamente una avalancha de sentencias emanadas de otros tribunales federales, declararon que los sistemas penitenciarios de Mississippi, Oklahoma, Florida, Luisiana y Alabama eran inconstitucionales, total o parcialmente.

Alentados por los fallos favorables obtenidos en otras jurisdicciones, los internos de todo el país comenzaron a invocar el derecho a la igualdad para cuestionar los sistemas carcelarios segregados; cada vez más y más demandas incluían argumentos relativos a la vulneración del derecho al debido proceso adjetivo, requiriendo —entre otras medidas urgentes— la incorporación de audiencias de descargo previas a la imposición de medidas disciplinarias.

Pero lo fundamental es que la experiencia reformista de Arkansas constituyó un hito histórico de acceso a la jurisdicción, puesto que la familia de fallos relativa a dicho Estado es el resultado del masivo acceso de los reclusos al patrocinio letrado y al fuero federal; un derecho que hasta ese entonces se les había denegado en forma sistemática en todo el país.

A resultas de ese proceso de reorganización, impulsado a instancias de los propios interesados y el Poder Judicial, se fueron entrelazando reglas internas de administración penitenciaria y estándares mínimos, relativos a temas tan diversos, como sanidad, asistencia médica, indumentaria, disciplina, bibliotecas, educación, trabajo y religión, que luego sirvieron de ejemplo en otras jurisdicciones.

Tal magnitud y proyección tuvo el movimiento reformista iniciado en Arkansas que, al cabo de una década del fallo "Talley", las prisiones de más de veinticinco Estados (de los cincuenta Estados norteamericanos) y la totalidad de los sistemas correccionales de cinco Estados habían sido objeto o se encontraban sometidas —en mayor o menor medida— al contralor jurisdiccional.

Durante la década siguiente, tales datos estadísticos se incrementaron a treinta y cinco regímenes carcelarios y nueve sistemas correccionales.

Es fundamental destacar que el proceso reformista fue más virulento en los Estados del Sur:[24] solo cuatro de los restantes treinta y nueve

24- Históricamente, los Estados del Sur son los que conformaron la Confederación durante la Guerra Civil Norteamericana 1861-1865 (Carolina del Sur, Mississippi, Florida, Alabama, Georgia, Luisiana, Texas, Virginia, Arkansas, Tennessee y Carolina del Norte). Actualmente, se incluyen también en esa clasificación otros Estados, como Virginia Occidental, Maryland y Misuri. Entre otras sentencias judiciales que abordaron la cuestión carcelaria en otros Estados ver: "Hamilton v. Schiro", Civil Nº 69-2443 (E.D. La., June 25, 1970) (en la que se declaró la inconstitucional de las condiciones penitenciarias existentes en Nueva Orleans, Luisiana. El fallo ha sido comentado por David F. Edwards en *Tulane Law Review*, Vol. 45, 403, 1971); "Brenneman v. Madigan", 343 F. Supp. 128, 133 (N.D. Cal., 1972), (en la que se discute una medida precautoria dictada en el año 1971, que ordenaba reestructurar ciertas deficiencias del Sistema Penitenciario en Alameda County, California); "Rhem v. McGrath", 326 F. Supp. 681, 682, 691

Estados se vieron afectados por una reforma integral del sistema —Alaska, Delaware, Nuevo México y Rhode Island—.

Si bien el proceso se inició en el Estado de Arkansas, este alcanzó su máxima expresión a mediados de la década del 70 en el Estado de Texas, que para entonces contaba con la mayor infraestructura y población carcelaria del país.

A partir de 1965, los reclusos del Sistema Penitenciario de ese Estado comenzaron a denunciar ante los tribunales federales una serie de prácticas penitenciaras dirigidas a restringir ilegítimamente toda clase de derechos fundamentales.

Para principios de los años 70, tales denuncias se habían incrementado escandalosamente y un gran número de esas causas estaban radicadas ante el Juzgado de Distrito con asiento en la ciudad de Tyler —donde existían dos unidades penitenciarias—, a cargo del juez William Wayne.

El magistrado, designado en su cargo por el presidente Lyndon Johnson en el año 1968, era un ferviente militante del movimiento de los derechos civiles y políticos: sus pronunciamientos, de corte progresista, instaban a la administración a implementar planes educativos bilingües, a proteger a votantes y asalariados contra la discriminación racial, desarrollar planes de vivienda que fomentaran la integración e, incluso, había dictado algunos precedentes vinculados a las condiciones de establecimientos de detención de menores y personas afectadas por enfermedades mentales.[25]

En consecuencia, la reforma carcelaria fue encarada por el magistrado con el vigor y entusiasmo característico de quienes se encuentran convencidos de que su humilde gestión pública puede contribuir a mejorar la vida en sociedad.

Luego de acudir en 1972 a una conferencia sobre derechos civiles de los condenados, organizada por la Dallas's Southern Methodist University y de presenciar el acalorado discurso de William Turner —un joven abogado graduado de la Universidad de Harvard que se dedicaba a patrocinar tales cuestiones—, el magistrado decidió contactar al orador para que tomara a su cargo la representación de los casos radicados en su juzgado.

El 12 de abril de 1974, Turner —confiado en su experiencia anterior— promovió una *acción*

(S.D. N.Y., 1971), (sentencia que aborda la cuestión relativa a los establecimientos penitenciarios de Manhattan); "Jones v. Wittenberg", 323 F. Supp. 93, 95, 100 (N.D. Ohio, 1971), (un pronunciamiento que se refiere a la penitenciaría de Lucas County en la ciudad de Toledo, Ohio), confirmado por la Cámara de Apelaciones del sexto circuito en la causa "Jones v. Metzger", 456 F.2d 854 (6th Cir., 1972); "Taylor v. Perini", 413 F. Supp. 189, 194–97 (N.D. Ohio, 1976); "Inmates of Suffolk County Jail v. Eisenstadt", 360 F. Supp. 676, 690 (D. Mass., 1973), referida a la prisión de Suffolk County, ubicada en la ciudad de Boston, Massachusetts, confirmada por la Cámara de Apelaciones del 1er. circuito, 494 F.2d 1196 (1st. Cir., 1974); "Battle v. Anderson", 376 F. Supp. 402, 407, 420 (E.D. Okla., 1974) relativa a los establecimientos carcelarios del Estado de Oklahoma. Recomendamos la lectura del trabajo de Margo SCHALANGER, "Civil Rights Injunctions over tieme: A Case Study of Jail and Prison Court Orders", publicado en *New York University Law Review*, Vol. 81, p. 550, 2006, en el que se analizan dichos precedentes y la posterior evolución del proceso reformista. Por su parte, Sharon Dolovich ha publicado recientemente dos trabajos referidos a la materia: "Cruelty, Prisons Conditions and The Eight Amendment", *New York University Law Review*, Vol. 84, N° 4, octubre de 2009, y "Foreword Incarceration American-Style", Harvard Law and Policy Review, disponible online en: http://hlpronline.com/2009/10/foreword-incarceration-american-style/-. El primero constituye un estudio exhaustivo sobre los precedentes jurisprudenciales relativos a la interpretación y alcance de la prohibición de impartir tratos crueles, inhumanos y degradantes, contemplados en la octava enmienda de la Constitución norteamericana, y la segunda publicación realiza una aguda crítica del uso de la pena privativa de la libertad como el instrumento central de la actual política criminal en los Estados Unidos de Norteamérica.

25- Sobre el legado de este magistrado, ver la obra de Frank R. KEMER, *William Wayne Justice: A Judicial Biography, Jack and Doris Smothers Series in Texas History, Life and Culture*, 1991, p. 358.

de clase, que se caratuló "Ruiz v. Estelle", de una magnitud sin precedentes: el joven letrado invocaba ni más ni menos que la representación de *todos* los condenados a pena de prisión y reclusión que se encontraran cumpliendo su sentencia en cualquiera de las unidades penitenciarias del Estado de Texas y cuestionaba con minucioso detalle la *totalidad* de las condiciones estructurales y la *totalidad* de las políticas penitenciarias existentes a esa fecha.

A diferencia de lo ocurrido en Arkansas (donde las autoridades penitenciarias colaboraron en las tareas ordenadas por el juez Henley); la administración penitenciaria del Estado de Texas se mostró desde el comienzo renuente a permitir que el Poder Judicial interfiriese en el desenvolvimiento de las políticas locales.

Las autoridades simplemente estaban convencidas de que los establecimientos cumplían con los estándares constitucionales vigentes, que estaban correctamente administrados y que desplegaban eficientemente la labor correctiva de los condenados.

Tal convencimiento estaba basado en datos empíricos: en el período comprendido entre 1940 y 1958, la administración penitenciaria estadual había logrado disminuir el costo diario de mantenimiento por interno, de 4 a 1,25 dólares, arrojando resultados superavitarios.

No en vano los demandados contaban con la simpatía de los legisladores y con el apoyo incondicional del público en general.

Ello así, haciendo alarde de tal popularidad, durante todo el curso de las actuaciones, las autoridades se obstinaron en desmentir impunemente los dichos de los reclusos y se negaron a cooperar con el tribunal y a permitir el acceso de los letrados a las distintas unidades.

Frente a este obstáculo, con el objetivo de colectar pruebas y datos concretos vinculados a cada uno de los puntos sometidos a su consideración, el juez desarrolló una estrategia brillante: en lugar de intentar doblegar a los díscolos —posición que habría despertado mayores resistencias—, ordenó al Departamento de Justicia que, en uso de sus facultades de investigación, elaborara un informe que abarcara los principales temas en conflicto y lo presentara al Tribunal en carácter de *amicus curiae*.[26]

El Departamento de Justicia no solo contaba con facultades suficientes para desplegar la tarea, sino que, además, ya estaba familiarizado con el problema, pues el área de derechos civiles había tomado intervención en algunos pleitos en los que se ponía sobre el tapete denuncias de reclusos sobre discriminación racial.

Las tareas de investigación y recolección de datos insumieron más de dos años, hasta que finalmente el 2 de octubre de 1978 comenzó a sustanciarse el juicio oral y público en la ciudad de Houston.

El procedimiento insumió 159 días, durante los cuales se tomaron 349 audiencias testimoniales y se exhibieron 1565 pruebas documentales e instrumentales, lo que puso de manifiesto la dimensión de los acontecimientos.

El juicio finalmente concluyó el 20 de septiembre de 1979 y la sentencia recién se hizo conocer el 12 de diciembre de 1980.[27]

También el decisorio exhibió magnitudes colosales: en una sentencia de 118 páginas de extensión, el juez abordó con indignación cada una de las acusaciones que la administración se había empeñado en desmentir categóricamente y que, lamentablemente, a la luz de las pruebas colectadas eran irrefutables.

26- La decisión de involucrar al Ministerio de Justicia fue apelada, pero la Cámara de Apelaciones del 5to. Circuito la confirmó *in re* W. J. Estelle, Jr., 516 F.2d 480 (5th Cir., 1975).

27- "Ruiz v. Estelle", 503 F. Supp. 1265, 1378 (S.D. Tex. 1980).

En un sentido pronunciamiento, el magistrado señaló que le resultaba virtualmente imposible volcar por escrito las perniciosas condiciones de detención reinantes en las unidades penitenciarias del Estado de Texas, las penosas y degradantes circunstancias que habitualmente debían enfrentar los reclusos, el abuso sexual de jóvenes sin antecedentes penales anteriores; el miedo continuo a sufrir un arrebato violento sin posibilidad alguna de apelar a la protección de las autoridades penitenciarias; la miseria, incomodidad y pérdida absoluta de privacidad que conlleva el hacinamiento de uno, dos o más reclusos en celdas de escasos metros cuadrados o en pabellones que ni siquiera tienen ventilación adecuada; hasta el sufrimiento físico y psicológico de heridos y enfermos ante la privación de asistencia médica adecuada, así como también la impotencia de quienes son arbitrariamente recluidos en solitario por supuestas causas disciplinarias sin la posibilidad de efectuar un descargo previo y la amarga frustración de todos aquellos a quienes se les ha denegado sistemáticamente el acceso a la justicia.

Sobre la base de tales consideraciones, el magistrado concluyó que el Sistema Penitenciario resultaba inconstitucional en por lo menos seis aspectos: espacio físico per cápita; seguridad y supervisión; asistencia médica; procedimientos disciplinarios; asesoramiento legal, y condiciones sanitarias y de seguridad de los establecimientos.

No obstante ello, en lugar de elaborar un plan de acción, el magistrado urgió a las partes a iniciar negociaciones directas a fin de diagramar las mejoras a implementarse en cada una de las áreas sensibles.

El borrador del acuerdo se puso a disposición del magistrado hacia fines de 1981 y el juez —luego de aprobarlo— recomendó la designación de un veedor (*special master*) a fin de monitorear la faz ejecutiva del convenio.

Si bien el Departamento Penitenciario accedió a la propuesta, tal decisión fue contraproducente.

El juez designó en el cargo a Vincent Nathan, quien contaba con vasta experiencia en la materia —pues había actuado como *master* en el caso "Rhodes v. Chapman"[28] 452 U.S. 337 (1981)—, a quien le confirió amplios poderes para requerir reportes a las autoridades, realizar audiencias con los afectados u ordenar un sinnúmero de medidas para dilucidar el caso.

Nathan ejerció tales funciones reuniendo evidencias en proporciones y con un grado de detalle nunca antes visto, lo que, a su vez, posibilitó que se exigiesen cambios rotundos en casi todos los aspectos que hacen a la administración de una unidad penitenciaria.

Tantas fueron las sugerencias y órdenes brindadas por Nathan y el juez al Texas Department of Correction, que el período de ejecución de la sentencia se extendió desde 1983 hasta diciembre de 1992, y se ha dicho que su cumplimiento insumió gastos que rondan el billón de dólares.[29]

Efectivamente, a diferencia de Arkansas, en dicho período Texas exhibió un rápido y sostenido crecimiento económico y, por lo tanto, la Legislatura estadual y el TDC simplemente no pudieron escudarse en la falta de recursos para perpetuar las deficiencias estructurales.

28- En dicha causa, la Suprema Corte Norteamericana analizó la infraestructura de las prisiones del Estado de Ohio y comprobó que, si bien las celdas no eran individuales, sino compartidas por dos o mas internos, ello no resultaba inconstitucional *per se*, puesto que implicaba una razonable restricción ligada al tipo de pena impuesto.

29- Ver en tal sentido, FEELEY y RUBIN, *op. cit.*, *Chapter Three*, p. 95.

I.6. El rol de la Corte Suprema de Justicia: la *autolimitación* al rol político de la judicatura.

Ya hacia fines de la década del 80, se advierte un declive en el movimiento reformista norteamericano. Las razones de esa retirada son muy complejas.

Evidentemente, el primer indicio surge del error de comparar los posteriores avances jurisprudenciales, referidos a cuestiones más limitadas o de menor trascendencia, con el éxito alcanzado en las décadas anteriores en las que se logró un avance sustancial en relación con un amplio universo de derechos fundamentales.

En segundo término, las condiciones políticas coyunturales de los años 90 y el predominio de la ideología neoliberal sellaron la suerte adversa del movimiento de los derechos civiles en general, cuyo auge llegaba a su fin, no solo en materia carcelaria, sino en la mayoría de las cuestiones relacionadas con los derechos humanos.

Por otra parte, los recortes presupuestarios que caracterizaron a las administraciones de los presidentes Reagan y Bush crearon un escenario poco atractivo para instar el cambio social a través de sentencias judiciales, cuyo acatamiento habitualmente generaba notables incrementos en el gasto público.

Asimismo, durante dichas gestiones, el Departamento de Justicia llegó a una serie de acuerdos extrajudiciales —en su mayoría favorables a las instituciones carcelarias— en casos paradigmáticos, por lo que se dio una clara señal de la falta de voluntad política para continuar profundizando las reformas.

Probablemente, la principal causa del declive resida en el exponencial crecimiento de la población carcelaria en los Estados Unidos, que evidencia el convencimiento social de la imperiosa necesidad de sustituir el modelo resocializador por el que ellos denominan *justice model* que no es otra cosa que un sistema penal de corte retributivo, capaz de cumplir su cometido sin la interferencia del Poder Judicial.[30]

Si bien la Corte Suprema de Justicia no tuvo una actuación preponderante en el diseño del nuevo sistema —en general las reformas no fueron el resultado de decisiones emblemáticas de la Corte, sino que respondieron a la modesta actuación de los jueces federales de Primera Instancia—, sí tuvo una influencia determinante en el ocaso del movimiento, pues dictó una serie de sentencias en las que proclamó el regreso a un rol más conservador de la judicatura.

En "Wolff v. McDonnell" (418 US 339, 1974), la Corte reconoció que los derechos de los condenados podían sufrir legítimas limitaciones como razonable derivación de la privación a la libertad, aunque mitigó la afirmación, al señalar que no debe despojarse al condenado de toda protección constitucional, por cuanto "no existe una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país".

En "Bell v. Wolfish" (441 US 520, 1979), la Corte revocó una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del sistema carcelario del Estado de Nueva York, por deficiencias edilicias y condiciones de hacinamiento. En dicho precedente, la Suprema Corte consideró que es

30- Son de importancia, en ese sentido, los trabajos de KENNETH CULP, D., *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press; Fifth Printing edition, 1976; FOGEL, D., *We are the Living Proof: The Justice Model for Corrections*, Anderson Publishing Company, 1979; FRANKEL, M. E., *Criminal sentences: law without order*, Hill and Wang, 1973; VON HIRSCH, A., *Doing Justice - The Choice of Punishments*, The Journal of Criminal Law and Criminology, 1976, Vol. 67, Nº 3, pp. 356-359, Northwestern University School of Law; entre otros. Desde el punto de vista dogmático, el modelo conduce a una teoría del delito estructurada sobre la idea de la culpabilidad fundada en el libre albedrío y una concepción retributiva de la pena, que le asigna a esta una función en sí misma: neutralizar al delincuente y reestablecer el daño causado.

legítimo asignar a dos o más reclusos a una misma celda de escasos metros cuadrados, siempre y cuando los reclusos tengan libertad de movimiento y esparcimiento en otras áreas del penal. En dicho precedente, el juez Rehnquist llamó a la judicatura a respetar la división de poderes.

Posteriormente, en 1981, en el ya citado caso "Rhodes v. Chapman" (452 US 337, 1981), la Corte se abocó al tema de la superpoblación carcelaria y señaló que, si bien la octava enmienda prohíbe el trato inhumano y degradante, ciertas condiciones restrictivas de los derechos de los reclusos son propias de la pena que determinados sujetos deben sufrir por sus ofensas a la sociedad.

Ello así, la Corte entendió que no resultaba inconstitucional, bajo los *estándares contemporáneos*, obligar a dos o más reclusos, a compartir su celda aun en cumplimiento de condenas de larga duración, siempre que las condiciones de las respectivas celdas resultaran adecuadas en cuanto a la superficie habitada y las condiciones generales de alimentación, al tiempo que se brindara a los internos la posibilidad de utilizar otras instalaciones del penal durante los períodos diurnos.

Por su parte, en la causa "Whitley v. Albers" (475 US 312, 1982), en la cual un recluso denunció que había sufrido heridas provocadas por un arma de fuego durante los procedimientos de represión de un motín en el cual él no participó —considerando que tales heridas pusieron en riesgo su vida y su salud representando un trato cruel e inhumano prohibido por la octava enmienda de la Constitución—, la Corte señaló que la represión con armas de fuego resultaba proporcional al nivel de violencia propio del ambiente carcelario y añadió que, para que prospere una petición basada en la alegada violación a la octava enmienda, el actor debe indefectiblemente acreditar una deliberada intencionalidad en el accionar del personal de seguridad del establecimiento.

Posteriormente, en "Wilson v. Seiter" (501 US 294, 1991), la Corte estableció dos requisitos para considerar si las condiciones de confinamiento representan o no un castigo cruel e inusual: el primer requisito de tipo objetivo se refiere a la demostración de la real privación de un derecho fundamental; el segundo, de corte subjetivo, remite a establecer si la administración actuó en forma deliberada o, en su defecto, omitió negligentemente elaborar políticas tendientes a subsanar las referidas carencias.

Esta última solución abre una peligrosa brecha para deslindar responsabilidades en aquellos casos en que los funcionarios logren demostrar que la restricción deriva de condiciones ajenas a su voluntad, ya sean de naturaleza financiera o normativa —inacción de la Legislatura—.

El propio juez White, en dicha sentencia, dejó sentado que el requisito de *voluntariedad* —ínsito en toda acción u omisión del ser humano— es un estándar ambiguo e inapropiado para evaluar el accionar burocrático de los poderes públicos.

Finalmente, no es posible dejar de mencionar que el declive del proceso vino aparejado por el accionar del Congreso Federal que ha dictado sucesivas normas que restringen las facultades de la judicatura en materia de revisión de la administración carcelaria.

Así, en 1994 el Congreso sancionó la *Violent Crime Control Enforcement Act*,[31] que prohíbe al Poder Judicial cuestionar la sobrepoblación

31- H.R. 3355, Pub. L. 103–322. La norma consolida en nada menos que 356 páginas, la mayor reforma en materia penal de la historia norteamericana y prevé la designación de cien mil agentes de policía y un gasto de 9,7 billones de dólares de financiación del Sistema Penitenciario, así como también un presupuesto de 6,1 billones de dólares para la ejecución de programas de prevención del delito.

carcelaria, a menos que existan serias evidencias de que el hacinamiento derive en condiciones infrahumanas de cumplimiento de la pena.

Por su parte, en 1996, se aprobó la *Prison Litigation Reform Act* (PLRA, por sus siglas en inglés), que reformó las normas procesales hasta entonces vigentes, de modo tal de desincentivar la interposición de nuevas demandas civiles referidas a las condiciones de cumplimiento de las penas por parte de los reclusos, obligándolos al agotamiento de una reclamación administrativa previa que debe resolverse ante las autoridades penitenciarias.[32]

Asimismo y a consecuencia de los atentados terroristas perpetrados en el World Trade Center de la Ciudad de Nueva York y en Oklahoma, se aprobó también la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*[33] (también denominada por sus siglas en inglés, Aedpa), la cual limitó sustancialmente el derecho de los reclusos a interponer acciones de *hábeas corpus*.

Pese a la merma de fallos reformistas, es de resaltar que la Suprema Corte aún hoy continúa revisando las condiciones de cumplimiento de las penas, a fin de que estas no restrinjan irrazonablemente otros derechos fundamentales que no sean la libertad de las personas.

A modo de ejemplo, cabe citar los pronunciamientos referidos a las garantías que han de proveerse a los reclusos transexuales para asegurar su integridad física[34] o, un reciente pronunciamiento referido a la libertad religiosa.[35]

Asimismo, el Congreso Federal continúa sancionando normas para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales de los reclusos.

Entre las más trascendentes, corresponde mencionar la *Prison Rape Elimination Act*[36] (PREA) de 2003, dirigida específicamente a fijar estándares que permitan eliminar toda forma de abuso sexual dentro de los establecimientos federales, estaduales o locales —ya sean perpetrados por autoridades carcelarias o por los propios internos—.

II. Impacto presupuestario de la reforma carcelaria en EE.UU.

Tal como ha reseñado Corti:[37]

> La práctica judicial […] permite comenzar a individualizar tres situaciones generales que vinculan la Ley de Presupuesto con los derechos fundamentales y que merecen una respuesta:

32- Entre 1970 y 1996, el número de demandas iniciadas por condenados se incrementó en un 400%, según indica Jim THOMAS, *Prisoner Litigation: The Paradox of the Jailhouse Lawyer, Rowman & Littlefiel*, 1988, p. 61. En un artículo de *The Wall Street Journal*, se indicó que los litigios iniciados por internos del Sistema Penitenciario aumentaron de 6606 en 1975 a 39.065 en 1994, representando un quinto del total de los litigios en trámite ante el Fuero Federal (ver el editorial publicado por Walter BERNS, "Sue the Warden, Sue the Chef, Sue the Gardener…", en *The Wall Street Journal*, el 24 de abril de 1995).

33- Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214.

34- "Farmer v. Brennan", 114 S. Ct. 1970 (1994). En dicho precedente, la Suprema Corte resolvió que resulta cruel alojar con la población masculina general a un transexual que evidencia claros rasgos femeninos, lo que lo expone a un intolerable grado de constante abuso.

35- "Holt v. Hobbs", 574 U.S. ___ (2015) referido a la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (Rluipa), una norma federal que se encuentra codificada en 42 U.S.C. § 2000 cc.

36- Public Law 108–79—Sep. 4, 2003. 42 U.S.C. ch. 147 § 15601, et seq.

37- CORTI, H. G., "Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero", en *El Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, Tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 661.

> 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 tercera 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).

Y añadió:

> 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.

Entre los precedentes en los cuales la cuestión presupuestaria ha sido expresamente abordada por la judicatura, cabe mencionar el ya citado fallo "Finney v. Arkansas Board of Correction" (505 F. 2d 194), en el cual se fijó como pauta general que, cuando el Estado aplica una pena privativa de la libertad, debe asumir la salvaguarda del condenado, protegiendo su salud física y mental, siendo inaceptable que decline tal deber *so pretexto* de carecer de los fondos suficientes para sufragar los gastos que demanda la administración penitenciaria.

En idéntico sentido, se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones del Quinto Circuito en autos "Wyatt v. Aderholt" (503 F.2d 1305), al rechazar los argumentos de la apelación interpuesta por el gobernador Wallace, que se fundó —precisamente— en la intromisión de la judicatura en la asignación de los recursos públicos, competencia exclusiva y excluyente de la Legislatura del Estado de Alabama.

Según surge de la sentencia, el gobernador se oponía a cumplir con la sentencia al alegar que la implementación de los servicios de asistencia psicológica y psiquiátrica a los reclusos con afecciones mentales implicaba una desviación de recursos públicos desde otros programas sociales a la administración carcelaria.

En una sentencia realmente magistral, la Cámara expresó que, si bien la Legislatura cuenta con amplios poderes para fijar las prioridades y distribuir los recursos entre los distintos planes sociales, ello, no obstante, no le brinda una discrecionalidad absoluta, ajena a la revisión judicial, puesto que no tiene facultades para restringir las partidas presupuestarias a tal punto que la provisión de los servicios sociales implique la violación a un derecho individual de raigambre constitucional. Cuando ello ocurre, la intervención de la judicatura en la reasignación de recursos se encuentra plenamente legitimada.

Asimismo, el Tribunal puso especial énfasis en que recaía sobre la persona del gobernador el deber de agotar los medios a su alcance para

garantizar el cumplimiento de la sentencia y la efectiva vigencia de los reclusos, siendo su responsabilidad el requerir a la Legislatura los fondos necesarios para la implementación de los estándares fijados por el tribunal.

Similares argumentos fueron esgrimidos por las autoridades del Estado de Mississippi en "Gates v. Collier" (501 F. 2d 1291), pues en dicho caso la administración penitenciaria reconoció que los establecimientos estaduales estaban operando en condiciones verdaderamente inconstitucionales y consintió el pronunciamiento dictando las normas y regulaciones internas necesarias para cumplir con la sentencia, pero se limitó a señalar en la apelación que carecía del presupuesto necesario para ejecutar los planes de acción en el restringido cronograma temporal fijado por el magistrado.

La Cámara de Apelaciones del Quinto Circuito rechazó el planteo con remisión a lo resuelto en "Holt v. Sarver" (309 F.Supp. 362, E.D.Ark.1970).

Dentro de esa misma familia de precedentes, cabe también referenciar entre muchos otros, el ya citado "Jackson v. Bishop" (66-C-64, E.D. Ark.) y "Hamilton v. Love" (358 F. Supp. 338, E.D. Ark, 1973); en este último, el Tribunal expresó con contundencia que "la inadecuación de los recursos no podía constituir una defensa adecuada para justificar que el Estado incurriese en una vulneración de derechos individuales de raigambre constitucional".

Si bien es cierto que tal principio ha sido reiterado en numerosos precedentes judiciales, no es posible dejar de advertir que cumplir con todas y cada una de las exigencias impuestas por los requerimientos judiciales implicó, en la mayoría de los casos, la puesta en marcha de amplios programas de inversiones públicas que los electores, con el correr de los años, demostraron no querer sufragar —pues pretenden que el Estado incremente el férreo control de los delincuentes, inocuizando al mayor número posible de ellos, sin invertir dinero público o sin invertir *mucho* dinero público en ello, pues pretenden que el gasto público se oriente a garantizar los derechos fundamentales de la *sociedad libre*—.

En efecto, en autos "James v. Wallace"[38] la implementación de las mejoras ordenadas por el juez Frank M. Johnson requirió un presupuesto de 55 millones de dólares para la administración penitenciaria del Estado de Alabama en el período fiscal de 1976. Del total de dicho presupuesto, 35 millones de dólares fueron afectados directamente a la ejecución de los programas requeridos por el magistrado.[39]

En opinión de Allen L. Adult —quien había sido director del Departamento Correccional en los Estados de Georgia, Mississippi y Colorado—, el costo de implementar las mejoras ordenadas por los tribunales federales en materia carcelaria ha insumido un incremento de gastos de por lo menos 5 millones de dólares en el caso de algunos condados de esos Estados, hasta un máximo de un billón de dólares para las administraciones estaduales.[40]

Para Adult, el mayor dilema reside en implementar las reformas en un contexto de reducción presupuestaria a nivel nación y frente

38- 382 F. Supp. 1177, 1974.

39- Cfr. Linda HARRIMAN and Jeffrey D. STRAUSSMANS, "Do Judges Determine Budget Decisions? Federal Court Decisions in Prison Reform and State Spending for Corrections", *Public Administration Review*, Vol. 43, Nº 4, julio-agosto de 1983, pp. 343-351.

40- La cita fue extractada de Arriman y Straussman, *op. cit.*, nota al pie Nº 38.

a la impopularidad de la reforma carcelaria entre los contribuyentes.[41]

Este pensamiento ha llevado a que los gobiernos estaduales, ponderando únicamente el incremento en el costo de las prisiones, pongan en marcha numerosos planes que tienden a la privatización —total o parcial— de los establecimientos, a la instauración de mecanismos de vigilancia electrónica para el cumplimiento de penas o arrestos preventivos dentro de un ámbito espacial extracarcelario limitado; la tercerización de los programas de asistencia pospenitenciaria y de atención de toxicómanos delincuentes; la participación de organizaciones no gubernamentales en la ejecución de sanciones penales alternativas a la privación de la libertad, como son los trabajos sociales o programas de educación o formación profesional; y un sinnúmero de programas que podríamos llamar *alternativos*, que en realidad poseen la virtud de *diluir* el impacto presupuestario de su ejecución, puesto que los gastos se convierten en periódicos y se ven reflejados en distintos ejercicios en lugar de incidir inmediatamente en el siguiente ejercicio presupuestario.

En un interesante estudio estadístico publicado por Boylan y Mocan[42] en 2009, se ha recopilado información referida a los efectos secundarios del cumplimiento de las sentencias dictadas en litigios estructurales en materia carcelaria, de la que surge un notorio incremento en el costo de mantenimiento de los condenados al cumplimiento de penas privativas de la libertad, así como también una progresiva disminución en el índice de mortalidad y, fundamentalmente, un declive en la relación de prisioneros per cápita.

Los autores señalan a su vez que, si bien en el plano teórico, el incremento en el costo de mantenimiento de cada recluso debería constituir el principal incentivo para que las autoridades reestructuren el presupuesto, al asignar mayores recursos a los planes de prevención del delito que a los de ejecución de las penas; lo cierto es que, de los datos colectados, surge que el incremento en el gasto es soportado mediante reducción de otros planes sociales destinados a los sectores más pobres y vulnerables de la población, que a la postre generan condiciones de vida que constituyen el caldo de cultivo de nuevos delincuentes.

En este punto, alertan sobre la posibilidad de que se genere una perniciosa espiral: a mayores recursos destinados a las cárceles para garantizar los derechos fundamentales de los condenados, menores recursos afectados a la financiación de planes sociales dirigidos a los carenciados; por lo tanto, mayor es la posibilidad de que los marginados en lugar de recibir mejores planes educativos y asistenciales

41- De hecho, según la información colectada por The Pew Charitable Trust —una ONG sin fines de lucro y no partidaria, que se dedica a recolectar información que puede resultar útil para realizar propuestas de políticas públicas— a partir de 2009, por lo menos 26 Estados de la Unión se vieron forzados, por la situación macroeconómica del país, a disminuir las asignaciones presupuestarias destinadas al sostenimiento del Sistema Penitenciario. Siete Estados —Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Montana, Nebraska y Washington— evidencian reducciones de por lo menos un 10% respecto del ejercicio fiscal de 2008 y Kansas fue el Estado que, con un 22%, redujo más virulentamente el presupuesto de este sector. Según expresa una nota publicada por John Gramlich en Stateline —el periódico online de la organización—, el 11 de agosto de 2009, el presupuesto destinado al Sistema Penitenciario ocupa el quinto lugar dentro del presupuesto total de los Estados de la Unión, luego de Medicaid, la educación secundaria, la educación terciaria y el transporte.

42- BOYLAN, R. T. y MOCAN, N., "Intended and Unintended Consequences of Prison Reform, The National Bureau of Economic Research", noviembre de 2009. Actualizado en 2013, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 0. Nº 0, disponible en: 10.1093/jleo/ewt006. http://hdl.handle.net/1911/75787.

—principalmente subsidios en efectivo— incurran en hechos delictivos.

Sin embargo, pese a la alarma inicial, los autores se ocupan de aclarar que hasta el momento no existen evidencias contundentes de que el cumplimiento de las sentencias judiciales requiera efectivamente erogaciones extraordinarias.

Por el contrario, señalan que la evidencia es ambigua, puesto que, si bien el impacto presupuestario inicial es evidente, a medida que la reforma carcelaria se fue profundizando, disminuyó dramáticamente el número de detenidos.

Asiste razón a los autores, puesto que si se analizan, por ejemplo, las soluciones brindadas a la problemática de hacinamiento, lo cierto es que, inicialmente, debieron construirse nuevos establecimientos para albergar a un creciente número de reclusos, con el monumental gasto en infraestructura que ello conlleva, pero más recientemente se han encontrado soluciones más profundas, como las derivadas de los casos "Plata v. Schwarzenegger"[43] y "Coleman v. Schwarzenegger",[44] en los cuales se ordenó a la administración penitenciaria del Estado de California que, en el acotado plazo de 45 días, proveyera al tribunal de un plan de reducción de la población carcelaria, que en dos años alcanzara el 137,5% de la capacidad combinada de la totalidad de los centros penitenciarios estaduales.

A raíz de dichos precedentes, California impulsó una reforma legislativa amplia —que aún continúa vigente— sobre la duración de las condenas, las políticas de libertad condicional y liberación anticipada en caso de buena conducta, así como las dirigidas a implementar programas de rehabilitación y reinserción social de reclusos de baja peligrosidad para alivianar significativamente el número de internos y a la postre permitir al gobierno estatal proveerles a los condenados condiciones decentes de habitación.

Sin embargo, volviendo al estudio realizado por Boylan y Mocan, las estadísticas resultan prematuras y especulativas, pues no es posible determinar a priori si la reducción de la población carcelaria derivada de los mentados planes de emergencia, resultará o no en un aumento del índice de reincidencia y si a la postre habrá de incurrirse en nuevos gastos de administración de justicia y encarcelamiento de los delincuentes que se han visto beneficiados con las nuevas medidas.

Asimismo, los autores citados han puesto de manifiesto que, asiduamente, al evaluarse el grado de acatamiento de los pronunciamientos, se pierde de vista que, para adecuarse a los nuevos estándares, las penitenciarías estaduales han derivado gran parte de los internos a establecimientos que son administrados por los condados, transfiriendo así el gasto de manutención.

Por lo tanto, para que el análisis del impacto de los precedentes jurisprudenciales emanados de los tribunales federales en el gasto público de los Estados de la Unión pueda arrojar conclusiones útiles, sería necesario incluir esa variable en la ponderación.

Es muy interesante señalar que, según la información colectada por Levitt,[45] el incremento del gasto público por interno no se verifica empíricamente con la etapa de la ejecución de sentencia, sino que es posible constatarlo desde el inicio mismo del litigio. Por lo tanto, el estudio debiera ponderar los datos colectados sobre un amplio período temporal —adviértase que los

43- 3:01-cv-01351-TEH (N.D. Cal.).

44- 2:90-cv-00520-LKK-JFM (E.D. Cal.).

45- LEVITT, S. D., "The Effect of Prison Population size on crime rates: Evidence from prison overcrowding litigation", *The Quarterly Journal of Economics*, 111 (2):319, 51, mayo de 1996.

litigios estructurales en materia carcelaria duraron un promedio de 18 años en los diferentes Estados de la Unión—.

Asimismo, el estudio de Boylan y Mocan revela que la reacción inmediata a la sentencia es la reducción en la población carcelaria —pues esto permite brindar mejores servicios con los recursos disponibles—, mientras que el incremento en el gasto recién se verifica en el siguiente ciclo presupuestario.

La información colectada por los autores revela además que, contrariamente a lo previsible, el presupuesto total del Estado no se vio incrementado proporcionalmente al nivel de aumento del gasto en ese específico sector, lo que sugiere que las Legislaturas habrían redistribuido los recursos disponibles asignando distintas prioridades en los ejercicios fiscales posteriores a las sentencias judiciales.

A resultas de las variables antes expuestas, los autores concluyeron que la intervención judicial en la administración penitenciaria tuvo como efecto un incremento en el 27% de los gastos de manutención por recluso; duplicó los gastos de capital per cápita del Sistema Penitenciario norteamericano; implicó una disminución del 12% de la población carcelaria, y una reducción del índice de mortalidad a seis prisioneros por año promedio en cada Estado de la Unión.

Adicionalmente, se comprobó que dichos índices no empeoraron en los años posteriores al cese de la intervención judicial, es decir que las mejoras obtenidas pueden considerarse sostenibles.

Por otra parte, como señala Bernardo del Rosal Blasco,[46] en algunos otros supuestos, lo que se ha hecho fue buscar la financiación privada para la construcción de los nuevos centros penitenciarios que cumplan con los estándares mínimos para asegurar los derechos fundamentales de los reclusos.

Con esta modalidad, una empresa privada se encarga de construir el centro, alquilando posteriormente las instalaciones a la institución penitenciaria, lo que permite al Estado o al condado correspondiente esquivar las trabas burocráticas que la construcción de un establecimiento penal o penitenciario exige superar y, por otra parte, fraccionar o afrontar el pago del alquiler dentro de los presupuestos corrientes sin tener que acudir a los empréstitos extraordinarios o a las grandes cifras presupuestarias que requieren los proyectos de tal envergadura.

Transcurrido el período de alquiler y dependiendo de cuáles hayan sido las condiciones pactadas en el contrato, el establecimiento se vende al Estado o queda en manos de la empresa propietaria que puede destinarlo a otros fines.

Uno de los grupos empresarios que mayor interés ha puesto en este tipo de negocio, el Shearson Lehamn/American Express, informó haber facturado por este concepto entre 1983 y 1985 la friolera de 500 millones de dólares.[47]

Otra vía que se ha intentado es la de rentabilizar el potencial de mano de obra de los internos, al explotar intramuros a través de distintos emprendimientos, como el caso del ya comentado Unicor.

Sin embargo, privatizar en todo o en parte las funciones a cargo del Sistema Penitenciario con el solo objetivo de mantener presupuestos estables implica —como señala el autor— errar

46- Bernardo del Rosal Blasco, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 2, 1990, pp. 557-580.

47- BECKER, C. y STANLEY, D., "The downside of Private Prisons", *The Nation*, el 15 de junio de 1985.

el enfoque del debate despolitizándolo, cuando, en realidad, el complejo problema social, político, filosófico y jurídico de la ejecución penal no puede ser reducido a una ecuación de costo-beneficio. Sin dejar de lado que incluso los costes se determinan políticamente: ¿Cuánta población reclusa queremos tener? ¿Cuánta sobrepoblación penitenciaria estamos dispuestos a soportar? ¿Cuánto queremos gastar en administración de justicia? ¿Cuánto en seguridad?

Como concluye el autor en su comentario:

> Desde el punto de vista político-constitucional, la delegación del poder estatal de ejecutar las sentencias penales privativas de la libertad supone, necesariamente, un quiebre en el monopolio estatal del uso organizado de la fuerza, en la media en que la organización de una prisión se estructura y se fundamenta, esencialmente, sobre el uso de la coacción y de la fuerza. Ya de por sí esto distorsiona el esquema constitucional de valores en cuanto que se delega algo reservado en exclusiva para el Estado. Pero es que, además, desde el momento en que la organización de la ejecución penal ya no ha de servir únicamente a los fines que vengan asignados por la legislación vigente, sino que, en ella, ha de intervenir de forma decisiva los cambiantes intereses privados de la empresa concesionaria, los criterios de valoración y selección del uso de la coacción y de la fuerza se van igualmente a distorsionar, haciendo fácilmente su aparición la inseguridad y las desviaciones y abusos de poder.

En realidad, es el Estado el que debiera poner fin a un modelo de justicia criminal que ha revelado —en los precedentes judiciales reseñados— ser devastador de la condición humana del delincuente, y la sociedad toda debe finalmente abandonar la contradicción que implica asignar gastos crecientes al control y la vigilancia —para satisfacer una supuesta demanda pública de endurecimiento penal—, en lugar de a la asistencia y contención social y económica de los grupos marginales.

III. Situación carcelaria en la Argentina[48]

Para poder abordar la situación carcelaria argentina, nos centraremos, en este acápite, en tres ejes.

En primer lugar, analizaremos el plexo normativo, dado que este es un punto neurálgico que nos distingue del sistema norteamericano que acabamos de comentar.

Ello es así, ya que, como pudimos ver, los estándares penitenciarios mínimos que deben asegurar los Estados de la Unión han sido creados a través de la jurisprudencia que paulatinamente fue forzando a las administraciones penitenciarias estaduales a plasmarlos en sus reglamentos internos, mientras que en nuestro país esos estándares encuentran su fuente normativa en los tratados internacionales que forman parte de la Constitución Nacional, en las Constituciones provinciales y hasta en la Ley de Ejecución Penal de la Nación.

No obstante ello, la temprana recepción normativa en el ordenamiento jurídico internacional y nacional de dichos estándares no debe

48- "El ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional" (Fallos 318:1894, causa "Dessy" y Fallos 327:388, causa "Romero Cacharane").

inducir al equívoco de considerar que la situación carcelaria argentina es ajena al Estado de decadencia generalizada que debieron abordar los magistrados de aquel país como consecuencia de la ausencia de normativa que garantizase mínimamente la vigencia de los derechos fundamentales.

Por el contrario, los casos de uno y otro país tienen importantes puntos de conexión y su estudio pondrá en evidencia que las violaciones a los derechos fundamentales de los condenados penalmente se tornan aún más intolerables cuando los estándares mínimos se encuentran receptados en la legislación positiva.

El segundo eje consiste precisamente en el análisis de la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para identificar las semejanzas y diferencias con la norteamericana y con las de otros tribunales internacionales que estudiaremos más adelante.

La tercera arista que trataremos es la incidencia presupuestaria de la reforma carcelaria en nuestro país, para lo cual nos centraremos en el presupuesto nacional y el de la Provincia de Buenos Aires.

III.1 Régimen normativo

El artículo 18 de la Constitución Nacional, en su parte pertinente, sienta una pauta general,[49] pero de claro contenido prescriptivo al disponer: "Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a modificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación[50] ha expresado:

> Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa 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 con 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.

El constituyente introdujo así una pauta de orientación de la actividad estatal para el funcionamiento del Sistema Penitenciario, a saber, el principio de *humanidad de la ejecución de las medidas privativas de la libertad* o el *derecho a condiciones carcelarias dignas*, que acarrean consecuencias jurídicas, dado que no constituyen solo un programa a plazo indefinido o un proyecto, sino que es una exigencia ineludible, operativa, es ley fundamental que se convierte en un deber inexcusable y que se suma al conjunto de condiciones jurídicas y materiales para que

49- Así lo entendió la CSJN en Fallos 327:5658.

50- Fallos 318:2002.

la privación de libertad pueda considerarse legítima.[51]

Esta cláusula constitucional es reproducida a lo largo de casi la totalidad de la Constituciones provinciales, las que, en su gran mayoría, ahondan en detalles, es decir, fijan estándares más específicos que la Constitución Nacional.[52]

Esas condiciones dignas y habitables con las que deben contar las cárceles, sean estas de detención o cumplimiento de condenas, se extienden a las comisarías en caso que deban alojar transitoriamente a los detenidos.[53]

A este precepto constitucional, se deben agregar los dispuestos en los tratados internacionales que forman parte de nuestra Constitución Nacional. Entre ellos, encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,[54] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[55] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[56]

A este bloque normativo, además, se deben adicionar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, no obstante carecen de la misma jerarquía que los tratados de derechos humanos, ya que se han convertido en el estándar de pautas para el tratamiento de personas privadas de la libertad a nivel internacional y nacional, como lo señaló la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios de sus precedentes que analizaremos más adelante.

Debido a ello consideramos necesario hacer en rápido relevamiento de dichas pautas.[57]

51- En ese sentido, ver la resolución del 20 de abril de 2010 en la causa "Mestrín, María Fernanda; Verbitsky, Horacio s/ *hábeas corpus*", Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la ciudad de Mar del Plata. Para analizar la evolución de las penas, ver FOUCALT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009.

52- La primera aclaración que debemos efectuar es que, a excepción de la provincia de Tucumán, las restantes Constituciones provinciales dedican por lo menos una de sus cláusulas a las prisiones; ya sea a su finalidad, a las condiciones que deben cumplir o a las garantías que se deben asegurar a las personas allí alojadas que se encuentran privadas de su libertad. Artículo 30 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; art. 31 de la Constitución de Catamarca; art. 44 de la Constitución de la Pcia. de Córdoba; art. 10 de la Constitución de Corrientes; art. 27 de la Constitución de Chaco; art. 51 de la Constitución de Chubut; arts. 24 y 29 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos; art. 18 de la Constitución de Formosa; art. 20 de la Constitución de Jujuy; arts. 14 y 15 de la Constitución de La Pampa; art. 26 de la provincia de La Rioja; arts. 23 y 24 de la Constitución de la Pcia. de Mendoza; art. 15 de la Constitución de Misiones; arts. 70 y 72 de la Constitución de Neuquén; arts. 18 y 23 de la Constitución de Río Negro; art. 21 de la Constitución de Salta; arts. 31 y 39 de la Constitución de la provincia de San Juan; art. 44 de la Constitución de San Luis; art. 28 de la Constitución de Santa Cruz; art. 57 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero, y arts. 38 y 39 de la Constitución de Tierra del Fuego.

53- En ese sentido, ver GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 313.

54- Arts. IX, X, XVIII, XXV y XXVI. De subrayarse que el art. XXV establece: "Todo individuo tiene también derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad".

55- Arts. 2, 3, 6.2, 4, 5 y 6, 9, 10, 14, 15. Cuyo art. 10 indica: "Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

56- Su art. 5º dispone: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

57- Para un análisis más profundo ver RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Volumen I, Editores del Puerto, Buenos Aires,

Estas reglas fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, en 1955 (aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C [XXIV] del 31 de julio de 1957 y 2076 [LXII] del 13 de mayo de 1977).

Dentro de sus observaciones preliminares, se aclara que el objeto de las reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario *modelo*, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

Tampoco desconocen que, debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, tales reglas indefectiblemente serán aplicadas en forma diferente por las partes de acuerdo con los progresos que cada país experimente en esos campos. Sin embargo, existe consenso en el sentido de que las reglas son operativas y debieran servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.

Estas reglas están divididas en dos partes, la primera se refiere a la administración general de los establecimientos penitenciarios y es aplicable a todas las categorías de reclusos, criminales o civiles, en prisión preventiva o condenados, incluso a los que sean objeto de una medida de seguridad o de una medida de reeducación ordenada por el juez; la segunda parte, en cambio, contiene las reglas que no son aplicables más que a las categorías de reclusos a que se refiere cada sección.

Cabe aclarar que las reglas de la sección "A" —aplicables a los reclusos condenados— serán igualmente utilizadas para las categorías de reclusos a que se refieren las secciones "B", "C" y "D", siempre que no sean contradictorias con las específicas que las rigen y a condición de que sean provechosas para estos reclusos.

Como principio fundamental se establece que no se admite hacer diferencias de trato entre los reclusos fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera (cfme. regla 6.1).

Luego se desarrollan una serie de disposiciones que pueden ser clasificadas de la siguiente manera: de acuerdo con la forma en que deben estar organizados los centros de reclusión; los derechos de los reclusos, el personal penitenciario y el régimen disciplinario en las prisiones.

Entre las reglas más significativas, se instituye que los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Y se aclara que los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; y los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (cfme. regla 8).

Con respecto a las celdas, se fija que las destinadas al aislamiento nocturno no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso

2009, 2ª edición actualizada, p. 135 y ss.

temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. En los casos en que se recurra a dormitorios, estos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate (cfme. regla 9).

Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación (cfme. regla 10). Asimismo las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (cfme. regla 12).

Por otra parte, se regula que cada recluso dispondrá de una cama individual (cfme. regla 19) y recibirá de la administración una alimentación de buena calidad, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas (cfme. regla 20.1), además deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite (cfme. regla 20.2).

Con respecto a la práctica de ejercicios físicos, los reclusos deberán disponer de por lo menos de una hora al día para su desarrollo al aire libre.

En lo atinente a los servicios médicos, todo establecimiento penitenciario deberá disponer por lo menos de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. Se dispondrá el traslado de los enfermos, cuyo Estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, estos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados (cfme. reglas 22.1 y 22.2).

En relación con el orden y la disciplina, se consagra que ningún recluso podrá desempeñar en los servicios del establecimiento un empleo que permita ejercitar una facultad disciplinaria (cfme. regla 28.1); que las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias (cfme. regla 31).

Además, los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos, tanto por correspondencia como mediante visitas (cfme. regla 37), ellos deben ser informados periódicamente de los acontecimientos más importantes, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración (cfme. regla 39).

Por último, en lo que respecta al personal penitenciario, será necesario que sus miembros trabajen exclusivamente como funcionarios penitenciarios profesionales, tener la condición de empleados públicos y, por lo tanto, la seguridad de que la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de la eficacia

de su trabajo y de su aptitud física. La remuneración del personal deberá ser adecuada para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces (cfme. regla 46.3).

En lo posible, se deberá añadir al personal un número suficiente de especialistas, tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos. Los servicios de los trabajadores sociales, de maestros e instructores técnicos deberán ser mantenidos permanentemente, sin que ello excluya los servicios de auxiliares a tiempo limitado o voluntarios (cfme. reglas 49.1 y 49.2).

En relación con las reglas que se refieren a cada categoría específica de reclusos, cabe destacar que el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen y solo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo (cfme. regla 58). Para lograr ese propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer (cfme. regla 59).

De acuerdo con la regla 62, los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del recluso. Para lograr este fin, deberá aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario.

Dicho tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad (cfme. regla 65). Para lograr ese fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesional, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso (cfme. regla 66).

Con respecto al trabajo penitenciario, este no deberá tener carácter aflictivo (cfme. regla 71.1), se deberá proporcionar a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante una jornada de trabajo y, en la medida de lo posible, deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación (cfme. las reglas 71.2, 71.3 y 71.4).

En cuanto a las personas detenidas o en prisión preventiva, deberán ser mantenidos separados de los reclusos condenados (cfme. regla 85.1), los acusados jóvenes serán mantenidos separados de los adultos. En principio, serán detenidos en establecimientos distintos (cfme. regla 85.2). A los acusados deberá ofrecérseles la posibilidad de trabajar, pero no se les requerirá a ello. Si trabajan, se les deberá remunerar por su tarea (cfme. regla 89).

Por otra parte, a esos instrumentos internacionales corresponde adicionar los Principios Básicos, elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para el Tratamiento de

Reclusos,[58] [59] el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión,[60] la Regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad,61 las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Pekín),[62] la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

Para poder concluir el análisis del plexo normativo aplicable a la cuestión carcelaria, no puede dejar de analizarse la Ley Nº 24660, ya que, como veremos, esta norma refleja varios de los estándares internacionales y los incorpora como normativa interna.

La Ley Nº 24660 —promulgada el 8 de julio de 1996— estipula lo atinente a la ejecución de la pena privativa de la libertad en la República Argentina.

En dicha norma, el legislador nacional, como se indicó, plasmó diversos estándares básicos, al reproducir parte de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas.

Se debe aclarar que tal norma resulta aplicable tanto a las personas condenadas como a los procesados, siempre y cuando en este último caso no se contradiga el principio de presunción de inocencia del que gozan.

El artículo 1º en sintonía con la Constitución Nacional y las Constituciones provinciales establece que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

Al igual que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas se estipula que las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia, y que las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado (cfme. art. 8 de la ley y que encuentra su correlato en la regla 6.1).

El primer criterio objetivo que se puede mencionar consiste en que los establecimientos destinados a procesados no pueden alojar simultáneamente a condenados (cfme. art. 179 en consonancia con las Constituciones de las provincias de Catamarca, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, Misiones, Salta, San Juan, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego).

Por su parte, el régimen penitenciario debe asegurar y promover el bienestar psicofísico de

58- Aprobado por la Asamblea General, Resolución 45-111, del 14 de diciembre de 1990.

59- Que disponen que, "con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos".

60- Principio sexto, Asamblea General Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1998, que prescribe: "Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

61- Indica: "No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional, y que sean compatibles con la privación de la libertad".

62- Disponen: "Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad, y en interés de su desarrollo sano".

los internos. Para ello se deben implementar medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, y atenderse especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos (cfme. art. 58).

En cuanto al número de internos, la ley regla que cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos (cfme. art. 59).

En lo relativo al alojamiento nocturno del interno, en lo posible, será individual en los establecimientos cerrados y semiabiertos (cfme. art 62).

La alimentación del interno estará a cargo de la administración; será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos (cfme art. 65).

En lo atinente al trabajo, este constituye un derecho y un deber del interno. Es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación (cfme. art. 106).

También se legisló lo relativo a la educación y al derecho a la salud (cfme. arts. 133 y 143).

Por último, el legislador nacional dispuso que la Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esa ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la Ley Nº 24660 (cfme. art 228).

Estas disposiciones han tenido una favorable acogida en la normativa de la Provincia de Buenos Aires, que también reformó su norma penitenciaria, al sancionar la Ley Nº 12256, a través de la cual adecua los estándares en gran parte a las pautas nacionales.

III.2. Jurisprudencia. Análisis a la luz de los requisitos de los litigios estructurales. Énfasis en los argumentos presupuestarios.

Como anticipáramos en los acápites precedentes, la sobreabundancia de normas positivas referidas a los estándares y garantías mínimas que el Estado argentino debe proveer a los condenados penalmente no impidió abusos igual o más crueles que los constatados por los tribunales federales norteamericanos en los fallos anteriormente analizados; pero sí habría de alivianar la tarea de la judicatura que, en el caso de nuestro país, no necesitó instar a la administración penitenciaria y a las Legislaturas estaduales a elaborar esos parámetros —con el valioso tiempo y el gasto que ello conlleva—, sino que la tarea de la Magistratura se vería constreñida a velar por el cumplimiento de las normas en vigor.

En la mayoría de las prisiones y comisarías del país —utilizadas erróneamente para reclusiones prolongadas—, las personas sufren no solo el encierro propio de las penas privativas de la libertad, sino que, verdaderamente, se encuentran sometidas a condiciones inhumanas, que lesionan *ilegítimamente* —es decir, en *exceso del ius puniendi*— los derechos fundamentales y conspiran contra la finalidad rehabilitadora que el Estado y la ciudadanía toda se han puesto como meta en el programa constitucional.

Tan grave es la situación actual, que el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas llamó la atención al Estado argentino sobre:

> La práctica sistemática de torturas y malos tratos de las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales; la desproporción entre la gran cantidad de estos hechos que se reportan y las pocas condenas al respecto, lo cual crea una situación de impunidad; las torturas a

> niños de la calle, indígenas, mujeres y minorías sexuales; la superpoblación carcelaria y la falta de higiene, comida y tratamiento médico para los reclusos, que constituyen en sí mismo un tratamiento inhumano y degradante, y el alto número de presos sin condena (CAT/C/CR/33/1, 10 de diciembre de 2004).

En mérito a ello, el Comité recomendó al Estado argentino tomar todos los pasos necesarios para prevenir actos de esta índole e iniciar investigaciones penales tendientes a castigar a los responsables; educar a las fuerzas de seguridad en el contenido de la Convención contra la Tortura y demás derechos humanos, y fundamentalmente, adoptar las medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad.[63]

Esas recomendaciones profundizaron la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, que al abordar tales problemáticas en casos concretos, bajo toda circunstancia, ha buscado evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación a los instrumentos en materia de derechos humanos, y de ese modo, como bien enuncia la Corte Interamericana, respetar indeclinablemente el art. 1.1 de la Convención, ya que:

> (…) El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los Derechos Humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los Derechos Humanos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.[64]

En este acápite, reseñaremos algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte que, a nuestro entender, resultan de gran importancia para comprender la magnitud de la problemática carcelaria en nuestro país, observando que algunos de ellos representan características procesales que permitirían clasificarlos como un litigio estructural, según los parámetros fijados previamente al abordar los casos estadounidenses.

III.2.1. Caso "Defensor del Pueblo"[65]

Este primer caso al que nos referimos adquiere significancia, ya que, como señala Corti,[66] prefigura la doctrina que luego sentará la Corte en la causa "Verbitsky".

63- La compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005) puede consultarse en la página web: www.ohchr.org.

64- Caso "Velásquez Rodríguez", Sentencia de la CIDH del 29/7/1988, numeral 164 y Caso "Godínez Cruz", Sentencia de la CIDH del 20/1/1989, numeral 173.

65- Cámara Tercera de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, Provincia de Río Negro, sentencia del 25 de agosto de 1995, LL 1996-A-747.

66- Corti, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 784 y ss.

El Defensor del Pueblo de la Nación inició una acción de amparo contra la provincia de Río Negro, en la que argumentó que la Cárcel de Encausados de la ciudad de General Roca, adolecía de graves anomalías que afectaban derechos reconocidos en los arts. 18 y 23 de la Constitución de la provincia, 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 5° incs. 2°, 4°, 5° y 6° del Pacto de San José de Costa Rica, los arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley Nº 23313) y el art. 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Ley Nº 23338).

Entre las anomalías que sustentaron la acción, se pueden señalar, en lo que atañe al alojamiento, que se encontraban personas procesadas junto con aquellas que poseían sentencia firme; convivían sin discriminación de edades, situación procesal ni clasificación de acuerdo con su adaptabilidad; que algunos internos carecían de la atención médica específica a sus respectivas dolencias; que a excepción de los pabellones destinados al alojamiento de mujeres, los demás pabellones carecían de mantenimiento, como ser: a) falta de iluminación de los pasillos, lo que implicaba un grave riesgo para la seguridad de los internos y el personal policial; b) la precariedad de las instalaciones eléctricas de las celdas que se encontraban iluminadas por una lamparita alimentada mediante un cableado externo que pendía del techo.

Las ventanas del establecimiento carecían, en su mayoría, de vidrios y, a fin de atenuar el frío y el viento, las aberturas eran cubiertas por los internos con cartones, telas, gomaplumas, papeles, mantas y otros materiales inflamables que, por su consistencia, bloqueaban el ingreso de luz natural.

Los baños carecían de iluminación, solo prestaban el servicio de agua corriente fría, los sanitarios se encontraban obstruidos y revelaban un estado general de abandono.

En cuanto al equipamiento, cabe señalar que las celdas carecían de colchones, los internos no contaban con provisión periódica de ropa blanca, frazadas u otros elementos similares para paliar las duras condiciones climáticas imperantes en la Ciudad de General Roca durante la temporada invernal.

Lo que era aún más grave era el visible estado de deterioro del muro perimetral, de los corredores y garitas que eran utilizadas por el personal policial de vigilancia.

En general, la infraestructura del establecimiento era lúgubre y presentaba visibles deterioros como resultado de los daños sufridos durante los motines ocurridos en 1994.

El Tribunal, al constatar las pésimas condiciones edilicias del establecimiento, concluyó:

> Sin temor a equívocos, que contrariando la manda constitucional provincial del art. 23, la Alcaidía de esta ciudad no es sana, ni limpia, ni constituye centro de enseñanza, readaptación y trabajo, ni ayuda a la recuperación integral del detenido. Las deplorables condiciones anteriormente enunciadas respecto de los pabellones 1, 2, 3 y 4, importa un rigor innecesario que mortifica a quienes allí se encuentran internados.

Asimismo, aclaró:

> No escapa a nuestro conocimiento la crítica situación económica por la que atraviesa el país y la provincia, no lo

> es menos que la entidad de las normas constitucionales afectadas, imponen seriamente restablecer el servicio conculcado con carácter de urgente.

Debido a ello, la Cámara Tercera de Apelaciones en lo Criminal de General Roca ordenó al gobernador de la provincia que proveyera a la Cárcel de Encausados —en el término de 30 días—: a) de los medicamentos y materiales necesarios; b) de elementos y artículos de limpieza e higiene personal adecuados a las necesidades de la actual población carcelería; c) camas, colchones y frazadas.

Asimismo lo instó a reponer, dentro del mismo plazo, los vidrios rotos y faltantes, así como también le otorgó un plazo de seis meses para llevar a cabo las obras y trabajos de reparación de la red cloacal, del sistema eléctrico y del servicio de agua caliente.

Además, ordenó que, en el plazo de un año, dotase a la Alcaldía de la infraestructura material y humana necesarias para albergar en forma separada a menores procesados de los condenados, así como también para segregar a varones y mujeres mayores de edad.

Por último, aclaró que el cronograma antes descripto debía ser estrictamente observado, en tal sentido advirtió:

> El cumplimiento de lo ordenado […] deberá concretarse en los términos indicados, bajo apercibimiento de disponer la libertad de cada uno de los detenidos o su prisión domiciliaria con la debida custodia policial, de acuerdo con la afectación de derechos que se trate y según resulte aconsejable en cada caso.

Al analizar el caso en comentario, Corti indica:

> La cuestión presupuestaria, aunque central en el problema, aparece veladamente en el caso, donde sin embargo el criterio judicial resulta claro: hay un derecho, luego también hay un correlativo deber del Estado, cuyo incumplimiento debe cesar, donde no es una razón suficiente para justificar el incumplimiento público existencia de "problemas económicos" o, por estar incluidos en estos últimos, las "restricciones presupuestarias". Por cierto, dicha restricción incide en la racionalidad que debe tener la ejecución de la sentencia en términos temporales, de ahí la fijación de plazos prudentes para realizar una serie de acciones que, por lógica consecuencia, importan gastos.[67]

III.2.2. Caso "Badín"[68]

Al abordar el tratamiento de la Ley de Presupuesto y de los Derechos Humanos, Corti señala que esa ley tiene una vinculación conceptual con el sistema de derechos humanos e indica que una de sus finalidades es la de hacer efectivo el conjunto de los derechos humanos, de ahí que ella devenga inconstitucional si no cumple con dicho cometido o si, al desarrollarse, lesiona, de alguna manera, un derecho fundamental.

Esta concepción no es otra que la ya expuesta por los tribunales estadounidenses en los casos

67- CORTI, H. G., *op. cit.*, p. 785.

68- Fallos 318: 2002.

analizados en este trabajo, según la cual la discrecionalidad de la Legislatura al diseñar la Ley de Presupuesto no es absoluta, pues no puede restringir las partidas a punto tal de impedir al Estado brindar servicios públicos mínimos para garantizar un derecho fundamental.

En palabras de Corti, la Ley de Presupuesto debe ser una técnica para la realización de los derechos, no debe ser un medio para menoscabarlos.[69]

El autor pone especial énfasis en la recepción de esta doctrina en el ámbito nacional a través lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Badín".

El litigio se inició como una acción de daños y perjuicios contra el Estado, en la cual los familiares de varios detenidos que fallecieron a raíz de un incendio en la cárcel de Olmos responsabilizaban a la administración del siniestro, puesto que era responsabilidad del Estado mantener el establecimiento en condiciones edilicias propicias para albergar a un número de internos, que, según lo alegado, superaba ampliamente su capacidad de alojamiento.

Previo a resolver la cuestión de fondo, la Corte señaló:

> 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 aquella exija (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país, ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 además de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación con 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 solo 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 (considerando 3º).

Por su parte, en lo atinente a la materia presupuestaria, en el considerando 9° la Corte subrayó:

> [que las comprobaciones de la causa] 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

69- CORTI, H. G., *op. cit.,* p. 694.

> o las consecuentes excesivas poblaciones penales […] 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 aún 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 aquella** (art. 5° inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), (el destacado nos pertenece).

A partir de este precedente, podríamos decir que se afianzó la doctrina del Tribunal, según la cual una vez que existe un reconocimiento de un derecho fundamental en el plexo normativo interno el Estado queda compelido a asegurar su vigencia, para lo cual, indefectiblemente, deberá prever la necesidad de asignar las pertinentes partidas presupuestarias a fin de afrontar los gastos públicos que ello conlleve.[70]

III.2.3. Caso "Gallardo"[71]

En el precedente en comentario —a diferencia de los *leading cases* "Defensor del Pueblo", "Defensor Oficial" y "Verbitsky"—, no nos encontramos frente a una acción de clase o un litigio que exhiba las características propias de un litigio estructural, puesto que la controversia tuvo su origen en una demanda de tipo individual, iniciada por un reo que alegó la seria afectación de su derecho a la salud dadas las precarias condiciones de higiene y salubridad del establecimiento en el cual se encontraba cumpliendo la pena.

Si bien la sentencia emitida por la Corte no se refiere específicamente a la cuestión presupuestaria, esta se encuentra implícitamente abordada, pues existen numerosas referencias a los servicios mínimos que debería prestar el Estado a los reclusos —servicios que, evidentemente, requieren erogaciones periódicas—, al tiempo que se reitera a las autoridades que las ***imposibilidades genéricas o supuestos obstáculos de infraestructura*** **no los relevan de su estricto cumplimiento.**

Asimismo, en la sentencia, la Corte ha hecho hincapié en que la inconducta del Estado no solo lesiona los derechos constitucionales de sus habitantes, sino que constituyen una violación a los compromisos asumidos por la República Argentina con la comunidad internacional.

En primer lugar, el tribunal en el considerando 5° recordó:

> El ingreso a una prisión (...) no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 318:1894, considerando 9° del voto de los jueces

70- En ese sentido, CORTI, H. G., *op. cit.,* p. 696.

71- Fallos 322:2735.

> Fayt, Petracchi y Boggiano). Así, toda situación de privación de libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate (art. 3°, Ley Nº 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

A reglón seguido, destacó que los hechos denunciados por el demandante —el haberse interrumpido el tratamiento de rehabilitación que estaba realizando, el no recibir ningún tipo de atención médica, a pesar de que padecía un problema urológico, y que se encontraba durmiendo en el piso—.

> Comprometen la dignidad humana de una persona sometida a privación de libertad, amparada no solo por el art. 18 de la Carta Magna, sino también por tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XXV—, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 10—, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 5—, y reconocida en documentos internacionales orientadores, como los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990 —principio 24—, y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, resoluciones 663C y 2076, del Consejo Económico y Social, arts. 22 a 26.

También señaló:

> La prohibición general de someter a una persona a tratos inhumanos o degradantes establecida por los textos internacionales mencionados tiene carácter absoluto, que no puede ser cancelada con ningún fundamento. Pero, además, su redacción no deja duda alguna respecto a la estrecha vinculación que existe entre el riesgo de ser sometido a tales padecimientos y las situaciones de detención, y en cuanto al deber de los Estados de velar por que el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los derechos fundamentales.

Por último, conforme lo adelantado previamente, la Corte —con cita del Tribunal Constitucional Alemán— indicó: "Frente a una petición de un detenido, los tribunales de grado tienen el deber de examinar las particularidades del planteo y resulta inadmisible aceptar la invocación por parte de la autoridad penitenciaria de imposibilidades genéricas o supuestos obstáculos de infraestructura (BVerfG, 2BvR 807/94)."

III.2.4. Caso "Defensor Oficial"[72]

En el presente caso, el defensor oficial ante los Juzgados Federales de la provincia

72- Fallos 327:5658.

de Jujuy interpuso un *hábeas corpus* por las personas procesadas con prisión preventiva que se encontraban en el Escuadrón Nº 53 de la Gendarmería Argentina y en la Alcaldía Federal de dicha provincia.

Denunció el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones de detención de sus asistidos, pues se encontraban detenidos en instalaciones no adecuadas, donde se veían privados de los derechos y beneficios que acuerda la Ley Nº 24660.

Fundó su pretensión en que la detención de sus representados se veía agravada por las condiciones de hacinamiento en que se hallaban alojados, en celdas de escasas dimensiones donde se agrupaban hasta cuatro y cinco internos, sin la suficiente ventilación, luz y condiciones de higiene, esparcimiento y alimentación.

No obstante que esta situación de hecho fue acreditada mediante copiosa prueba, tanto el juez federal de Primera Instancia de la provincia de Jujuy, como la Cámara Federal de la provincia de Salta denegaron la petición del defensor oficial.

Para así hacerlo, el mencionado Tribunal sostuvo:

> [La] gravísima situación de precariedad en la infraestructura habitacional encontraría solución definitiva con la propiciada creación de la cárcel federal que, presuntamente, se construiría en la ciudad Güemes, que permitiría albergar a los presos de tal carácter de ambas provincias.

No obstante reconocer que la gravedad de la denuncia concluyó que, hasta tanto ello no ocurriera, la situación planteada no podía ser resuelta a través de una acción genérica como la intentada, sino con las medidas concretas tendientes a lograr tales metas, toda vez que la "agravación de las condiciones de detención no obedece a la conducta de los responsables de los establecimientos que cumplen funciones en materia carcelaria, sino de la situación general referida anteriormente".

Ante tal resultado, el defensor oficial se alzó en recurso extraordinario federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación haciendo suyos los fundamentos del procurador fiscal subrayó:

> Si bien es cierto que no es tarea de los jueces —y escapa a sus posibilidades reales— resolver por sí mismos las falencias en materia edilicia que determinan la superpoblación carcelaria, sí lo es velar por que el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los parámetros que establecen las leyes y las normas constitucionales, y ordenar, dado el caso, el cese de los actos u omisiones de la autoridad pública que, medido con arreglo a esas pautas, impliquen agravar ilegítimamente la forma y las condiciones de ejecución de la pena.

Aclarado ello, pasó revista de las normas que establecen los estándares mínimos que el Estado debe respetar. En primer lugar, señaló que el artículo 18 de la Constitución Nacional sienta una pauta general, pero de claro *contenido prescriptivo*.

A ello añadió que la Ley Nº 24660 dispone que el número de internos de cada establecimiento deba estar preestablecido y no se excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Asimismo que todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación y su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y factores climáticos; que los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias, y proveerán al interno de los elementos

indispensables para su higiene, y que al interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad.

Indicó, también, que en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se establece específicamente que los locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen del aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación, y que las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (cfme. reglas 10 y 12, respectivamente).

Motivo por el cual, la Corte concluyó que mantener a un grupo de seres humanos en condiciones de hacinamiento como las descriptas constituye, por sí mismo, un trato degradante contrario a la dignidad humana que se intensifica, todavía más, cuando se combina con las falencias en materia de luz, ventilación, higiene, lugares donde dormir, alimentación y atención médica (contrarios al artículo 9º de la Ley Nº 24660, 18 y 33 de la Constitución Nacional, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

III.2.5. Caso "Verbitsky"[73]

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires al resolver el 19 de diciembre de 2007 la causa "Verbitsky" aclaró en primer lugar:

> [que] no atañe a [esa] Corte diseñar una política carcelaria provincial o definir los pormenores de su ejecución en orden a su mérito o conveniencia [y que tampoco era su misión] abocarse al tratamiento de asuntos puntuales que están bajo la esfera de conocimiento —y sujetos a la decisión— de los jueces de las instancias inferiores, en uso de la independencia que les confiere la Constitución.

No obstante ello, recalcó:

> No cabe duda de que la problemática planteada en autos compromete de modo masivo bienes jurídicos altamente sensibles, susceptibles de tutela en el marco del sistema supranacional de protección de Derechos Humanos y, también, de acarrear la responsabilidad del Estado nacional en caso de lesión o desconocimiento [y que] la complejidad que exhibe [su] objeto, caracterizado por la multiplicidad de detenidos y establecimientos penales y policiales, el carácter crónico y multicausal de la superpoblación carcelaria y de las deficientes condiciones de detención en general, la dilación de los procesos y la convergencia de responsabilidades de varios órganos de los distintos poderes públicos, exige arbitrar medidas que escapan a los moldes del litigio clásico, a fin de asegurar la vigencia de determinados estándares mínimos para toda persona alojada en establecimientos policiales y en las cárceles de la provincia (art. 18, de la

73- Fallos 328:1146. A partir de este precedente, las jurisdicciones locales han receptado de manera positiva los *hábeas corpus* correctivos en distintas ocasiones. Se puede encontrar una lista de dichos precedentes en: http://www.cels.org.ar/documentos/index.php?tema=&mesd=todos&aniod=todos&mesh=todos&anioh=todos&texto=usos&info=buscador_rs&ids=3&redir=1&_pagi_pg=1.

> Constitución Nacional) y hacer posible el seguimiento regular de su evolución.

Asimismo, subrayó que el propio Tribunal había:

> [f]ormulado reiterados pedidos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo **en materia presupuestaria**, a los fines de satisfacer necesidades indicadas como prioritarias e imprescindibles para el normal funcionamiento de la justicia, y en lo que aquí interesa, al aseguramiento de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

En ese acto, la Suprema Corte dio por concluido el trámite regular del *hábeas corpus*, en lo concerniente a los apartados 3 (según el cual esa Corte, a través de los jueces competentes, debía hacer cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos) y 7 (en cuanto a la adecuación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación) de la sentencia dictada el 3 de mayo de 2005 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Además requirió al Poder Ejecutivo provincial que, en el término de noventa días hábiles, presentara un plan operativo integral tendiente a normalizar de modo definitivo las disfuncionalidades edilicias de los lugares de detención y la provisión de servicios elementales.

Asimismo reiteró al gobernador provincial, al vicegobernador en su calidad de presidente del Senado y al presidente a cargo de la Cámara de Diputados la exhortación formulada en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que se adecue la legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales.

Según señalan los autores de "La agenda de Derechos Humanos sin lugar para las personas privadas de libertad en la Argentina",[74] el 5 de mayo de 2008, en el marco de la ejecución del caso "Verbitsky", el gobierno provincial presentó ante la Suprema Corte el requerido Plan Edilicio y de Servicios que, básicamente, consistía en un cronograma para la construcción de nuevos penales y para la ampliación de las unidades existentes a fin de generar 4200 nuevas plazas, propuesta que, además de ser criticable en términos políticos, resultaba *prima facie* insuficiente para solucionar la cuestión de fondo porque, aun cuando efectivamente se realizase en tiempo y forma, únicamente serviría para solucionar el hacinamiento respecto de la población carcelaria actual, más no contemplaba la proyección en el futuro incremento de la sobrepoblación carcelaria que, en el marco de las actuaciones, se estimó en el 20%.

El programa habría sido elaborado sobre la premisa —errónea— de que la población privada de la libertad se mantendría estable durante el plazo de su ejecución, obviando la tendencia creciente que mostraban los datos colectados.

Asimismo, el programa no tuvo en consideración que, a raíz de la restricción del sistema de excarcelaciones, resultaba razonable prever un incremento en el número de reclusos en los años venideros.

El Tribunal criticó además la falta de revisión de la legislación provincial y las prácticas represivas, en tanto expresó:

> Es sabido que la forma en que se define un problema determina el tipo de acciones que se eligen para solucionarlo. Dado que el gobierno considera que la

74- BORDA, R.; KLETZEL, G.; LITVACHKY, P.; MUSERI, A.; NEBBIA, J. y POL, L., "La agenda de Derechos Humanos sin lugar para las personas privadas de libertad en la Argentina", en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 229-279.

> sobrepoblación carcelaria responde exclusivamente a una cuestión de infraestructura edilicia, su plan se circunscribe a promover la construcción de nuevos establecimientos carcelarios, sin problematizar el nivel de encarcelamiento en la provincia que […] continúa siendo elevado en relación con la media nacional.

Por último, subrayó:

> Otro de los aspectos preocupantes del plan es que no se utilizan estándares claros para determinar las plazas penitenciarias. Las referencias a pautas objetivas que determinen qué es lo se considera un cupo penitenciario son más que escasas: se habla de un espacio de 6 m^2 por detenido, pero solo para los detenidos en pabellones colectivos.[75]

No podemos dejar de señalar que, el 23 de febrero de 2010 ante la denuncia de incumplimiento efectuada por el CELS, la CSJN ordenó poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, a fin de que tome intervención a la luz del pronunciamiento dictado en diciembre de 2007.

III.2.6. Caso "Jóvenes alojados en el Centro de Recepción de Lomas de Zamora"[76]

La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires entendió en el recurso de Casación contra la sentencia de Cámara que rechazó en grado de apelación una acción de *hábeas corpus* colectivo, incoada a favor de la totalidad de los detenidos en el Centro de Recepción de Lomas de Zamora, que presentaba el mismo grado de precariedad edilicia y falta de provisión de servicios esenciales, que el relatado en los precedentes jurisprudenciales anteriores.

Previo a resolver, el Tribunal se abocó específicamente a la ponderación del grave estado de emergencia económica de la jurisdicción —de público y notorio conocimiento—, y al respecto señaló que las demandas estructurales:

> Deben decidirse siempre razonablemente, esto es, teniendo en cuenta las limitaciones que impone una provincia sobre la que pesa el déficit fiscal más grande de todos los Estados interiores argentinos, que tiene sobre sí el peso de una de las regiones con mayor marginación del país como es el Gran Bs As, en el cual, lamentablemente, tratan de supervivir, con carencias casi inconmensurables, los desplazados de todas las provincias argentinas y de al menos dos países vecinos. Allí el déficit de todos los servicios es notable y afecta centralmente la prestación de los servicios de seguridad, tanto en la prevención, como en la represión y en la vigilancia de las personas judicialmente intervenidas.

Hecha esa salvedad —que pareciera tender a aclarar que el nivel mínimo de servicios asistenciales a los reclusos debe ponderarse en razonable consonancia con el nivel de los servicios públicos que recibe el resto de la población libre—, el tribunal concluyó:

75- *Op. cit.*, pp. 241 y 242.

76- Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa 38.517 "Jóvenes alojados en el Centro de Recepción de Lomas de Zamora s/ recurso de Casación (art. 417 CPP)", Sentencia del 9 de marzo de 2010.

> Resulta incontestable que la situación descripta en autos se presenta como contraria a estándares mínimos de salubridad —concepto complejo este que engloba acceso al agua potable, a la prevención de enfermedades infecto-contagiosas, etc.—, y de seguridad personal de las personas objeto de la restricción de la libertad, como así también otros aspectos primordiales al ser humano como la educación [motivo por el cual declaró admisible el recurso de Casación interpuesto por el defensor oficial adjunto de la Defensoría Gral. de Lomas de Zamora, anuló la resolución impugnada y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones para que se dicte una nueva sentencia].

III.2.7. Caso "Mestrín"[77]

Más recientemente, la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la Ciudad de Mar del Plata dictó sentencia en una acción de *hábeas corpus* correctivo y colectivo, interpuesto por la defensora oficial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Por intermedio de esa acción, solicitaron se ordenase el cese del agravamiento de las condiciones de detención que padecían la totalidad de los detenidos alojados en la Unidad Penal Nº 15 de Batán y, en particular, respecto de quienes se encontraban alojados en los pabellones 3 (sector de tránsito) y 7 (sector de aislamiento).

Con posterioridad al dictado de varias medidas cautelares en las que se ordenó la inmediata clausura y sucesivas mejoras en infraestructura de distintos pabellones y luego de producida abrumante prueba, el Tribunal resolvió el fondo, al indicar que muchos de los aspectos que conciernen a lo que podría denominarse genéricamente *"infraestructura edilicia"* se encuentran íntimamente vinculados con el índice de sobrepoblación que impacta directamente en las condiciones de habitabilidad de la unidad.

Subrayó, en consecuencia, que ambos problemas no pueden ser abordados como compartimentos estancos, sino que, por el contrario, una solución definitiva requiere que sean encarados como problemas interrelacionados, puesto que las condiciones de habitabilidad mejoran significativamente cuando los establecimientos operan por debajo o al 100% de su capacidad total, siendo imposible que ello ocurra cuando el índice de exceso de población es del 51% de las plazas máximas para el cual fue construido.

Ello así, el enfoque de la sentencia es similar a los ya comentados casos "Plata v. Schwarzenegger" y "Coleman v. Schwarzenegger" de California, puesto que el principio rector de los programas se dirigió a implementar —siguiendo un estricto cronograma— soluciones tendientes reducir el número de internos a niveles normales de operatividad que fueron fijados en un informe técnico pericial.

En efecto, en forma unánime, los miembros del Tribunal ordenaron al Ministerio de Justicia que la referida adecuación del índice —de recluidos, respecto a la capacidad total de alojamiento de la unidad penitenciaria— fuese ajustada en el plazo máximo de 360 días.

Asimismo confirió un plazo máximo de 180 días para que redujese el índice de sobrepoblación al 30%.

77- Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, causa 14.355 "Mestrín, María Fernanda; Verbitsky, Horacio s/ *hábeas corpus*", sentencia del 20 de abril de 2010.

Con ese fin, instó al Ministerio de Justicia a habilitar con urgencia la utilización de las casas para detenidos con régimen abierto, así como también propuso que se evaluasen medios alternativos al encarcelamiento preventivo, como es el caso del uso del brazalete, pulsera o medio similar de control y monitoreo electrónico.

Sin perjuicio de ello, en la sentencia también se ordenó —con un alto grado de detalle— realizar obras concretas a fin de mejorar el sistema de desagüe cloacal, las instalaciones sanitarias, eléctricas, de calefacción y de emergencia en caso de incendios.

Por último, debemos señalar que, al abordar la problemática del sector sanidad, el Tribunal tuvo nuevamente en cuenta las limitaciones de los recursos públicos, al indicar:

> Respecto de la solicitud de provisión de más unidades de ambulancia, se trata de otro aspecto estructural vinculado o complementado sobre el que, al no contarse con datos específicos sobre la frecuencia de traslados y pérdidas de turnos, es un tema que permanece dentro de los criterios de conveniencia y oportunidad, no alcanzados por la consideración de este Tribunal. Es más, no escapa al sentido común que, por ejemplo, la habilitación del quirófano restaría sentido a la eventual adquisición de nuevas ambulancias. Lo mismo, si se ampliara el cuerpo médico disponible en el complejo. En suma, la consideración imposible de soslayar sobre las limitaciones de los recursos públicos debiera llevar a evitar incurrir en la adopción de medidas que, si se superponen, significarían un inadecuado dispendio de aquellos.

III.2.8. Caso "Gutiérrez"[78]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 19 de febrero de 2015, revocó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que había dejado sin efecto la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que hizo lugar al *hábeas corpus* correctivo presentado por un condenado que alegó estar sometido a un ilegítimo agravamiento de la condena.

El peticionante denunció que su integridad física y su salud se encontraban amenazadas frente a la imposibilidad de respuesta efectiva en caso de siniestros. Según relató, la demora habitual en el mecanismo de apertura de las puertas del módulo en el cual estaba alojado impedía la evacuación del edificio frente a eventuales emergencias. Finalmente, adujo que la unidad penitenciaria carecía de un servicio adecuado y seguro para el traslado de internos.

A fin de remediar esa situación, el Juzgado de Instrucción otorgó al Servicio Penitenciario Federal un plazo de siete días hábiles, para que: i) con colaboración de todos los organismos que fuera menester para la mejor evacuación del tema, iniciara tareas de estudio y análisis para estructurar un sistema reglamentado que asegurase la dramática disminución del tiempo de respuesta en las emergencias suscitadas en el pabellón celular 2° del Módulo V de la Unidad N° 2 del Servicio Penitenciario Federal —por ser el motivo de la acción, sin perjuicio de la recomendación de que estas se hicieran extensivas al resto de los pabellones— y efectuara una rendición quincenal de los avances que se fueran materializando; ii) con el debido asesoramiento

78- "Gutiérrez, Alejandro s/ causa Nº 11.960", Recurso de Hecho —CSJ 713/2010 (46-G)—, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 19 de febrero de 2015.

de especialistas en la materia, trabajara sobre el tema de la sujeción de los internos durante los traslados, implementara un sistema que permitiera atender a los diversos perfiles de los internos que son trasladados y; iii) capacitara al personal afectado a los traslados para el correcto abordaje en caso de siniestros que pudieran sufrir los vehículos, debiendo informar periódicamente del resultado de esos avances.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó el pronunciamiento de Primera Instancia, pero, ulteriormente, ambas sentencias fueron revocadas por la Sala II de la Cámara de Casación Penal, que consideró que el alcance de las medidas dispuestas por los jueces intervinientes desnaturalizaba la acción de *hábeas corpus*, excediendo sus alcances.

Disconforme con tal criterio, el accionante interpuso un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, agraviándose del restrictivo alcance otorgado a la vía procesal elegida.

La Corte al revocar la sentencia de Casación entendió que ese Tribunal:

> Soslayó indebidamente que, en casos como el presente, el cese de la situación irregular estructural que ilegítimamente agrava la detención de las personas puede no alcanzarse mediante el mero requerimiento a las autoridades penitenciarias para que se abstengan de realizar una conducta determinada, sino que, por el contrario, para poner fin a este estado de cosas, también puede resultar necesario exigir la adopción, por parte de las autoridades penitenciarias, de conductas positivas de realizar reformas sistémicas. De este modo, el fallo consagra una concepción del alcance de la garantía fundamental del *hábeas corpus*, y de las correlativas facultades judiciales para proveer, en ese marco, un remedio a las situaciones que ilegítimamente agravan las condiciones de detención de las personas, que no se condice con el que le ha otorgado la jurisprudencia de este Tribunal en la materia en cuanto ha sostenido que "es tarea de los jueces... velar porque el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los parámetros que establecen las leyes y las normas constitucionales, y ordenar, dado el caso, el cese de los actos u omisiones de la autoridad pública que (...) impliquen agravar ilegítimamente la forma y las condiciones de ejecución de la pena" (Fallos: 327:5658, énfasis agregado) y, en consonancia con ello, que "cuando una política es lesiva de derechos (...) siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, CSJ 713/2010 (46-G) RECURSO DE HECHO Gutiérrez, Alejandro s/ causa N° 11.960, cuando, en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política solo en la medida en que los lesiona" (Fallos: 328:1146, considerando 27 del voto de la mayoría). Por este motivo, el fallo debe ser también descalificado en la medida en que, mediando el defecto de motivación antes señalado, se configuró, sin justificación válida, un apartamiento a esta clara jurisprudencia del Tribunal en la materia (arg. Fallos: 329: 4931, entre muchos otros) que generó

una indebida restricción al alcance otorgado a la acción de *hábeas corpus* que posee clara raigambre constitucional.

III.3. Situación carcelaria actual

En este punto del análisis corresponde, en primer lugar observar el grado de ocupación de las plazas penitenciarias del Servicio Penitenciario Federal y del Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires, para luego estudiar el gasto presupuestado, —a modo de ejemplo, para 2009 y 2010 de ambos servicios penitenciarios— y compararlos con el presupuesto de 2015.[79]

El Servicio Penitenciario Federal tiene una capacidad total para 11.519 personas, aunque aloja un total de 10.641 detenidos.[80] Es decir, que —si los datos se mantienen— posee el 7,62% de plazas disponibles.

Esta situación lo diferencia de los servicios penitenciarios provinciales, en los que se observan altos índices de sobrepoblación, que a la postre derivan en denuncias vinculadas al hacinamiento y al deterioro de los establecimientos.

Este nivel de ocupación en el Sistema Penitenciario Federal no siempre fue igual. Basta ver las estadísticas del año 2005 —fecha del fallo "Verbitsky"— cuando el porcentaje de ocupación rondaba el 106,6%.[81]

El Sistema Penitenciario de la provincia de Buenos Aires, en cambio, concentra el mayor porcentaje de la población penitenciaria de la Argentina.

En 2008 alcanzó a alojar 27.614 personas;[82] en cambio, el total de plazas disponibles en marzo de ese año era de 17.858,[83] es decir que los establecimientos —evaluados en su conjunto— se encontraban operando al 154,63% de su capacidad total.

Por su parte, en 2011 las personas privadas de la libertad alcanzaron a ser 27.861;[84] no obstante lo cual, según informes oficiales entre mayo de 2005 y septiembre de 2011, se han incorporado a ese sistema un total de 10.578 plazas, mientras que la población se incrementó en 3177 internos,[85] todo lo cual revela una mejora, por lo menos en lo que atañe a las denuncias de hacinamiento.

A dichas cifras, ha de adicionarse la cantidad de *procesados* que se encuentran en comisarías, como ya se comentó al analizar el caso "Verbitsky".[86]

79- Para ampliar el tema, ver el informe "Análisis comparativo SPF-SPB", efectuado por la Asociación Civil Unidos por la Justicia y los presupuestos nacionales y provinciales que se encuentran en las páginas web de sendos Ministerios de Economía.

80- Según datos del mencionado Servicio, disponible en: www.spf.gov.ar.

81- Conforme los datos del CELS, sobre la base de datos de la Dirección General del Régimen Correccional del Servicio Penitenciario Federal, en ALES, C.; BORDA, R. y ALDERETE LOBO, R., "Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción", en CELS *Colapso del sistema carcelario*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, p. 17 y ss.

82- Según los datos que surgen de "La agenda de derechos humanos sin lugar para las personas privadas de libertad en la Argentina" en "Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2009", CELS, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009.

83- Según el Plan Edilicio y de Servicios presentado por el gobierno de la provincia a la Suprema Corte provincial, citado en *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2009*, CELS, pp. 240-241.

84- Disponible en: www.mseg.gba.gov.ar.

85- Disponible en: http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/libros/LIBRO%20situacion%20octubre.pdf

86- Que de las 6036 personas alojadas en dichas dependencias de la provincia de Buenos Aires al año 2005 se había reducido a 2782, según el informe efectuado por BORDA,

Con respecto al presupuesto anual del Servicio Penitenciario Federal para 2009 fue fijado en 1.043.954.195 millones de pesos, incluido en dicha suma el dinero destinado a la construcción de cárceles. Ello representó el 0,5% del presupuesto total de la Nación.[87] Para 2010 dicho presupuesto ascendió a la suma de $ 1.521.609.170,[88] representando también el 0,5% del Presupuesto General de la Administración Nacional.[89] [90]

Por su parte, el presupuesto para 2015 autorizó a gastar en esta materia la suma de $ 6.457.723.695,[91] que representa el 0,51% del Presupuesto General de la Administración Nacional.[92]

De lo indicado, se desprende que del Presupuesto General el porcentaje que le corresponde al ámbito penitenciario se mantuvo constante por más de cinco años.

El análisis precedente no sirve de nada si no se conoce el nivel de ejecución del Presupuesto; puesto que una cosa es contar con la asignación presupuestaria y una muy diferente es que esa asignación en verdad sea efectivamente utilizada para lograr los productos, bienes o servicios, en la cantidad y calidad adecuada, y en el tiempo y lugar previstos, empleando la tecnología correspondiente, teniendo en cuenta los criterios de eficiencia y eficacia necesarios en todo proceso productivo.

Según el informe anual del período 2008 de la Procuración Penitenciaria de la Nación, la ejecución presupuestaria de los ejercicios 2006, 2007 y 2008 alcanzó los siguientes porcentajes: a) del gasto destinado a "personal" se ejecutó el 93,34, el 99,20 y el 98,55% del presupuesto para 2006, 2007 y 2008, respectivamente; b) respecto del asignado a "bienes de consumo", el 100, el 99,84 y el 100%, respectivamente; c) el relativo a "bienes de uso", el 100, el 99,25 y el 98,55%, respectivamente, y d) por último, el destinado a "servicios", el 99,92, 99,77 y 99,93%, respectivamente.

La realidad en la provincia de Buenos Aires, en cambio, fue diferente: en 2009 el presupuesto destinado al servicio penitenciario fue de $ 1.076.961.090, lo que significó el 1,94% del presupuesto total de la provincia.[93] Ascendiendo a la suma de $ 1.347.685.900 para 2010.

En cambio, para 2015 el legislador bonaerense aprobó un presupuesto de $ 246.207.403.229,[94] de los que destinó $ 6.763.000.000 —es decir el 2,75%— al Servicio Penitenciario de la provincia, incrementándolo así en un 57% respecto del año anterior.[95]

R.; KLETZEL, G. y SAPOZNIK, D., "La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia", que se encuentra disponible en www.cels.org.ar. En cambio, las cifras según la información que surge del sitio web www.mseg.gba.gov.ar para 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011 de las personas alojadas en comisarías alcanzaban al número de 7498, 6781, 6084, 4732, 3887, 3032, 3214, 4620, 3416 y 1993, respectivamente. Lo que evidencia al año 2011 una marcada tendencia decreciente.

87- Conforme el informe "Análisis comparativo SPF-SPB", efectuado por la Asociación Civil Unidos por la Justicia.

88- Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2010/leydosdiez.html#cuadrosacentral.

89- Que para ese año ascendió $ 273.129.423.917.

90- La evolución del presupuesto anual del Servicio Penitenciario Federal fue ascendiendo nominalmente de $ 256.583.692 a $ 357.924.723, a $ 432.281.273, a $ 482.356.434, a $ 570.674.830, a $ 765.311.280, a $ 1.043.954.195 y a $ 1.521.609.17, para los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, respectivamente; pero es difícil realizar un juicio de valor sobre tal incremento, debido a la paralela depreciación monetaria que ha atravesado la Argentina en tal período.

91- Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2015/jurent/pdf/D15J40.pdf

92- Que asciende a $ 1.251.630.248.497 (Ley Nº 27008).

93- Según el informe "Análisis comparativo SPF-SPB", efectuado por la Asociación Civil Unidos por la Justicia.

94- Ley provincial Nº 14652.

95- Disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-259778-2014-11-13.html.

No obstante lo señalado, al observar ambos presupuestos y contrastarlos con la población carcelaria que aloja cada sistema penitenciario, resulta evidente la desigualdad en proporción de recursos asignados; ello así, dado que los presupuestos son muy similares y la población carcelaria de la provincia de Buenos Aires triplica a la de los establecimientos federales; lo que hace previsible que los servicios brindados en los establecimientos penitenciarios provinciales sean sustancialmente inferiores en calidad y cantidad que los proporcionados en establecimientos federales.

De lo expuesto se desprende —según las cifras oficiales— que en el Servicio Penitenciario Federal no se observa hacinamiento o sobrepoblación y las sumas asignadas por recluso son ampliamente superiores a las del Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires.

Ahora bien, para poder entender mejor qué prioridad se asigna al Servicio Penitenciario, sería conveniente comparar los recursos que el Estado —ya sea nacional o provincial— destina a esa área respecto de otras.

Como ya mencionamos, el total de gastos corrientes y de capital previsto en el Presupuesto General de la Administración Nacional para 2010 asciende a la suma de $ 273.129.423.917.[96] De ese total de gastos, la suma de $ 1.521.609.170[97] se destina al Servicio Penitenciario Federal (es decir, el 0,5%). A modo de ejemplo, ese mismo Presupuesto destina la suma de $ 15.099.367.698[98] al área de Educación y Cultura (es decir, el 5,5%), la de $ 3.666.655.256[99] al Ministerio de Salud (es decir, el 1,34%) y la suma de $ 6.449.915.559[100] a Promoción y Asistencia Social (es decir, el 2,36%).

En la provincia de Buenos Aires, por su parte, el total de gastos presupuestados para 2010 ascendió a la suma de $ 71.189.627.463, destinándose $1.347.685.900 al Servicio Penitenciario provincial, $1.132.750.259 al Ministerio de Salud —sede central—, $ 4.950.496.765 al Ministerio de Seguridad, $2.934.599.000 al Ministerio de Desarrollo Social, $1.967.315.700 al Poder Judicial y $19.314.734.005 a la Dirección General de Cultura y Educación.[101]

De lo expuesto se colige que el Estado Nacional para el 2015, habría destinado a los programas de asistencia social una suma muy similar a la asignada al mantenimiento del Sistema Penitenciario, con lo cual cabría plantearse —como se anticipó en este trabajo— si efectivamente el incremento en el gasto destinado al Sistema Penitenciario está siendo soportado por los sectores más pobres y vulnerables de la población, a quienes se les asigna un porcentaje comparativamente inferior.

La asignación pareciera *a priori* más eficiente en el caso de la jurisdicción provincial que asigna gran parte del presupuesto al área de Seguridad y Prevención del Delito y a la de Asistencia Social, en comparación con los fondos afectados al sostenimiento de las cárceles.

96- Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2010/leydosdiez.html#cuadrosacentral.

97- Disponible en:http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2010/leydosdiez.html#cuadrosacentral.

98- Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2010/leydosdiez.html#cuadrosacentral.

99- Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2010/leydosdiez.html#cuadrosacentral.

100- Disponible en:http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2010/leydosdiez.html#cuadrosacentral.

101- Disponible en: http://www.ec.gba.gov.ar/SubHacienda/Presupuesto/Presupuestos/2010/planillas/GtoPrgInst/10inst_prg_gto-ace-od-ips.pdf

Conclusiones

La concepción de la pena, del derecho penal y la justicia penal han entrado en el siglo pasado en una profunda crisis. La idea de retribución ha sido intensamente criticada como violenta y estéril, dando lugar en las últimas décadas a propuestas de justicia "restitutiva" focalizadas en reparar el daño producido por el delito y en articular procedimientos que involucren al delincuente activamente en ese propósito, favoreciendo así su rehabilitación y la atención de los reales intereses de las víctimas. Los límites de la cárcel como modalidad de sanción penal hoy están a la vista y surgen numerosas propuestas de sanciones alternativas con efectos más constructivos para los afectados y para la sociedad (lo cual no quiere decir que debamos ser partidarios del abolicionismo).

Esa crisis es sucintamente planteada por Ipohorski[102] al indicar:

> Uno de los primeros aspectos que pueden verse delimitados por una impronta republicana es el límite de la privación de los derechos de los individuos por las faltas cometidas. En este punto, no pueden dejar de señalarse las críticas a las que han sido sometidas las penas de encierro en establecimientos carcelarios, por su efecto degradante respecto de quienes allí se alojan, la pérdida de todo contacto con su círculo de pertenencia social y la posibilidad de que ello contribuya a una situación de resentimiento que acentúe, y no limite, la reincidencia en el delito, probablemente con mayor eficacia.

Cualquiera que sea la postura dogmática al respecto, lo que es indudable es que mientras la evolución social requiera la permanencia de este tipo de sanción en los ordenamientos positivos, mientras el derecho penal y la criminología experimenten con sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad, el Estado y la sociedad toda en su rol de contribuyente debe proveer a los condenados condiciones que aseguren su integridad física y psíquica, y propendan a su reinserción social, puesto que no se puede tolerar —moral ni jurídicamente— que, paradójicamente, la privación de la libertad por la comisión de delitos graves conlleve una autorización para que se someta al condenado a ilícitos iguales o más graves que los reprimidos —condiciones infrahumanas de encierro, torturas, abusos sexuales, desnutrición, o incluso la muerte de los reclusos en manos de otros internos, de las autoridades o incluso como resultado de siniestros evitables—.

No desconocemos que, como puntualiza Thomas Mathiesen,[103] "las cárceles de un país deben ser juzgadas, según el contexto social y el estándar de vida que existe en ese país", pero esos estándares o condiciones nunca pueden encontrarse por debajo de los estándares mínimos que se han consagrado en los instrumentos nacionales e internacionales, debiendo las Legislaturas velar por la correspondiente asignación de recursos financieros a fin de sufragar los gastos que resulten necesarios para asegurar su efectiva vigencia.

Si ello no ocurriese, es evidente que recae sobre la Judicatura la delicada tarea de hacer

102- IPOHORSKI, J., "Derecho Penal y Garantías Constitucionales", en Gargarella, R. (Coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I Democracia, cap. XII, p. 265 y ss.

103- "Prefacio a la edición en español" de su obra *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 31, citado por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la ciudad de Mar del Plata en la sentencia del 20 de abril de 2010, en la causa "Mestrín, María Fernanda; Verbitsky, Horacio s/ *hábeas corpus*".

cumplir tales parámetros que hoy en día tienen rango constitucional y se encuentran plasmados en tratados e instrumentos internacionales que, en caso de ser incumplidos, harán incurrir a nuestro país en responsabilidad frente a la comunidad internacional.

Ese pensamiento surge de las declaraciones de los actuales miembros de la Corte.

Así la Dra. Elena Highton ha ratificado el compromiso que esta mantiene con los derechos y garantías en el área de los derechos humanos, al decir: "El objeto de la Corte es la democratización", añadiendo a que "este será el siglo del acceso a la justicia".[104]

Por su parte, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, ha dicho que "este es el siglo de los jueces".[105] En el reciente discurso de apertura del año judicial, el magistrado expresó: "El Poder Judicial debe poner límites y eso no significa que sustituya la acción de gobierno. Los jueces no gobiernan. La obligación judicial es dictar sentencia y poner límite. Somos partidarios del activismo judicial, pero no se gobierna".

Eso que los sectores más conservadores critican con el rótulo de *activismo judicial*, no es más que la consagración del verdadero derecho a la libertad, cuya vigencia requiere un sistema judicial infranqueable para el cual el reconocimiento de los derechos de algunos no pueda traducirse en la vulneración de los derechos de otros, ni siquiera los de los condenados penalmente al cumplimiento de penas privativas de la libertad.

104- Disertación dada en el IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, celebrado en el aula Magna de la Facultad de Derecho, durante los días 19, 20 y 21 de abril de 2007.

105- Palabras expresadas en el marco del IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del Mercosur, celebrado entre los días 19, 20 y 21 de mayo de 2007, en la Facultad de Derecho de la UBA.

Dra. Fabiana Schafrik*

La ejecución de sentencias contra el Estado y el respeto a la tutela judicial efectiva**

Introducción

Mucho se ha discutido, a lo largo de los años, respecto del deber del Estado de cumplir con lo ordenado en una sentencia judicial firme de condena que le es adversa. Si bien hay una evolución de la cuestión desde sus orígenes, el problema no ha desaparecido, ha cambiado.

Otros son los obstáculos que deben atravesar quienes han obtenido una sentencia favorable contra el Estado para lograr su cumplimiento.

En líneas generales, y en el planteo tradicional de la temática, en juicios con efectos *inter partes* —que ordenan cumplir obligaciones de dar o hacer—, es posible diferenciar momentos en su evolución que pueden ser enunciados como hitos, a saber: en un primer momento, nuestro sistema institucional necesitó de la venia legislativa para demandar al Estado, extremo que se destierra completamente recién en 1932 con la sanción de la Ley Nº 11634.

Si bien la Ley N° 3952 marcó el comienzo —aunque parcial— de la posibilidad de traer al Estado a juicio; la fuerza ejecutoria del fallo judicial se vio anulada, se estableció que su efecto sería declarativo.

*** Dra. Fabiana Schafrik**
Doctora en Derecho (UBA). Especialista en Derecho Tributario UBA. Jueza Cámara Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de CABA.

****** Este trabajo ha tenido la colaboración, en lo relativo a la tutela judicial efectiva, de Verónica Belmonte y Erica Stalli. Además, el acápite IV sobre sentencias exortativas fue elaborado integramente por Belén Donzelli.

En este período, vale recordar, que Bartolomé Fiorini[1] señalaba que estábamos frente a una *sentencia de condena*[2] que imponía al Estado una prestación, tratándose, en términos procesales, de una sentencia a la que la normativa le había vedado sistemáticamente su faz ejecutoria. Consideraba que la ley no transformaba en declarativo lo que surgía como una condena; solo declaraba la imposibilidad de ejecutarla, omitiendo el derecho subsidiario de la reparación patrimonial, pues toda sentencia definitiva y consentida representaba un derecho adquirido a favor del litigante vencedor.[3]

Por su parte, también se ha apuntado sobre este período que: "… el control de la actividad estatal tuvo que superar dos dificultades, por un lado, el ingreso al proceso judicial (indemandabilidad del Estado) y, por el otro, la salida (carácter declarativo de las sentencias condenatorias del Estado)".[4]

Debe aclararse que, en esta etapa, las sentencias cuyas condenas se tradujeron en *obligaciones de hacer* fueron las primeras en sortear las resistencias que el efecto declarativo imponía.

A este período sobrevino otro, en el que, fruto del desarrollo jurisprudencial y legal posterior, el carácter ejecutorio de la sentencia contra el Estado Nacional se llevó casi al extremo.[5]

La cuarta etapa en este tema, signada por sucesivas suspensiones de los procedimientos de ejecución de sentencias, constituyó un verdadero retroceso del estado de situación.

Lo que podríamos llamar una quinta fase se caracterizó por la mengua del carácter declarativo, en tanto se prevé un procedimiento para la concreción del pago se dilatase en el tiempo y se viera afectado por la consolidación de las deudas.[6]

Así, nace lo que Tomás Hutchinson ha denominado como "La ejecución administrativa".[7]

Ello, por cuanto la sanción de la Ley Nº 23982 consagró un circuito administrativo para la incorporación de partidas presupuestarias, para que, en forma ordenada, el Estado Nacional asumiera el pago de sus obligaciones, lo que perdura en la actualidad.

Nadie puede dudar respecto de la razonabilidad de la utilización de los mecanismos de ordenación de los gastos estatales; sin embargo, al tiempo que insumen los trámites administrativos de ordenación del gasto, se suman las suspensiones de pago de las deudas y la aplicación de los regímenes de consolidación. Estas situaciones extendieron ostensiblemente el tiempo del cumplimiento de lo sentenciado —además de la merma en la acreencia

1- FIORINI, B., *Qué es el contencioso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 137 y ss.

2- Se ha definido a las sentencias de condena como aquellas a las que la declaración sobre el derecho aplicable se une el pedido de cumplimiento de una prestación (FALCÓN, E., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Leyes complementarias*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 525).

3- FIORINI, B., *op. cit*. p. 139.

4- BALBÍN, C., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 793.

5- Fallos 269:448, del 26 de diciembre de 1967. Un relato sobre este momento de la doctrina puede verse en MUÑOZ, G. A.y GRECCO, C. M., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 664.

6- ABERASTURY, P., *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 54 y concordantes. El autor habla de la derogación del efecto declarativo de estas, fundándose para ello en la sanción de las leyes Nº 24624 y Nº 25344, que mantuvo la vigencia del artículo 22 de la Ley Nº 23982. En la actualidad entró en vigencia el Digesto Jurídico Argentino, ley 26939 que dispuso expresamente con respecto de la ley 3952 que "se recuperó…que figuraba erróneamente como derogada".

7- HUTCHINSON, T., "El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, Nº 1, enero-junio de 2004, p. 351.

provocada al intentar vender anticipadamente los títulos de la deuda en el mercado—.

Con fundamento en las emergencias recurrentes de nuestra Nación, la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado, en términos generales, a favor de la constitucionalidad de los regímenes de consolidación, sin perjuicio de deslindar supuestos que consideró excluidos de sus previsiones. También, lo ha hecho respecto de la entrega de los títulos de la deuda pública para el pago de lo debido por el Estado.[8]

La tendencia jurisprudencial fue admitir estos regímenes, dados en un contexto de emergencia, que restringen el ejercicio normal de derechos constitucionales.

Nuestros tribunales no han analizado hasta ahora —a diferencia de lo que ocurrió en el derecho español— la tensión entre la reserva de ley en materia presupuestaria, que involucra la ordenación de los gastos y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si bien es cierto que la Ley de Presupuesto es el medio —o el instrumento legal— a través del que se concreta el pago, la inexistencia de las partidas presupuestarias en forma reiterada no puede justificar el incumplimiento de lo debido. El Presupuesto nunca puede ser el obstáculo para la realización del derecho, sino su canal de cumplimiento. Lo contrario implica aniquilar el derecho a la *tutela judicial efectiva*; la necesidad de ordenar el gasto público no debe ser escollo para la exigibilidad de otro Derecho Humano. El caso "Furlán"[9] de la Corte Interamericana de Justicia es un ejemplo acabado de esta tensión.

En otro orden de ideas, resulta interesante destacar que no existe, en el ámbito nacional, una norma que establezca un plazo general de cumplimiento de las llamadas obligaciones de hacer. ¿Prevalecerá, entonces, el plazo que estime la administración para su cumplimiento o debemos solicitar al juez que lo establezca?[10]

Un escenario sin consolidación de deudas nos coloca de cara al futuro en otra etapa, en la que deberá evaluarse el estado del cumplimiento de lo sentenciado.

Por último, cabe advertir que es diferente el problema que se plantea en el ámbito provincial; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró, desde antaño, la posibilidad de demandar a las provincias y el carácter ejecutorio de las sentencias dictadas en su contra, distinguiendo de ese modo, la situación del nivel nacional y de los niveles provinciales. Recordemos que la Ley Nacional autorizó a los niveles locales a consolidar sus deudas. En la actualidad, cada provincia tiene su regulación específica en materia de ejecución de sentencias,[11] como manifestación de la autonomía provincial.

Otro tema que analizaremos son las denominadas sentencias atípicas y los problemas que plantea su ejecución.

8- CSJN "Llevara, Walter Abraham c/Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A. y otro s/despido", Expte. L. 322. XLVI. RHE, del 29 de octubre de 2013.

9- Sentencia del 31 de agosto de 2012.

10- HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 386 y ss.

11- HUTCHINSON, T., en *Las facultades provinciales en materia de ejecución de sentencias contra el Estado*, JA 2008-III-377)ha indagado respecto de las facultades provinciales en la materia. Este autor distingue entre: *a) Constituciones que imponen limitaciones:* Catamarca (artículo 41), Córdoba (artículos 178 y 179), Corrientes (artículo 20), Chaco (artículo 76), Chubut (artículo 98), Formosa (artículo 34), Jujuy (artículo 11), La Rioja (artículo 15), Mendoza (artículo 40), Misiones (artículo 81), Neuquén (artículo 155), Río Negro (artículo 55), Salta (artículo 5°), San Juan (artículo 8°), San Luis (artículo 12), Santa Cruz (artículo 36), Santiago del Estero (artículo 11), Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur (artículo 80); *b) Constituciones que no imponen restricciones:* Buenos Aires (artículos 15 y 163), Entre Ríos (artículo 46) y La Pampa (artículo 97 inciso 2, apartado d); y, *c) nada dicen:* la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Constitución de la Provincia de Santa Fe y la Constitución de la Provincia de Tucumán.

En los últimos años, el reconocimiento y el camino que se transita a la mayor exigibilidad de otros derechos constitucionales —además de los denominados de primera generación—, ha puesto en crisis los denominados procesos tradicionales como canal de discusión de toda pretensión.

El tema se ha vuelto más complejo ante la acentuada utilización de los procesos colectivos. Estos procesos, en nuestro país, no cuentan aún con una regulación legal específica y se observa un grado de dificultad en la ejecución de sentencias; por ejemplo, cuando la condena entraña un hacer múltiple, como ocurre en los denominados juicios estructurales.

Las sentencias del tipo "exhortativas" —que incitan al órgano de gobierno a cumplir una misión específica que tiene encargada—, han corrido diversa suerte, como veremos al relatar algunos precedentes judiciales.

Considero que el establecimiento de herramientas específicas para conminar al cumplimiento de lo sentenciado coadyuvaría al mantenimiento del equilibrio democrático y no haría parecer debilitada la labor judicial.

La falta de regulación de estos supuestos de sentencias enfrenta a los jueces con la inexistencia de herramientas eficaces dentro de un régimen procesal, para obligar al cumplimiento del fallo. El juez tiene a su alcance las ya conocidas sanciones conminatorias o la denuncia penal del incumplimiento.

I. La ejecución de sentencias en los proyectos preconstitucionales

Algunos de los documentos que antecedieron a la sanción de nuestra Constitución Nacional en 1853 contenían normas expresas respecto de este tema, circunstancia que nos permite acercar a su tratamiento en aquel período.

Se observa que en algunos de los documentos que se reseñan resultaba una atribución de quien ejercía el Poder Ejecutivo la de librar fondos por sentencias dictadas contra el Estado.[12]

El Reglamento de la Junta Provisional Gubernativa del 25 de Mayo de 1810 introdujo, en el artículo VII, que "los referidos SS. que componen la Junta Provisoria queden excluidos de ejercer el poder judiciario, el cual se refundirá en la Real Audiencia, á quien se pasarán todas las causas contenciosas que no sean del Gobierno". Hasta su incorporación en el texto constitucional, veremos que esta cláusula será incorporada en distintos documentos preconstitucionales.

El Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Observadora del 22 de octubre de 1811, en el artículo 8° disponía:

> "Al Poder Ejecutivo corresponde el conocimiento de las causas de contrabando, y de todas aquellas en que se persiguiese el cobro de los caudales adeudados por los derechos establecidos de Aduanas, y otros reglamentos. Las demás que no sean de este género serán remitidas por el Poder Ejecutivo á la real audiencia, y las sentencias contra el fisco no se ejecutarán sin consulta del Poder Ejecutivo, quien en este caso podrá suspender los libramientos, si el pago fuese incompatible, con otros objetos preferentes por su urgencia, y utilidad hacia el bien común" (el destacado no está en el original).

El Estatuto Provisional para la Dirección y

12- Los textos preconstitucionales fueron examinados en la obra *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*, cuya recopilación, notas y estudio preliminar estuvo a cargo de Arturo Enrique SAMPAY, Eudeba, Buenos Aires, 1975.

Administración del Estado, dado por la Junta de Observación el 5 de mayo de 1815, estableció en el artículo XXIII, dentro de las facultades del Poder Ejecutivo, ejercido por el director, que:

> ...conocerá privativamente en las causas de contrabandos y demás de Hacienda: las que no fueren de esta clase, serán remitidas á los Tribunales de Justicia, á que correspondan; pero las sentencias contra el fisco no serán ejecutadas sin mandato especial del director, quien podrá suspender los libramientos, si el pago fuese incompatible con las urgencias de utilidad común.

Por su parte, el Estatuto Provisional dado por la Junta de Observación y aprobado con modificaciones por el Congreso de Tucumán del 22 de noviembre de 1816 —texto que fue rechazado por el director supremo—, señaló en el artículo 33 dentro de las atribuciones del director del Estado: "Sin mandato especial del director no podrá ser ejecutada ninguna sentencia, que se dá contra los fondos de Estado; y podrá suspender los libramientos girados contra estos, siempre que el pago sea incompatible con las vigencias de aquel" (el destacado me pertenece).

I.1. Períodos en la evolución del cumplimiento de lo sentenciado[13]

I.1.a Primer período

En el período comprendido entre la sanción de nuestra Constitución Nacional 1853-60 y la sanción de la Ley N° 3952, el Estado Nacional no era demandable sin una autorización del Congreso,[14] requisito que exigió nuestra jurisprudencia, reconociendo nuestra doctrina como antecedente para ello la sanción de las leyes Nº 475 y 675.[15]

Cabe referir en este período al caso "Vicente Seste y Antonio Seguich c/Gobierno Nacional".[16] En este, los actores demandaban el pago de una indemnización por el mayor tiempo que habían servido en la guerra. Sostenían que la guerra había concluido con la batalla de Pavón y que, sin embargo, habían sido retenidos en el servicio militar hasta el mes de agosto de 1863.

El 29 de septiembre de 1864, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó la teoría de la indemandabilidad estatal, en los siguientes términos:

> Primero: Que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera, y administra con independencia de los otros dos poderes... Segundo: Que es uno de los

13- No se analizarán las normas relacionadas con la ejecución de sentencias en materia previsional, porque los principios que inspiran al derecho de la seguridad social hace que el tratamiento de la cuestión resulte diferente. Un desarrollo exhaustivo de la jurisprudencia que abarca aspectos de la seguridad social pueden ser consultados en CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, pp. 457-618.

14- Ello venía dado por la jurisprudencia de los Estados Unidos con relación a un artículo similar al artículo 100 de nuestra Constitución. Sin embargo, tal como se ha ilustrado hasta el momento, algunos documentos preconstitucionales permitían la demandabilidad estatal. Esta ambivalencia provoca un choque entre ambas posiciones hasta la sanción de la Ley N° 3952 (HUTCHINSON, T., *El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado*, *op. cit*., p. 301). Un estudio profundo de esta cuestión puede apreciarse en el trabajo de ABREVAYA, A. D., *Responsabilidad civil del Estado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, pp. 213 y concordantes.

15- ABREVAYA, A. D., *op. cit.*, p. 216.

16- Fallos 1: 317, del 26 de septiembre de 1864.
En la causa "Domingo Mendoza y Hermano c/Provincia de San Luis s/derechos de exportación" (Fallos 1:485, del 3 de mayo de 1865), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin desconocer la raíz de la teoría de la indemandabilidad del Estado Nacional, sostuvo su competencia cuando se suscitase una controversia entre particulares y una provincia.

> atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante Tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe... Cuarto: Que...la facultad de los Tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo...daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional...acuerda al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido a Congreso por el artículo sesenta y siete en su inciso sesto. Quinto: Que la jurisprudencia de los Estados-Unidos de Norte-América, que debe servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución, reconoce, como principio, que el Gobierno Nacional no puede ser demandado ante los tribunales...[17] (la transcripción es del texto original).

Un hito en el reconocimiento que hace el Máximo Intérprete constitucional de la Nación sobre la necesidad de la venia legislativa lo constituyó la causa "Aguirre Carranza y Cª c/ Gobierno Nacional s/cobro de pesos",[18] en la que los actores —luego de ser rechazada su pretensión en sede administrativa—, solicitaron autorización del Congreso Nacional para hacerla valer en sede judicial.

En la causa "Compañía Liquidadora de la Exposición Continental c/el Gobierno Nacional s/cobro de pesos",[19] la empresa actora solicitó el pago de una subvención previa venia al Honorable Senado de la Nación. Con ese fin, esgrimió la negativa de efectuar el pago por el Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio del reconocimiento que le hiciera del crédito a su favor. Se basó para ello en la falta de votación de los recursos para el pago por el Poder Legislativo de la Nación. Cabe aclarar que, si bien las circunstancias de hecho fueron anteriores a la sanción de la Ley N° 3952, ella estaba vigente al momento de expedirse la Justicia en las sucesivas instancias.

Solo el juez federal —al que le tocó resolver la cuestión el 8 de febrero de 1904— consideró la falta de votación de los recursos por parte del Congreso Nacional como factor que habilitaba el inicio de las acciones en los términos del artículo 1° de la —entonces reciente— Ley de Demandas contra la Nación. En el resto del camino que le tocó recorrer a la empresa, que fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa el 27 de septiembre de 1904, se coincidió en que el reconocimiento del crédito que había efectuado la Administración tornaba improcedente el inicio de la demanda en los términos de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 3952. Se señaló, asimismo, que ello no variaba, aun cuando el Congreso no previera los fondos para pagarlos toda vez que tal previsión es de resorte del Poder Legislativo de la Nación.

Se observa la aplicación extrema del principio de división de poderes y la consiguiente autorrestricción que hace el Poder Judicial de la Nación para ordenar el pago, por lo que se debió esperar para su efectivo cumplimiento la votación del Congreso Nacional.[20]

17- CSJN en la causa "Gómez, José Cándido c/Nación". Fallos 2:36, del 1º de junio de 1865.

18- Fallos 22:385, del 25 de noviembre 1880.

19- Causa CVIII (Fallos 100:281, del 27 de septiembre de 1904).

20- En la causa "Don Augusto Limousin c/Gobierno Nacional por reivindicación s/cumplimiento de sentencia" (Fallos

I.1.b. Segundo período

Tiempo más tarde, el artículo 7° de la Ley N° 3952[21] de Demandas contra la Nación va a disponer: "Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda".[22] Así, las acciones civiles deducidas contra la Nación en su carácter de persona jurídica requirieron de una reclamación previa a la instancia judicial.

El 28 de septiembre de 1932 se sancionó la Ley N° 11634, que modificó el artículo 1° de la Ley N° 3952 e incluyó en su régimen a las causas en las cuales la Nación era demandada en su carácter de "persona de derecho público", y se desterró, de este modo, el requisito de la venia legislativa.

Paralelamente a la vigencia de esta norma, el artículo 19 de la Ley N° 12961, de 1947, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a autorizar la apertura de créditos, dando cuenta al Congreso Nacional para el cumplimiento de las sentencias judiciales firmes; de esa manera los créditos quedaban incorporados al Presupuesto general.

Una norma similar puede hallarse en el entonces vigente Decreto-Ley N° 23354,[23] dado en llamar Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación y de la Contaduría General de la Nación, que previó, en el artículo 17, la potestad del Poder Ejecutivo Nacional para autorizar la apertura de créditos con la obligación de dar cuenta en el mismo acto al Congreso, entre otras situaciones, "c) para el cumplimiento de sentencias judiciales firmes".

Si bien los casos jurisprudenciales en este período son abundantes, nos centraremos en el análisis de algunos que, a nuestro criterio, pueden ser considerados como más representativos del estado de situación.

En la causa "Roselli, Eliseo F. c/Provincia de Buenos Aires",[24] se puede apreciar una variación sustancial en la interpretación de la doctrina del efecto declarativo de las sentencias cuando es una provincia y no el Estado Nacional quien resulta perdidoso en un proceso judicial.[25]

Se trataba de un ex empleado público provincial que solicitaba el embargo de fondos pertenecientes a la Provincia de Buenos Aires, a fin de hacer efectiva la devolución de cierta cantidad de dinero por aportes hechos a la Caja de Jubilaciones.

127:126), con cita de Fallos 100:280, la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 2 de marzo de 1918 hace también aplicación estricta de la teoría de los efectos declarativos de las sentencias dictadas contra el Estado Nacional. Este criterio se aplicó también en la causa "Mateo L. Sevigné c/ Gobierno Nacional s/reivindicación" (Fallos 127:137, del 9 de marzo de 1918).

21- Sancionada el 27 de septiembre de 1900.

22- Un trabajo sumamente interesante sobre este tema que nos ilustra acerca de la inequidad de la norma fue de BIDART CAMPOS, G. J., *La ejecutoriedad de las sentencias contra el Estado*, ED T. 12, p. 811.
Autores de la talla de Alberto Bianchi han hablado de la inconstitucionalidad sobreviviente de la ley (BIANCHI, A., *Inconstitucionalidad sobreviviente del art. 7° de la Ley de Demandas contra la Nación*, E.D. T. 118, p. 827 y ss.), en tanto que Alberto Spota consideró auspiciosa la evolución jurisprudencial en la materia, atento la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 3952 (SPOTA, A., *Sentencias de condena contra la Nación: su ejecutoriedad*, La Ley, T. 124, p. 1330 y ss.).

23- Dictado el 31 de diciembre de 1956 y publicado en el Boletín Oficial el 8 de enero de 1957.

24- Fallos 171:431, del 5 de diciembre de 1934.

25- Este criterio ya había sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Tomás Jofré y ot. c/Municipalidad de Salto s/cobro de honorarios" (Fallos 121:250, del 26 de junio de 1915) y se reitera en los casos posteriores: "Compañía Luz y Fuerza c/Municipalidad de Córdoba" (Fallos 188:383, del 29 de noviembre de 1940), "Provincia de Salta c/Nación Argentina" (Fallos 311:1795, del 6 de septiembre de 1988) y "Caja Complementaria de Previsión para la actividad docente c/Provincia de San Luis" (Fallos 322:447, del 16 de marzo de 1999).

El juez de primera instancia de la Ciudad de la Plata decretó el embargo, por considerar que la norma de procedimiento provincial —en cuanto prohibía el embargo de las rentas públicas—, era contraria a lo dispuesto por el artículo 42 del Código Civil de la Nación. Razonamiento este que adopta el procurador general ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la propia Corte cuando le tocó fallar el caso, el 5 de diciembre de 1934.

El único tribunal que se opuso a la procedencia de la acción fue la Cámara de la Ciudad de La Plata que revocó el decisorio de la primera instancia por considerar que la admisión de embargos sobre la renta pública podía paralizar la gestión y reivindicó la aplicación del artículo 494 del Código de Procedimientos provincial.

El voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación funda la excepción contenida en el artículo 7° de la Ley N° 3952 en la doctrina francesa, y señala que es de exclusiva aplicación para la Nación y no para las provincias. Con respecto a ellas, considera aplicable el artículo 42 del Código Civil de la Nación, que expresa que las personas jurídicas pueden ser demandadas por sus acciones civiles y puede hacerse ejecución de sus bienes.[26]

Es de sumo interés la disidencia de Julián Pera cuando señala que el criterio de los efectos declarativos de las sentencias solo para la Nación y no para las provincias "tendría una preferencia inexplicable con respecto a las demás entidades autónomas del derecho público".

Sin embargo, al tener que fallar en la causa "Palomeque, Alberto c/Provincia de Corrientes s/cobro de pesos",[27] el 18 de noviembre de 1936, la Corte Suprema de Justicia de la Nación redujo el embargo establecido contra la Provincia, en atención a que la medida que pesaba sobre la renta provincial era "necesaria para el pago de sus servicios públicos" realzándose, también, "las condiciones de estrictez en que se desenvuelven las finanzas" de la provincia.[28]

De los precedentes analizados puede apreciarse que —salvo que las provincias puedan demostrar que tal medida afecta los recursos indispensables para su subsistencia y normal desarrollo del Estado y la correcta atención de los servicios públicos—, el principio que regía para ellas era el de la ejecutabilidad de las sentencias dictadas en su contra.

En autos "Fisco Nacional c/Zumalacárregui, Bautista N. s/apremio",[29] se discutió la posibilidad de extender los alcances de la Ley N° 3952 a entidades consideradas autárquicas por la ley.

En efecto, en el caso se trataba un juicio de apremio en el que había prosperado la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado; este continuó la ejecución de la sentencia al solicitar el pago de las costas al fisco, obteniendo el embargo de cuentas a la orden de la Dirección General de Impuesto a los Réditos en el Banco de la Nación.

26- Esta posición es mantenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: "Provincia del Neuquén c/ Estado Nacional", del 15 de diciembre de 1998 (Fallos 321: 3508); "Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/Provincia de San Luis", del 31 de octubre de 2000 (Fallos 323:3334).

27- Fallos 176:230.

28- En la causa "Urbano Ruiz y Juana M. Bargas c/ Municipalidad de Cañuelas" (Fallos 198:458, del 31 de mayo de 1944), se rechazó la queja presentada ante el rechazo del recurso extraordinario que se agraviaba de la vulneración que a sus derechos constitucionales suponía la reducción del embargo trabado sobre las rentas de la comuna. Argumentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "... los embargos de las rentas provinciales deben limitarse a las que no resulten indispensables o necesarias para la subsistencia y normal desarrollo del Estado o municipio deudor, y para la correcta atención por los mismos servicios públicos".

29- Fallos 193:337, del 7 de agosto de 1942.

El juez federal de la localidad de Paraná consideró inaplicable la ley por tratarse de un ente autárquico, según los propios términos de la Ley N° 11683, además de señalar que la referida normativa fiscal otorgaba expresamente a los jueces intervinientes la ejecución de los procesos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar el 7 de agosto de 1942 el caso, señaló que la Dirección General del Impuesto a los Réditos era tan solo una autoridad administrativa e hizo aplicable su doctrina, que rezaba:

> … no corresponde dictar emplazamiento contra la Nación, ante los preceptos de la Constitución que atribuye al Poder Legislativo y solo a él la facultad de crear recursos, la de arreglar el pago de las deudas del Estado y determinar, en general, el destino de las rentas que aquellos produzcan –arts. 17, apartado 3°; 67 incs. 1° a 8°; 86 inc. 13 de la Constitución Nacional.

Un hito en esta materia lo constituyó la causa "Nación Argentina c/Domingo Bianchi y ots. s/ expropiación".[30] En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar la causa el 13 de marzo de 1940, consideró inaplicable para los supuestos de expropiación, el artículo 7º de la Ley Nº 3952, ya que prevaleció lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución Nacional, en tanto señala que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley e indemnizada previamente.[31]

Para ello argumentó el Tribunal:

> "...De otro modo, el derecho de propiedad se hallaría sin defensa frente al Estado que, mediante una consignación ínfima, podría desapoderar a los habitantes del país, transformando la condición *sine que non* del art. 17 de la Constitución en una obligación inejecutable, sujeta a su mero arbitrio en cuanto a la época y forma de solventarla".

A partir de la resolución de este caso, el Máximo Tribunal Nacional comenzó a analizar la aplicación de la regla sentada por el artículo 7º de la Ley Nº 3952, discriminando el tipo de obligación que debía atender el Estado.

El caso "S.A. La Editorial c/Gobierno Nacional s/interdicto de recobrar la posesión"[32] trató de un interdicto de recobrar la posesión deducido contra la Nación, por considerar a tal acto de despojo violatorio del derecho de propiedad. En el caso, tanto la sentencia del juez nacional en lo Civil y Comercial Federal como la de la Alzada consideraron que debían ser restituidos tales bienes litigiosos, no resultando aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N° 3952.

El Máximo Tribunal Nacional, en su fallo del 29 de junio de 1960, confirmó lo sentenciado por los tribunales precedentes, con una interesante argumentación.

Para ilustrarnos sobre tal línea argumental, se recuerda parte de ella:

> 4°) … un acto estatal de despojo, esto es, un acto manifiesta y gravemente ilegítimo de privación realizado, "por la fuerza" (…) con desconocimiento del derecho de propiedad…En tales

30- Fallos 186:151.

31- El criterio se reitera en la causa "Ministerio de Marina c/Olivera, Ramón s/expropiación" (Fallos 241:382, del 24 de septiembre de 1958) y en autos "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Monferrán, Elda E. Pereyra Capdevilla de c/Estado Nacional" (Fallos 311:2001, del 27 de septiembre de 1988).

32- Fallos 247:190, del 29 de junio 1960.

> condiciones, sostener que la sentencia que decide irremisiblemente la existencia de ese acto estatal de despojo y ordena su cesación es solo declaratoria y no exigible contra el Estado nacional, significa tanto como entender que el art. 7° de la Ley 3952 en situaciones como la que se juzga, autoriza la frustración de la garantía constitucional aludida, en cuanto posibilita el mantenimiento discrecional y temporalmente ilimitado de un estado de cosas que la agravia.

Se observa, en este caso, la posición del Tribunal cuando lo que estaba en juego era una obligación de hacer por parte del Estado nacional; cabe destacar que, en el Considerando 5°), extendió lo resuelto para los casos de expropiaciones.

En la causa "Figueroa, Andrés Alejandro c/Universidad Nacional de Buenos Aires s/ desalojo",[33] la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su fallo del 3 de agosto de 1962, señaló la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N° 3952, sin perjuicio de que la demanda estaba dirigida contra una entidad autárquica.[34]

Para decidir así, señaló: "… corresponde, distinguir, en consecuencia, entre las reparticiones autárquicas, a aquellas que llenan funciones específicamente estatales" (Considerando 3°). Tratándose de una obligación de hacer desalojo del inmueble —que se enfrenta al derecho de propiedad del actor—, precisa el Tribunal:

> … la conclusión a que llegan los precedentes considerandos no importa desconocimiento de los derechos individuales, particularmente del de propiedad. Quiere solamente decir que para el cumplimiento de la sentencia judicial del caso deben disponerse las medidas correspondientes por la misma autoridad universitaria, con toda la diligencia que permita la preservación de las tareas que se cumplen en el inmueble arrendado. Por otra parte, no se descarta tampoco la pertinencia de toda ulterior intervención judicial, en el caso de una irrazonable dilación, en la causa, para el adecuado acatamiento del fallo (Considerando 6°).

Proseguiremos relatando lo decidido en la causa "Noemí Novaro de Lanús y ots. c/Nación Argentina".[35] Se trató de una demanda por desalojo de un inmueble en la que los actores arrendaban a la Nación y donde funcionaba una escuela cuyo contrato estaba hartamente vencido. El interés de este pronunciamiento radicó en que las instancias que intervinieron con anterioridad a que lo hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación coincidieron, en general, en que era procedente decretar el desalojo del inmueble. Ello, sin perjuicio de la existencia de jurisprudencia que consideró aplicable lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N° 3952 a casos de desalojo.

33- Fallos 253:312, del 3 de agosto de 1962.

34- En el fallo "Lascano, Enedin c/Estado Nacional Argentino s/desalojo" (Fallos 253:439), el Máximo Intérprete Constitucional Nacional, el 13 de septiembre de 1962, ratifica el criterio sentado en el precedente "Figueroa". Resulta interesante la aplicación que de la doctrina se hizo en la causa "Impini de Cordara, Olga Noemí c/Administración General de Obras Sanitarias de la Nación s/desalojo" (Fallos 262:195, del 21 de julio de 1965). Si bien la mayoría mantiene el criterio del efecto declarativo de las sentencias y considera improcedente el desalojo sin previo debate formal, la disidencia del ministro Carlos Juan Zavala Rodríguez evidencia lo irrazonable del sostenimiento de tal efecto en el caso.

35- Fallos 263:554, del 29 de diciembre de 1965.

De la sentencia del 16 de marzo de 1965 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que confirmó la sentencia de desalojo por mayoría, corresponde destacar la brillante intervención del doctor Francisco Javier Vocos.

Entre sus reflexiones, cabe recordar algunas, tales como:

> III. No hay, por consiguiente, lesión a la autoridad cuando es ella misma por uno de sus poderes competentes, la que renunciando a la fuerza que de hecho dispone se somete voluntariamente a lo que la razón y el orden jurídico le piden.

En el mismo numeral, más adelante agregó:

> … No siempre las condenas judiciales se refieren a fondos que es necesario arbitrar… Y en tales casos el cumplimiento de las sentencias en lo principal que es la restitución del bien no exige ninguna intervención del Poder Legislativo, porque no hay necesidad de arbitrar recursos para su cumplimiento. Aquí hace falta solamente la actuación del Poder Ejecutivo colaborando con el Judicial en el restablecimiento del orden alterado por la tenencia indebida de un bien privado.

Sin perjuicio de que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia —el 29 de diciembre de 1965—, revocaron el decisorio haciendo aplicación de lo dispuesto por la Ley N° 3952, hubo disidencias de los doctores Pedro Aberastury y Carlos Juan Zavala Rodríguez. Se comenzaba a andar un nuevo camino en esta cuestión, por lo que resultó importante en este rumbo el ya citado caso "Figueroa, Andrés Alejandro c/Universidad Nacional de Buenos Aires s/desalojo" .[36]

Para decidir de este modo, la mayoría recordó los fallos en que se ha hecho aplicación para los desalojos del criterio del efecto declarativo de las sentencias; y, a la vez, reconoció que se había convalidado "una posible intervención judicial ulterior a la sentencia de la causa para los supuestos de una irrazonable dilación en el acatamiento del fallo".

En el Considerando 4°) de su decisión expresó:

> … resulta claro de las circunstancias de la causa la manifiesta necesidad, por parte del organismo de que se trata, de atender a la buena marcha de la función pública específica que cumple. Aspecto este que particularmente tutela el art. 7º de la Ley 3952, según así lo ha reconocido esta Corte —ver Fallos: 253:312 y 439, entre otros— y en el que encuentra fundamento aquella norma, además de lo atinente a la determinación del destino de las rentas públicas que con arreglo a la Constitución Nacional, es de la incumbencia del Poder Legislativo.

I.1.c. Tercer período

No se puede dejar de mencionar el *leading case* "Pietranera, Josefa y ots. c/Estado Nacional",[37] decidido por la Corte Suprema de Justicia de la

36- Fallos 253:312, del 3 de agosto de 1962.

37- Fallos 265:291. Sobre este fallo y la evolución jurisprudencial hasta ese momento, se recomienda la lectura del trabajo de BIDEGAIN, C. M., *El carácter declamatorio de las sentencias contra la Nación,* ED 16-928.

Nación el 7 de septiembre de 1966. Este precedente, al igual que "Figueroa" y "Novaro de Lanús", trató del desalojo de un inmueble privado.

El más alto Tribunal de la Nación, con una integración distinta, recordó la doctrina sentada en el caso "Figueroa" en cuanto señaló que el artículo 7° de la Ley N° 3952 no descartaba la pertinencia de una intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo, en el caso de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la Administración Pública, así como también lo expresado en Fallos 247:190, cuya acción tenía por objeto recobrar la posesión de la que fue privado un particular por un acto manifiesto y gravemente ilegítimo del Estado y, en el que estableció como principio, que reconocer carácter declarativo a la sentencia que ordenara su cesación sería tanto como admitir que aquella norma autoriza la frustración de la garantía constitucional de la propiedad.

En el Considerando 5° de esta sentencia se afirmó:

> Que la regla del art. 7° de la Ley 3952 ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración pública. Desde ese punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto.

En tanto que, en el caso "Pietranera", la Corte Suprema de Justicia de la Nación obligó al cumplimiento de una sentencia cuya pretensión se basaba en una *obligación de hacer* —fijación de un plazo para el desalojo de un inmueble—. Tiempo más tarde, el 26 de diciembre de 1967, aplicando la doctrina sentada en "Pietranera", se expidió en la causa "Chiodetti, Remo José y otros c/Estado Argentino s/desalojo";[38] confirmó lo fallado en las instancias anteriores; y, obligó al Estado Nacional a pagar los alquileres adeudados en un plazo de sesenta días.

Lo importante de esta sentencia fue que se trataba de una obligación de dar sumas de dinero y la Corte mantuvo el criterio del *leading case* mencionado.

Luego, se sucedieron una serie de fallos en el sentido trazado por la jurisprudencia en estas causas, hasta la sanción de las Leyes de emergencia, primero, y luego, la de consolidación de deudas.

El 26 de mayo de 1988, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 679 que intentó reglamentar, por primera vez, el alcance de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 3952.

Este reglamento destacaba, a lo largo de sus Considerandos, el criterio que comenzaba a perfilarse en la jurisprudencia sobre el referido artículo 7° de la Ley N° 3952, que partía de la interpretación que hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes tales como: "Impini de Cordara",[39] "Novaro de Lanús"[40] y "Josefa Pietranera".[41]

38- Fallos 269:448, del 26 de diciembre de 1967.

39- Fallos 262:195.

40- Fallos 263:554.

41- Fallos 265:291.

Según la parte expositiva del decreto que referimos, el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado debía "jugar solo cuando lo [justificara] una concreta razón de orden institucional" (Considerando 9º).

El reglamento preveía, como procedimiento general, que una vez que el procurador del Tesoro de la Nación tomaba conocimiento de la existencia de una suma determinada —a pagar en un juicio contra el Estado Nacional o las entidades descentralizadas incluidas en el Presupuesto General— debía requerir a la Secretaría de Hacienda de la cartera Económica la inclusión en el próximo o próximos presupuestos del monto a pagar (artículos 1°, 2° y 3° del Decreto N° 679/88).

Este decreto contenía dos excepciones en los artículos 7° y 10º. En el primero de los artículos mencionados, se contemplaba el supuesto en que el acreedor era una persona física y el organismo responsable del pago contara con las partidas presupuestarias necesarias y los fondos acreditados, en tanto el desembolso no interfiriera en su normal desenvolvimiento y concurrieran razones de urgencia o emergencia que lo justificaran, podía procederse al pago sin efectuar ningún otro trámite.

Por su parte, el artículo 10º del mentado reglamento excluía de la realización del trámite a las obligaciones de carácter alimentario que debían ser cumplidas "dentro del más breve plazo posible".

Sobre este decreto, existen posturas ambivalentes. Al momento de su dictado, muchas voces se manifestaron contrarias a su constitucionalidad,[42] mientras que otros autores consideraron que sus normas habían establecido un *régimen de ejecución de sentencias que respetaba el criterio interpretativo mesurado, prudente y respetuoso del espíritu y los fines de la Ley Nº 3952, realizado por la jurisprudencia hasta ese momento.*[43] Sin perjuicio de lo cual, cabe señalar que nunca llegó a aplicarse.[44]

I.1.d. Cuarto período

La etapa normativa que examinaremos a continuación marca la regresión de los paulatinos avances que se venían sucediendo desde la jurisprudencia y que fueron plasmados, aunque con alguna dificultad, por el Decreto N° 679/88.

En efecto, el 17 de agosto de 1989 se sancionó la Ley N° 23696, por la que se declaró la emergencia administrativa del Estado Nacional, y, en su Capítulo VII, se normó sobre las situaciones de emergencia en las obligaciones exigibles (artículos 50 a 56 de la Ley).

El artículo 50 del referido cuerpo legal dispuso la suspensión —por el plazo de dos años— de la ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales que hubieran condenado al pago de una suma de dinero al Estado Nacional y los demás entes descriptos en el artículo 1° de la Ley de Emergencia Administrativa.[45] La sus-

42- TAWIL, G. S., *Administración y Justicia*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 484; MAIRAL, H., *La evolución del régimen de sentencias contra la Nación*, L.L. 1988-E, 1203 y ss., y CASSAGNE, J. C., *Sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado a pagar sumas de dinero*, ED 128:920.

43- HUTCHINSON, T., *El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado*, *op. cit.*, p. 328. Por su parte, CORTI, H. (*op. cit.*, p. 525) calificó el mentado reglamento de racional.

44- El ex Tribunal de Cuentas de la Nación, sobre la base de las atribuciones que le confería el artículo 85, inciso a), de la Ley de Contabilidad, emitió, el 19 de septiembre de 1988, la Observación Legal N° 44. El Poder Ejecutivo no insistió en la medida, razón por la cual perdió virtualidad.

45- El artículo 1° de la Ley Nº 23696 disponía que la emergencia administrativa alcanzaba a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, obras

pensión se extendería a las jurisdicciones provinciales, en tanto adhirieran a la Ley N° 23696 (en los términos del artículo 68 del régimen). La suspensión comprendía a las ejecuciones que pudieran promoverse por cobro de honorarios y gastos a cargo de aquellos alcanzados por la norma.

El artículo 52 de la Ley establecía que, vencido el plazo de la suspensión, el juez de la causa debía fijar un plazo para el cumplimiento de la sentencia o laudo arbitral —previa vista al organismo demandado para que indicara el plazo de cumplimiento—. Este plazo no podía exceder los seis meses. En el supuesto de que el organismo no fijara el tiempo de cumplimiento o el fijado resultare irrazonable, el juez lo debía fijar.

Según lo previsto por el artículo 54 de la Ley Nº 23696, quedaban excluidos del régimen el cobro de créditos laborales o nacidos con motivo de la relación de empleo público; el cobro de indemnizaciones por expropiación; la repetición de tributos; los créditos por daños en la vida, en el cuerpo o en la salud de las personas físicas o por privación o amenaza de la libertad; o daños en cosas que constituyan elementos de trabajo o vivienda del damnificado; toda prestación de naturaleza alimentaria; los créditos originados en incumplimiento de aportes y contribuciones provisionales y para obras sociales; aportes de sindicales no depositados en término; los créditos generados en la actividad mercantil de los Bancos Oficiales y de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro; las jubilaciones y pensiones gobernadas por sus regímenes específicos; las acciones de amparo y las acciones por recuperación patrimonial por bienes ilegítimamente desposeídos.

El 5 de septiembre de 1990, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1757. Este extenso reglamento, inspirado en las Leyes Nº 23696 y 23697, previó entre sus disposiciones el relevamiento inmediato y control de las deudas y créditos que el Estado Nacional mantuviera con los particulares (del Capítulo VIII "De las deudas y créditos del sector público", artículos 96 a 100 inclusive).

Posteriormente, se dictaron los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 34/91, su modificatorio N° 53/91 y el Nº 383/91, cuyo fundamento radicó —al decir de Guido Tawil— *en la emergencia moral en la que se encontraba sumergido el Estado argentino,*[46] a diferencia de lo que ocurrió con la Ley N° 23696, en la que se apeló a la emergencia económica.[47]

El 7 de enero de 1991, se dictó el Decreto N° 34 de Necesidad y Urgencia por el cual se suspendió por el plazo de ciento veinte días la tramitación de los juicios que tenían por objeto el cobro de dinero contra el Estado Nacional[48]

sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en el que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias. La ley resultaba aplicable a los organismos mencionados, aun cuando sus estatutos o cartas orgánicas requiriesen una inclusión expresa para su aplicación. Además, la ley resultaba aplicable a aquellos entes en los que el Estado Nacional se encontrara asociado a una o varias provincias y/o municipalidades, siempre que los respectivos gobiernos provinciales y/o municipales prestasen su acuerdo.

46- TAWIL, G. S., *op. cit.*, p. 496.

47- Sobre las críticas que despertaron estas medidas se recomienda la lectura de ABERASTURY, P., *La suspensión de los juicios contra el Estado*, La Ley 1991-D, 1330.

48- El mencionado artículo hacía referencia a la Administración Pública centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales nacionales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria en el capital o en la

(artículo 1°); la presentación y sustanciación de reclamos administrativos que persiguieran el cobro de dinero (artículo 2°); y la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales que condenaren al pago de una suma de dinero, originados en créditos laborales, daños contra la vida, la salud o en cosas que constituyeran elementos de trabajo o vivienda del damnificado, contra acciones de amparo de contenido patrimonial, cobro de honorarios y gastos (artículo 4°).

También, se suspendió por idéntico plazo el cumplimiento de medidas cautelares dictadas contra el Estado Nacional y los demás entes alcanzados por el reglamento que consistieran en: la traba y afectación de cuentas oficiales; sumas de dinero; recaudaciones; títulos públicos; acciones u otros valores; a excepción de las medidas contra bienes inmuebles o bienes muebles registrables (artículo 5°).

El mentado reglamento se fundamentó en la necesidad de discernir la licitud de innumerables juicios y reclamos administrativos en contra del Estado Nacional y entes del sector público, circunstancia que requería de una auditoría de los reclamos y acciones.

El 9 de enero de 1991, se dictó otro reglamento de Necesidad y Urgencia. Nos referimos al Decreto N° 53, que designó a la Procuración del Tesoro de la Nación y a la ex Sindicatura General de Empresas Públicas, a cargo de la auditoría permanente de juicios de relevante significación económica (artículo 1°).

El reglamento modificó el artículo 4° del Decreto N° 34/91 al considerar alcanzados por la suspensión a todos los procedimientos judiciales —incluso los relativos a la ejecución de sentencias, laudos arbitrales y acuerdos transaccionales o conciliatorios, aun los referidos en el artículo 54 de la Ley N° 23696—, excepto los juicios respecto de los cuales la Procuración del Tesoro de la Nación o la Sindicatura General de Empresas Públicas hubieran dictaminado que no tienen objeciones que formular. La norma establecía que la suspensión cesaba a partir del pronunciamiento favorable de los organismos a que se refería el artículo 1°.

Posteriormente, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 383 del 7 de marzo de 1991 modificó el artículo 4° del Decreto N° 53/91, que, luego de mantener la suspensión, señaló que la tramitación de los juicios podía proseguir hasta el momento de la ejecución si los magistrados intervinientes no detectaban, *prima facie*, ninguna irregularidad. Por su parte, los organismos designados por esta medida en carácter de auditores podían requerir el mantenimiento o la restauración de la suspensión dispuesta, cuando así lo hiciera necesario investigaciones abiertas (artículo 5°).

I.1.e. Quinto período

Meses más tarde, el 1° de agosto de 1991, se sancionó la Ley N° 23982, que consolidó en el Estado Nacional las obligaciones vencidas o de causa o de título anterior al 1° de abril de 1991 que consistieran en el pago de sumas de dinero, o que se resolvieran en el pago de sumas de dinero en los casos que el artículo 1° de la medida refería.

En consecuencia, el artículo 3° de la Ley consagró el carácter declarativo de las sentencias respecto de las obligaciones alcanzadas por la consolidación y agregó que ellas se iban a limitar al reconocimiento del derecho que se pretendiera.

El artículo 4° del régimen de consolidación dispuso, sin más trámite, el levantamiento de todas las medidas ejecutivas o cautelares

formación de las decisiones societarias.

dictadas en contra del Estado nacional, a solo requerimiento de sus representantes judiciales.

El artículo 5° disponía que los titulares de los derechos que hubieran sido definitivamente reconocidos debían presentar la liquidación judicial firme y aprobada de sus acreencias —o la liquidación administrativa definitiva que contara con la previa conformidad del ex Tribunal de Cuentas de la Nación—, la ex Sindicatura General de la Nación o los organismos de control internos correspondientes.

Los organismos y las entidades alcanzados por la Ley de Consolidación de Deudas,[49] una vez que recibían las liquidaciones, formulaban sus requerimientos de créditos presupuestarios a la Subsecretaría de Hacienda de la cartera Económica, que los atendería exclusivamente con los recursos que al efecto dispusiera el Congreso de la Nación en la Ley de presupuesto de cada año, siguiendo un orden cronológico y los privilegios previstos en la propia Ley[50] (artículo 6° de la Ley).

A partir de la entrada en vigor de la ley, se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional debía comunicar los reconocimientos administrativos o judiciales firmes por causa o título *posterior* al 1° de abril de 1991; es decir, deuda no alcanzada por la consolidación, que carezca de créditos presupuestarios al Congreso de la Nación para su cancelación en la Ley de Presupuesto general siguiente al de su reconocimiento. El acreedor podía solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso en que debía ser tratada la inclusión del mencionado crédito (artículo 22 de la Ley Nº 23982).[51]

49- El artículo 2° de la Ley establecía que el régimen de consolidación alcanzaba a las obligaciones del Estado Nacional, la Administración Pública centralizada y descentralizada, ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Banco Central de la República Argentina, Fuerzas Armadas y de Seguridad, Fabricaciones Militares, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, del Instituto Nacional de Previsión Social y de las obras sociales del sector público. También comprendía las obligaciones a cargo de todo otro ente en el que el Estado nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, en la medida en que recayeran sobre el Tesoro Nacional, excepto el Banco de la Nación Argentina y el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, la Caja Nacional de Ahorro y Seguro, el Banco Nacional de Desarrollo y el Banco Hipotecario Nacional.

50- El artículo 7° de la Ley de Consolidación de Deudas preveía el orden de prelación que se detalla a continuación: a) la deuda por diferencia de haberes jubilatorios y pensiones hasta el monto equivalente a un año de haberes mínimos, por persona y por única vez; b) toda otra prestación de naturaleza alimentaria, créditos laborales o nacidos con motivo de la relación de empleo público, y los créditos del trabajo o de la actividad profesional hasta el monto equivalente a un año de haber jubilatorio mínimo por persona y por única vez; c) los créditos por daños a la vida, en el cuerpo o en la salud de las personas físicas o por privación ilegal de la libertad o daños en cosas que constituyan elementos de trabajo o vivienda del damnificado hasta un monto determinado por la Ley, por persona y por única vez; d) los saldos indemnizatorios que hubieran sido controvertidos por expropiaciones por causas de utilidad pública o por la desposesión ilegítima de bienes; e) la repetición de impuestos; f) los créditos mencionados en los tres primeros rubros en los que excedan del monto previsto por la norma; g) los aportes y contribuciones provisionales, para obras sociales y a favor de los sindicatos, y j) las demás obligaciones alcanzadas por la consolidación.

51- Este artículo debe entendérselo juntamente con las adaptaciones dispuestas por los artículos 94, 95 y 96 de la Ley N° 25401.
Así, el artículo 94 dispuso: "Se tendrá por acreditado el cumplimiento de la comunicación al Honorable Congreso de la Nación, que impone el artículo 22 de la Ley Nº 23982 a los fines de la inembargabilidad de fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público, dispuesta por el artículo 67 de la Ley Nº 11672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 1999), mediante la certificación que en cada caso extienda el servicio administrativo contable del organismo o entidad involucrada".
Por su parte, el artículo 95 expresó: "La inembargabilidad consagrada por el artículo 67 de la Ley Nº 11672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 1999), será aplicable cuando subsistan condenas judiciales firmes, que no puedan ser abonadas como consecuencia del agotamiento de los recursos asignados por la Ley de Presupuesto. Dicha circunstancia se acreditará con la certificación que

Además, esta ley convalidó los Decretos de Necesidad y Urgencia Nº 34/91, Nº 53/91 y Nº 383/91 (artículo 16 de la Ley).

A los dos años de la implementación de la Ley, se advirtió que el cumplimiento del pago de las sentencias judiciales era prácticamente nulo; por esta razón, los jueces comenzaron a aplicar sanciones tendientes a conminar al Estado al cumplimiento de sus obligaciones.[52]

El Poder Ejecutivo Nacional, invocando la Ley N° 23982, dictó —el 4 de agosto de 1993— el Decreto N° 1639, por el cual se fijó un plazo de noventa días, a fin de que los entes deudores y los organismos de control conformaran u observaran, en su caso, el requerimiento de pago de deuda consolidada. En caso de incumplimiento, el artículo 4° del reglamento estableció que el Tribunal suscribiera en sustitución de las autoridades administrativas el formulario de requerimiento de pago de deuda consolidada.

Tiempo más tarde, el 23 de diciembre de 1994, se sancionó la Ley N° 24447 que aprobó el presupuesto general de la Administración Nacional para el ejercicio 1995.

Esta norma dispuso, de pleno derecho, la caducidad de las prerrogativas y la prescripción de las acciones para peticionar créditos contra el Estado Nacional o cualquiera de los entes comprendidos en la Ley N° 23982 de causa o título anterior al 1° de abril de 1991, a excepción de las deudas provisionales y las que reclamasen las provincias y los municipios (artículo 25 de la Ley N° 24447).

Además, apartándose esta ley de lo dispuesto por el artículo 1°, inciso e) apartado 9) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19549), estableció que los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimientos de deudas de causa o título anterior al 1° de abril de 1991 que no fueran impulsados por los interesados durante el plazo de sesenta días hábiles computados desde la última actuación útil caducarían automáticamente (artículo 26 de la Ley N° 24447).

Así, modificando lo normado por el artículo 26 de la Ley N° 19549, previó que, en los casos de denegatoria por silencio de la Administración ocurrido en los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimiento de deudas de causa o título anterior al 1° de abril de 1991, se produciría la caducidad del derecho para interponer la demanda contencioso administrativa contra la denegatoria a los noventa días hábiles judiciales contados desde que se hubiera producido la denegatoria tácita o desde la fecha de entrada en vigor de la Ley N° 24447, lo que fuere posterior. Vencido dicho plazo, sin que se hubiera deducido la acción correspondiente, prescribían las pretensiones patrimoniales consecuentes (artículo 27 de la Ley N° 24447).

---

en cada caso expida el Servicio Administrativo Contable mencionado en el artículo anterior. Habiendo cumplido con la comunicación que establece el artículo 22 de la Ley Nº 23982, en ningún caso procederá la ejecución del crédito hasta transcurrido el período fiscal siguiente o subsiguiente a aquel en que dicho crédito no pudo ser cancelado por haberse agotado la partida presupuestaria asignada por el Congreso de la Nación".

Por último, el artículo 96 establecía "la caducidad automática de todo embargo trabado sobre fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público en todos aquellos casos en que el organismo o entidad afectado acredite, a través de las certificaciones aludidas en los artículos anteriores, haber efectuado la comunicación que dispone el artículo 22 de la Ley Nº 23982 y el agotamiento de los recursos asignados por la Ley de Presupuesto. No incurrirán en responsabilidad quienes incumplan una orden judicial que contravenga lo dispuesto en este artículo, comunicando al tribunal interviniente las razones que impiden la observancia de la manda judicial".

El artículo 116 de la Ley que rigió el presupuesto general para 2001 dispuso la incorporación de los artículos transcriptos a la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto.

52- Esta situación es descripta por HUTCHINSON, T., *El proceso…*, *op. cit.*, p. 338.

Las normas de la Ley de Presupuesto anual, que fueron descriptas en los párrafos anteriores, fueron ordenadas en la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto, Ley N° 11672, por expreso mandato del artículo 61 de la Ley N° 24447. Ellas supusieron otra violación a la regla del artículo 20 de la Ley N° 24156, en tanto introdujeron modificaciones sustanciales en una ley anual a una ley de carácter permanente —como lo es la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos—.

Posteriormente, el 20 de septiembre de 1995 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 483 que modificó el Decreto N° 1639/93 sobre el procedimiento de ejecución de sentencia. En esencia, este decreto aumentó a ciento veinte días corridos, el plazo máximo dentro del cual los entes deudores y los organismos de control deberían conformar u observar el requerimiento de pago de la deuda consolidada. A su vez, eliminó la posibilidad de que el tribunal suscribiera en sustitución de las autoridades administrativas el formulario de requerimiento de pago de deuda.

El 22 de junio de 1995 se dictó el Decreto N° 852 que reglamentó la aplicación de las Leyes Nº 23982, Nº 24156 y Nº 24447 en lo concerniente al procedimiento administrativo relativo al reconocimiento de los créditos. Se estableció, de este modo, que para los supuestos comprendidos en el artículo 25 de la Ley N° 24447 la interposición de los recursos administrativos previstos en los artículos 94 y 100 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1759/72 (t.o. 1991) no suspendería los plazos de prescripción y de caducidad.

Se aclaró, además, que lo previsto en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley N° 24447 no sería de aplicación a las peticiones de pago relativas a obligaciones reconocidas y firmes en sede judicial o administrativa, ni respecto de los créditos fiscales regidos por el Título VI de la Ley N° 24073 y modificatorias.

Se previó, también, que la denegatoria por silencio de la Administración Pública dispuesta en el artículo 27 de la Ley N° 24447 agotaría la vía administrativa, en cualquier supuesto que ello ocurriera, a partir de lo cual no procedería a sustanciar ningún recurso o reclamo administrativo. Se estableció además que, en virtud del artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se consideraría solicitud de pronto despacho cualquier petición que tendiera a denunciar la mora administrativa para que comenzara el plazo tendiente a la habilitación de la negativa tácita.

Los artículos 5° a 8° del mentado decreto trataban de las facultades de la Sindicatura General de la Nación de formular reparos al pago de lo adeudado.

La Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 1996, N° 24.624,[53] contenía algunos artículos sobre esta materia.

Sin ánimo de distraernos del desarrollo del tema que nos ocupa, cabe recordar que, en virtud del principio constitucional de la anualidad de la Ley de Presupuesto (artículo 75 inciso 8° de la Constitución Nacional), sus normas debieran regir para el año en curso y, de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Ley N° 24156 (de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional), la Ley de Presupuesto no podría contener disposiciones de carácter permanente —o que reformen o deroguen legislación vigente—, ni crear, modificar o suprimir tributos u

53- Esta ley fue sancionada por el Congreso de la Nación el 28 de diciembre de 1995 y fue promulgada parcialmente el 29 de diciembre de 1995. El veto parcial de la ley fue hecho mediante el dictado del Decreto N° 1040, del 29 de diciembre de1995.

otros ingresos. Sin embargo, este principio es denostado año tras año. Tanto es así que resulta de práctica que las leyes anuales de presupuesto manden ordenar en la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11672 las normas que adquieren carácter permanente.[54] Sería deseable que se interprete que la ley que regula cómo se confecciona, ejecuta y controla el presupuesto es una ley especial, sobre cuyas bases, año tras año, se dicta la Ley de Presupuesto, la que por mandato constitucional es anual.[55]

Así, el artículo 19 de la Ley N° 24624 dispuso la inembargabilidad de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público, ya sea que se tratase de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos, valores emitidos, obligaciones de terceros en cartera o cualquier otro medio de pago que se utilizara para atender pagos del Presupuesto nacional. Tampoco admitía la norma toma de razón alguna que afectase la indisponibilidad de los fondos o valores.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley de Presupuesto anual para el ejercicio financiero 1996 sentó que los pronunciamientos judiciales que condenasen al Estado Nacional y cuyo cumplimiento se concretara en el pago de una suma de dinero serían satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el Presupuesto general de la Administración nacional, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido en la Ley N° 23982.

El mentado artículo previó que, en el caso de que el Presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida careciera de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional debe efectuar las previsiones necesarias, a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente. Para ello, la Secretaría de Hacienda del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos debía tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del 31 de agosto del año correspondiente al envío del proyecto. Los recursos asignados por el Congreso Nacional se afectarían al cumplimiento de las condenas siguiendo un estricto orden de antigüedad, conforme a la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignaran en el Presupuesto siguiente.

Finalmente, el artículo 21 de la ley bajo análisis consagraba que las sentencias judiciales no alcanzadas por la Ley N° 23982 —que se dictaren contra las sociedades del Estado; sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; sociedades de economía mixta; empresas del Estado, y toda otra organización empresarial o societaria donde el Estado Nacional o sus entes de cualquier naturaleza tuvieran participación total o parcial, en ningún caso podrán ejecutarse contra el Tesoro Nacional—, entendiendo que la responsabilidad del Estado se limita a su parte o participación en el capital de esas organizaciones empresariales.

54- Esta ley ha sido definida por MORDEGLIA, R. M. como "un cuerpo legal inorgánico al que continuamente se van agregando disposiciones, por lo que se ha señalado que constituye una *ley abierta*…", en *Manual de finanzas públicas*, A-Z, 2ª edición, Buenos Aires, 1986, p. 462.
No obstante ello, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado viable la modificación de una norma de carácter permanente a través de la Ley Anual de Presupuesto *in re* "Cipolla, Nora Estela c/ Inst. Nac. de Reaseguros Soc. del Estado en Liq. s/despido", del 5/9/2006, en el que se remite a lo dictaminado por el procurador fiscal subrogante Ricardo Bausset. Ya había sostenido esa postura en el voto de la mayoría en autos "Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/amparo", el 20 de septiembre de 2002, en los Considerandos 8 a 11.

55- SCHAFRIK de NÚÑEZ, F., "El ciclo presupuestario a la luz de la Constitución nacional de la República Argentina", *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Año 20-106, septiembre-octubre de 2012, Academia Brasileña de Derecho Tributario, pp. 376 y ss.

El artículo 59 de la Ley N° 24624 ordenó la incorporación de los tres artículos enunciados en la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11672. Esta ley, en el Título III "Otro aspectos del funcionamiento del Estado", Capítulo II, dado en llamar "Inembargabilidad de fondos públicos", recogió estas disposiciones que quedaron plasmadas en los actuales artículos 165, 166 y 168 de la ley.

El 19 de octubre de 2000 se sancionó la Ley N° 25344,[56] que declaró en emergencia la situación económica-financiera del Estado Nacional; la prestación de los servicios; y, la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional (definido este por el artículo 8° de la Ley N° 24156) —con exclusión del Banco de la Nación Argentina y el Banco de Inversión y Comercio Exterior—.[57]

Se previó que el estado de emergencia duraría un año a partir de su promulgación,[58] y que podría ser prorrogado por el Poder Ejecutivo Nacional una sola vez por igual término.

También, en su artículo 1°, dejó señalado que las disposiciones de carácter común se entenderían como permanentes y no caducarían una vez finalizada la emergencia sancionada.

En lo que respecta al tema en análisis, la ley contempló dos aspectos diferentes.

El Capítulo IV, denominado "De los juicios contra el Estado nacional" —que van del artículo 6° al 12—, contempló reformas al proceso judicial. Estas reformas iban desde la consagración de la suspensión de los plazos en los juicios en trámite hasta la comunicación del pleito a la Procuración del Tesoro de la Nación (artículo 6°); la regulación de la intervención necesaria del Máximo Asesor del Poder Ejecutivo Nacional en todos los casos en que participaran los organismos mencionados en el artículo 6°[59] (artículo 8º); y la regulación del —tan discutido— procedimiento de habilitación de la instancia (artículos 8°, 10º y 11º); amén de las reformas que en materia de reclamación previa se introdujeron en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (artículo 12).

El segundo aspecto que contempló, nos obliga a referir a su Capítulo V, que trata lo relativo a la consolidación de deudas, en los artículos 13 a 18 de la ley.

El artículo 13 de esta norma establece la continuación de la consolidación de deudas dispuesta por la Ley N° 23982 al convertir en deuda interna —con los alcances y en la forma dispuesta por la ley antes referida—, las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al

56- Esta ley fue modificada por la N° 25565 (que aprobó el Presupuesto General de la Administración para el ejercicio 2002).

57- ABERASTURY, P. (*op. cit.*, pp. 100/101 y concordantes) tilda de inconstitucional el sistema de la Ley N° 25344, por cuanto "vuelve a diferir el pago de las acreencias judiciales por un plazo similar a la Ley Nº 23982, pero no comprendiendo a las deudas a las cuales se aplicaba esta última, lo cual lleva a la prolongación de la emergencia a un término de treinta y cuatro años".

58- La ley fue promulgada el 14 de noviembre de 2000. Por el artículo 1° del Decreto N° 1602/2001 se prorrogó, a partir del 14 de noviembre y por el término de un año, la emergencia económico-financiera declarada. La consolidación establecida mediante la ley fue prorrogada por última vez mediante la Ley Nº 25725, cuyo artículo 58 extendió, al 31 de diciembre de 2001, la fecha de consolidación de las obligaciones no previsionales, vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y para la misma fecha aquella de origen previsional (artículo 46).

59- El artículo 6° señala que sus reglas son aplicables a los juicios deducidos contra organismos de la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, Fuerzas Armadas y de Seguridad, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias.

31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000.[60] Además de las previsionales[61] originadas en el régimen general vencidas o de causa o título posterior al 31 de agosto de 1992 y anterior al 1° de enero de 2000 que consistan en el pago de sumas de dinero, o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, en los términos de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 23982 y los entes binacionales o multinacionales en los cuales el Estado tenga participación.

Se excluye expresamente de la consolidación las obligaciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las del Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado (en liquidación) y las obligaciones previsionales originadas en el régimen general, cuya cancelación se hubiera previsto realizar en efectivo en la Ley N° 25237, hasta el importe realizado por la misma ley.[62] También, se excluyeron las deudas previsionales consolidadas por la Ley N° 23982 que aún no hubieran recibido los Bonos de Consolidación ordenados en esa ley, que serán pagados con los bonos de la Ley N° 23982.

El artículo 14 de la Ley N° 25344 dispone que el cumplimiento de las obligaciones quedará sujeto a los recursos que anualmente contenga la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional, para hacer frente al pasivo consolidado al 31 de diciembre de 1999, en un plazo máximo de dieciséis años para las obligaciones generales y de diez años para las obligaciones previsionales originadas en el régimen general.

El 29 de noviembre de 2000 se dictó el Decreto N° 1116 que reglamentó diferentes aspectos de la Ley N° 25344.

Resulta necesario agregar que, en diferentes leyes anuales de Presupuesto, se previó crédito para atender a las sentencias judiciales.[63]

Si bien este período tiene significativos precedentes, hemos escogido algunos que den cuenta de la interpretación que hizo sobre la consolidación nuestro más alto Tribunal Nacional.

En efecto, el 5 de abril de 1995, el Máximo Tribunal de la Nación dictó sentencia en la

60- Este plazo se extendió al 31 de diciembre de 2001 (por el artículo 58 de la Ley N° 25725 —de Presupuesto nacional para el ejercicio 2003— para las deudas no provisionales y por el mismo plazo para las provisionales por el artículo 46 de la Ley N° 25565 —de Presupuesto nacional para el año 2002—). Luego por Ley Nº 25827 se modificó el tipo de bonos con los que deberían cancelarse los créditos derivados de la aplicación de las leyes Nº 23982 y 25344. La Ley Nº 26078 (de Presupuesto para 2006) trajo una puntualización acerca de los intereses. Luego la Ley Nº 26546 dispuso la emisión de los bonos octava serie. Las leyes Nº 26728 y Nº 26784 mantuvieron en sustancia los cambios introducidos por la Ley Nº 26546.

61- El tema previsional presenta en la evolución legislativa aristas particulares que escapan al objeto planteado en este trabajo, para lo cual se recomienda CORTI, H., *op. cit*., en especial pp. 545 y concordantes.

62- No estaban excluidas las obligaciones previsionales originadas en el régimen general cuando el beneficio provisional hubiera sido otorgado antes de la fecha de entrada en vigor del sistema provisional establecido por la Ley Nº 24.241. La fecha de consolidación sería el 31 de diciembre de 1999 (artículo 13 de la Ley N° 25344).

63- A modo ilustrativo, la disposición se encuentra prevista en el artículo 51 de la Ley N° 25967 (Ley General de Presupuesto para el ejercicio 2005). Este artículo fue incorporado a la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto por el artículo 78 de la Ley N° 26078 (Ley General de Presupuesto para el ejercicio 2006) y modificado por los artículos 61 de la Ley N° 26198 (Ley General de Presupuesto para el ejercicio 2007) y 57 de la Ley N° 26337 (Ley General de Presupuesto para el ejercicio 2008).
Otras Leyes, como la Ley N° 25401 (artículos 50 a 52) que aprobó el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2001, han venido a modificar lo dispuesto por la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto en lo que hace al trámite de la previsión presupuestaria y la inembargabilidad de los fondos públicos. Es ejemplo de ello la Ley N° 25565 que aprobó el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2002, que sustituyó la norma de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto que trata sobre el modo en que el Estado Nacional hará frente a las deudas judiciales agregando que deberá, además de respetar lo normado por la Ley N° 23982, atenerse a lo dispuesto por la Ley N° 25344.

causa "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca 'Las Pavas' s/ expropiación",[64] en la que se discutió la procedencia del pago en bonos en los casos de expropiación durante la vigencia del régimen de la Ley N° 23982. La mayoría, luego de sentar en el Considerando 9º que "no existe controversia sobre la existencia de la situación de emergencia ni sobre el incremento del poder de policía del Estado en tales períodos críticos, como así tampoco sobre el régimen general de consolidación del pasivo público", aplicó en el Considerando 16º la jurisprudencia de Fallos 237:38, y señaló: "…aun en supuestos de Leyes de emergencia, fundadas en el poder de policía del Estado, la propiedad está garantizada, en los supuestos expropiatorios, por los principios fundamentales que la tutelan (art. 17, de la Constitución Nacional) y que exigen, para que pueda privarse de ella, una justa indemnización".[65]

El más alto Tribunal Nacional excluyó de los alcances del artículo 22 de la Ley Nº 23982 a las astreintes, por mayoría, en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Iturriaga, Ernesto Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina",[66] del 27 de febrero de 1997.[67]

En lo relativo a la aplicación de la Ley Nº 23982 respecto de la obligación de pagar honorarios, de conformidad con lo sentenciado en Fallos 316:440, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cresta, José Víctor c/Dirección Nacional de Vialidad",[68] señaló, el 9 de junio de 1999, que debe atenderse a la fecha de la realización de la actividad profesional y no a la fecha del auto regulatorio.

En el recurso de hecho deducido por la demandada en la causa "Niz, Nicolás A. C/ Ferrocarriles Argentinos",[69] la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, dispuso el levantamiento del embargo preventivo que pesaba sobre la demandada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Nº 23982, y el Nº 19 y Nº 20 de la Ley Nº 24624, ya que su traba requiere una sentencia condenatoria firme y la previa comunicación de la habilitación presupuestaria. Para decidir así se basó en el principio de la unidad de la hacienda estatal, por lo que se dejó de lado al decidir la causa la personalidad diferenciada que tenía la entonces empresa estatal hasta su liquidación.

Sobre el juego de estos artículos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también tuvo la ocasión de expedirse en autos "Giovagnoli, César Augusto c/Caja Nacional de Ahorro y

64- Fallos 318:445.

65- El magistrado Fayt, en su disidencia, señala la procedencia de la aplicación del régimen de Consolidación de deudas para el pago del remanente por tal concepto al expropiado.

66- Fallos 320:186.

67- Cabe recordar el encuadre que de las astreintes hace el voto de los ministros Eduardo Moliné O' Connor y Guillermo López, en el Considerando 4º: "...las 'astreintes' son medidas compulsivas que importan el ejercicio del poder público estatal a cargo de los jueces y constituyen un medio para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales. En tal sentido, se diferencian nítidamente de las obligaciones impuestas por la condena cuya satisfacción procuran. Las astreintes suponen una sentencia condenatoria que el acreedor no satisface deliberadamente y se dirigen a vencer la resistencia del renuente mediante una presión psicológica —no exenta de consecuencias económicas— que lo mueva a cumplir; de ahí que los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado...".

68- Fallos 322:1201.

69- Fallos 322:82, del 4 de febrero de 1999.

Seguro s/cobro de seguro",[70] el 16 de septiembre de 1999. Allí, —confirmando la procedencia del cobro solicitado por la actora— sostuvo en el Considerando 6° que:

> …la finalidad perseguida mediante la sanción del art. 19 de la Ley Nº 24624 fue, como ya se expresó, evitar la afectación de los fondos destinados a la ejecución del Presupuesto general de gastos y recursos. Cabe concluir en que dicha disposición no obsta a la ejecución de las sentencias que se encuentren en las condiciones descriptas en el art. 22, in fine, de la Ley Nº 23982, o que encuadren en la hipótesis del art. 20, primera parte, de la Ley Nº 24624, pues en el primer caso el acreedor está legitimado para ejecutar su crédito en virtud de una habilitación expresa de la Ley, en tanto que en el segundo supuesto cuenta con una partida presupuestaria afectada al cumplimiento de la sentencia.

El 20 de mayo de 2003, la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en cuanto había hecho lugar a la demanda promovida por Carlos Broz contra la ex Municipalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Club Social y Deportivo Savio 80, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hija y fijó en 30 días corridos el pago de la condena. El Máximo Tribunal revocó el plazo otorgado, remitiendo a las consideraciones efectuadas por el entonces procurador general mediante la cual indicó que: "La sentencia que dispuso la inmediata ejecución de un crédito por las vías comunes no encuentra sustento en la normativa aplicable e importa prescindir de sus disposiciones, las que resultan de inexcusable aplicación habida cuenta del carácter de orden público de la Ley de Consolidación (sentencia del 16 de marzo de 1999 in re D.406.XXXIII. 'David, Simón c. Dirección Nacional de Vialidad')."[71]

En la causa "Baino, Jorge y ots. c/Lotería Nacional S.E.",[72] del 12 de abril de 2005, la Corte Suprema de Justicia precisó los alcances de la Ley N° 25344, al considerarla aplicable a situaciones en que, aunque sentenciadas antes de su entrada en vigor, su cumplimiento afectaría un acuerdo de pagos en cuotas posterior en ejecución.

En 2006, la Corte Suprema se expidió en otro caso interesante, se trata del caso "Mesquida, Gregorio".[73] Aquí, el Estado Nacional había sido condenado a pagar una indemnización por los daños sufridos por los actores a causa de la muerte de su hijo mientras realizaba el servicio militar. La Cámara de Apelaciones interviniente dispuso que el monto pendiente de ejecución quedaba consolidado por la aplicación de la Ley Nº 25344. La Corte, por mayoría, decidió que: "Corresponde declarar la inaplicabilidad al caso de la consolidación dispuesta en el art. 13 de la Ley Nº 25344 y emplazar al Estado Nacional para que en el ejercicio presupuestario del año 2007 dé cumplimiento a la condena mediante el depósito de las sumas de dinero correspondientes". Y agregó que:

70- Fallos 322:2132. Cabe tener presente lo fallado en autos "La Austral Cía. de Seguros S.A. c/LADE s/faltante y/o avería de carga transporte aéreo" (Fallos 321:3384, del 10 de diciembre de 1998).

71- CSJN, "Broz, Carlos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 20 de mayo de 2003, Fallos 326:1632.

72- Fallos 328:905.

73- CSJN, "Mesquida, Gregorio y otro c. Armada Argentina y otro", del 28 de noviembre de 2006, Fallos 329:5382.

> No puede dejar de ponderar que los créditos cuya consolidación en los términos de la Ley Nº 25344 que aquí se discute se originan en la pérdida de una vida humana, hecho acontecido hace ya más de quince años. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que la moratoria alcanza dieciséis años. A estos extremos que jaquean la razonabilidad de la medida, se suman en el caso las particularidades propias de un trámite de ejecución de sentencia, particularmente extendido a fuerza de improcedentes planteos del obligado al pago.

En el precedente "Llevara, Walter Abraham c/Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A. y otros s/despido", del 29 de octubre de 2013,[74] la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó la razonabilidad de la aplicación de los sistemas de consolidación de deuda para el pago de indemnizaciones provenientes de créditos laborales. Criterio que ya había sostenido en el caso "Cacace, Josefa Erminda c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ accidente-Ley 9688", el 19 de octubre de 1995.[75]

Quisiera destacar la disidencia del doctor Enrique Santiago Petracchi, quien —tras analizar minuciosamente la situación fáctica y normativa del caso—, votó por confirmar la decisión de la instancia anterior que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 64 y 66 de la Ley Nº 25827, al entender que en:

> [...] la legislación de emergencia, la restricción al ejercicio normal de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional debe ser razonable, limitada en el tiempo, y también debe consistir en un remedio a la grave situación excepcional, sin provocar la mutación en la sustancia o esencia del derecho reconocido (confr. Fallos: 243:467; 316:779 y 318:1887, entre otros).[76]

Asimismo consideró que:

> Si bien la emergencia que motivó la consolidación del crédito de la actora fue sucesivamente prorrogada por el Congreso de la Nación, lo cierto es que las Leyes Nº 25827 y Nº 26546 —de presupuesto para los ejercicios 2004 y 2010, respectivamente— establecieron nuevas restricciones a lo largo del tiempo, que determinaron —tal como lo afirmó la Cámara— una afectación sustancial de su derecho, lo cual resulta constitucionalmente inadmisible.[77]

I.1.f. Sexto período

Como ya ha sido expresado, la Ley Nº 25344, además de declarar la emergencia económico-financiera del Estado Nacional, dispuso la consolidación de las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anterior al 1° de enero de 2000 —ampliada, posteriormente, al 31 de diciembre de 2001 por el artículo 58 de la Ley Nº 25725—.

Ahora bien, el estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria dispuesta por Ley

74- *Op. cit.*, *supra* nota 9.

75- Fallos 318:1887.

76- Considerando 10, de la disidencia.

77- Considerando 12, de la disidencia.

Nº 25561, prorrogada por diversas leyes, se encuentra vigente.

De allí que pueda concluirse que, pese a encontrarnos en esta sexta etapa en un contexto de emergencia, no ha sido previsto un nuevo régimen de consolidación. Por ello, puede afirmarse que los problemas vinculados con la ejecución de las sentencias de condena contra el Estado han vuelto a cambiar.

Finalmente, resta señalar que la actual redacción del artículo 170 de la Ley Complementaria Permanente del Presupuesto (t.o. 2014) dispone en su artículo 170 que:

> Los pronunciamientos judiciales que condenen al **ESTADO NACIONAL** o a alguno de los Entes y Organismos que integran la Administración Nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas Jurisdicciones y Entidades del Presupuesto General de la Administración Nacional, sin perjuicio del mantenimiento del Régimen establecido por las leyes Nº 23982 y Nº 25344.
> En el caso de que el Presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el **PODER EJECUTIVO NACIONAL** deberá efectuar las previsiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las Jurisdicciones y Entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo incorporar en sus respectivos anteproyectos de presupuesto el requerimiento financiero total correspondiente a las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la **SECRETARÍA DE HACIENDA** establezca para la elaboración del Proyecto de Presupuesto de la Administración Nacional.
> Los recursos asignados anualmente por el **HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN** se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero, siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente.[78]

II. Análisis del contexto constitucional para concluir en la posibilidad o no de ejecutar sentencias condenatorias

Tal como veremos a continuación, la redacción de las normas constitucionales nunca pudo haber representado un obstáculo para que el Estado cumpla con el pago de las obligaciones de hacer o dar a su cargo, cuando es condenado en juicio.

Sin embargo, y dado que el derecho norteamericano resultó una fuente inspiradora para el desarrollo de muchas de las cláusulas de nuestra Constitución, —y en especial, la que concierne a la competencia del Poder Judicial—, nuestra legislación primero — a través de la Ley Nº 48—, y luego nuestra jurisprudencia, se hizo

78- Este artículo encuentra su fuente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2014 Nº 26895, artículo 68.

eco de la teoría de la indemandabilidad estatal que rigió en aquel.

El artículo 116 de la Constitución Nacional (ex 100) dispone que les corresponde a la Corte Suprema y a los demás tribunales de la Nación el conocimiento y decisión sobre todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las Leyes de la Nación.

En los primeros casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación refería expresamente al derecho americano como fuente directa en la redacción de la Constitución, apoyando en ello la interpretación de la indemandabilidad estatal.[79]

A lo largo de la evolución jurisprudencial, se puede observar cómo la decisión judicial exaltó las atribuciones de los distintos órganos de poder del Estado, como la concedida al Congreso de la Nación respecto de arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación (actual artículo 75 inciso 7 de la Constitución Nacional); o la de crear las contribuciones a las que se refiere el artículo 4º de la Ley Fundamental de la Nación; o en otros casos, el carácter de Jefe Supremo de la Nación del Presidente de la República (artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional).

El establecimiento de un mecanismo para ejecutar las sentencias contra el Estado Nacional es necesario y debe involucrar una actividad coordinada de los distintos órganos de poder del Estado. Debe ser efectivo y oportuno. La dilación y dilución de la acreencia atenta contra el sistema republicano, ya que resta fuerza al órgano de poder del Estado que dictó la condena.

La discusión puede centrarse en la conveniencia de mantener un sistema de ejecución de sentencias administrativo o judicial.

Nuestro esquema constitucional está concebido para que la ejecución de sentencias se plantee como una atribución netamente judicial, pero la influencia del derecho continental europeo en la configuración del derecho público argentino ha influenciado la ejecución de sentencias, otorgándole notas administrativas.

Contrario ha sido el recorrido efectuado por el derecho español. Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins reflexionan sobre la experiencia española en la materia apuntando que, hasta la entrada en vigor de la Constitución del año 1978, la ejecución de las sentencias en el ámbito de lo contencioso administrativo estaba a cargo de la Administración, circunstancia que se modificó a partir del texto del artículo 117.3 de la Ley Fundamental Española —que señala que a los jueces y tribunales les corresponde, en el ejercicio de la facultad jurisdiccional, hacer ejecutar lo sentenciado—.[80] En tanto que el artículo 118 de la Constitución española expresa que: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

Este cambio de concepción que implicó ver a la ejecución de sentencias como parte de la función jurisdiccional y no como parte de la faz ejecutiva (reminiscencias que remontan al derecho francés), se ve reforzado por la consagración en el texto Fundamental del año 1978 del

79- En este sentido, el fallo "Domingo Mendoza y Hermano c/Provincia de San Luis s. derechos de exportación" (Fallos 1:485) y "Juan Carlos Gómez en representación de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nación" (Fallos 2:36).

80- CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V., *Ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo e inembargabilidad de bienes públicos*, p. 23; LÓPEZ GIL, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004. Se recomienda el desarrollo que sobre el tema hacen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen II, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 640 y ss.

derecho a la *tutela judicial efectiva* (artículo 24.1 de la Constitución Española).

La ejecución de sentencias debería ser una atribución propia del Poder Judicial de la Nación por mandato del artículo 116 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de la necesaria ordenación del gasto para atender los créditos judiciales.

Es lógico que, cuando es el Estado quien debe cumplir una condena de dar o hacer pero que se resuma en una suma de dinero para su concreción, se debe recrear un sistema que no ponga en crisis el cumplimiento de otros fines constitucionales.

En este esquema, las distintas reparticiones estatales deben comunicar en plazo las obligaciones de dar sumas de dinero asumidas, así como también el crédito necesario que implicará el satisfacer las condenas a hacer, al quedar firme la condena; el Poder Ejecutivo debe incluir las partidas en el proyecto de Ley, que será presentado al Congreso para su aprobación.

Es importante que la custodia del cumplimiento de la condena resulte una atribución eminentemente judicial. Es en este marco donde cabe hablar de la *tutela judicial efectiva* para el cumplimiento de lo sentenciado; la ejecución eminentemente administrativa, desconecta al Poder Judicial de su faz de ejecución y diluye la posibilidad de concretar este precepto.

Del diseño legislativo del procedimiento de ejecución que adopte una determinada jurisdicción, se podrá concluir si se está frente a un procedimiento de ejecución eminentemente administrativo o judicial.

En definitiva, la razonabilidad debe guiar la estructuración del procedimiento y, en todos los casos, debe habilitar al Poder Judicial de la Nación a forzar su cumplimiento. Su funcionamiento tendrá que reflejar la aplicación del sistema *de checks and balances*, que se intentó establecer en nuestro entramado constitucional.

III. El efecto de las sentencias dictadas contra el Estado y los derechos constitucionales en juego

Los derechos constitucionales que se ponen en juego más ostensiblemente en esta temática son el derecho de igualdad; de propiedad; y, el más recientemente desarrollado, derecho a la *tutela judicial efectiva*.

En lo que respecta al derecho de igualdad, se observa una disparidad de tratamiento legal en la materia cuando es el Estado el que debe afrontar el cumplimiento de una sentencia judicial de condena que, cuando el que debe afrontarla es un particular.

Lo dicho hasta aquí no implica desconocer las herramientas que los sistemas jurídicos brindan a las personas físicas o jurídicas para litigar, en los supuestos en que el acceso a la jurisdicción se vea obstaculizado por la falta de medios económicos de quienes pretenden una decisión de la justicia. Entre los mecanismos previstos, pueden mencionarse: la concesión de un beneficio de litigar sin gastos, las exenciones de pago de tasa de justicia dispuesta por la Ley y el establecimiento de límites máximos para la procedencia de los embargos judiciales.

No olvidamos que, en la interpretación de la vigencia de estos derechos constitucionales, ha influido el mantenimiento a lo largo del tiempo de las llamadas "situaciones de emergencia".[81]

En lo que hace al derecho constitucional de propiedad, cabe señalar que la acreencia en favor de un particular que un juez sentencia se incorpora al patrimonio de esa persona, razón por la cual la falta de cumplimiento con el pago

81- En este punto, la Ley Nº 25561 dispuso la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, y su vigencia ha sido actualmente prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2015, mediante la Ley Nº 26896.

o la demora en exceso en su concreción viola el mentado derecho.

Por último, cabe mencionar al polifacético derecho a la *tutela judicial efectiva*. Este se concreta, no solamente cuando el justiciable accede a la jurisdicción, sino que su realización también requiere que la respuesta judicial no se demore —es decir, que sea oportuna— y que el condenado de acabado cumplimiento con lo ordenado por el juez natural.

Si bien la jurisprudencia, en su evolución, se ha hecho eco de la vinculación de la ejecución de las sentencias con el resguardo de los derechos constitucionales de igualdad y propiedad; no existe en el plano interno un desarrollo jurisprudencial que refleje la relación entre el incumplimiento de las sentencias judiciales dictadas contra el Estado y el derecho a la *tutela judicial efectiva*.[82]

Esta vinculación sí viene haciéndose desde el plano internacional de los derechos humanos, a través de las decisiones de la Corte Interamericana y de la Comisión.

Sin lugar a dudas, el desarrollo actual de la temática y la obligación de los jueces de llevar adelante un control de convencionalidad provocan paulatinamente el análisis de esta temática a través del prisma de los derechos humanos y, en particular, del derecho a la *tutela judicial efectiva*, tal como ha ocurrido en el ordenamiento jurídico español a partir de la inclusión del referido derecho en su Ley Fundamental.

82- Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha referido al derecho a la tutela judicial efectiva en los casos: "Astorga Bracht, Sergio y ot. c/Comfer, dto. 310/98 s/ amparo, Ley 16.986" (Fallos 327:4185, del 14 de octubre de 2004), "Verbitsky Horacio s/*hábeas corpus*" (328:1146, del 3 de mayo de 2005); "Boggiano, Antonio s/recurso de queja" (Fallos 329:3235, del 16 de agosto de 2006).

IV. La ejecución de sentencias contra el Estado y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva[83]

Sin ánimo de reiterar conceptos conocidos, es oportuno recordar que los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (en términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) han reforzado el sistema de derechos previstos expresamente en la Primera Parte de la Constitución Nacional.[84]

Estos han venido a nominar derechos que antes se encontraban implícitos en el artículo 33 de la Constitución Nacional, a la vez que también recogen otros ya explícitos en nuestra Constitución histórica.

El derecho a la *tutela judicial efectiva* presenta múltiples facetas; aunque puede reconocerse como una derivación del derecho a la defensa en juicio, prevista en el artículo 18 de la Ley Fundamental de la Nación.

Resulta conveniente mencionar someramente algunos de estos instrumentos que han referido a diferentes aspectos de este derecho.

83- En el apartado relativo a la tutela judicial efectiva quisiera destacar el trabajo de Verónica Belmonte, también la colaboración de Erica Stalli.

84- Del voto de la mayoría al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Chocobar, Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad" (Fallos 319:3241, del 27 de diciembre de 1996) surge: "12. Que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquellos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII dispone que:

> Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos" y a continuación agrega: "Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 8° expresa que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley", mientras que el artículo 10 establece el derecho de "toda persona… en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones […].

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay dos normas que resultan de interés. El artículo 8° regla lo relativo a las garantías judiciales. En este sentido, el artículo 8.1. consagra el derecho de "toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En segundo término, la faz de la *tutela judicial efectiva* —que tiene plena vinculación con el tema que aquí desarrollamos— está contenida en el texto del artículo 25. En tal sentido, "la noción de 'efectividad' está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de la tutela del derecho afectado —es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al Derecho Humano de que se trate—".[85]

En efecto, el mentado artículo dispone:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos… aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (el destacado me pertenece).

Este derecho conlleva: el derecho del acceso a la jurisdicción; a la defensa en juicio; a la obtención de una sentencia justa por un juez independiente e imparcial, en un plazo razonable

85- COURTIS, C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de Derechos Humanos*, J.A. 2006-II, Lexis Nexis.

y al cumplimiento de lo sentenciado por el tribunal.[86] La realización de todos y cada uno de ellos contribuye a realizar el derecho de la *tutela judicial efectiva*. Si alguno de los derechos mencionados falla en su concreción, podemos decir que se violó el derecho a la tutela judicial.

Jesús González Pérez señala: "[la] *tutela judicial efectiva* exige investir al juez de plenas potestades para la total y completa satisfacción de las pretensiones que ante él se formulen".[87] En otra obra, señala: "Es el derecho de toda persona a que se haga justicia ante la formulación de una determinada pretensión contra otro sujeto, y que aquella sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso revestido de unas mínimas garantías".[88]

Además, y, desde otra perspectiva, la satisfacción de la *tutela judicial efectiva* dependerá de la posibilidad de hacer valer el resultado, esto es: la sentencia, del proceso de que se trate. Es decir, que "la tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido".[89]

Desde esta perspectiva, la *tutela judicial efectiva* estará vinculada con el efecto útil de las sentencias, su ejecución en tiempo y forma. El acceso a la justicia comprende:

> No solo la regularidad de un proceso, el respeto a los tiempos procesales, la competencia, independencia e imparcialidad de los jueces, principios básicos del derecho —legalidad, retroactividad, inocencia, igualdad y no discriminación— entre otros requisitos, sino el cumplimiento efectivo de las decisiones definitivas en tiempo y forma.[90]

Resulta menester destacar que "adquiere especial relieve el cumplimiento del fallo cuando la parte judicial obligada es una Administración Pública, una entidad investida de poder y, particularmente, cuando es el propio Estado".[91]

En la sentencia 32 del 7 de junio de 1982, el Tribunal Constitucional Español tuvo que expedirse acerca de la demora en el pago en que había incurrido el Estado en un juicio en el que se habían expropiado unos terrenos de particulares. De la lectura de esta sentencia, puede observarse la reflexión que realizó el Tribunal respecto del derecho a la *tutela judicial efectiva* y la necesaria armonización con el derecho de reserva de Ley Presupuestaria.

86- Susana ALBANESE comenta que "el amplio alcance al acceso a la justicia no se reduce al acceso formal, a la instancia judicial, sino que significa el derecho a obtener justicia, es decir, un derecho autónomo a la propia realización de la justicia", en *Garantías judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 172.

87- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La eficacia de la sentencia en los procesos administrativos", *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Año 16, 2004, p. 554. De la conferencia pronunciada en ocasión de la presentación del libro en su homenaje, *Derecho Procesal Administrativo*, 2 tomos, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, el martes 8 de junio de 2004, en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

88- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 33 (citado por CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V., *op. cit.*, p. 48).

89- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, séptima edición, Thomson-Reuters, Pamplona, 2013.

90- ALBANESE, S., *op. cit.*, p.168.

91- Sobre el problema, PIQUERAS, "Ejecución de sentencias que afectan a la Administración", en *El Poder Judicial*, editado por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, III, pp. 2389 y ss.; BERMEJO, "La tutela del administrado", en *El Poder Judicial*, cit., I, pp. 671 y ss.; PERA VERDAGUER, *El proceso contencioso-administrativo y la jurisprudencia del TC*, y SAINZ de ROBLES, "La incidencia de la Constitución en lo contencioso-administrativo", en *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, pp. 483 y ss., citado en GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op cit.*, p. 997.

Allí, el Tribunal señaló que:

> El derecho a la tutela efectiva... no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

Más adelante, resaltó:

> En ningún caso, el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que estas no hayan sido previstas.

Tiempo más tarde, en la sentencia 166 del 15 de julio de 1998, se planteó la siguiente cuestión entre el Ayuntamiento de Burgos y la entidad mercantil Castellana de Publicidad Exterior S.A.: El ayuntamiento había sido sentenciado a pagar una suma de dinero a la entidad referida y, ante el incumplimiento de tal decisión, el juzgado de primera instancia hizo lugar al embargo sobre bienes que no fueran de dominio público. En ese momento, y sin perjuicio de la vigencia de los artículos 117 y 24.1 de la Constitución Española, el entonces vigente artículo 154 de la Ley de las Haciendas Locales, establecía que la inembargabilidad se extendía a todo tipo de bienes. Por eso, era necesario para resolver la cuestión, analizar la constitucionalidad de la norma mencionada.

En su fallo, el Tribunal Constitucional —una vez delimitados los fundamentos jurídicos—, señaló: "El derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*… no solo es una 'exigencia objetiva' en un Estado de Derecho… sino que incluye el derecho de carácter subjetivo a que sean cumplidas las resoluciones judiciales firmes…".

A continuación, si bien no tachó de inconstitucionales *per se* los regímenes que establecieron la inembargabilidad de los bienes, pasó a analizar si la protección contenida en la disposición local respondía o no a "razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la debida proporcionalidad con dichas finalidades".

En este orden de ideas, consideró que el fundamento de la inembargabilidad se hallaba en el principio de legalidad presupuestaria (artículo 133.4 de la Constitución Española), haciendo jugar este principio juntamente con el de la *tutela judicial efectiva* en los términos que pasaremos a recordar:

> El pago no puede hacerse sin dar cumplimiento a los requisitos exigidos por las normas legales que regulan las Finanzas Públicas, [ello] provoca inevitablemente "una demora inercial

> o institucional, achacable al sistema de garantías para el correcto manejo de los dineros públicos" (…) tampoco cabe olvidar, en contrapartida, que del mencionado principio también derivan otras exigencias, desde la perspectiva del art. 24.1 C.E. Puesto que obliga … "a que la Administración Pública y, en su caso, los Tribunales, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar que el mencionado derecho constitucional (a la tutela judicial efectiva) adquiera plena efectividad".

El Tribunal Constitucional relacionó el concepto de la inembargabilidad de los fondos públicos con los principios de eficacia en la actuación de la Administración Pública (artículo 103.1 de la Constitución española) y el de continuidad de los servicios públicos. Desde allí, analizó la razonabilidad de la norma española local —en cuanto admitía la inembargabilidad de los bienes en general—.

Posteriormente, señaló que la Constitución Española protege a los bienes de dominio público (artículo 132.1) —en tanto existen otra clase de bienes, los patrimoniales, que no necesariamente se encuentran afectados a un uso o servicio público—. De no encontrarse afectados a tal servicio, su embargabilidad no pone en crisis los principios antes mencionados, razón por la cual, el mentado Tribunal, procedió a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso, luego reformado, que preveía la inembargabilidad de los bienes en general.

Habrá que analizar en otro momento si la crisis económica de España impactó o no en la interpretación de estas cuestiones por parte de sus tribunales.[92]

92- A título enunciativo, vale recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido una sentencia en la que establece que las medidas que regulan en España los procesos de desahucio ampliamente utilizados en razón de la crisis económica que atraviesa el país por la mora en el pago en que incurren los beneficiarios de una hipoteca son contrarias a la legislación europea de protección de los consumidores. Dicho lo anterior, recomendamos la lectura de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), del 14 de marzo de 2013; "Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación", (Asunto C-415/11).

V. El tratamiento del tema en los organismos de la Convención Americana de Derechos Humanos

Antes de dar cuenta de algunos de los precedentes que consideramos relevantes sobre la cuestión, es menester señalar que la Corte Suprema ha reconocido la obligatoriedad[93] de los informes producidos contra el Estado argentino. Son dignos de mención, también, los que se dirigen a otros Estados porque permiten intuir los estándares que se van aplicando en otros casos. Su conocimiento es importante ante una eventual aplicación de ellos a nuestro país.[94]

93- El reciente caso "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional" (2013). En el tratamiento del planteo del Estado Nacional, la CSJN desestimó el agravio por el cual se sostenía el carácter no vinculante de las "recomendaciones" expedidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 51.2, C. Americana de DD.HH. Se destaca aquí que la misma Corte invoca otros casos resueltos con anterioridad en los que aplicó el principio, lo cual se debe, principalmente, a su tendencia a dejar en claro el mantenimiento de sus precedentes.

94- Nuestra jurisprudencia ha dicho en forma reiterada que la falta de cumplimiento de los compromisos asumidos por la Nación, en el plano internacional, le genera responsabilidad. Un ejemplo de ello son los casos "Giroldi, Horacio David y otros s/recurso de casación –causa Nº 32/93", CSJN, del 7 de abril de 1995, Fallos: 318:504; "Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", CSJN, del 7 de julio de 1993, Fallos 316:1669, y "Casal, Matías Eugenio s/ robo simple en grado de tentativa", CSJN del 20 de septiembre de 2005, Fallos 328:3399.

El informe Nº 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —referido al caso que "Narciso Palacios" —, se presentó contra la República Argentina por violación de los derechos al debido proceso y a la *tutela judicial efectiva*; se dijo, respecto de los artículos 8º y 25 precedentemente citados: "De ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento **no solo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido"** (el destacado nos pertenece).

En el caso "Sergio Emilio Cadena Antolínez",[95] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la responsabilidad del Estado de Colombia y concluyó que el Estado violó el derecho a la *tutela judicial efectiva*, al incumplir de manera total y absoluta lo dispuesto en la sentencia definitiva dictada por la Corte Constitucional —que dispuso el pago indemnizatorio dentro de un plazo razonable, que no lo torne ilusorio e inefectivo por retardo injustificado—.

Es decir, se pronunció, en forma contundente, a favor del respeto de los derechos y garantías por parte de los Estados y específicamente, en cuanto al artículo 25 de la Convención Americana, expresó:

> 57) (…) la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo dado que, si bien el cumplimiento de las sentencias requiere de la emisión de resoluciones y pasos procesales adicionales, esto no justifica retrasos sustanciales en la ejecución de una sentencia firme.

Resulta interesante —en materia de ejecución de sentencias— el informe de la Comisión en el caso "Milton García Fajardo y otros".[96] En ese informe, la Comisión consideró configurada la vulneración a la protección judicial efectiva a raíz del incumplimiento de una sentencia firme.

En el caso "Mejía Idrovo, José Alfredo",[97] la Comisión sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la demanda contra el Estado de Ecuador, por incumplir un fallo dictado por el Tribunal Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de dos decretos mediante los que se estableció la disponibilidad y baja en el Ejército del señor José Alfredo Mejía Idrovo y dispuso la reparación de los daños causados.

La Comisión se expidió acerca del cumplimiento efectivo de las sentencias expresando:

> El incumplimiento de sentencias judiciales no solo afecta la seguridad jurídica, sino que también vulnera los principios esenciales del Estado de Derecho. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el funcionamiento adecuado del Poder Judicial es un elemento esencial para la protección de los Derechos Humanos. En efecto, para que el Poder Judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los

95- "Sergio Emilio Cadena Antolínez c/ el Estado de Colombia", Informe N° 44/08, Caso 12.448, del 23 de julio de 2008.

96- "Milton García Fajardo y otros c/ Nicaragua", Informe Nº 100/01, Caso 11.381, 11 de octubre de 2001.

97- "Mejía Idrovo, José Alfredo c/ República de Ecuador", Informe N° 07/09, Caso 12.530, 17 de marzo de 2009.

> derechos humanos, no solo se requiere que este exista de manera formal, sino que, además, sea independiente, imparcial y que sus sentencias sean cumplidas (el destacado nos pertenece).

En lo que refiere al recurso eficaz, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió en el caso "Ovelario Tames".[98] Allí, concretamente, destacó:

> 51. (…) Los artículos 8 y 25 incorporan el principio reconocido en el derecho internacional de Derechos Humanos de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. No basta que el ordenamiento jurídico del Estado reconozca formalmente el recurso en cuestión, sino que es necesario que viabilice la posibilidad de un recurso efectivo y que este se sustancie en conformidad con las reglas del debido proceso legal (el destacado nos pertenece).

Un caso en el que se desarrolló profundamente el derecho a la *tutela judicial efectiva* por el incumplimiento de una sentencia dictada contra el Estado fue "César Cabrejos Bernuy". El informe Nº 110/00 de la Comisión trató la denuncia contra el Estado peruano por incumplir con la manda judicial de reincorporar al peticionario al servicio en la Policía Nacional del Perú.

Del extenso y profundo desarrollo que hace la Comisión sobre la importancia que tiene el cumplimiento de las sentencias dictadas por el Poder Judicial, hemos seleccionado dos párrafos de sus consideraciones, que dan muestras de la dificultad que plantea el problema del incumplimiento de las sentencias en general, a saber:

> 24. El cumplimiento de las sentencias del poder judicial está íntimamente relacionado entonces con el concepto mismo de la función jurisdiccional del Estado. El principal objetivo de dicha función es satisfacer la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la libertad individual en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social. El corolario de la función jurisdiccional es que las decisiones judiciales sean cumplidas, ya sea de forma voluntaria o de manera coercitiva, con el auxilio de la fuerza pública de ser ello necesario.

Y agrega en el párrafo siguiente:

> 25. El incumplimiento de las sentencias judiciales no solo afecta la seguridad jurídica, sino también vulnera los principios esenciales del Estado de Derecho. Lograr la ejecución de las sentencias judiciales constituye así un aspecto fundamental a la esencia misma del Estado de Derecho.

En igual sentido, la Corte Interamericana ha refrendado la postura y manifestó que, para que exista un recurso efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la Ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

98- "Ovelario Tames c/ la República Federativa del Brasil", Informe N°60/99, Caso 11.516, 13 de abril de 1999.

Ahora bien, tanto la Comisión como la Corte, también han hecho lo propio en referencia a la vulneración de los artículos 8° y 25, por reenvío de casos en los que el incumplimiento de una manda judicial perjudicaba los derechos humanos de un peticionante.[99]

Sentado lo anterior, en el caso "Cinco pensionistas",[100] la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que el derecho a la *tutela judicial efectiva* de las víctimas dependía precisamente del cumplimiento de las sentencias que, en favor de sus derechos adquiridos, habían obtenido de la propia Corte Suprema de Justicia del Perú.

A su vez, recordó lo establecido en numerosos precedentes en relación con la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de las decisiones en que se haya estimado procedente un recurso, siendo tal obligación la culminación del derecho fundamental a la protección judicial.

Otro caso trascendente fue "Acevedo Jaramillo y otros".[101] Allí la Corte destacó:

> La ejecución de las sentencias debe ser considerada como [una] parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva" y que "tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello.

De modo que:

> El retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia. Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias (el destacado nos pertenece).

Una mención aparte merece el caso "Furlán vs. Argentina",[102] que será abordado en un apartado específico.[103] Sin embargo, conviene introducirlo aquí, dado que allí la Corte Interamericana criticó duramente el procedimiento de ejecución argentino de sentencias en casos en los que se encuentran en juego derechos fundamentales que afectan a los grupos postergados de la sociedad.

99- En esta línea, vale destacar que similar postura ha adoptado la Corte Europea de Derechos Humanos, en tanto consideró violado el artículo 6.1 —similar al 8.1 de la Convención Americana— por la demora en la ejecución de la sentencia. En este sentido, ver Corte EDH, caso "Ocell c /Turquía", del 23 de mayo de 2002; caso "Ruianu c/ Rumania", del 17 de junio de 2003; caso "Sabin Popescu c/ Rumania", del 2 de marzo de 2004; caso Piven c/Ucrania", del 29 de junio de 2004; caso "Okyay y otros c/ Turquía", del 12 de junio de 2005; caso "Durdan c/Rumania", del 26 de abril de 2007.

100- Corresponde aclarar que esta denominación fue asignada por la Corte IDH. El caso tramitó ante la CIDH con el nombre de las víctimas. Ver al respecto Corte IDH, caso "Cinco pensionistas", sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C, Nº 98.

101- Demanda de la CIDH ante la Corte IDH en el caso "Acevedo Jaramillo Julio y otros c/ Perú", 25 de junio de 2003, Caso Nº 12.084, sentencia del 7 de febrero de 2006, Serie C, Nº 144.

102- Corte IDH, Serie C, Nº 246, sentencia del 31 de agosto de 2012.

103- Ver apartado VIII del presente artículo: "Ejecución de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

VI. Las nuevas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Breves comentarios a su ejecución.[104]

Belén Donzelli

En los últimos años, en forma creciente, los tribunales han devenido un nuevo canal tendiente a dirigir y, muchas veces, promover cambios sociales. Creemos que el reforzamiento del catálogo de derechos de nuestra Constitución Nacional —mediante la reforma parcial a su texto en 1994— y, fundamentalmente, el desarrollo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, los DESC) han colaborado con este nuevo rol del Poder Judicial.

En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se enfrenta a un nuevo desafío al entender en litigios que se han dado en llamar "estructurales",[105] en tanto que las sentencias, en este tipo de procesos, redefinen ciertos aspectos de las políticas públicas. Es decir, dentro del margen de actuación del Poder Judicial, se delinea el vínculo de determinados derechos y la actuación de las esferas administrativas competentes.

Al mismo tiempo, es posible advertir —con cierto grado de generalidad— que la atención sobre los referidos litigios estructurales es más patente en tanto se discute la operatividad y efectividad de determinados derechos.

Es que, haciendo eco de la ya zanjada discusión sobre las obligaciones a que dan lugar, por un lado, los derechos civiles y políticos y; por el otro, los económicos, sociales y culturales; es posible decir que todos los derechos conllevan obligaciones negativas, y también, positivas o de hacer. Sin embargo, las decisiones que atienden a este último tipo suelen ser más complejas.

Resultan esclarecedoras, al respecto, las palabras de Christian Courtis[106] quien afirma:

> El litigio complejo o de reforma estructural no pretende la evaluación de la conveniencia o bondad de una política pública —o de su ausencia— por parte de los jueces, sino la determinación de que una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, y con las particularidades del caso —que en la Argentina están dadas fundamentalmente por la escasa tradición en materia de acciones colectivas—, la adjudicación en este tipo de litigio se enmarca perfectamente en la función tradicional asignada a los jueces: resolver controversias sobre una base legal.

Sumado a esto, agrega que:

> El peso de este tipo de litigio radica fundamentalmente en la etapa de ejecución de la sentencia. Esta etapa —a diferencia del litigio bilateral tradicional— incluye el diseño concreto de las

104- Este apartado fue ideado y escrito por Belén Donzelli, con adecuaciones y agregados de Fabiana Schafrik.

105- Es lo que en la tradición del movimiento de los derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales estadounidenses se denomina litigio complejo (*complex litigation*) o litigio de reforma estructural (*structural reform*). En este sentido, recomendamos la lectura de la ponencia de la Dra. Paola Bergallo "Justicia y Experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en la Argentina", Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Constitucional (SELA), mayo de 2005.

106- COURTIS, C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos*, J.A. 2006-II, Lexis Nexis.

> medidas a adoptar, el cronograma de cumplimiento y el seguimiento de ese cumplimiento. Aquí es donde juegan factores relacionados con la división de poderes y, aun en casos en los que ambas partes sean sujetos privados, con la necesidad de establecer canales de diálogo flexibles que permitan ajustar la solución concreta del caso.

Luego, concluye:

> Al Poder Judicial le corresponde establecer las pautas a las que debe ajustarse la situación para respetar los derechos y principios en juego. La Administración debe articular la actividad destinada a superar la violación denunciada con el cumplimiento de otros deberes a su cargo. El hecho de que la solución destinada a superar una violación de carácter estructural involucre distintas autoridades y la consideración de factores presupuestarios, de planificación e implementación gradual que, en muchos casos, requieren correcciones coyunturales se aleja del tipo de decisión más o menos sencilla habitualmente adoptada por el Poder Judicial.

De su lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos ha enfrentado —y tiene la potencialidad de seguirlo haciendo— a algunas dificultades en el acatamiento de sus órdenes por este modo de sentenciar, que, desde el punto de vista tradicional de los procesos, puede ser sentido como una intromisión respecto de las órbitas de actuación de otros órganos de poderes nacionales.

Partiendo de esta premisa, se advierte que, la mayor intervención del Poder Judicial en los asuntos públicos es la respuesta obligada a la exigibilidad de un amplio catálogo de derechos previstos en la Ley Fundamental.

Nuestro marco procesal no ha recogido todavía reglas básicas para el trámite de este tipo de contiendas; la ausencia de herramientas legales específicas dificulta la tramitación de estos procesos y también su ejecución.[107]

Resulta interesante la claridad con que el Código Modelo de Procesos Colectivos de Iberoamérica[108] indica en sus consideraciones preliminares la importancia y actualidad de los nuevos cauces procesales. En tal punto, advierte:

> Tiene sabor a lugar común la afirmación de que el proceso tradicional no se adecua a la defensa de los derechos e intereses transindividuales, cuyas características los colocan a mitad de camino entre el interés público y el privado, siendo propios de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masa.

Por su parte, el capítulo V del Código Modelo, refiere a la Ejecución de Sentencias contra la Administración Pública. En una

107- He tenido la oportunidad de explayarme sobre este punto en algunas publicaciones anteriores. Entre ellas, destaco: SCHAFRIK de NÚÑEZ, F. H., (2013), "Una mirada procesal de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en colección *De incapaces a sujetos de derechos*, Nº 12: "Implementación de sentencias judiciales colectivas", Ministerio Público Tutelar CABA, ACIJ. Ed. Eudeba, pp. 119-135. Asimismo: SCHAFRIK de NÚÑEZ, F. H., "La descentralización de la satisfacción de derechos en los gobiernos locales y los recursos públicos", 2015, (en prensa).

108- Aprobado el 28 de octubre de 2004, por la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en ocasión de las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, ocurridas en Buenos Aires, 2012.

apretada síntesis sobre su contenido, el artículo 62 distingue los tipos de ejecución que tendrán lugar —según se trate de obligaciones de pagar, hacer, no hacer o entregar una cosa—. Asimismo, posibilita la ejecución forzosa para el caso de no existir cumplimiento espontáneo.[109] Se admite la previsión de embargo de bienes públicos no afectados a un servicio esencial,110 así como la fijación de multas punitivas y coercitivas (v. gr. la imposición de astreintes al agente público responsable de un defectuoso o tardío cumplimiento); además de la indemnización de pérdidas y daños a favor del acreedor por atraso.[111]

Nuestro más alto Tribunal Nacional se ha alejado, en casos concretos, de las clásicas sentencias condenatorias para introducirse en lo que algunos autores han llamado "nuevas sentencias atípicas".[112]

En este orden de ideas, hay que ubicar a las denominadas "sentencias exhortativas" que se caracterizan por provenir de una judicatura que, en una actitud de respeto al principio de división de poderes —esto es, sin invadir las esferas de actuación propias de cada cual—, brinda pautas sobre el modo en que deberán actuar los demás poderes a fin de resguardar las cuestiones ventiladas en las causas de que se traten. Relaciono la utilización de este tipo de sentencias con el reconocimiento judicial de las omisiones estatales, como posibles productoras de vulneración de derechos constitucionales.

No menos trascendentes son las dificultades aparejadas a la ejecución de *condenas de hacer*, que tienen lugar en el marco de los juicios estructurales. En tal sentido, la amplitud y complejidad de las causas de este tipo redunda en nuevos interrogantes a la hora de ejecutar las condenas. La idea de la condena básica en obligaciones de hacer es insuficiente para estos casos que deciden los jueces.

Tomando ambos casos, conviene realizar ciertas precisiones: mientras que las condenas exhortativas involucran un llamado de atención a la esfera de gobierno —que tiene que actuar para restablecer la vigencia de ciertos valores o principios—; el juez obliga, pero en forma indeterminada; las *condenas de hacer* importan una obligación concreta, determinada y que da lugar a exigir su cumplimiento. Por su parte, conviene advertir que es posible que una decisión dentro de un litigio estructural incluya en parte exhortaciones y en parte condenas concretas.

109- Código Modelo de Procesos Colectivos de Iberoamérica, cuyo artículo 62 reza: "(Ejecución y tutela judicial efectiva): Se aplica la tutela jurisdiccional efectiva en sede de ejecución de sentencias contra la Administración Pública que debe cumplir la condena en plazo reducido. 1) La ejecución se distingue en obligación de pagar o en obligación de hacer o no hacer o entregar cosa cierta. 2) No habiendo cumplimiento espontáneo de las obligaciones, será realizada la ejecución forzada".

110- Código Modelo, *op. cit*. Artículo 63: "(Obligación de pagar): La ejecución forzada en las obligaciones de pagar utilizará medios, como el embargo del patrimonio de la Administración que no estuviere afectado al servicio público esencial y a la compensación de créditos y débitos".

111- Código Modelo, *op. cit*. Artículo 64: "(Obligaciones de hacer y de no hacer o de entregar cosa): Para la ejecución de obligación de hacer y de no hacer o de entregar cosa, el órgano jurisdiccional determinará medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al de debido cumplimiento, tales como la imposición de multa al agente público responsable, busca y aprensión, remoción de personas y cosas, deshacimiento de obras e impedimento de actividad nociva, si es necesario con solicitud de fuerza policial. 1) La obligación solamente se convertirá en pérdidas y daños si el autor lo requiere o es imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente. 2) La indemnización por pérdidas y daños se dará sin perjuicio de la multa fijada para compeler al reo al cumplimiento específico de la obligación".

112- SAGÜES, N., "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, noviembre de 2006, Vol. 4, N° 2, Santiago de Chile, pp. 189-202.

En este último caso, la ejecución deberá distinguir cada obligación. Por un lado, la exhortación y, por el otro lado, las diversas condenas concretas a hacer.

VI.1. Las sentencias exhortativas y su ejecución

El estudio sobre este tipo de decisiones nos permite advertir que suele tratarse de casos cuya solución involucra la actuación conjunta de los diversos órganos de poder del Estado, y que es desde este prisma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación —al dictar sus sentencias— "envía mensajes" a cada una de estas órbitas y, al hacerlo, utiliza los mecanismos que estima conducentes para la solución del conflicto.

Es decir, sin invadir la esfera de actuación propia de otros poderes del Estado, la Corte acerca a las partes; busca y propone remedios institucionales; evalúa medidas que estima idóneas; e invita al diálogo a fin de lograr una solución armónica y consensuada que atienda a las reales posibilidades de entendimiento.

El problema que se plantea, concretamente, en la ejecución de estos casos es si la Corte Suprema de Justicia de la Nación posee la facultad de exigir a los demás poderes su cumplimiento. En caso de que la respuesta sea negativa, ¿cómo se pueden implementar las medidas a que obligan tales sentencias? En términos concretos, ¿cómo se ejecutan estas sentencias?

Es posible deducir —a partir del propio comportamiento adoptado por la Corte Suprema—, dos posibles respuestas, que es necesario diferenciar. Por un lado, la ejecución de la decisión en casos que impactan a nivel institucional se ha dejado en manos de las instancias judiciales, que intervinieron con anterioridad, o, la propia Corte ha asumido esta tarea y ha implementado la ejecución.

Las exhortaciones pueden estar dirigidas a la Administración; a modo meramente ejemplificativo, así se resolvió en los casos "Verbitsky",[113] "Lavado",[114] y "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Chaco".[115]

113- CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 3 de mayo de 2005 (Fallos 328:1146). En este caso, la Corte Suprema resolvió sobre la situación de alrededor de 6000 personas detenidas en las comisarías de la Provincia de Buenos Aires en espera de ser juzgados penalmente.
Una cuestión por destacar relativa a la ejecución de la sentencia es que la Corte Suprema encomienda al Poder Ejecutivo provincial el establecimiento de una mesa de diálogo y ordenó la producción de informes de avance bimestrales. Asimismo, la Corte se muestra consciente de que "la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino solo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema, pues esta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión. Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide se establezcan instancias de ejecución en las que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas... En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires". (Considerando 26).

114-CSJN, "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Provincia de Mendoza y otros s/ acción declarativa de certeza", L. 733. XLII, del 6 de septiembre de 2006 (Fallos 330:1135).

115- CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia de Chaco) s/ proceso de conocimiento", del 18 de septiembre de 2007 (Fallos 330:4134). Aquí resulta interesante destacar que luego de

En estos fallos, la Corte persigue como objetivo llevar el debate público a donde este debe desarrollarse; y da el primer paso para instalar el tema en la agenda política de los poderes estatales o provinciales.

El cumplimiento de lo sentenciado en este tipo de procesos demostrará, en definitiva, el grado de compromiso que los órganos involucrados asumen frente a la defensa de los derechos fundamentales.

Una mención aparte merece el fallo "Mendoza".[116] Allí, diecisiete personas por derecho propio —y, en representación de sus hijos— promovieron una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por padecer de la contaminación ambiental causada por la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo.

Cabe señalar que el trámite de la causa fue —y continúa siendo— complejo, pues se destacan diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia nacional. En el primero de ellos, la Corte se declaró incompetente con respecto al resarcimiento de cada una de las personas, en virtud de las lesiones padecidas como consecuencia de la contaminación. Este pronunciamiento tuvo un gran impacto político, dado que el Poder Judicial estaba conminando al Poder Ejecutivo a presentar un programa de acción, una política estatal.

Luego de haberse presentado el plan estatal referenciado en el párrafo anterior, la Corte, mediante un nuevo pronunciamiento de fecha 8 de julio de 2008, fijó en forma definitiva el camino a seguir. Vale advertir, en lo que aquí interesa, que repercutió en la esfera presupuestaria, en tanto la Corte condenó al Estado Nacional, al provincial y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a recuperar la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo; es decir, consideró que todas estas esferas de Gobierno eran responsables en la ejecución del Programa de Saneamiento.

En la actualidad, la sentencia está siendo ejecutada y la Corte, en el marco de audiencias que ordena, supervisa su grado de cumplimiento. Para ello, solicita a las representaciones del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otros, que acompañen a la causa toda la información complementaria respecto de las medidas adoptadas, del presupuesto asignado e información sobre el impacto ambiental, sanitario y poblacional.

Es la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar), que contempla la Ley Nº 26168,[117] la encargada de llevar adelante la instrumentación del Plan Integral para el Saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. La Auditoría General de la Nación tiene a cargo el control de la asignación de fondos y ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento. Mientras que, el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y Programa estaría en cabeza de la Defensoría del Pueblo de la Nación.

No se debe olvidar que la sentencia del 8 de julio de 2008 perseguía, en palabras del juez Ricardo Lorenzetti, tres objetivos simultáneos: "1. La mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca. 2. La recomposición del

dictar la sentencia, el tribunal realizó tres nuevas audiencias públicas para que los demandados informaran acerca de las medidas adoptadas para hacer frente a la situación de emergencia vivida por las comunidades aborígenes.

116- "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental)", Expte. Nº M.1569.XL, del 8 de julio de 2008 (Fallos 331:1622).

117- Disponible en: www.infoleg.gob.ar.

ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelo). 3. La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción".[118]

Prosigue el autor relatando que la sentencia, como garantía de efectividad, establecía las líneas de su ejecución mediante un microsistema de control institucional, que tenía como base tres aspectos: el primero de ellos, el control del manejo y la asignación de fondos, y la ejecución presupuestaria —en lo que refiere al Plan en cabeza de la Auditoría General de la Nación—; en segundo lugar, el control judicial de la ejecución de la sentencia que debía ser respondido por Acumar; y, por último, el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y el Programa, mediante el fortalecimiento de la participación ciudadana y la conformación de un cuerpo colegiado (con participación de distintas ONG en calidad de terceros interesados), cuya organización quedaba en cabeza del Defensor del Pueblo de la Nación.[119]

Este sistema —elaborado para la ejecución de la sentencia—, que tal como se puede vislumbrar responde a lo complejo y amplio del objeto de la causa, ha demostrado avances en su cumplimiento.

Ejemplo de lo anterior, según el relato del ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti,[120] es que, según datos a 2014 "…se ha logrado identificar 23.523 establecimientos radicados en esa región y empadronados, de los cuales 11.994 son establecimientos industriales que producen residuos sólidos, líquidos y gaseosos" y a los cuales se les otorgaron préstamos a los fines de poder solucionar su problema. Se han extraído toneladas de basura del Riachuelo.

Además, se lograron realizar 2163 viviendas con el propósito de relocalizar familias de villas de la zona en el marco del Convenio Marco para el cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en Riesgo Ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo, Segunda y Última Etapa, suscripto entre el Estado Nacional (Minplán), la CABA, Provincia de Buenos Aires y los catorce municipios que integran la cuenca.[121]

Asimismo, la Dirección de Abordaje Territorial de Acumar se encargó de relocalizar 125 familias de la villa 26, del barrio de Barracas, en enero de 2015, cooperando en la mudanza de las familias a un complejo habitacional en el mismo barrio.[122]

El caso "Mendoza" es ilustrativo de las opciones a las que da lugar la ejecución de las sentencias exhortativas. Allí, la sentencia definió cuáles eran los objetivos y dejó librado al arbitrio de la administración la decisión sobre los medios. Todo ello, sin perder el control sobre la realización, para lo cual definió ese "microsistema" de supervisión del cumplimiento.

Es posible puntualizar que, así como en "Mendoza" los mandatos de la Corte Suprema se dirigen, en concreto, a la Administración, también existen casos de sentencias exhortativas cuya manda se dirige al Congreso. Entre algunos de estos supuestos, es posible mencionar

118- LORENZETTI, R., *El arte de hacer justicia*, Sudamericana, Buenos Aires, 2014, p. 218.

119- LORENZETTI, R., *op. cit*., p. 220.

120- LORENZETTI, R., *op. cit*., p. 224 y ss. De su lado, destaco adicionalmente que en el sitio web del Centro de Información Judicial existe un micrositio en el que se encuentra disponible toda la información sobre la causa.

121- LORENZETTI, R., *op. cit*., p. 226.

122- Para más información, recomiendo sea visitado el sitio web: www.acumar.gov.ar.

las sentencias recaídas en "Ekmekdjian",[123] "Badaro",[124] "Arriola",[125] "Sosa"[126] y "F., A.L.".[127]

Ahora bien, los mandatos de este tenor requerirán como condición previa la existencia de un derecho no regulado legislativamente que dificulte o imposibilite su goce o disfrute. Nótese la trascendencia institucional que revisten estos mandatos cuando se trata de operativizar derechos constitucionalmente reconocidos.

Finalmente, se debe destacar que todas las exhortaciones, sin importar el destinatario, brindan un margen de discrecionalidad para su cumplimiento. Esta situación pone *en jaque* al contralor efectuado sobre los demás poderes, por parte del Poder Judicial. Sin embargo, aun cuando exista incumplimiento, lo que se logra a través de este tipo de sentencias es incrementar la expectativa social, poner en agenda la discusión sobre determinados temas.

VI.2. *Quid* de las condenas de hacer en el marco de los litigios estructurales y su ejecución

A todo lo anterior, debemos agregar otro tipo de sentencias cuya ejecución posee también un impacto particular. Se trata de las sentencias que obligan a una órbita del poder estatal a realizar una acción. Son las ya mencionadas obligaciones positivas, que competen a los Estados y que cobran relevancia cuando se trata de litigios que versan sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; no solo por la temática involucrada, sino también por la afectación presupuestaria que supone su garantía y efectivización.

Al igual que en el acápite precedente, su mejor entendimiento sobrevendrá a la luz del análisis de algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[128]

123- CSJN, "Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo", sentencia del 7 de julio de 1992.

124- CSJN, "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios", del 8 de agosto de 2006. Aquí la sentencia de la Corte Suprema fijó las pautas que debería contener un sistema de movilidad adecuado al artículo 14 bis de la CN, pero no estableció el sistema de ajuste porque consideró que ello corresponde preferentemente al Congreso.
Este caso merece una mención particular, pues resulta que, si bien la CSJN en este primer pronunciamiento brindó pautas para legislar sobre la movilidad jubilatoria, tiempo después y mediante una nueva sentencia dictada el 26 de noviembre de 2007, el Máximo Tribunal sostuvo que las prescripciones de esa ley no eran las indicadas en el primer pronunciamiento, declaró la inconstitucionalidad de la norma y exhortó a legislar nuevamente.

125- CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/Causa Nº 9080", del 25 de agosto de 2009.

126- CSJN "Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz", del 14 de septiembre de 2010 (Fallos 333:1771). Destaco que, en la sentencia a la que aquí refiero la CSJN, exhorta al Congreso a que adopte las medidas que considere pertinentes respecto del incumplimiento por parte de la Provincia de Santa Cruz de dos sentencias dictadas el 20 de octubre de 2009 (Fallos 332:2425) y el 10 de noviembre de 2011 (Fallos 332:2502), mediante las que había puesto de relieve la persistente y reiterada reticencia de las autoridades provinciales para disponer la reincorporación de Emilio Sosa a su cargo de procurador general, del que había sido indebidamente depuesto.

127- CSJN, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", F. 259. XLVI, sentencia del 13 de marzo de 2012.

128- Si bien en el presente apartado no hemos incorporado el análisis de las decisiones que se han adoptado en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es el que posee competencia en materia de DESC, ello no implica que se desconozcan. Por el contrario, el fuero tiene una profusa jurisprudencia en la temática y se ha colocado a la vanguardia en estas nuevas sentencias propias de los juicios estructurales. sólo a modo ejemplificativo, alcanza con mencionar el precedente "Acuña, María Soledad c/ GCBA s/ amparo", resuelto el 2 de diciembre de 2008 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. El caso versó sobre las condiciones de seguridad y habitabilidad en el Hospital Neuropsiquiátrico Dr. Braulio Moyano. Allí, confirmando la sentencia de la jueza de primera instancia, la Cámara fijó pautas tendientes a obtener un programa de reparación total de las condiciones edilicias, limpieza y el cuidado de las personas internadas.
De igual importancia, es del caso referir a la sentencia dictada por la Sala 4 de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, el 2 de junio de 1998 en autos "Viceconte, Mariela c/ Estado Nacional". Allí el Tribunal de

Uno de los primeros fallos que podemos analizar es "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social". Allí, la Corte hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación y otras entidades gubernamentales que desarrollaban actividades en defensa de las personas afectadas por el virus del sida y condenó al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia; tratamiento; y, en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a los enfermos de ese mal, registrados en los hospitales públicos del país.

Si se advierte que "la actividad presupuestaria debe ser un medio adecuado para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales",[129] condenas de este tipo, que involucran —en general— afectación presupuestaria a fin de garantizar la efectividad de los derechos que se cuestionan —en este caso, el derecho humano a la salud—, no deberían presentar dificultades en su ejecución.

Otro caso que resulta relevante es "Campodónico de Beviacqua",[130] que se tramitó como un amparo individual en materia de salud.

Lo interesante de este caso es que, por su intermedio, una madre — en representación de su hijo menor de edad— reclamó la continuidad de asistencia por parte del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas —dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social— a fin de afrontar el tratamiento de su hijo. La causa de este hecho reside en que el organismo había notificado el cese de su obligación de entregar medicamentos a la accionante, tras haber transcurrido dos años desde el comienzo de la asistencia.

En este contexto, el Máximo Tribunal Nacional recogió el principio de actuación subsidiaria —que rige en esta materia y que se articula con la regla de solidaridad social—; que consiste en que el Estado garantice una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica; lo que, a su vez conlleva su intervención obligatoria cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos. El Ministerio de Salud y Acción Social fue condenado a continuar la prestación de salud.

Para decidir de este modo, la Corte refirió que la obra social de la actora no se encontraba en condiciones de asumir la regular cobertura de la medicación necesaria para el tratamiento del niño. Y concluyó que:

> Frente a la actuación deficiente de la entidad médica sindical, la situación de precariedad laboral y económica de la familia y el estado de extrema urgencia que reviste el suministro del remedio requerido, es el Estado Nacional —mediante el Ministerio demandado— el que debe intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del menor, sin perjuicio de que efectúe los trámites necesarios para lograr que esa asistencia sea realizada de modo regular y efectivo para los organismos que correspondan.

Estos litigios, entonces, resultan una herramienta valiosa para demandar respuestas

Alzada ordenó al gobierno federal cumplir estrictamente y sin demoras con los plazos legales del cronograma de fabricación de la vacuna para el mal de los rastrojos y puso en cabeza del Defensor del Pueblo de la Nación el control sobre el cumplimiento, a la par que encomendó la producción de informes al respecto.

129- CORTI, H., *op. cit.*, p. 697 y concordantes.

130- "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", sentencia del 24 de octubre de 2000.

urgentes frente a problemas que involucran derechos fundamentales, como la salud y la vida. Además, fortalecen al Poder Judicial, facilitan el control sobre el Estado y las empresas prestadoras de servicios de salud, cuya discrecionalidad está limitada por la ley.[131]

A modo de conclusión preliminar, es posible vislumbrar la existencia de dos tendencias que repercutirán en la ejecución de las sentencias: una, alude a la distinción entre decisiones sobre el contenido de una política y decisiones sobre las reglas del procedimiento democrático; es decir, si las decisiones judiciales elaboran políticas sustantivas o se ocupan solo de la preservación de las reglas del procedimiento democrático. La segunda tendencia, se vislumbra en los casos de los pronunciamientos exhortativos. Allí, la efectividad de las condenas a hacer estará determinada por el grado de interferencia que su cumplimiento suponga con relación a las órbitas de actuación propias de otra rama de gobierno.

VII. Ejecución de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el presente apartado, nos interesa detenernos en la mención de dos casos que fueron fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos años en contra de nuestro país.

La propia Convención Americana refiere en el artículo 67:

> El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Si bien el Tribunal Interamericano no funciona como una cuarta instancia, lo cierto es que, una vez que interviene en esos casos, es razonable que los Estados acaten las decisiones que allí se adoptan. La Corte Interamericana lleva un registro detallado del estado de cumplimiento de sus sentencias. Incluso, el artículo 65 de la Convención la habilita a someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial, —y con las recomendaciones pertinentes—, ha de señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

No existen antecedentes en el derecho comparado de los Estados signatarios de la Convención Americana que hayan elaborado normas específicas destinadas a regular el cumplimiento de las sentencias supranacionales.

Ahora bien, ya dijimos que la posición del Tribunal Interamericano es la de considerar que el cumplimiento de una manda judicial es parte integrante del Derecho Humano a la *tutela judicial efectiva*. A poco de reparar en esto, se nos presenta la necesidad de tomar postura acerca de si son obligatorias las sentencias emanadas de las instancias internacionales y cuál sería el modo de cumplirlas.

La postura que se adopte al respecto de estos interrogantes determinará el grado de responsabilidad de nuestro Estado ante un eventual incumplimiento. Creemos que, a estas alturas, la discusión se encuentra zanjada y nuestra propia Corte Suprema ha indicado en forma expresa la obligatoriedad de las sentencias dictadas en contra de la Argentina.

131- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, "Amparos colectivos para la provisión de medicamentos del VIH/SIDA – Casos A.V. y C. M. y IOMA", disponible en www.cels.org.ar.

Ello se desprende, no solo de manera indirecta, sino en forma concreta mediante la Resolución Nº 477/15, del 25 de marzo de 2015; en cuya oportunidad, la Corte Suprema Nacional reguló el cumplimiento de una sentencia condenatoria que en 2012 el Tribunal Interamericano dictó al entender en el caso "Mohamed vs. Argentina". Allí, condenó al país por vulneración del artículo 8º.2 de la Convención Americana e incorporó una serie de reparaciones tendientes a restablecer los derechos conculcados, que fueron acatadas a partir de la Resolución mencionada.

Adicionalmente, nuestro Máximo Tribunal consideró obligatorios los informes emanados por la Comisión Interamericana, en virtud del artículo 51 de la Convención. De suyo, la Corte Suprema de la Nación utiliza en gran parte de sus sentencias los instrumentos internacionales y la interpretación que de estos han realizado los tribunales supranacionales.

Esclarecido el valor de los pronunciamientos, resta reflexionar acerca del modo en que serán satisfechos. En este punto, la inexistencia de normativa procesal expresa no es un obstáculo para el cumplimiento, pues la propia Convención prevé una cláusula de salvataje en el artículo 68, en tanto indica: "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Resulta relevante traer a colación el fallo "Furlán", en el que se critica duramente el procedimiento de ejecución de sentencias en casos en los que se encuentran en juego derechos fundamentales que afectan a los grupos vulnerables.

En el caso, Sebastián Furlán había sufrido un accidente[132] al ingresar a un predio cercano a su domicilio, que era de propiedad del Ejército Argentino. Huelga destacar que ese inmueble no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada a este, a tal punto que resultaba frecuente su utilización por los niños de la zona con fines de esparcimiento.

Su padre interpuso una acción en el fuero Civil y Comercial Federal con el objeto de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo.[133]

En Primera Instancia, se condenó al Estado a pagar a Sebastián Furlán la cantidad de pesos argentinos ciento treinta mil ($ 130.000). La sentencia de Segunda Instancia, emitida el 23 de noviembre de 2000 por la Sala de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, confirmó sustancialmente[134] el criterio del *a quo*.

---

a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kg de peso cayera sobre él, golpeándole su cabeza y ocasionándole la pérdida del conocimiento.
Sebastián fue internado en terapia intensiva del hospital Posadas con el diagnóstico de traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho, luego de la operación continuó en coma grado II aproximadamente siete días y en coma un par de semanas más.
Conviene destacar que al momento del accidente Sebastián Furlán era menor de edad y que las secuelas padecidas generaron en él una discapacidad sobreviniente, que lo afectó tanto en lo físico como en lo actitudinal o psicológico. Estas circunstancias, incluso, fueron marcadas por el Tribunal Interamericano y tomadas en cuenta al momento de decidir.

133- El juez de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 2000 e hizo lugar a la demanda y estableció que el daño ocasionado a Sebastián Furlán fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio, dadas sus condiciones de abandono, sin ningún tipo de cerco perimetral que impidiera el paso y con elementos de notorio riesgo. El juzgado atribuyó un 30% de responsabilidad a Sebastián Furlán y un 70% de responsabilidad al Estado.

134- Modificó el criterio sobre la imposición de las costas y consideró que le asistía razón a la parte demandada. Ello, en tanto que debido a la distribución de culpas debía

El resarcimiento reconocido a Sebastián Furlán quedó comprendido dentro de la Ley Nº 23982 de 1991, la cual estructuró la consolidación de las obligaciones vencidas de causa o título anterior al 1º de abril de 1991 que consistiesen en el pago de sumas de dinero. Esa ley estipuló dos formas de cobro de indemnización: 1) el pago diferido en efectivo, o 2) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo.

Teniendo en cuenta las precarias condiciones en las que se encontraba —y la necesidad de una rápida obtención del dinero—, Danilo Furlán optó por la suscripción de los bonos. Así fue como el Estado, el 12 de marzo de 2003, entregó ciento sesenta y cinco mil ochocientos tres (165.803) bonos al beneficiario. Ese mismo día, Danilo Furlán vendió esos bonos.

Furlán tuvo que pagar los honorarios de su abogada,[135] conforme con los términos de la sentencia de segunda instancia, y una parte de costas procesales; por lo que recibió, en definitiva, una suma aproximada de treinta y ocho mil trescientos ($ 38.300) pesos argentinos de los $ 130.000 ordenados por la sentencia.

La Corte Interamericana analizó el marco temporal del proceso[136] bajo análisis respecto a la etapa de la ejecución de la sentencia. Por otro lado, la Corte analizó la conducta de las autoridades judiciales y estableció que:

> En casos de personas en situación de vulnerabilidad, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos (párr. 196).

En lo que a esta investigación importa, la Corte Interamericana fundó la responsabilidad del Estado Nacional, entre otros incumplimientos, en la conculcación de los artículos 8º y 25 de la Convención, en el marco del proceso civil por daños y perjuicios. Entendió que las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián. Agregó que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue completa ni integral, ya que, las autoridades administrativas nunca tuvieron bajo consideración que al aplicarse la modalidad de pago establecida en la Ley Nº 23982 de 1991 se disminuía en forma excesiva el insumo económico que recibió Sebastián Furlán para su adecuada rehabilitación.

Además, en términos expresos, dijo que "la falta de ejecución de las sentencias tiene "vinculación directa con la *tutela judicial efectiva* para la ejecución de los fallos internos"", por lo que ha realizado su análisis a la luz del artículo 25 de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte considera que el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse —para contabilizar el término de duración de un proceso— con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo.

Reiteró que la etapa de ejecución de las sentencias es parte integrante de los derechos a la tutela judicial, el debido proceso, la seguridad jurídica, la independencia judicial y Estado de

reflejarse ello en la imposición de costas, razón por la cual estableció que Sebastián Furlán debía asumir el pago del 30% correspondiente.

135- Por un valor de 49.740 bonos.

136- El proceso fue iniciado el 18 de diciembre de 1990 y concluyó el 12 de marzo de 2003 —día en que se pagaron los bonos—; es decir 12 años y tres meses aproximadamente.

Derecho; y, por ello, debía regirse por los estándares específicos que permitan hacerlos efectivos. De acuerdo con la mención de otras decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, agregó que, para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral[137] y sin demora.[138]

El *principio de tutela judicial efectiva* requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo. Esto se debe a que "en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho, todas las autoridades públicas —dentro del marco de su competencia— deben atender a las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas, sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución"[139] (párr. 211).

El estudio de esta decisión interamericana es relevante, en primer término, dado que sobre la base de nuestro sistema, resultaría de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Nacional; y, en segundo término, toda vez que se interpreta el contenido de un Derecho Humano fundamental reconocido por nuestra propia Constitución Nacional —a partir de la incorporación de la Convención Americana en el año 1994— lo cual de por sí resulta una pauta concreta de aplicación en los tribunales internos.

Conclusiones

La ejecución de sentencias contra el Estado ha sido compleja desde sus orígenes.

En todo momento han existido diversos obstáculos que, quienes lograron una sentencia favorable han tenido que atravesar o soportar.

Ante las denominadas "situaciones de emergencia", se ve menguada la protección de los derechos constitucionales.

Esperemos que, en los años venideros, la influencia del control de convencionalidad haga realidad en su mayor expresión el derecho a la *tutela judicial efectiva*.

137- Ver otros casos como: caso "Mejía Idrovo vs. Ecuador", párr. 105, citando TEDH, caso "Matheus vs. Francia", (Nº 62740/01), sentencia del 31 de marzo de 2005, párr. 58. Según los estándares elaborados por el Comité Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), un órgano consultivo del Comité de Ministros del Consejo de Europa en las materias relativas a la independencia, la imparcialidad y la competencia profesional de los jueces, "la ejecución de las decisiones de justicia debe ser equitativa, rápida, efectiva y proporcionada" (*Cfr.* Opinión Nº 13 [2010], *On the role of judges in the enforcement of judicial decisions*. Disponible en: https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2010)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864.)

138- Ver otros casos, como caso "Mejía Idrovo vs. Ecuador", párr. 105, citando TEDH, caso "Cocchiarella vs. Italia", (Nº 64886/01), G.C., sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 89, y caso "Gaglione y otros vs. Italia", (Nº 45867/07 y otros), sentencia del 21 de diciembre de 2010. Final, 20 de junio de 2011, párr. 34. A la luz de la jurisprudencia consolidada del TEDH, el retraso en la ejecución de la decisión de justicia puede constituir una violación del derecho a ser juzgado dentro un plazo razonable protegido por el artículo 6 párr. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que esa ejecución "debe ser considerada parte integral del proceso a los fines del artículo 6". Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana; *cfr. también* TEDH, caso "Hornsby vs. Grecia", (Nº 18357/91), sentencia del 19 de marzo de 1997, párr. 40, y caso "Jasiūnienė vs. Lituania", (Nº 41510/98), sentencia del 6 de marzo de 2003. Final, 6 de junio de 2003, párr. 27.

139- *Cfr.* caso "Mejía Idrovo vs. Ecuador", párr. 106. El TEDH ha establecido en el caso "Inmobiliare Saffi vs. Italia" que: "Si se puede admitir en principio que los Estados intervengan en un procedimiento de ejecución de una decisión de justicia, tal intervención no puede tener como consecuencia práctica que se impida, invalide o retrase de manera excesiva la ejecución en cuestión y menos aún que se cuestione el fondo de la decisión". *Cfr.* TEDH, caso "Inmobiliare Saffi vs. Italia", párr. 74. Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana.

Dra. María Soledad Alposta y Dra. Agustina Del Campo*

El planteo presupuestario en la ejecución de sentencias internacionales y locales

Introducción

La garantía, efectividad y respeto por los derechos humanos dependen de los recursos —humanos, tecnológicos, financieros, institucionales, entre otros— que los Estados dispongan para satisfacerlos. Los tratados internacionales de derechos humanos establecen las obligaciones generales de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas, de garantizar su libre y pleno ejercicio, y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. De ahí, que los Estados puedan comprometer su responsabilidad estatal internacional cuando no garanticen los derechos humanos.

Como señaló la Corte Interamericana al analizar las condiciones de implementación y garantía de los derechos políticos:

> Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención, como el derecho a la protección judicial, son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas

*** Dra. María Soledad Alposta**
Prosecretaria Letrada de la Dirección de Intervención Interdisciplinaria MPD CABA.

Dra. Agustina Del Campo
Abogada (UCA). Máster en Derecho Internacional y Derechos Humanos de American University Washington College of Law.

> que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman.[1]

Los presupuestos públicos tienen, por lo tanto, una importancia medular como herramienta para garantizar la eficacia de los derechos humanos, aunque, paradójicamente, muchas veces sean invocados para justificar su incumplimiento.

En el presente artículo, nos centraremos en analizar algunos casos en los que los Estados han recurrido al argumento presupuestario para justificar el incumplimiento de sentencias judiciales firmes, tanto hacia el interior de los propios Estados como hacia el exterior en las mismas sentencias internacionales. Como veremos a continuación, el argumento presupuestario ha sido históricamente ignorado —o explícitamente desechado— como causa eximente de responsabilidad internacional en el cumplimiento de sentencias internacionales, y respecto de las sentencias nacionales, ha acarreado condenas internacionales en virtud de la violación al Derecho de Acceso a la Justicia.

I. La inoponibilidad del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[2] establece que los tratados han de interpretarse y cumplirse de buena fe y que "los Estados no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"(Convención de Viena, arts. 26 y 27). Estos artículos hacen a la efectividad misma de los tratados, no solo de derechos humanos, sino a los tratados en general, ya que, de poder oponer una ley interna al tratado, este carecería de seguridad jurídica y continuidad. Este principio, rige en su integridad respecto de tratados de derechos humanos y, de hecho, es citado permanentemente por tribunales y órganos de supervisión internacionales, al momento de evaluar la existencia de violaciones al tratado, y ordenar reparaciones.[3]

Las leyes de presupuesto de los Estados, más allá del debate doctrinario sobre su naturaleza, son regulaciones internas de los Estados y, por ende, en el tema que nos ocupa, resultan inoponibles frente al incumplimiento de compromisos internacionales.

II. La ejecución de sentencias judiciales firmes

La ejecución de sentencias judiciales firmes contribuye al cumplimiento del acceso efectivo a la justicia, garantizado en los tratados internacionales de derechos humanos. En el Sistema Interamericano, el derecho a exigir la ejecución de las sentencias firmes está específicamente previsto en el artículo 25 de la Convención Americana, que contempla el derecho a un recurso efectivo. En el sistema europeo, ese derecho ha sido interpretado como parte del artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos

1-Corte IDH, "Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2008. Serie C, Nº 184, párr. 159 citando *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A, Nº 7, Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

2- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 UNTS 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y con entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

3- Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras". Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, Nº 04.

Humanos, que establece el derecho a un proceso equitativo.

Son numerosos los casos que llegan a los órganos de supervisión de la Convención Americana y del Convenio Europeo por falta de ejecución de sentencias —o por excesivas dilaciones en la ejecución de estas—, por lo que terminan constituyéndose en violaciones al derecho a ser oído en un plazo razonable. Es en este contexto en el que los Estados habitualmente han opuesto la falta de presupuesto frente a la denuncia de incumplimiento total o parcial. Sin embargo, pese a la insistencia en este tipo de planteos, la argumentación presupuestaria ha sido explícitamente descartada, tanto por la Corte Interamericana como por la Corte Europea de Derechos Humanos en sus sentencias.

III. Las defensas presupuestarias en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las defensas presupuestarias ante la Corte Interamericana se han intentado en diferentes escenarios por lo que le otorgó a la Corte oportunidades de pronunciarse respecto de su validez. Sin embargo, los ejemplos más comunes y menos controversiales en esta materia atienden, justamente, a los alegatos en torno a la falta de recursos presupuestarios como eximente de responsabilidad por la ejecución total o parcial de sentencias judiciales firmes contra el Estado, incluyendo aquellas dictadas por los tribunales internos y las dictadas por la propia Corte Interamericana.

La Corte interpretó que la falta de cumplimiento de sentencias judiciales firmes contra el Estado constituye una violación al derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 25.2 de la Convención Americana. En igual sentido, y por analogía, la Corte interpretó que sus propias sentencias son ejecutables en los términos establecidos por ellas;[4] y no ha admitido eximentes de responsabilidad por las demoras generadas debido a faltas de recursos para el cumplimiento de las reparaciones ordenadas.

IV. El incumplimiento de sentencias nacionales

La presente sección sigue un orden cronológico en torno a los casos seleccionados y pretende esbozar la evolución del razonamiento de la Corte Interamericana en esta materia. Sin embargo, cabe destacar en esta introducción el caso "Furlan y familiares vs. Argentina", uno de los precedentes más recientes de los aquí enumerados y el más relevante al interior de nuestro país.

IV. 1. El caso "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú"[5]

En 2006 la Corte Interamericana resolvió un caso por denegación de justicia contra el Perú, por el incumplimiento de más de 24 sentencias firmes emitidas por el Superior Tribunal o por la Corte Constitucional; por amparo. Las sentencias ordenaban a la Municipalidad de Lima:

> [que] reintegre a los trabajadores [de la referida municipalidad] despedidos por no haber concurrido a las evaluaciones que convocó esta municipalidad o no haberlas superado quienes la presentaron, [...] a aquellas personas que fueron cesadas por participar en la huelga organizada por el sindicato que

4- CADH. El artículo 63, por su parte, establece la obligación de reparar íntegramente los daños generados por las violaciones a los derechos convencionales.

5- Corte IDH, "Acevedo Jaramillo vs. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de febrero de 2006.Serie C,Nº144.

> fue declarada ilegal [, y a] quienes fueron cesados como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Servicios Municipales de [Limpieza de Lima].

El Estado peruano, primero, reconoció su responsabilidad internacional en el caso, al exponer: "[...] dada la crisis económica que el Estado peruano atraviesa y ante la imposibilidad de atender con las indemnizaciones y medidas reparadoras de los peticionarios en el presente caso, se ve obligado a solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [que] adopte lo conveniente". En sucesivas comunicaciones con la CIDH, señaló que tanto el Estado como los peticionarios estaban dispuestos a restablecer las negociaciones para lograr la ejecución de las sentencias incumplidas, pero ante la falta de acuerdo —y el transcurso del tiempo—, la Comisión decidió elevar el caso a la Corte. La CIDH en la demanda destacó que:

a. "la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales adquiere especial importancia cuando quien tiene que cumplir la sentencia es un órgano del Estado, que puede tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos";

b. el Perú se sustrajo de cumplir con las sentencias de los tribunales peruanos de una forma reiterativa que conformó "un cuadro sistemático de desconocimiento de las decisiones judiciales";

c. al ser compelida a cumplir las decisiones judiciales, la Municipalidad de Lima "creó condiciones adicionales en las que transfiere a los trabajadores algunas de sus funciones propias a efectos de hacer más onerosa su situación y dilatar su cumplimiento, en un claro abuso de la función pública y en la búsqueda de argumentos normativos para sustraerse a su responsabilidad"; (Acevedo Jaramillo, párr. 205.)

Por su parte, el Estado planteó ante la Corte nuevos argumentos consistentes en que:

> g) respecto a los pactos sobre beneficios remunerativos, la sentencia está en proceso de ejecución. El Primer Juzgado Especializado de Lima ha emitido resoluciones en orden a la ejecución. Con arreglo a la normativa vigente, las obligaciones dinerarias que deben ser atendidas con cargo al presupuesto de una entidad pública deben ser objeto de programación, para proveer los fondos suficientes en los sucesivos ejercicios. La Municipalidad de Lima Metropolitana ha efectuado ya las necesarias provisiones;
>
> Y en el punto k):
>
> la normativa fiscal peruana prohíbe de modo radical la incorporación de un trabajador si no existe plaza vacante debidamente prevista y presupuestada, bajo responsabilidad administrativa y penal del funcionario competente. Tal prohibición subsiste aun en caso de que se trate de ejecución de una resolución judicial, supuesto en el cual la reincorporación del trabajador queda en suspenso hasta que existan

> la plaza y el presupuesto. Asimismo, existen leyes que prohíben la creación de nuevas plazas. «Por consiguiente, la posibilidad de reincorporación de un trabajador queda supeditada a la posibilidad de que se autogenere una vacante, por cese de un trabajador activo». Las normas de austeridad no están orientadas a generar el incumplimiento de resoluciones judiciales, «sino que obedecen a la situación económica del país y al estado caótico de su administración pública en la mayoría de sus dependencias» (Acevedo Jaramillo, párr. 209).

La Corte entendió que la violación al derecho a un recurso efectivo, en este caso, no resultaba de la falta de recursos contemplados legalmente, "sino en la falta de cumplimiento de 24 sentencias firmes que declararon con lugar diversas acciones de garantía". Y agregó: "La responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas". Posteriormente, al concluir, estableció: "La ejecución de las sentencias debe ser considerada parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho".[6] (Acevedo Jaramillo, párr. 219).

Respecto del argumento presupuestario específicamente, la Corte respondió:

> En cuanto al alegato del Perú de supeditar el cumplimiento de las sentencias a la existencia de plaza y presupuesto, la Corte considera que tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello. El retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia. **Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias.**[7] (Acevedo Jaramillo, párr. 225). (El resaltado es propio).

IV. 2. El caso "Acevedo Buendía vs. Perú"

Posteriormente, en el caso **"**Acevedo Buendía",[8] la Corte Interamericana evaluó el

6-Corte IDH, caso "Acevedo Jaramillo vs. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de febrero de 2006. Serie C, Nº 144, párr. 219: "El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. Y agregó: "Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. Como ha quedado establecido, uno de los efectos de la cosa juzgada es su obligatoriedad. La ejecución de las sentencias debe ser considerada parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho".

7-Corte IDH, caso "Acevedo Jaramillo vs. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de febrero de 2006. Serie C 144, citando CEDH, *Case of "Amat-G" LTD and Mebaghishvili v. Georgia*, EHCR, *judgment of September* 2005, párr. 48; *Popov v. Maldova*, no. 74153/01, párr. 54, *judgment of January* 18, 2005; y *Shmalko v. Ukraine*, Nº 60750/00, párr. 44, *judgment of July* 20, 2004.

8- Corte IDH, caso "Acevedo Buendía y otros vs. Perú".

incumplimiento estatal de sentencias que ordenaban "pagar los montos correspondientes a la pensión nivelable que las presuntas víctimas dejaron de percibir entre los meses de abril de 1993 y octubre de 2002". La Corte, primeramente, estableció que el Estado había reconocido responsabilidad por el incumplimiento a través de distintos actos administrativos, que reconocían la obligación y atribuían el incumplimiento a deficiencias presupuestarias. El Estado había alegado en más de una ocasión: "[que] «el incumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional en primer orden se debe a una realidad presupuestal», la misma que a la fecha es imposible de atender". En razón de la línea de argumentación estatal, la Corte Interamericana dedicó unas reflexiones a la irrelevancia de las razones presupuestarias para justificar el incumplimiento de sentencias judiciales:

> […] El Estado señaló insuficiencias presupuestarias como justificación del incumplimiento de esta obligación (...) En este sentido, cabe reiterar que, para que los recursos de amparo planteados en el presente caso fueran verdaderamente eficaces, el Estado debió adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, lo cual incluye medidas de carácter presupuestal. Si bien el Estado ha manifestado que ha adoptado una serie de medidas de naturaleza administrativa, legislativa y judicial orientadas a superar la referida limitación económica con el propósito de cumplir con sus obligaciones convencionales, estas aún no se han concretado (...).(Acevedo Buendía, párr. 75).

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2009. Serie C, Nº 198.

La Corte recordó que lo anterior no es más que la aplicación de un principio general del derecho internacional, conforme al cual los Estados no pueden incumplir lo dispuesto en un tratado, al invocar razones de derecho interno (Acevedo Buendía, párr. 76), e indicó también que:

> (...) no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento[9] (Acevedo Buendía, párr. 69).

IV. 3. Caso "Furlan y familiares vs. Argentina"

Recientemente, en el caso "Furlan y familiares**",** el Estado argentino argumentó razones presupuestarias para justificar la modalidad de pago de la indemnización por daños y perjuicios ordenada contra el Estado por una negligencia que resultó en el daño e incapacidad sobreviniente de un menor de edad. En los hechos, la modalidad de pago ofrecida derivó en la reducción de la indemnización en más de un

9- Corte IDH, caso"Acevedo Buendíavs. Perú", citando caso "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú", párr. 217, y caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá". Competencia. Sentencia del 28 de noviembre de 2003. Serie C, Nº 104, párr. 73.

70%. Los representantes de las víctimas en este caso argumentaron que:

> [n]o es admisible que el Estado, causante de un hecho ilícito en perjuicio de un niño, generador además de una situación de discapacidad, alegue una supuesta emergencia económica del país, a fin de dilatar el cumplimiento de su obligación, indispensable para el debido y oportuno tratamiento y asistencia a la víctima.[10]

Tanto la Comisión como los representantes arguyeron una violación al derecho de acceso a la justicia contemplado en el art. 25(2) de la Convención Americana.

El Estado alegó, entre otras cosas, que:

> [e]n el período en que se dio la ejecución de la sentencia, el Estado argentino atravesó una de las crisis económicas y sociales más graves y profundas de su historia, que derivó, entre otras cosas, en la devaluación de la moneda, precedida por la derogación de la Ley Nº 23928 de convertibilidad, que establecía la paridad entre el peso y el dólar.

Y, además, que la opción de los bonos frente a un pago diferido la hizo el peticionante.[11]

La Corte Interamericana, primeramente, reiteró su jurisprudencia constante por la cual

> [l]a ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de Derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

Posteriormente, y respecto del análisis particular del caso, entendió que ninguna de las dos opciones contempladas en la ley que regía el pago de las indemnizaciones estatales constituía una reparación efectiva e integral. La Corte analizó el argumento estatal en torno a la crisis

10- Corte IDH, caso "Furlan y familiares vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C, Nº 246, párr. 207. La ley bajo la cual se pagó la sentencia establecía dos opciones, a saber: el pago diferido en efectivo o el pago en bonos a 2016. Ambas opciones "conllevaban un menoscabo en la posibilidad de rehabilitación social y asistencia de Sebastián Furlan".

11- Corte IDH, caso "Furlan y familiares vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012.Serie C N. 246, (), párr. 208.El Estado manifestó que: i) "los argumentos de la Comisión [ ] y de los representantes [ ] han sido de carácter errático y contradictorio[por cuanto] se proponen no debatir los aspectos relativos al monto de la indemnización y luego se agravian ampliamente sobre las diferencias entre el monto establecido por la sentencia y lo efectivamente recibido por el señor Furlan"; ii) iii) "dicha normativa establecía [ ] dos opciones para el cobro de la indemnización fijada judicialmente: el pago diferido en efectivo o la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo"; iv) fue el propio señor Danilo Furlan quien "optó voluntariamente por el mecanismo de suscripción de bonos de consolidación" y decidió "rescatar los [b]onos en un plazo menor al establecido por la ley y a un valor inferior al nominal", y v) "el 30% de honorarios pagado a su abogado es el resultado de un pacto de *quota litis* convenido libre y voluntariamente con su representación letrada", de manera que "el hecho de que el pago de dichos honorarios haya influido en el monto final percibido por el señor Furlan es consecuencia directa de aquel acuerdo y en modo alguno puede atribuirse al Estado responsabilidad de alguna índole".

económica al momento de la ejecución en dos partes: primero, citó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas cuando este manifestó, entre otras cosas, que: "La obligación de los Estados Partes de proteger a los miembros vulnerables de sus respectivas sociedades reviste una importancia más bien mayor que menor en momentos de gran escasez de recursos"(Caso "Furlan y familiares",párr.216).[12] Con la cita, destacó la importancia de la protección de las poblaciones vulnerables en tiempos de crisis económica y la relevancia del cumplimiento efectivo de las sentencias, en especial en estos casos. Y luego, en lo que respecta al caso Furlan específicamente, sostuvo que si bien la ley que regía la ejecución cumplía una finalidad admisible convencionalmente —relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos—,

> [l]a regulación aplicada en el presente caso data de 1991, por lo que la Corte considera que era necesario que las autoridades que ejecutaron la sentencia judicial hubieran realizado una ponderación entre el estado de vulnerabilidad en el que se hallaba Sebastián Furlan y la necesidad de aplicar la ley que regulaba estas modalidades de pago. La autoridad administrativa debía prever este tipo de impacto desproporcionado e intentar aplicaciones alternativas menos lesivas respecto a la forma de ejecución más perjudicial para las personas en mayor vulnerabilidad (Furlan y familiares, párr. 216).

Como se desprende de este último párrafo, la Corte no solo desestimó el argumento presupuestario en el presente caso, sino que exigió a las autoridades judiciales hacer un análisis caso por caso y en clave de derechos humanos respecto de la vigencia y aplicabilidad de las leyes que afecten la ejecución de sentencias.

IV. 4. El incumplimiento de sentencias internacionales

Respecto de las sentencias internacionales, la posición de la Corte Interamericana también ha sido clara en el rechazo a los argumentos presupuestarios como eximente de responsabilidad por incumplimiento. Es cierto que, a lo largo de su breve historia, la Corte ha ordenado reparaciones específicas en algunos casos y, en otros, ha devuelto el caso al ordenamiento interno para el cálculo de ellas. Sin embargo, en todos los casos la Corte ha insistido en que el derecho a la reparación por violaciones internacionales a los derechos humanos se rige por el derecho internacional, cualquiera que sea la fórmula establecida para determinar los montos o especificaciones de ella.

La Corte Interamericana se reservó para sí la facultad de revisar el cumplimiento de sus decisiones y de mantener los casos en *"docket"* y abiertos hasta tanto haya constatado el cumplimiento de las reparaciones ordenadas. La Corte recibe y solicita informes de Estados y peticionarios; celebra audiencias y emite resoluciones en torno al cumplimiento de sus sentencias, para fortalecer de esa manera la eficacia de sus propias

12- Corte IDH, caso "Furlan y familiares vs. Argentina", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C, Nº 246, párr. 216. Citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 5, párr. 10. Si bien la Observación General refiere a personas con discapacidad, la cita en cuestión fue tomada de la Observación General Nº 3 que resume las obligaciones estatales respecto de las poblaciones vulnerables en materia de DESC en tiempos de crisis económica o reajuste presupuestario.

sentencias. En el marco de la ejecución, no son pocos los Estados que han planteado problemas presupuestarios para dar cumplimiento efectivo a las sentencias de la Corte y han querido ampararse en dichos problemas a fin de dilatar la ejecución. Ante esta situación, la Corte adoptó un criterio análogo al adoptado respecto de los incumplimientos a sentencias nacionales.

En el caso "Baena, Ricardo vs. Panamá", por ejemplo, la Corte Interamericana evaluó el cumplimiento de la orden de reparaciones emitida a raíz de la declaración de la violación del artículo 25.2 de la Convención Americana. La sentencia reconocía los derechos de 270 trabajadores despedidos arbitrariamente y ordenaba el restablecimiento de los trabajadores en puestos análogos o, en su defecto, el pago de una indemnización, y la indemnización por salarios caídos y daño moral. En su análisis en torno a la obligatoriedad de la sentencia de reparaciones, la Corte sostuvo "En lo que atañe a la ejecución en el ámbito del derecho interno de las reparaciones ordenadas por la Corte, los Estados responsables no pueden modificarlas o incumplirlas invocando para ello disposiciones de su ordenamiento jurídico interno". Sumado a esto, señaló que:

> [l]a obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno.[13](...)La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento (Baena, Ricardo**,** párr. 73 y 74.).

En el caso "Neira Alegría vs. Perú", el argumento presupuestario puede verse incluso de manera más explícita. En este caso, la sentencia de la Corte ordenaba la investigación e identificación de los restos de las víctimas y la devolución de los mismos a los familiares. El Estado argumentó en su informe de seguimiento que el Cuerpo Forense carecía de recursos presupuestarios suficientes para hacer algunas de las prácticas de ADN ordenadas judicialmente. Por lo tanto, la Corte, en su resolución del 19 de enero de 2009, estableció que:

> [d]e conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. (...) La obligación convencional de los Estados parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte vincula a todos los poderes y órganos estatales.[14] (Neira

13- Corte IDH, caso "Baena, Ricardo vs. Panamá", sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C,Nº 104, Para. 62, Citando*: inter alia*, caso "Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C, Nº 100, párr. 72; caso "Juan Humberto Sánchez vs. Honduras". Sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C, Nº 99, párr. 149; y caso "Cantos vs. Argentina". Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C, Nº 97, párr. 68.

14- Corte IDH,caso **"**Neira Alegría vs. Perú"**.**Resolución del 19 de enero de 2009, citando caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá". Competencia. Sentencia del 28 de noviembre de 2003. Serie C, Nº 104. párr. 60; caso "Baldeón García vs. Perú"**.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte del 7 de febrero de 2008, considerando séptimo; y caso del "Tribunal

Alegría, resolución del 19 de enero de 2009).

Y, sumado a esto, que:

> [n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión15(El destacado es nuestro), (Neira Alegría, resolución del 19 de enero de 2009).

V. Las defensas presupuestarias en algunos casos de la Corte Europea de Derechos Humanos

La sección anterior destaca algunos casos relevantes surgidos de la Corte Interamericana en torno a la oposición de razones presupuestarias como eximentes de responsabilidad estatal. Lo cierto es que la Corte Interamericana, en muchos casos, invoca en sus sentencias casos de la Corte Europea, cuya posición en esta materia es de larga data. A continuación se citan algunos ejemplos concretos de distintos tipos de casos en los que se intentaron argumentos presupuestarios como eximentes de responsabilidad por el retardo o la inejecución de sentencias firmes contra el Estado.

V. 1. El caso "Burdov vs. Rusia"

En el caso "Burdov vs. Rusia", Nº 59498/00,16 la Corte Europea declaró la violación del artículo 6º del Convenio Europeo, por incumplimiento de una sentencia de indemnización de daños y perjuicios por daño a la salud. En el caso, el aplicante —llamado por las autoridades militares a prestar servicio en operaciones de emergencia en Chernobyl, en 1986, después del desastre nuclear— llevó al Estado a juicio por el daño a la salud por la exposición continua a la radioactividad en la zona; y lo ganó, por lo que se ordenó una indemnización acorde. El Estado dilató el cumplimiento de dicha sentencia, apoyándose en motivos presupuestarios. La Corte Europea sostuvo que el Estado no puede ampararse en la falta de fondos para postergar la ejecución de una sentencia en detrimento de un particular y que si bien, en algunos casos, la dilación puede justificarse por dichas circunstancias, la demora no puede ser tal que desvirtúe la naturaleza misma del derecho.[17]

Constitucional vs. Perú". Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte del 5 de agosto de 2008, considerando séptimo.

15- Corte IDH, "Neira Alegría y otros vs. Perú". Resolución del 19 de enero de 2009, citandocaso"19 Comerciantes vs. Colombia".Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004,párr. 192; Caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá". Competencia, párr. 77; y caso "Maritza Urrutia vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C, Nº 103,párr. 116.

16- CEDH, case of Burdov v. Russia (Application Nº 59498/00), sentencia del 4/9/2002.

17- CEDH, case of Burdov v. Russia (Application Nº 59498/00), sentencia del 4/9/2002. Párr. 35.It is not open to a State authority to cite lack of funds as an excuse for not honouring a judgment debt. Admittedly, a delay in

V. 2. El caso "Shmalko vs. Ukraine"

Posteriormente, en el caso **Shmalko vs. Ukraine**, Nº 60750/00,[18] la Corte Europea evaluó el reclamo de una persona discapacitada —que contaba con una sentencia firme reconociéndole los daños y perjuicios ocasionados por la falta de provisión de un medicamento que necesitaba diariamente—.[19] El Estado había argumentado la falta de fondos del hospital público condenado para dar cumplimiento al fallo en cuestión. La Corte Europea sostuvo que el Estado no puede argumentar falta de fondos para incumplir una sentencia firme. Aclaró que, si bien en algunas circunstancias, la falta de fondos podía justificar retrasos en la ejecución de sentencias, el retardo no debía desvirtuar la esencia de los derechos protegidos por la sentencia. En la aplicación al caso particular sostuvo que, por su edad, su estado de salud y la naturaleza de su discapacidad, el fallo debió haberse cumplido sin demora.[20]

V. 3. El caso "Amat-G LTD and Mebaghishvili vs. Georgia"

En el caso "«Amat-G» LTD and Mebaghishvili vs. Georgia" ,Nº 2507/03,[21] el gobierno de Georgia se amparó en la crisis económica que afectaba el país para justificar el incumplimiento de una sentencia dictada contra el Ministerio de Defensa —en la que se ordenaba el pago de una indemnización a una compañía por incumplimiento contractual y compensación por daños—. La Corte Europea, citando entre otros, el caso Shmalko vs. Ukraine, destacó nuevamente que no está abierta al Estado la posibilidad de invocar la falta de fondos como una excusa para no honrar el cumplimiento con una deuda judicial. Reiteró, una vez más, que, si bien una demora puede estar justificada bajo particulares circunstancias, no puede desvirtuar la esencia de los derechos protegidos por la sentencia. En el caso particular, sostuvo que la demora de más de cinco años en la ejecución de la sentencia desvirtuaba el derecho del peticionante y, por ende, constituía una violación al artículo 6º del Convenio.

V. 4. Caso "Tchokontio Happi vs. France"

El 9 de abril de 2015, la Corte Europea se pronunció en un caso sobre la falta de ejecución de una sentencia definitiva de los tribunales franceses, que obligaba a garantizar el derecho a la vivienda. El actor había reclamado la violación por parte del Estado francés al art. 6º.1. En su sentencia, la

the execution of a judgment may be justified in particular circumstances. But the delay may not be such as to impair the essence of the right protected under Article 6 § 1 (see*Immobiliare Saffi v. Italy*[GC], Nº22774/93, § 74, ECHR 1999-V). In the instant case, the applicant should not have been prevented from benefiting from the success of the litigation, which concerned compensation for damage to his health caused by obligatory participation in an emergency operation, on the ground of alleged financial difficulties experienced by the State.

18- CEDH, case of Shmalko v. Ukraine, Application Nº 60750/00, sentencia del 20/10/2004.

19- La ley obligaba al Estado a proveer la medicación sin cargo diariamente.

20- CEDH, case of Shmalko vs. Ulraine, Application no. 60750/00, sentencia del 20/10/2004. "In the instant case, the applicant should not have been prevented from benefiting from the outcome of his litigation, which was of major importance to him, on the ground of the State's alleged financial difficulties. This litigation concerned compensation for the authorities' failure between 1996 and 1998 to comply with their legislative obligation to provide, free of charge, medication which the applicant required on a daily basis. The Court considers, therefore, that the applicant's situation, in particular his age, state of health and the nature of his disability, required that the authorities enforce the judgment and ear-mark the necessary funds to that end without any undue delay."

21- CEDH, "Amat-G" LTD and Mebaghishvili vs. Georgia", Application Nº 2507/03, sentencia del 15/2/2006.

Corte recordó que el derecho a la ejecución de una sentencia es uno de los aspectos del derecho de acceso a un tribunal. Aclaró, sin embargo, que el derecho a la ejecución inmediata de una decisión judicial, definitiva y obligatoria, no es absoluto, ya que los Estados gozan de un margen de apreciación. En esa tesitura, entendió que corresponde a la Corte determinar si las limitaciones establecidas no restringen el acceso del individuo a un punto tal de atentar contra la esencia o sustancia misma del derecho. Con ese criterio, la Corte rechazó la alegación del Estado respecto de la *falta de alojamientos disponibles en la zona parisina*, señalando que esa justificación de incumplimiento no se funda sobre ninguna razón válida en el sentido de su jurisprudencia. Recordó que, conforme a su jurisprudencia constante, una autoridad Estatal no puede excusarse o usar la falta de fondos u otros recursos para no honrar una deuda fundada sobre una decisión judicial. Determinó así que el Estado francés no podía excusarse en la falta de recursos para justificar por qué el peticionante, a más de tres años y medio de dictada la sentencia, aún no había sido alojado, máxime cuando por la naturaleza de la cuestión debía obrar con urgencia, y determinó la violación por parte del Estado del derecho a la protección judicial.

Breves conclusiones

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo han destacado la importancia de garantizar la ejecución de sentencias como elemento esencial en la efectivización de los derechos y el mantenimiento del Estado de Derecho en su conjunto.

En esa tarea, la Corte Interamericana ha ignorado —o explícitamente desechado— los argumentos presupuestarios como causa eximente de responsabilidad internacional. En varios de sus casos, ha considerado que las inejecuciones motivadas en alegadas insuficiencias presupuestarias eran violatorias del derecho a la protección judicial, exigiendo que el Estado garantice los medios para ejecutar sus sentencias, incluidas las de carácter presupuestario —i.e. los casos "Acevedo Jaramillo" y "Acevedo Buendía"—. En el caso "Furlan", la Corte reafirmó la importancia del cumplimiento de las sentencias judiciales en un plazo razonable y destacó que la emergencia económica debía ser ponderada en particular respecto de la lesión de derechos de personas en mayor vulnerabilidad. Con igual aplomo, se ha referido al cumplimiento de sus sentencias internacionales, al indicar que los Estados deben atender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial —i.e. el caso "Baena, Ricardo"—.

Por su parte, el Tribunal Europeo, que parece contemplar un margen explícitamente más amplio que el Interamericano cuando aclara que podría justificar un retardo amparado en razones presupuestarias —siempre que no se desvirtúe con ello la naturaleza del derecho—, en los hechos no parece tener una posición muy distante de la Interamericana. En ninguno de los casos citados, en los que las sentencias incumplidas versan sobre temáticas tan diversas, como incumplimientos contractuales, derecho a la salud, a la vivienda, la Corte Europea admite la dilación por motivos presupuestarios o de crisis económica, sugiriendo que la interpretación del margen previsto sería absolutamente restringida y excepcional. En definitiva, la Corte Europea en su jurisprudencia constante sostuvo, al igual que la Interamericana, que la falta de fondos o presupuesto —alojamientos disponibles en la zona parisina invocada en el caso "Happi", la falta de fondos del hospital público en el caso "Shmalko", etc.— no exime la responsabilidad estatal ante el incumplimiento de deudas fundadas sobre una decisión judicial.

Lic. María Laura Barral*

Presupuesto de áreas sociales. Regresividad y subejecución. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El presente artículo, fruto de trabajos de investigación que se desarrollan desde hace varios años en el Ministerio Público de la Defensa,[1] tiene como objetivo presentar un análisis presupuestario de las políticas sociales del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Incluye una rápida presentación de la evolución de los ingresos y recursos públicos, de la creciente deuda contraída en los últimos años, así como una evaluación específica sobre la asignación y ejecución de los recursos destinados a las áreas sociales que afectan directamente a la población más vulnerable. Los datos presentados corresponden al período 2008-2015, respecto de la ejecución presupuestaria y se extienden hasta 2016 en lo relativo al presupuesto sancionado por la Legislatura.

La clave de análisis de la información presupuestaria relativa a las áreas sociales del GCBA que se presenta a continuación es la **obligación de progresividad,** uno de los principios rectores que establece que siempre debe avanzarse

*** Lic. María Laura Barral**
Directora de Investigación. Secretaría General de Planificación. Ministerio Público de la Defensa CABA.

1- El equipo de la Dirección de Investigación de la Secretaría General de Planificación del MPD, conformado por el Lic. Gabriel Suban, Lic. Guillermo Zangrossi, la Dra. María Elia Capella y el CPN Fernando Pedreira, y Justina Reyna de Allende, ha colaborado en el relevamiento y análisis de la información que aquí se presenta. También el Dr. Pedro Galin, de la Unidad de Asesoramiento para la Planificación Estratégica de la misma Secretaría General, brindó aportes en distintas etapas de la investigación.

en la implementación del efectivo ejercicio de los derechos humanos.

El art. 2º del PIDESC, en su párrafo 1, dispone que el máximo de los recursos disponibles sean "para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados… la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Este principio de progresividad implica, *a contrario sensu*, la prohibición de regresividad. En el mismo sentido, el art. 11º del mismo PIDESC: "Mejora continua de las condiciones de existencia"; el art. 26 del Pacto de San José: "Lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales…", y también por la CN: "Progreso económico con justicia social" (art. 75 inc. 19).

La Observación General Nº 3 del Comité de Seguimiento del PIDESC considera:

> Si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. (párrafo 2). [Y también dispone que] (…) para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (…). (párrafo 10).

Por otro lado, esta Observación considera que la principal obligación es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]".

En otras palabras, la **prohibición de regresividad**, acentuada por las características de la legislación local, es un aspecto normativo de significación para el diseño y ejecución de las políticas públicas de la Ciudad.

En este documento, se abordarán tanto la evolución de los ingresos públicos y de la deuda pública contraída por el GCBA, como los recursos asignados a las áreas sociales y a publicidad y propaganda, de manera de brindar claves de análisis acerca de las prioridades de la política pública.

I. Ingresos y recursos públicos

La Ciudad de Buenos Aires es el distrito más rico del país (PGB per cápita 2014: US$ 34.258,[2] al concentrar el 22% del PBI nacional), y tiene el segundo presupuesto jurisdiccional después de la Provincia de Buenos Aires, por lo que cuenta con capacidad económica para hacer frente holgadamente, a las necesidades básicas de sus habitantes, teniendo en cuenta los valores de justicia y garantías de dignidad del Preámbulo de la CCABA y las políticas destinadas a "superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios…" (art. 17).

El Presupuesto Total sancionado[3] por la Legislatura para 2015 (Ley Nº 4239/2014) ascendió a $ 85.681 millones. Por ampliaciones

2- Proyecto de Ley de Presupuesto 2016 (Mensaje): http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/presupuesto2015_final/index.php.

3- En todo el documento se utilizarán los conceptos de: Presupuesto sancionado: son los montos asignados a cada área por la Ley de Presupuesto y los Decretos de Distribución de Créditos. Presupuesto vigente al 4º Trimestre: son los montos asignados definitivos, que surgen de las reasignaciones presupuestarias realizadas tanto por el Poder Ejecutivo como por la Legislatura, al final de cada año. Presupuesto Ejecutado: recursos efectivamente gastados en cada área o función.

Cuadro N° 1: Recursos totales – CABA – 2008-2015.

Tipo	Descripción	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
1	RECURSOS CORRIENTES	99,42%	98,36%	97,12%	98,19%	98,65%	99,14%	98,98%	99,07%
11	Ingresos Tributarios	93,78%	*92,44%*	*91,91%*	*92,30%*	*92,50%*	*93,85%*	*93,91%*	*94,28%*
12	Ingresos no Tributarios	*3,77%*	*3,98%*	*3,06%*	*3,59%*	*3,33%*	*3,51%*	*3,12%*	*3,14%*
14	Venta de Bs. y Serv. de la Adm. Pública	0,43%	*0,47%*	*0,57%*	*0,58%*	*0,63%*	*0,48%*	*0,62%*	*0,65%*
16	Rentas de la Propiedad	*0,17%*	*0,06%*	*0,27%*	*0,41%*	*0,40%*	*0,29%*	*0,45%*	*0,14%*
17	Transferencias Corrientes	1,27%	1,40%	1,31%	1,31%	1,79%	1,00%	0,89%	0,86%
2	RECURSOS DE CAPITAL	0,58%	1,64%	2,88%	1,81%	1,35%	0,86%	1,02%	0,93%
21	Recursos Propios de Capital	0,00%	*0,14%*	*1,54%*	*0,52%*	*0,12%*	*0,09%*	*0,15%*	*0,12%*
22	Transferencias de Capital	*0,44%*	*1,15%*	*1,18%*	*0,93%*	*0,65%*	*0,58%*	*0,65%*	*0,50%*
33	Recuperación de Préstamos de Corto Plazo	0,00%	*0,00%*	*0,00%*	*0,00%*	*0,00%*	*0,00%*	*0,00%*	*0,00%*
34	Recuperación Préstamos de Largo Plazo	0,13%	0,35%	0,16%	0,35%	0,59%	0,19%	0,22%	0,31%

Fuente: Informes de Ejecución Presupuestaria 2008-2015 - GCABA.

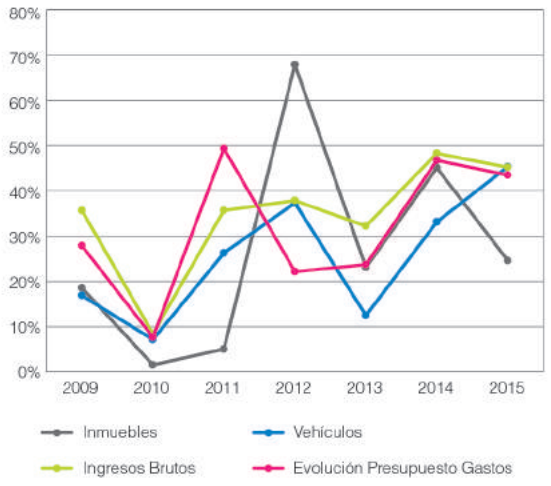
presupuestarias, el presupuesto vigente en el 4º trimestre de 2015 fue de 99.623 millones de pesos. El Gobierno de la Ciudad ejecutó en total $ 91.394 millones.[4] En 2016 (Ley Nº 5495/2015) el presupuesto sancionado asciende a $ 112.774 millones, el más alto de la historia de la Ciudad hasta la fecha.

Respecto de los recursos, como puede observarse en el Cuadro N° 1, el 99,07% de los ingresos corresponde a recursos corrientes, siendo el 94,28% recursos de origen tributario.

Estos porcentajes se han mantenido generalmente estables a lo largo de los últimos ocho años, con una leve disminución de los recursos no tributarios (3,77% en 2008 a 3,14% en 2015) y con variaciones importantes en algunos de los impuestos, particularmente en aquellos sobre inmuebles y vehículos (ABL y Patentes), que sufrieron importantes incrementos en 2011 y 2012.

4- Leyes de Presupuesto 2015 y 2016 e Informes de Ejecución Presupuestaria del GCBA.

Gráfico N° 1: Evolución Interanual Presupuesto de Gastos y Recursos (Base Sancionado) Principales Partidas de Recursos 2008-2015.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto y de los Informes de Ejecución Presupuestaria - GCABA.

Cuadro N° 2: Total de Deuda en millones de U$S - 2008-2015.

Tipo de Deuda	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
I) DEUDA NO PÚBLICA	565,81	606,76	585,96	565,35	831,39	808,94	932,23	748,63
a) con prov. y contratistas	556,10	598,03	577,72	557,78	824,76	803,93	928,40	746,12
b) previsional	9,71	8,73	8,24	7,56	6,63	5,01	3,83	2,52
II) DEUDA PÚBLICA	502,24	689,57	1.139,35	963,77	1.463,58	1.828,26	2.159,18	2.530,82
a) títulos públicos (a)	271,36	391,63	760,59	618,05	1.173,34	1.566,40	1.894,33	2.008,55
bono tango	271,36	223,24	626,54	618,05	947,08	932,71	918,34	945,77
bono Ley Nº 4263	0,00	0,00	0,00	0,00	39,77	15,63	0,00	0,00
programa financiamiento mercado local	0,00	0,00	0,00	0,00	186,49	618,06	975,99	1.062,77
b) cert. cancel. deuda Ley Nº 2810	16,77	51,19	29,35	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
bono Ley Nº 3152 art. 1º	0,00	117,20	104,69	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
letras del tesoro	0,00	79,14	136,70	88,23	0,00	0,00	51,63	187,58
c) financiera	1,17	0,47	0,11	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
d) org.int.de crédito (*) (c)	197,06	204,11	228,70	244,93	246,76	236,53	201,83	198,42
e) con prov. y cont. (d)	15,88	14,22	13,24	12,56	43,48	25,34	11,39	136,28
TOTAL	1.068,05	1.296,33	1.725,31	1.529,12	2.294,97	2.637,20	3.091,41	3.279,46

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Cuentas de Ahorro, Inversión y financiamiento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La progresión que refleja el cuadro se presenta en valores de dólares estadounidenses, al tipo de cambio de BNA al último día de cada uno de los años, a fin de facilitar el análisis y como método para contrarrestar los efectos inflacionarios.

Es decir, que la mayor fuente de ingresos para el GCBA corresponde a impuestos directos pagados por los habitantes.

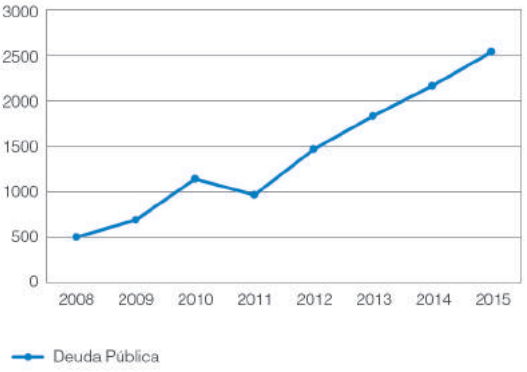
II. La deuda de la CABA

Otro aspecto a considerar respecto de los ingresos es la deuda contraída por el GCBA. La deuda total[5] **se triplicó entre los años 2008 y 2015**. El incremento de cada año fue del 15%, excepto en 2011 que sufrió una leve baja, aunque alcanzó un aumento del 50% entre los años 2011 y 2012, tal como se desprende del cuadro N° 2 que antecede.

En el mismo período —2008-2015—, la deuda pública fue la que más creció, ya que se quintuplicó, al pasar de 502 millones de dólares a 2531 millones de dólares.

5- El total de la deuda está compuesta por la **deuda pública y no pública**. La primera se relaciona con préstamos contraídos en concepto de títulos públicos, bonos, Letras del Tesoro y con organismos internacionales de crédito (BID, BIRF, Gobierno de España, etc.), así como también deudas menores con otros organismos, en pesos, dólares y euros, y es destinada a proyectos puntuales. La deuda no pública está integrada en su mayor parte por la deuda flotante (emisión de deuda a corto plazo para afrontar desfases de caja producidos por las diferencias de vencimientos entre los créditos activos y pasivos). Se contrae en moneda local.

Gráfico Nº 2: Deuda Pública CABA – En millones de dólares – 2008-2015.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Cuentas de Ahorro, Inversión y Financiamiento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

El crecimiento de la Deuda Pública se debe principalmente a la emisión de los bonos Tango y los títulos públicos Clase 1 al 15 del Programa de Financiamiento del Mercado Local. Los primeros crecieron de US$ 271,36 millones en 2008 a US$ 945,77 millones en 2015.

Los títulos del Programa de Financiamiento del Mercado Local fueron emitidos, por primera vez, en 2012 por un monto de 185 millones de dólares. Al cierre de ese año, el saldo de deuda ascendía a 186,49 millones. Tres años después, y luego de realizar la emisión de trece series de estos títulos, la deuda por este programa ascendía a US$ 1.062,77 millones.

Es decir que, la suma de los saldos de ambos títulos al 31/12/2015 representa el 79,4% del total de la Deuda Pública. Asimismo, aumentó su composición en moneda extranjera (dólares y euros).

Cuadro Nº 3: Evolución de la Deuda Pública por tipo de moneda en Valores Corrientes. 2008-2015.

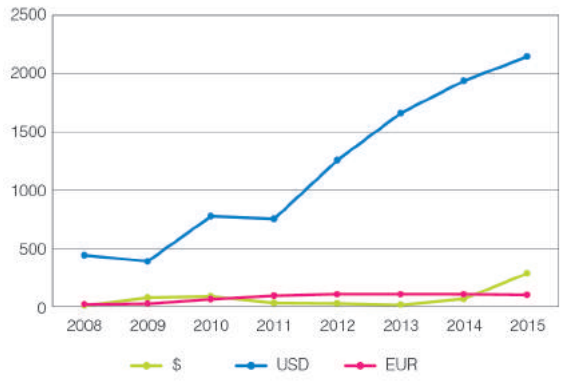
Moneda	Pesos	Dólares	Euros
2008	116,8	442,0	19,1
2009	1009,1	389,0	24,4
2010	1137,2	775,3	58,8
2011	432,0	752,5	85,5
2012	374,3	1257,6	98,2
2013	208,9	1660,0	98,1
2014	886,9	1937,4	97,0
2015	3720,2	2145,2	92,1

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Cuentas de Ahorro, Inversión y financiamiento GCBA.

Si bien el comportamiento de las series en pesos es irregular, en el último año, los saldos en esta moneda se ven influenciados por la emisión de Letras del Tesoro, lo cual configura deuda a corto plazo para cubrir deficiencias estacionales de caja. Estas deben ser reembolsadas durante el mismo ejercicio financiero en que se emiten, de acuerdo con lo establecido en el art. 108 de la Ley Nº 70/98, caso contrario se transforman en Deuda Pública. Cabe destacar que el reembolso de las Letras dentro del año en que se emiten se incumple en forma sistemática y por esta razón quedan incluidas dentro de la Deuda Pública al cierre de cada año.

En cambio, los saldos en dólares tienen el comportamiento contrario y tienden a subir en forma permanente. Los montos en euros, a pesar de no ser muy significativos con relación al resto, también se mantienen en permanente en alza.

Gráfico Nº 3: Evolución de la Deuda Pública por tipo de moneda estimada en millones de dólares 2008-2015.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Cuentas de Ahorro, Inversión y Financiamiento GCBA. Tipo de cambio utilizado para la conversión 1 US$ = $ 13,04.

Bonos Tango y Títulos de la Deuda Pública Clases 1 a 15.

En este apartado, se analizará la emisión de los bonos Tango en todas sus series y los títulos de la Deuda Pública en todas sus clases emitidas durante el período bajo análisis.

Ya se ha mencionado anteriormente que el crecimiento constante de la Deuda Pública de la Ciudad fue generada a través de la emisión de este tipo de títulos. Durante el período en consideración se emitieron 1.186.2 millones de pesos y 2.924.6 millones de dólares, tal como expone el cuadro N° 4 en la siguiente página.

Como se desprende del cuadro anterior, el 71% de los títulos en dólares fueron emitidos en los últimos cuatro años, lo que demuestra la aceleración en la generación de deuda en los últimos ejercicios. Casi el 100% de los títulos en pesos se emitieron en los últimos dos años.

Continuando con el análisis del endeudamiento del Gobierno de la Ciudad, resulta interesante aclarar, a estas alturas, que lo importante es el destino de cada una de las partidas que la componen.

En ese sentido, cabe destacar que del total de la deuda contraída por medio de este tipo de títulos públicos, el 19% de los emitidos en dólares y el 32% de las emisiones en pesos fueron utilizados **para cancelar deuda existente**. El 81% de los lanzados al mercado en dólares fueron utilizados para obras de infraestructura. Los destinos principales de esta fueron:

- Expansión de las líneas A, B y H de subterráneos;
- Compra de material rodante para subterráneos;
- Planta de tratamiento de desperdicios sólidos;
- Obras de infraestructura vial.

Si bien un alto porcentaje de la emisión de deuda se destinó a obras de infraestructura, el monto de la deuda destinada a cancelar deuda ya contraída es preocupante.

En conclusión, queda claro el notable crecimiento de la Deuda. La tasa de crecimiento se ubicó en torno al 25% anual promedio, excepto durante 2011, el crecimiento de los compromisos asumidos fueron en ascenso, hasta llegar al 207% durante el período.

El incremento de la Deuda Pública fue más acentuado aún. El crecimiento promedio en este caso fue del 30% anual, con picos del 65% entre 2009 y 2010, lo que derivó en un crecimiento total durante el lapso relevado del 404%.

De los datos enumerados se desprenden dos aspectos relevantes, que pueden producir

perjuicios a futuro en las arcas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires:

- En primer lugar, se priorizó en los últimos años la adquisición de deuda en moneda extranjera en detrimento de la moneda local. Esto generó que, ante la liberación del tipo de cambio producido a fines de 2015 y consiguiente devaluación de la moneda, la Deuda Pública contraída en dólares haya aumentado más del 78% estimada en moneda local y expone a la administración actual a la incertidumbre sobre la posibilidad de cumplir con los compromisos contraídos.
- La adquisición de deuda para pagar deuda pone de manifiesto la dificultad del Estado local para generar los recursos necesarios para hacer frente a los préstamos contraídos.

Cuadro Nº 4: Emisión Anual de Títulos Públicos 2008-2015.

Dólares	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Serie I	250,0							
Serie VII Ley Nº 3152 art.3		50,0						
Serie VIII Ley Nº 3152 art.3			475,0					
Serie IX Ley Nº 3894				85,0				
Serie X Ley Nº 3894 y Nº 40373					415,0			
Serie XI Ley Nº 5014 y Nº 5236								500,0
Clase 1 (Ley Nº 4315)					100,0			
Clase 2 (Ley Nº 4315 y Nº 4431)					85,0			
Clase 3 (Ley Nº 4472)						100,0		
Clase 4 (Ley Nº 4472)						216,0	111,1	
Clase 5 (Ley Nº 4810)						113,2		
Clase 6 (Ley Nº 4810)							146,8	
Clase 7 (Ley Nº 4472)							100,0	
Clase 8 (Ley Nº 4472)							75,6	
Clase 10 (Ley 4472)							64,6	
Clase 12 (Ley Nº 4472)								36,9
US$	250,0	50,0	475,0	85,0	600,0	429,2	498,1	536,9
Pesos								
Serie VI		12,6						
Clase 9 (Ley Nº 4472)							195,8	
Clase 11 (Ley Nº 4472)							173,9	
Clase 13 (Ley Nº 4472)								442,0
Clase 14 (Ley Nº 4472)								100,0
Clase 15 (Ley Nº 4472)								261,9
$	0,0	12,6	0,0	0,0	0,0	0,0	369,7	803,9

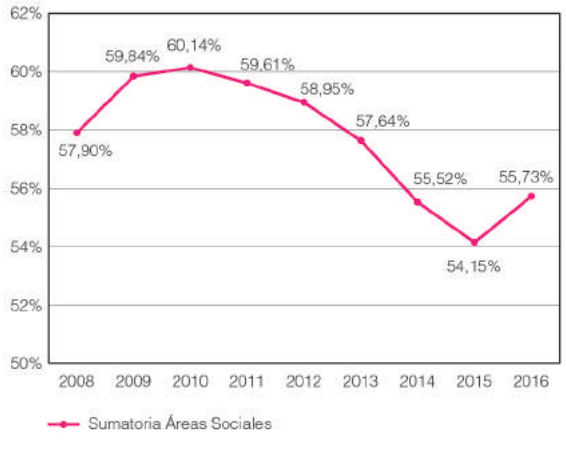
Fuente: Elaboración propia sobre la base de Cuentas de Ahorro, Inversión y Financiamiento del GCBA.

III. El peso presupuestario de las áreas sociales

La asignación presupuestaria y su ejecución revelan de manera transparente las prioridades de la política pública. Por ello, el análisis histórico sobre los recursos aplicados a las principales funciones sociales —y su peso relativo respecto del presupuesto global de la CABA— brindará elementos para el examen de las políticas adoptadas.

En el Gráfico Nº 4, se puede apreciar que la participación en los recursos presupuestarios asignados para estas áreas críticas disminuyó en forma sostenida entre 2009 y 2015; con un leve repunte en 2016, que deberá verificarse en la ejecución:

Gráfico Nº 4: Participación en Educación, Vivienda, Salud y Promoción Social sobre el Presupuesto Total Sancionado. 2008-2016.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto GCABA.

La variación interanual del Presupuesto Total de la CABA ha sido mayor al incremento presupuestario para las funciones sociales. Ello es así tanto para el Presupuesto Sancionado como para el efectivamente Ejecutado (Gráfico Nº 5).

Gráfico Nº 5: Participación en Educación, Vivienda, Salud y Promoción Social sobre el Presupuesto Total Ejecutado. 2008-2015.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los Informes de Ejecución Presupuestaria - GCABA.

Desde 2009, la ejecución presupuestaria de las áreas sociales ha caído 7,18 puntos porcentuales, en tanto que respecto del sancionado cayó 4,11 puntos.

III.1. Vivienda

Esta cuestión tiene una relevancia particular en el trabajo de la defensa pública en la CABA. Los problemas relacionados con el déficit habitacional representaron el 52,68% de las consultas a la Dirección de Orientación al Habitante

en 2015,[6] de las cuales el 65% se referían a subsidios habitacionales.

El déficit habitacional se ha agravado de manera significativa en la primera década de este siglo, tal como ha sido expuesto en el *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA – 2015* —elaborado por la Secretaría General de Planificación del Ministerio Público de la Defensa de la CABA—:[7]

- Se incrementó el déficit habitacional caracterizado, tanto por la precarización de la vivienda (calidad constructiva, el régimen de tenencia, hacinamiento, etc.) como por el acceso a los servicios urbanos. Las viviendas deficitarias presentan un promedio de personas por hogar superior a los no deficitarios, lo que agrava la precariedad.
- Las villas y asentamientos de emergencia han tenido un crecimiento exponencial, habiéndose registrado entre 2001 y 2010 un aumento de por lo menos un 52% de su población. **El 5,7% del total de personas (163.587) y el 3,7% de viviendas (40.063) de la Ciudad residían en 2010 en villas de emergencia, asentamientos y Núcleos Habitacionales Transitorios (NHT).** Según la Secretaría de Hábitat e Inclusión (SECHI) del GCBA, esta cifra habría quedado desactualizada, por lo que se estima que el número de habitantes en las villas de la Ciudad es de **275.000** personas.[8]
- El déficit se distribuye de manera desigual: más del 70% de los hogares que habitan en viviendas precarias, se concentran en las Comunas 4, 1, 3, 7 y 8, en las cuales se verifican los mayores índices de pobreza.
- Las villas y asentamientos se concentran principalmente en la zona sur de la Ciudad. Específicamente en la Comuna 8, la población en villas representa más de un tercio de su población total. Allí se ubican seis villas, un núcleo habitacional transitorio y seis asentamientos.

Esta realidad debería determinar una prioridad en la política pública que, con adecuada expresión presupuestaria, se propusiera revertir el proceso de deterioro en las condiciones de vida de una parte significativa de los habitantes de la Ciudad. A ello se suman los importantes compromisos que se imponen a la Ciudad en el marco de la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)".[9] Sin embargo, el GCBA ha mantenido una política regresiva, destinando proporcionalmente menos fondos en prácticamente todos los años de la gestión, lo que evidencia el grado de prioridad asignado a uno de los más graves problemas sociales de la Ciudad. Solo en los años 2012 y 2013 recupera los niveles de inversión de 2008, cayendo nuevamente de manera drástica en 2014 y 2015. Por otra parte, las políticas públicas están asociadas, por acción o por omisión,

6- Datos relevados del Sistema Informático CADE CAyT.

7- *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA -2015,* Secretaría General de Planificación, Ministerio Público de la Defensa, diciembre de 2015, en prensa.

8- SECHI, GCBA, "De villa a barrio", 2014, disponible en: http://www.buenosaires.gob.ar/habitat/documentos/de-villa-a-barrio. No se conoce, sin embargo, fuente ni metodología que permitan sostener esas estimaciones.

9- El GCBA debe, en plazos perentorios, relocalizar en vivienda digna a cerca de 1400 familias de la Villa 21-24, además de urbanizar los restantes sectores de la ribera del Riachuelo.

Cuadro Nº 5: Función Vivienda, Presupuesto Sancionado, Vigente y Ejecutado 2008-2015 (millones de pesos y porcentajes).

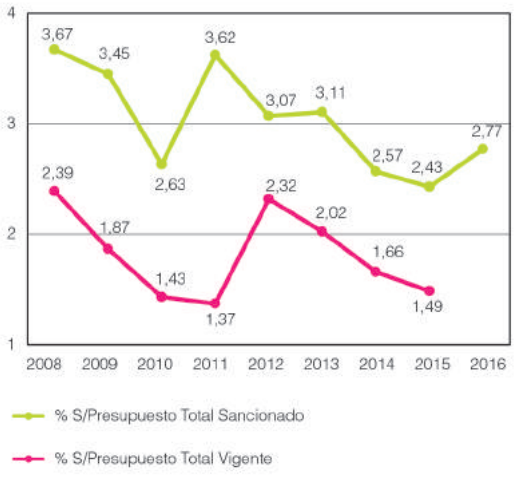
Año	Sancionado	Vigente	Ejecutado	Porcentaje Ejecutado sobre Sancionado	Porcentaje Ejecutado sobre Vigente
2008	481	393	322	67	82
2009	578	484	302	52	62
2010	475	592	299	63	51
2011	976	888	396	41	45
2012	1.011	1.055	814	81	77
2013	1.264	1.135	1.010	80	89
2014	1.533	1.562	1.145	75	73
2015	2.081	2091	1.357	65	65

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto y los Informes de Ejecución Presupuestaria GCABA.

a la reproducción y ampliación del déficit habitacional, ya que el GCBA ha dado prioridad a la respuesta transitoria y parcial a la emergencia habitacional desplazando a aquellas políticas destinadas al acceso a la vivienda digna, al mejoramiento de la infraestructura de los barrios más precarios y la urbanización de las villas.

Esto es así, en primer lugar, si consideramos el peso relativo de los fondos aplicados a vivienda en relación con el Presupuesto Total de la Ciudad sancionado por la Legislatura y con el Presupuesto efectivamente Ejecutado. Como queda en evidencia en el Gráfico Nº 6 y en el Cuadro Nº 5, esos fondos, que disminuyeron o se mantuvieron estables en tanto las necesidades habitacionales crecían, tuvieron un pobre desempeño desde el punto de vista de la ejecución, siendo una de las funciones con mayor subejecución presupuestaria, si bien se observa una mejoría en 2012 y 2013, y una nueva caída en 2014 y 2015.

Gráfico Nº 6: Participación de la Función Vivienda sobre el Presupuesto Total Sancionado y Ejecutado 2008-2016.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto y los Informes de Ejecución Presupuestaria GCABA.

Más allá de los porcentajes, resulta muy relevante la estimación de los montos no ejecutados en el período 2008-2015: a valores corrientes, el **GCBA omitió ejecutar $ 2.754.657.217 de los fondos asignados por las leyes de presupuesto para la función Vivienda**. Corregida por inflación[10] **a valores de 2015, esta suma ascendería a $ 4.780.084.689.** Es decir, **3,52 veces el Presupuesto Ejecutado** para este último año. De esta manera, se verifica que no es la ausencia de recursos la que está en el origen de la regresividad de la política de vivienda, sino una decisión política.

Por otra parte, a partir de 2008, el marco institucional de la política pública de vivienda sufrió grandes modificaciones.

En los últimos años, se dispuso una multiplicación y fragmentación de los organismos encargados de las políticas públicas de vivienda. Estas modificaciones institucionales han producido importantes dificultades en la población más vulnerable al momento de identificar y acceder a las vías administrativas adecuadas para la gestión de sus dificultades habitacionales.[11]

La política pública diseñada para las villas de la Ciudad se encuentra disgregada y compartimentada entre diversos organismos. El Programa de Radicación, Integración y Transformación de Villas y NHT del IVC (PRIT) es el que por ley debería planificar las políticas y ejecutar las obras en villas. Desde hace varios años, el IVC y el PRIT en particular ha sufrido un vaciamiento de presupuesto y se han incorporado otros organismos que desarrollan políticas de emergencia y urbanización en villas, como es el caso de la UGIS, y a la implementación de proyectos a través del Prosur Hábitat de Corporación Buenos Aires Sur, en la zona sur de la Ciudad.[12]

Lejos de aclarar las cosas, las sucesivas modificaciones de las estructuras institucionales responsables han generado una gran fragmentación, tanto en el diseño como en la planificación y ejecución de las políticas de vivienda en la Ciudad, generando confusión en la población beneficiaria de los distintos programas —se multiplican las "ventanillas" de atención y no están claras las competencias— y una dificultad para realizar un seguimiento exhaustivo en la ejecución de las distintas políticas públicas.

Por otra parte, la multiplicación de ámbitos institucionales no significó un esfuerzo presupuestario mayor, sino todo lo contrario. En el Cuadro Nº 6, puede observarse que la fragmentación y reorientación del gasto hacia los programas de emergencia en detrimento de aquellos destinados al acceso a la vivienda (sumados los programas incluidos en la función Vivienda y otros dependientes de otras áreas, pero destinados a la misma problemática) pasó del 3,24% del Presupuesto Total Ejecutado de la CABA en 2008 al 2,18% en 2015.

10- La actualización por inflación se realizó sobre la base del Índice de Precios Internos Mayoristas elaborado por el INDEC, lo que resulta ser una estimación moderada, teniendo en cuenta que ese índice fue discutido por distintos sectores, y en particular por el GCBA, que ha elaborado su propio índice de precios a partir de 2012. La actualización para el último año se utilizó el IPCBA por no contar con los índices elaborados por el INDEC a diciembre de 2015.

11- CRAVINO, M. C., *Vivir en la villa. Relatos, trayectorias y estrategias habitacionales*, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2009.

12- *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA - 2015*, MPD, Secretaría General de Planificación, Cap. II, "El derecho a la vivienda", en prensa.

Cuadro Nº 6: Participación de Áreas Relacionadas con Vivienda sobre Presupuesto Total CABA 2008-2015. Valores Corrientes - Base Ejecutado.

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Total IVC	2,39%	1,47%	1,11%	1,25%	1,58%	1,36%	0,99%	0,84%
Corporación Bs. As. Sur S.E.	0,28%	0,21%	0,19%	0,15%	0,24%	0,13%	0,29%	0,13%
SECHI					0,16%	0,21%	0,29%	0,27%
UGIS		0,36%	0,31%	0,26%	0,47%	0,40%	0,41%	0,42%
Dirección de Atención Inmediata	0,57%	0,66%	0,52%	0,48%	0,53%	0,48%	0,47%	0,52%
Total	**3,24%**	**2,70%**	**2,13%**	**2,14%**	**2,98%**	**2,58%**	**2,45%**	**2,18%**

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los Informes de Ejecución Presupuestaria GCABA.

Cuadro Nº 7: Instituto de la Vivienda - IVC. Presupuesto IVC sobre Presupuesto Total de la CABA 2008-2015 (Sancionado y Vigente 4º Trimestre). En millones de pesos y porcentajes.

Año	Total IVC (Sancionado)	Total IVC Vigente	Porcentaje del Presupuesto IVC sobre el Total del Presupuesto Sancionado	Porcentaje del Presupuesto IVC sobre el Total del Presupuesto Vigente
2008	478,43	393,45	3,65	2,52
2009	519,64	420,36	3,10	2,33
2010	409,49	520,22	2,27	2,29
2011	735,13	686,70	2,73	2,11
2012	755,45	769,70	2,30	1,99
2013	913,82	798,20	2,25	1,50
2014	958,08	1.021,05	1,60	1,36
2015	1.155,19	1.322,05	1,35	1,33

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las leyes de Presupuesto y los Informes de Ejecución Presupuestaria GCABA.

El Instituto de Vivienda de la Ciudad —IVC— es la institución que más ha sufrido recortes a lo largo del período analizado, así como también es la que más ha subejecutado las partidas asignadas. En el Cuadro Nº 7, de la página anterior, queda en evidencia que en tanto en 2008 los montos asignados por la Ley de Presupuesto al IVC representaron el 3,65% del Presupuesto Total de la CABA, en 2015 ese porcentaje fue de solo el 1,35%. Si se consideran los montos efectivamente vigentes al 4º Trimestre, esas proporciones fueron de 2,52% y 1,33%, respectivamente.

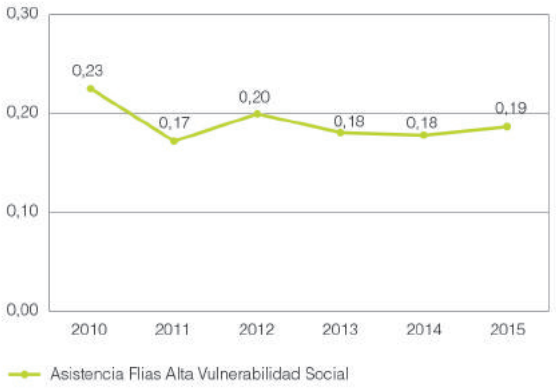
También, en este caso, se verifica un elevado porcentaje de subejecución, que asciende a más del 30% en 2015. Un análisis más detallado acerca de los distintos componentes del gasto y de los niveles de ejecución de las partidas específicas será presentado en el *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA – 2016.*[13]

Políticas de emergencia habitacional

Los programas relacionados con la atención de la emergencia habitacional parecen haber tenido prioridad por sobre aquellos destinados al acceso a la vivienda definitiva. El Programa 43, Asistencia a Familias en Alta Vulnerabilidad Social, que incluye al Programa de Apoyo a Familias en Situación de Calle (Dto. Nº 690/06 y modificatorios) y el Programa Nuestras Familias, han tenido un nivel aceptable de ejecución (entre el 96 y 99,96% respecto del presupuesto vigente) y un incremento de 123,50 millones desde el año 2010 hasta 2015, lo que representa un 262,75% respecto del crédito ejecutado en 2010.

Sin embargo, cabe destacar que los montos asignados y el peso presupuestario son insignificantes, ya que se encuentran en torno al 0,20% del Presupuesto Total de la CABA en los años analizados.

Gráfico Nº 7: Participación del presupuesto del Programa 43 Asistencia a Familias de Alta Vulnerabilidad Social sobre el Presupuesto Total Ejecutado.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de los Informes de Ejecución Presupuestaria 2010-2015.

Tal como se expone en el *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA – 2015,* antes citado, la población cubierta informada por la Dirección General de Atención Inmediata (DGAI) del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat se ha mantenido relativamente estable, a pesar del incremento del déficit en los últimos años.[14] Como puede observarse en el Cuadro N° 8, el sostenimiento del número de beneficiarios puede explicarse en razón de una importante actividad judicial que más que

13- El documento citado se encuentra actualmente en elaboración por la SGP- MPD - CABA.

14- Informe remitido por Oficio Nº 2015-21706919 – GGTALMDS, recibido el 20 de agosto de 2015, fs. 5.

duplicó el número de familias que accedieron al subsidio por esta vía, en el período 2011-2016.

Cuadro Nº 8: Programa de Atención a Familias en Situación de Calle. Beneficiarios asistidos, 2011-2016.

	Total de beneficiarios asistidos	Beneficiarios con amparo judicial
2011	9199	1985
2012	9709	2712
2013	9859	3564
2014	9647	4242
2015	9.487	4.706
2016[15]	7.215	5.073

El Programa tampoco ha informado acerca de su población meta, por lo que resulta imposible una evaluación acerca de la pertinencia y eficacia.

Salvo en 2012, la variación presupuestaria interanual de la función Vivienda fue notablemente inferior a la del Presupuesto Total, en tanto que los programas de Asistencia Habitacional dependientes de la DGAI tuvieron un comportamiento más errático, aunque, en general, incrementaron su participación.

En definitiva, queda en evidencia que el GCBA ha concentrado la política pública de vivienda en **la ejecución de programas asistenciales de emergencia,** cuyas "soluciones" son transitorias y no resuelven de manera durable el problema del acceso a la vivienda digna. Pero al mismo tiempo, el acceso a los mismos se ha vuelto cada vez más dificultoso para las familias más vulnerables, debiendo muy a menudo reclamarlo por la vía judicial. Es posible constatar, por otra parte, que su peso presupuestario es verdaderamente insignificante. Esto es así, **en detrimento de políticas más estructurales de acceso a la vivienda definitiva** (a través de la construcción de viviendas o del acceso al crédito en forma individual o colectiva) y de urbanización de las villas, que requieren inversiones de mediano y largo plazo, y de un esfuerzo presupuestario mayor y sostenido en el tiempo.

III.2. Educación

La función Educación tiene un muy alto nivel de ejecución (el 97,26% para 2015), ya que, como otros servicios sociales, es un sector intensivo en recursos humanos en los que el gasto salarial tiene una importancia decisiva. Sin embargo, resulta pertinente analizar la participación de la función Educación en el total del Presupuesto, así como la evolución de la inversión en infraestructura educativa y también las transferencias a la educación privada.

En términos generales, considerando las leyes de presupuesto sancionadas desde 2008, es posible observar un proceso de progresiva reducción de la participación del gasto en educación en el Presupuesto Total de la CABA. Entre 2008 y 2016, Educación perdió 3,2 puntos de participación en el Presupuesto General de la Ciudad, un descenso sostenido a partir de 2011, salvo un leve incremento en 2016.

15-Hasta el 12 de octubre de 2016.

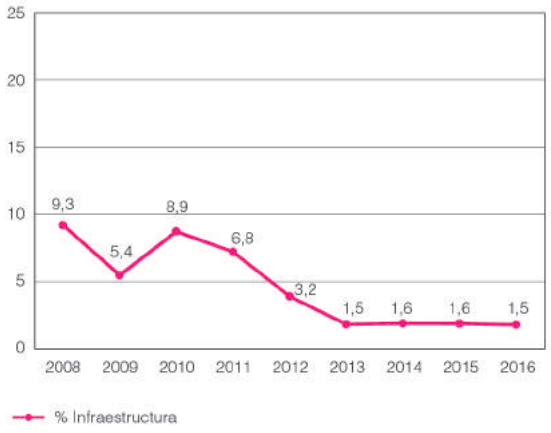
Cuadro Nº 9: Porcentaje destinado a Educación en relación con el Presupuesto Total de la CABA (Base Sancionado).

Año	% s/Sancionado
2008	25,94%
2009	26,96%
2010	27,36%
2011	27,82%
2012	27,45%
2013	25,50%
2014	23,08%
2015	22,21%
2016	22,74%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto GCABA.

La inversión en educación también es claramente regresiva, lo que se evidencia en la significativa disminución relativa de la inversión en infraestructura escolar en relación con el Presupuesto Educativo Total (Gráfico Nº 10).

Gráfico Nº 8: Participación en Infraestructura Educativa sobre Presupuesto Educativo Total Base Sancionado.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto GCABA.

Pero la regresividad se hace aún más evidente si consideramos los montos ejecutados en Infraestructura Educativa —descontando el efecto producido por las variaciones de precios—.[16] En el Cuadro Nº 10, se puede observar que el GCBA ha invertido **5,5 veces menos** (a precios constantes) para construcción y refacción de escuelas, es decir, **398 millones de pesos menos**, en 2015 respecto de 2011.

Cuadro Nº 10: Infraestructura Educativa (Base Ejecutado). Pesos Constantes. Año base: 2011.

Año	Pesos Corrientes	Pesos Constantes
2011	486,71	486,71
2012	230,47	209,50
2013	260,63	192,67
2014	276,90	148,25
2015	208,43	88,19

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los Informes de Ejecución Presupuestaria GCABA y del IPCBA del GCBA.

La subejecución presupuestaria en materia de infraestructura educativa ha sido una conducta sistemática del GCBA entre 2008 y 2012, mejorado sustancialmente entre 2010 y 2013, pero con un presupuesto notablemente disminuido. En el último bienio sufrió nuevos retrocesos.

Además, la distribución de las obras de infraestructura entre las distintas zonas de la Ciudad ha sido desigual, en tanto presenta una

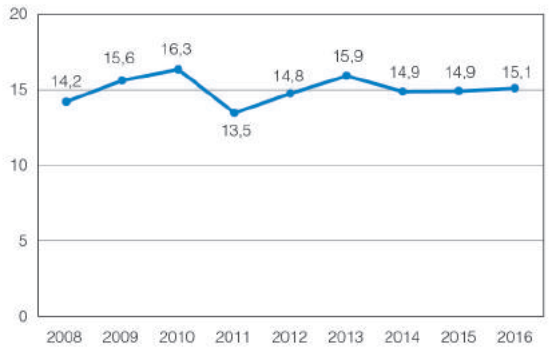
16- Para realizar el cálculo, se consideró el Presupuesto Ejecutado de Infraestructura Educativa deflactando sobre la base del Índice de Precios al Consumidor del GCBA (IPCBA). La utilización de este índice redujo la comparación a los últimos cinco años. En versiones anteriores y en el *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA- 2015*, se presenta la información para los años 2008-2014 de acuerdo con los índices nacionales disponibles hasta entonces.

mayor inversión estatal por alumno/a en las zonas de condición socioeconómica más aventajadas. Así, afirma ACIJ en su informe relativo al Presupuesto 2012, tal distribución es *discriminatoria*.[17]

En la Ciudad de Buenos Aires, históricamente, las personas en peores condiciones socioeconómicas han sido las más postergadas y perjudicadas en la distribución de los bienes y recursos educativos. En las zonas que tienen porcentajes más altos de población con necesidades básicas insatisfechas,[18] las aulas presentan los mayores problemas de falta de vacantes, los niveles más elevados de alumnos/as por docente, y muchos/as niños/as son reubicados en escuelas lejanas debido a la falta de vacantes en su barrio. A su vez, si se compara el porcentaje de alumnos/as de cada uno de los distritos escolares que asiste a escuela de jornada completa, se advierten enormes diferencias entre las zonas con mayores y menores porcentajes de población con necesidades básicas insatisfechas. El Ministerio Público Tutelar ha advertido esta situación en un extenso trabajo titulado "Desigualdad educativa en la Ciudad de Buenos Aires".[19] Según este documento, "las escuelas del sur de la Ciudad son las que menor disposición de recursos poseen".

Sin embargo, no todas las áreas de la cartera educativa tienen el mismo comportamiento. Un ejemplo paradigmático es el tratamiento que ha tenido el GCBA respecto de los **aportes a la educación privada**: no solamente ha tenido niveles de ejecución superiores al 95% en todos los años bajo estudio, sino que su peso relativo al interior del presupuesto educativo lejos de disminuir se ha mantenido o ha aumentado superando todos los años (menos en 2011) los valores de 2008. (Gráfico N°9).

Gráfico Nº 9: Porcentaje del Presupuesto Sancionado de Educación privada sobre el total del Presupuesto Educativo.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto GCABA.

La asignación de un presupuesto tan elevado al otorgamiento de subsidios a escuelas de gestión privada resulta grave, dado que se trata de recursos que son asignados discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, sin una ley que reglamente los criterios para su otorgamiento. El Gobierno no expone públicamente cuáles son los criterios tenidos en cuenta para definir qué escuelas privadas reciben subsidio ni para definir cuál es el porcentaje de aporte que se les otorga… De acuerdo al artículo 25 de la Constitución local, la Ciudad puede otorgar subsidios a escuelas de gestión privada, dando prioridad a aquellas que reciban alumnos/as de menores recursos. Sin embargo, si se analiza la última información sobre subsidios a escuelas de gestión privada disponible en la página *web* del GCBA (correspondiente a julio de 2013), se

17- ACIJ - http://acij.org.ar/blog/2012/11/20/analisis-de-presupuesto/.

18- ACIJ – 2012.

19- BLANCK, E., *Desigualdad educativa en la Ciudad de Buenos Aires: un análisis estructural de las políticas educativas desde un enfoque de derechos humanos*, 1ª Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2013, disponible en: http://mptutelar.gob.ar/content/la-asesor-general-tutelar-present-libro-desigualdad-educativa-en-la-ciudad-de-buenos-aires.h.

advierte que el GCBA destina recursos públicos a subsidiar escuelas de gestión privada que cobran un elevado arancel a sus alumnos/as.[20]

Pese a que la cita precedente corresponde a 2013, es pertinente actualmente a la luz de los datos del Gráfico Nº 9.

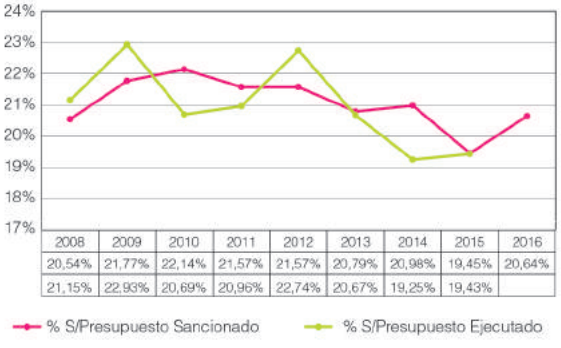
A la luz de estos datos, no resulta irrazonable correlacionar la regresividad de la ejecución presupuestaria en infraestructura escolar pública y el incremento y discrecionalidad de los aportes al sector privado con la grave crisis de disponibilidad de vacantes en el sector público que afecta de manera más severa a los distritos más pobres de la Ciudad, en los que la población es más dependiente de la oferta educativa pública. Todo ello pese a la abundancia de recursos presupuestarios —y de los volúmenes de endeudamiento de la Ciudad en el período—, que hubieran permitido, de haber tenido la voluntad política, disponer financiamientos simultáneos y no competitivos.[21]

La grave crisis de disponibilidad de vacantes en el sector público se puso en evidencia en 2014 y 2015, a partir de la implementación del sistema de inscripción *online* y afecta de manera más severa a los distritos más pobres, en los que la población es más dependiente de la oferta educativa pública. La insuficiencia de la infraestructura educativa pública y las vacantes no cubiertas (con incidencia mayor en las Comunas 1, 4 y 8, que concentraron cuatro de cada diez vacantes no cubiertas en 2014)[22] solo podrán revertirse con inversión que incremente de manera significativa la oferta educativa pública, particularmente en las comunas más pobres y en el nivel inicial.

III.3. Salud

El Presupuesto Total asignado a la función Salud fue en 2015 de $ 16.664,74 millones y el aprobado para 2016 de $ 23.277,16 millones. En ambos años, la participación de salud en el Presupuesto Total de la CABA fue uno de los más bajos desde 2008: en 2015 el Ejecutado de Salud representó el 19,43% del total del de GCBA y en 2016, el Presupuesto Sancionado representó el 20,64%, pese a un leve incremento, continúa siendo el más bajo de la serie histórica.

Gráfico Nº 10: Participación del Presupuesto de Salud sobre el Presupuesto Total de la CABA 2008-2016.



2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
20,54%	21,77%	22,14%	21,57%	21,57%	20,79%	20,98%	19,45%	20,64%
21,15%	22,93%	20,69%	20,96%	22,74%	20,67%	19,25%	19,43%	

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2016 e Informes de Ejecución GCBA 2008-2015.

Por otra parte, es posible también comparar los incrementos interanuales del Presupuesto Total del GCBA, con lo asignado y ejecutado en

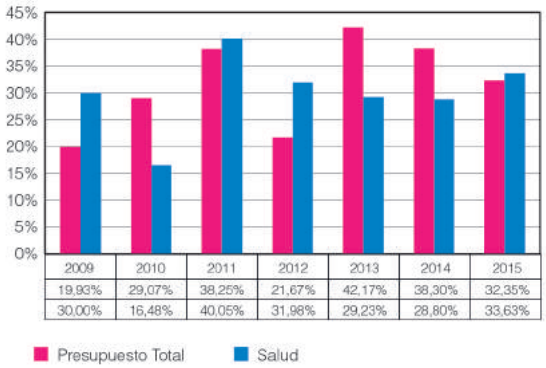
20- ACIJ 2013: disponible en: http://es.scribd.com/doc/187369851/Informe-proyecto-presupuesto-2014-Educacion-final-26-NOV. El informe presenta un listado de escuelas privadas cuya cuota es elevada y, sin embargo, reciben subsidios públicos.

21- *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA - 2015*, MPD, S.G. "Planificación", Capítulo IV, en prensa.

22- Disponible en: http://lafabricaportena.com/educacion/menos-presupuesto-en-infraestructura-falta-planificacion-menos-vacantes/#.U4Nx6uRdbVA.

la función Salud. Tal como puede apreciarse en el Gráfico Nº 11, en los años 2010, 2013 y 2014 el incremento interanual de la función Salud fue menor en más de diez puntos porcentuales respecto del incremento del Presupuesto Global de la CABA, en tanto que en 2009, 2011 y 2012 esta proporción fue a la inversa, siendo casi la misma para 2015.

Gráfico Nº 11: Evolución del Presupuesto Total de CABA y de Salud. Base Ejecutado.

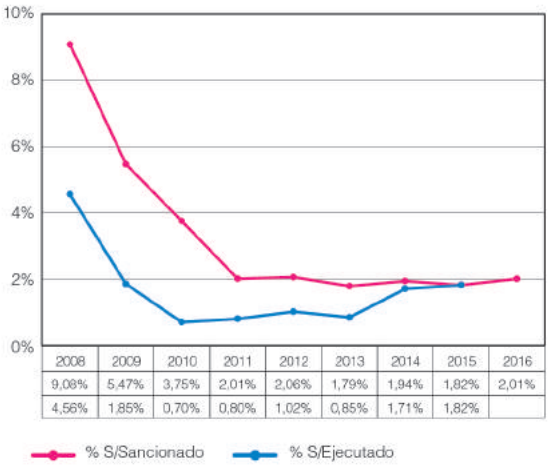


	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Presupuesto Total	19,93%	29,07%	38,25%	21,67%	42,17%	38,30%	32,35%
Salud	30,00%	16,48%	40,05%	31,98%	29,23%	28,80%	33,63%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2016 e Informes de Ejecución GCBA 2010/2015.

A fin de apreciar la regresividad, descontando el peso de los gastos corrientes, es interesante observar la evolución de los gastos no regulares, asociados a inversiones para mejorar la cobertura y calidad de los servicios. En el caso de la inversión en infraestructura y equipamiento sanitario, en el Gráfico Nº 12, se muestra una muy importante retracción de la inversión en los últimos años, y una muy acentuada subejecución del presupuesto asignado hasta 2013.

Gráfico Nº 12: Participación del gasto en Infraestructura y Equipamiento Sanitarios (Programa 22) sobre el Presupuesto Total de Salud, 2008-2016.



	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
% S/Sancionado	9,08%	5,47%	3,75%	2,01%	2,06%	1,79%	1,94%	1,82%	2,01%
% S/Ejecutado	4,56%	1,85%	0,70%	0,80%	1,02%	0,85%	1,71%	1,82%	

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2016 e Informes de Ejecución de GCBA 2010-2015.

Queda en evidencia que el presupuesto para Infraestructura y Equipamiento Sanitarios ha sido claramente regresivo, especialmente entre 2008 y 2011, cuando se estabiliza en proporciones reducidas en más de dos tercios. En valores constantes, tal como puede observarse en el Cuadro Nº 11, se ejecutaron **23 millones de pesos menos en 2015** respecto de 2008. Los porcentajes de subejecución para los mismos años fueron siempre mayores al 40% (con un pico de más del 80% en 2010). Solo en 2014 y 2015, se produce un incremento del presupuesto y una mejora en la ejecución, pero con valores reales muy reducidos.

Cuadro Nº 11: Infraestructura y Equipamiento - Programa 22. Pesos constantes (millones) - Año base 2008.[23]

	Sancionado	Vigente	Ejecutado
2008	244.54	139.46	105.32
2009	180.30	65.22	57.65
2010	116.00	53.55	23.43
2011	75.40	61.00	31.26
2012	75.15	53.86	41.80
2013	65.12	48.30	37.51
2014	79.25	95.92	74.19
2015	80.14	87.46	82.86

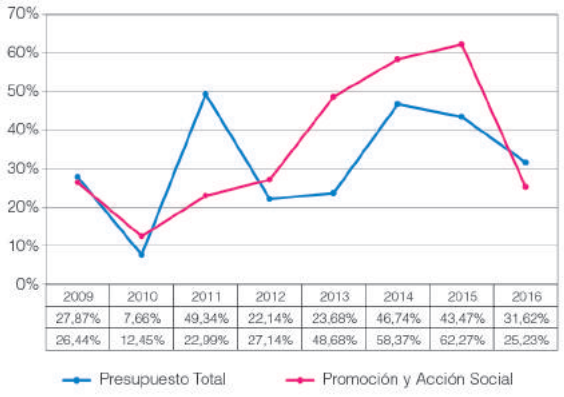
Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2015 e Informes de Ejecución GCBA 2008-2015.

La regresividad presupuestaria y la sistemática desinversión en infraestructura y equipamiento seguramente explican el deterioro edilicio y del equipamiento sanitario y las dificultades de los profesionales de la salud, que han sido señalados por diferentes actores a lo largo de los últimos años, y son ampliamente expuestos en el *Anuario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la CABA – 2015* (Capítulo III).

III.4. Promoción y Acción Social

La función Promoción y Acción Social es el único caso en que el incremento interanual del Presupuesto ha sido mayor que el del Presupuesto Total de la Ciudad entre 2012 y 2015. Sin embargo, para 2016 la relación se invierte, ya que el incremento del Presupuesto de Promoción y Acción Social fue del 25,23%, en tanto que el Presupuesto Global de la CABA creció un 31,62%.

Gráfico Nº 13: Evolución Interanual del Presupuesto Total de la CABA y Promoción y Acción Social, base sancionado.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2016.

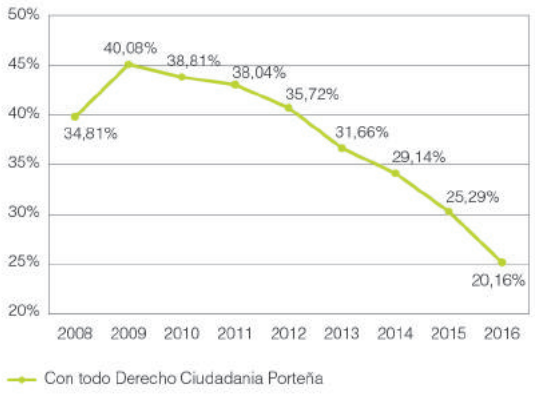
La participación del Programa Con Todo Derecho -Ciudadanía Porteña, el más importante de transferencia de ingresos a la población más pobre de la Ciudad (que incluye los Planes Ciudadanía Porteña, Ticket Social / Plan de Seguridad Alimentaria, Ciudadanía Joven y La Ciudad Crece con los Chicos) ha disminuido tanto respecto del Presupuesto Total Sancionado de la CABA, como dentro del Ministerio de Desarrollo Social, tal como puede apreciarse en los Gráficos Nº 14 y 15.

23- Deflactado en base al Índice de Costos de la Construcción del INDEC. En 2015, el índice utilizado es del mes de octubre, ya que el INDEC no publicó los valores de diciembre.

Gráfico Nº 14: Participación Relativa Programa 41 "Con todo Derecho - Ciudadanía Porteña", sobre el Presupuesto Total Sancionado.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2016.

Gráfico Nº 15: Participación Relativa Programa 41 "Con todo Derecho - Ciudadanía Porteña", sobre el Presupuesto de Desarrollo Social.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Leyes de Presupuesto 2008-2016.

El Programa Ciudadanía Porteña, en vigor desde 2006, absorbe el 20,16% del presupuesto del Ministerio de Desarrollo Social para el Presupuesto Sancionado en 2016, la mitad del porcentaje registrado en 2009.

También, es importante señalar que si bien el Programa Ciudadanía Porteña presenta un aparente alto nivel de ejecución (el 99,77%) al 4º Trimestre de 2015, esto se debe a que **el Ejecutivo redujo el presupuesto otorgado por la sanción de la Legislatura en más de 218 millones de pesos en el cuarto trimestre 2015**. Por esta razón**, la ejecución real (sobre el Presupuesto Sancionado) fue del 78,23%.**

Conclusiones

Como ha sido dicho, el análisis del Presupuesto es una de las herramientas más relevantes para evaluar y analizar la implementación de las políticas públicas.

La distribución de los recursos y su ejecución han sido analizadas teniendo como fuente principal las leyes de presupuesto, sus modificaciones y los Informes de Ejecución difundidos por el propio GCBA. Sobre la base de estas fuentes, es posible estimar el grado de prioridad otorgado a cada área entre las políticas públicas de la gestión de gobierno.

En consecuencia, los datos expuestos revelan que, en el caso de la vivienda popular, la infraestructura educativa pública, la salud y la promoción social, el **GCBA ha ejecutado una política regresiva, restando recursos en áreas que hacen a las garantías consagradas del derecho a la vida digna, afectando de manera directa los derechos de las personas vulnerables.**

Como queda en evidencia en los apartados anteriores, no se trata de insuficiencia de recursos. La subejecución de partidas asignadas a áreas o programas clave permite inferir tanto problemas de eficacia o eficiencia, cuanto una

orientación de la política pública que omite llevarlos adelante.

Estas políticas regresivas contradicen las obligaciones establecidas por la legislación nacional, internacional y la Constitución de la CABA en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se ha trasgredido el principio de progresividad en la asignación de recursos presupuestarios, y más aún, en la ejecución de los mismos en las áreas de Vivienda, Educación, Salud y Promoción Social, lo que lesiona los derechos y garantías establecidos para los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las prioridades asignadas a Salud por la CCABA y a Educación por la Ley Nacional de Educación.

Dra. Dalile Antúnez*

Presupuesto y derechos económicos, sociales y culturales. Especial referencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Introducción

Todos los derechos humanos comprenden obligaciones positivas y negativas, tanto los derechos que comúnmente denominamos derechos civiles y políticos como los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, los DESC).

A su vez, los derechos humanos son indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Ello implica que, el avance de uno, facilita el avance de los demás, y que, de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Si una persona es privada de su derecho a la alimentación, a la educación, a la salud o a la vivienda, esta situación afecta también sus posibilidades de ejercer su derecho a la participación política; al voto, y otros derechos que llamamos civiles y políticos —que requieren necesariamente del acceso a ciertas precondiciones materiales básicas para su ejercicio—.[1]

Los últimos años dan cuenta de la incorporación de los DESC al sistema normativo de muchos países. Muchos han ratificado el PIDESC, la Convención sobre los Derechos del Niño (que

*** Dra. Dalile Antúnez**
Abogada, codirectora de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).

1- Sobre la relación entre derechos sociales y democracia, *Fundamentos de Derecho Constitucional, y La Constitución de la Democracia Deliberativa,* de Carlos Santiago Nino.

tiene el número más alto de ratificaciones), y otros instrumentos normativos del sistema internacional de protección de los DD.HH. o de sistemas regionales. En diversos países, también, se ha avanzado hacia el reconocimiento de los DESC a través de sus Constituciones y su normativa legal.[2]

En ese sentido, la Argentina ha incorporado numerosos tratados de derechos humanos a su Constitución,[3] y ha sancionado normativa legal que, en muchos casos, eleva sustancialmente el piso mínimo de protección previsto en la normativa internacional. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su parte, también cuenta con normas constitucionales y legales que elevan aún más los pisos mínimos de protección reconocidos a estos derechos en el ámbito nacional.

Ello revela un avance en el nivel de conciencia de la humanidad sobre la importancia de estos derechos, sobre su centralidad, sobre su conexión con la dignidad humana y, también, sobre su importancia como precondiciones del sistema democrático.

Junto con este —cada vez más amplio— reconocimiento normativo, también se han fortalecido algunos mecanismos de supervisión y control sobre su cumplimiento**.** Se ha avanzado jurisprudencialmente, y hay cada vez más casos en diferentes países en los cuales se reconocen estos derechos y se ordenan remedios concretos ante su violación.[4] Este desarrollo se ha dado en diferentes tribunales locales,en órganos del sistema internacional de protección, y en sistemas regionales de protección de los derechos humanos.[5]

Todos los avances mencionados en el desarrollo de estos derechos se acompañan también, de un cierto reconocimiento, una especial conciencia de sus implicancias presupuestarias; reconocimiento que no se advierte al discutirse casos que involucran otro tipo de derechos —que tienen igual o mayor impacto en los recursos públicos—.

En este trabajo, reflexionaré sobre la relación entre derechos sociales y presupuesto, y sobre los estándares del sistema internacional de derechos humanos, que resultan claramente aplicables al presupuesto; y analizaré una de las

2- En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado,* Michael Langford señala que sobre la base de un estudio estadístico preliminar de 184 países, se observa un reconocimiento relativamente extendido de los DESC en las Constituciones: derecho a la salud (el 49% de las Constituciones), derecho de sindicación (el 72%), derecho a la seguridad social (el 46%) y derecho a la educación gratuita (el 62,5%). En la mayoría de estos países, los Derechos Económicos,Sociales y Culturales son exigibles total o parcialmente ante los tribunales. Además, muchos países han incorporado directamente el Pidesc a su sistema legal. En una muestra de 147 países (cuya información está disponible en la actualidad) se verifica que: el 38% había incorporado directamente la Convención, que un 49% no había reconocido nacionalmente los derechos de esa manera, y que un 13% no había ratificado el Pacto (Editor Malcolm Langford, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2013, p. 32).

3- La incorporación más reciente fue la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, cuya jerarquía constitucional fue aprobada en 2014. Este tratado de derechos humanos contiene varias innovaciones en relación con instrumentos anteriores referidos al tema. "Destaca, por ejemplo, la formulación clara y en términos de derechos de un 'derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad' (en el artículo 19), hecha por primera vez en un instrumento internacional" (COURTIS, C., *Ecos Cercanos, Estudios sobre Derechos Humanos y Justicia,* Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, p. 386).

4- Puede accederse a diversos casos que ejemplifican esta tendencia internacional en la base de datos de la Red DESC, disponible en: https://www.escr-net.org/es/jurisprudencia, y en la base de datos de ACIJ, sobre presupuesto, litigio y DESC,disponible en: http://presupuestoyderechos.acij.org.ar/.

5- Para una reseña y análisis crítico de jurisprudencia reciente de órganos internacionales y regionales, así como en tribunales de diferentes países, puede verse la compilación *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado,* editado por Michael Langford, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2013.

precondiciones básicas para la discusión presupuestaria: la accesibilidad a la información presupuestaria.

Si bien este trabajo se focaliza en la evaluación de las políticas de gastos bajo una perspectiva de derechos humanos, es importante aclarar asimismo que la aplicación de una perspectiva de derechos humanos debe extenderse también al análisis sobre los recursos que obtienen los Estados y, sobre sus políticas de recaudación tributaria.[6]

La relación entre el presupuesto y los derechos sociales

Existe, con relación a los derechos sociales, una especie de conciencia acentuada sobre el impacto presupuestario que conllevan las decisiones sobre su cumplimiento, reconocimiento y exigibilidad.[7]

Sin embargo, como señala Horacio Corti:

> [e]s indudable que si el Estado es demandable, entonces, es ejecutable. Y si la condena implica un gasto público, directo o indirecto, no hay allí obstáculo constitucional alguno, más allá (…). En fin, las sentencias judiciales tienen efectos presupuestarios directos e indirectos, circunstancia que no es ninguna novedad ni una peculiaridad de los litigios vinculados a un derecho como el derecho a la salud o a una vivienda digna.[8]

Nadie ignora o niega que la implementación efectiva de los derechos sociales depende centralmente de la asignación y ejecución de recursos para darles cumplimiento —algo que también es relevante en el caso de otros derechos—, lo que solo puede llevarse a cabo si se asignan partidas a través de la Ley de Presupuesto, y si estas son adecuadamente ejecutadas.

No obstante, la Ley de Presupuesto aún es vista por ciertos actores como un instrumento técnico de la política económica; y, quienes están a cargo de su formulación, sanción, e implementación, no usan los principios y normas de derechos humanos como un marco normativo relevante para guiar sus decisiones. Así, ciertos sectores siguen considerando que el presupuesto es un instrumento puramente discrecional, ajeno a la revisión judicial; y que, las partidas presupuestarias asignadas al cumplimiento de los DESC son meras autorizaciones, sin que involucren ningún tipo de mandato al Poder Ejecutivo.

A su vez, los presupuestos —de los que depende centralmente el cumplimiento de los DESC—, son diseñados e implementados por quienes llevan adelante las políticas públicas; sin que se realicen evaluaciones apropiadas de las obligaciones asumidas, y sin información que permita realizar un análisis del impacto de sus decisiones en los derechos —lo que requeriría relacionar las cifras presupuestarias con indicadores sociales y económicos que den cuenta del nivel de realización de los DESC en diferentes

6- Al respecto, puede consultarse el informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda, sobre el impacto en los derechos humanos de la política fiscal y tributaria.

7- Para un excelente análisis sobre la "sobre sensibilidad" del Poder Judicial ante el impacto presupuestario de los DESC, puede verse, "El presupuesto en el Poder Judicial: Herramientas para la efectividad de los derechos sociales", de Gustavo Maurino, en *Implementación de sentencias judiciales colectivas*, editado por la Asesoría General Tutelar, ACIJ y Eudeba.

8-CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario,* Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 913-914.

sectores de la población—.

Como los presupuestos no son diseñados con estas obligaciones en mente,[9] con frecuencia, los legisladores que votan las leyes ni siquiera conocen si cierta distribución presupuestaria conlleva un impacto discriminatorio o cuáles son las consecuencias de ciertas políticas sobre el nivel de cumplimiento de un derecho.

Este déficit en la formulación y sanción del presupuesto se combina con las escasas posibilidades implementadas en la práctica para que la ciudadanía afectada por estas decisiones exprese sus puntos de vista y visibilice el impacto de esta ley sobre sus derechos. Si bien, en el ámbito de la Ciudad, existen normas que establecen el carácter participativo de su democracia, y el presupuesto participativo, en la práctica no se da cumplimiento a este derecho, y operan, además, diversas limitaciones y trabas para acceder a información presupuestaria y no presupuestaria (como se verá más adelante).

La consideración del presupuesto como una herramienta puramente discrecional es una concepción claramente contradictoria con el marco normativo constitucional vigente, que consagra al Estado obligaciones precisas. Estas últimas involucran un rol muy activo en la formulación de políticas públicas, que requieren centralmente de la asignación y ejecución presupuestaria.

Como sostiene Horacio Corti, en su obra *Derecho Constitucional Presupuestario*:

> El grado de institucionalización de una estructura administrativa o, en general, de un órgano, así como el grado de desarrollo de la actividad estatal dependen de manera directa de las decisiones presupuestarias. Luego, si el grado de ejercicio de un derecho depende de la existencia de estructuras institucionales adecuadas y de una actividad pública adecuada, entonces también depende de decisiones presupuestarias. Si la Ley de Presupuesto es una ley que reglamenta el ejercicio de los derechos fundamentales, entonces la condicionalidad presupuestaria de los derechos no es de por sí una aberración constitucional (…). La importancia superlativa de la razonabilidad radica ahí: dado que el ejercicio de los derechos depende de una serie de pasos, ellos deben sucederse de manera razonable. Las diversas condiciones infraconstitucionales (normativas, organizativas y ejecutivas) deben ser adecuadas para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales. La Ley de Presupuesto, como toda reglamentación, debe ser razonable y, por lo tanto, judicialmente controlable. Es más, puede sugerirse (…) que ella debe ser cuidadosamente controlada a través de un escrutinio estricto, porque, a diferencia de las reglamentaciones habituales, que en general se refieren en forma acotada a un derecho, la Ley de Presupuesto incide en el sistema de los derechos fundamentales en cuanto tal.[10]

Al comprometerse a dar cumplimiento a los DESC, los Estados se ven obligados, también, a

9- Si se analizan los principales documentos presupuestarios en el ámbito local, proyectos de ley de presupuesto, informes de ejecución trimestral y cuentas de inversión, se advierte que la información no es analizada ni presentada de manera que ella dé cuenta del nivel de cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos.

10- CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario,* Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 789-790.

asignar y ejecutar los recursos necesarios para llevarlos a la realidad. A su vez, si bien el Estado tiene libertad para decidir discrecionalmente entre una variedad de opciones de política pública, tiene la obligación de demostrar la razonabilidad de esa decisión, probando que esas opciones conducen a una progresiva realización de los derechos sociales hasta el máximo de los recursos disponibles; y que se ha dado cumplimiento a las concretas obligaciones asumidas a través de la constitución, leyes locales, nacionales, y la normativa internacional de derechos humanos.

En relación con los DESC, como se verá más adelante, el derecho internacional de los derechos humanos incorporó pautas normativas específicas sobre el presupuesto, que generan que, por lo menos, parte de las obligaciones derivadas del reconocimiento de esos derechos en el ámbito internacional estén conceptual y directamente ligadas a la asignación, distribución y ejecución de recursos presupuestarios.

Las genéricas alegaciones sobre escasez y su insuficiencia a los fines de excusar el cumplimiento de obligaciones estatales de dar cumplimiento a los DESC

Con frecuencia, en el marco de procesos judiciales en los que se denuncia el incumplimiento estatal de obligaciones relativas a los DESC, los gobiernos alegan que no cuentan con los recursos necesarios para satisfacerlos, y que ese incumplimiento se debe exclusivamente a la escasez de recursos. Señalan también, que el impacto presupuestario de ciertas decisiones judiciales podría afectar al cumplimiento de otras finalidades esenciales del Estado. A modo de ejemplo, en ocasiones, se provoca deliberadamente el temor de que la adopción de cierta medida generará un desfinanciamiento tal que se pondrá en riesgo el normal funcionamiento de escuelas y hospitales.

También los jueces/zas, con frecuencia, realizan consideraciones sobre el impacto presupuestario de sus decisiones —en casos que involucran el reconocimiento de derechos sociales—, en particular si se trata de decisiones adoptadas en el marco de casos colectivos, con el objetivo de negar su justiciabilidad.

Es así como —asociada con estos derechos en particular— aparece la idea de escasez, que puede emplearse con dos acepciones o sentidos bien diferentes. En primer lugar, la noción de que los recursos son escasos puede usarse para aludir al hecho de que son finitos —y no ilimitados—, menos de los que querríamos que fueran para satisfacer todos los intereses y preferencias que existen en una sociedad; y, por ende, se genera algún tipo de competencia o disputa por su distribución. Este uso del concepto de escasez es una obviedad que nadie discutiría, en tanto alude meramente al carácter limitado de los recursos disponibles.

Un segundo uso de la noción de escasez pretende aludir a la idea de que los recursos son insuficientes para dar cumplimiento a los derechos, y que, asignar ciertos recursos a una finalidad concreta implicaría necesariamente afectar a otros derechos igualmente importantes.

Un problema que tiene este argumento sobre la escasez es que los extremos a los que alude no son en absoluto evidentes, y su admisión requeriría necesariamente de una demostración exhaustiva, que, en la mayoría de los casos, no es siquiera intentada en el marco de procesos judiciales. En muchos países, el problema no está dado por una insuficiencia de recursos para garantizar derechos sociales, sino por una distribución injusta e irrazonable de los recursos existentes o por políticas de recaudación inadecuadas.

El análisis detallado del presupuesto permite mostrar que, en muchos casos, la frecuentemente alegada falta de recursos solo enmascara una distribución injusta de los bienes disponibles, que no son destinados prioritariamente a asegurar el respeto de los derechos fundamentales.

En ese sentido, en numerosos casos judiciales se ha señalado claramente que las alegaciones presupuestarias genéricas no permiten excusar al Estado por el incumplimiento de derechos sociales. Si el Estado pretende ampararse en una supuesta escasez de recursos, en circunstancias financieras o económicas —con el objeto de excusarse por el incumplimiento de los DESC—, es el Estado quien tiene la carga inexcusable de demostrar acabadamente que, en efecto, no cuenta con ninguna posibilidad de dar satisfacción a los derechos y que, además, realizó todo lo posible para obtenerlos.

Así, se ha señalado:

> El Estado demandado debe probar, en primer lugar, que efectivamente carece de recursos suficientes y, en segundo lugar, que realizó todas las acciones a su alcance para obtenerlos, sin que basten las consideraciones genéricas o la remisión a la cláusula de disponibilidad de recursos, como si esta fuera de aplicación automática.[11]

> De manera similar, se ha dicho que el argumento de que se están utilizando todos los recursos disponibles debe ir acompañado de un análisis integral por parte del Estado demandado de la asignación de sus recursos presupuestarios,[12] y que la demostración de los obstáculos financieros invocados corresponde a las autoridades públicas, dado que son estas quienes tienen la información pertinente.[13]

> Los jueces han rechazado, por carecer de fundamento, las invocaciones sobre circunstancias económicas o financieras que, supuestamente, impedían satisfacer los derechos en juego cuando estas no fueron acreditadas por los Estados.[14]

De manera similar, la Corte Constitucional de Colombia —en un caso en que se discutía una violación al derecho a la integridad personal y a la vivienda digna de pueblos indígenas en situación de emergencia por crecimiento de río—,[15] señaló:

> La comprobación de los obstáculos financieros (v) corresponde a las autoridades públicas, pues son estas (especialmente si se trata de entes territoriales) quienes tienen la información pertinente. Por lo tanto, la alegación de una imposibilidad económica "genérica" no es aceptable desde un punto de

11- "Mansilla, María Mercedesc/ CGBA s/ amparo (art. 14, de la CCABA)", 13817/0, Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 13 de octubre de 2006.

12- "Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".

13- "Cabildo Mayor Indígena del Cañón del Río pepitas", T-2.618.764, Corte Constitucional de Colombia, el 31 de marzo de 2011, y "Louis Khosa v. The Minister Of Social Development".

14-"Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios".

15- Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-235-11.htm.

> vista constitucional; (vi) el manejo indebido de los recursos públicos tampoco exime a las autoridades de cumplir con sus obligaciones en virtud del principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa y el mandato de eficacia de los derechos fundamentales.

La Corte recordó: "Si bien el juez de tutela no puede actuar como 'coadministrador', ni establecer los parámetros financieros y técnicos para la elaboración de una obra pública, tampoco puede legítimamente constatar que un derecho constitucional se encuentra comprometido y abstenerse, sin embargo, de adoptar medida alguna". Y agregó: "En relación con la restricción presupuestal, en principio, la Sala comparte la posición del Consejo de Estado, según la cual un trámite de reestructuración de pasivos no puede suspender las obligaciones estatales para la eficacia de los derechos constitucionales".

El acceso a información presupuestaria y no presupuestaria como precondición necesaria para discutir seriamente las alegaciones estatales sobre escasez

Al respecto señala Gustavo Maurino:

> Una vez que se dejan atrás los mitos y los malentendidos conceptuales y políticos, resulta simple y claro determinar qué, cuándo y cómo debe discutir un Estado que pretendiera controvertir el contenido o el alcance de un DESC utilizando argumentos relativos a la escasez o la restricción de recursos para su satisfacción inmediata. La herramienta por excelencia para conducir esta discusión es el análisis aplicado al presupuesto del Estado en cuestión —de sus gastos, sus asignaciones y priorizaciones, sus recursos, etc.—. El presupuesto es algo así como un mapa esquemático del desempeño del Estado en relación con los recursos de que dispone o podría disponer, utiliza o podría utilizar, carece o podría carecer, para cumplir con su función básica de asegurar proteger, respetar y hacer efectivos los Derechos Humanos.[16]

El análisis del presupuesto —a la luz de las obligaciones de derechos humanos— requiere necesariamente de información sumamente desagregada y detallada sobre diferentes indicadores sociales y económicos; sobre la recaudación, asignación y ejecución de recursos disponibles; y sobre las políticas, programas y acciones implementadas con la totalidad de dichos recursos, al máximo nivel de desagregación.

Es que, para realizar el análisis del presupuesto desde una perspectiva de derechos, resulta indispensable acceder a la información oportuna, adecuada, detallada, completa y confiable sobre los recursos asignados a cada actividad estatal y sobre su ejecución.

Se trata de una precondición básica para que pueda pensarse en evaluar mínimamente cualquier excusa estatal fundada sobre la imposibilidad de dar cumplimiento a derechos sociales —sobre la base de la alegada escasez de recursos—. Sin esta información —con el máximo nivel de detalle—, resulta imposible que el Estado cumpla con su carga de demostrar que ha hecho esfuerzos, hasta el máximo de los recursos disponibles, para realizar los derechos.

16-"El presupuesto en el Poder Judicial: Herramientas para la efectividad de los derechos sociales", de Gustavo Maurino, en *Implementación de sentencias judiciales colectivas*, editado por la Asesoría General Tutelar, ACIJ y Eudeba.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta precondición no se cumple, ya que, los documentos presupuestarios oficiales presentan información sumamente agregada y muy escasa.

La información presupuestaria se presenta por programas, que, a su vez, comprenden diferentes tipos de acciones sobre las cuales no se cuenta con información suficiente; se omite la indicación de metas físicas; no se indica el destino geográfico de la mayor parte de esos recursos; entre muchas otras falencias. A su vez, con frecuencia, se contemplan partidas asignadas presupuestariamente a varios programas, lo que aumenta la imposibilidad de evaluar el uso de los recursos disponibles.

La escasa o nula disponibilidad de esta información —que sí se encuentra en poder del Estado—, vulnera el derecho de acceso a la información pública y debería bastar para anular toda excusa estatal relacionada con la supuesta escasez de recursos, debido a la imposibilidad de comprobar sus presupuestos fácticos. A ello se agrega la falta de información sobre indicadores sociales y económicos; y sobre las características específicas de ciertas políticas y programas, que impide una discusión genuina sobre el impacto de las decisiones presupuestarias y sobre la forma en que se priorizan los recursos.

Ante la falta de información necesaria para discutir significativamente la forma en que se usan los recursos, no hay ninguna razón para aceptar la idea de que los recursos disponibles son insuficientes —o que el Estado está destinando el máximo posible a la realización de los DESC—. La importancia del acceso a la información —detallada, presupuestaria y no presupuestaria—, como precondición esencial para pensar en considerar y discutir seriamente la supuesta falta de recursos, es, con frecuencia, pasada por alto.

Cabe resaltar, además, que no solo el Estado omite dar explicaciones detalladas —al alegar la supuesta escasez de recursos en el contexto de casos judiciales—, sino que resulta imposible acceder a esta información a través de los documentos presupuestarios; y tampoco suministra la información relevante cuando esta es solicitada a través de solicitudes de información pública.

Diversas normas del marco normativo local no subordinan el cumplimiento de los DESC a la disponibilidad de recursos

Como cuestión previa, antes de abocarme a la aplicación de las obligaciones que surgen del derecho internacional de los derechos humanos al presupuesto, cabe recordar que diversas normas que reconocen los DESC en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en el ámbito nacional, no subordinan ni condicionan la vigencia de los derechos a la disponibilidad de recursos ni hacen referencia alguna a una aplicación progresiva de sus disposiciones.[17]

En muchos casos, las normas locales elevan sustancialmente el piso mínimo que surge de tratados internacionales de derechos humanos y realizan un reconocimiento de los DESC en términos equivalentes a los derechos civiles y políticos.

En virtud del principio *pro homine*, se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al

17- Con excepción de algunas normas específicas, como la Ley Nacional de Financiamiento Educativo, que establece metas progresivas concretas en relación con los recursos destinados a la educación.

ejercicio de los derechos.[18] Es decir que, las normas del derecho internacional de los derechos humanos solo pueden ampliar derechos y, en ningún caso, pueden aplicarse sus principios con el fin de restringir el alcance de su reconocimiento y exigibilidad en el ámbito local.

En el ámbito nacional y local, los DESC fueron reconocidos con un mayor nivel de exigencia al establecido en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos. Es necesario tener presente el particular marco normativo local a la hora de analizar el cumplimiento de las obligaciones estatales en relación con los derechos sociales. Es un error aplicar la noción de progresividad a los derechos que fueron reconocidos de manera más inmediata e incondicionada en el ámbito interno.

En tales casos, el análisis presupuestario puede ser pertinente y de utilidad, pero solo a los fines de mostrar con indicadores adicionales de ese tipo —con datos presupuestarios— que el Estado no prevé dar cumplimiento a esas obligaciones inmediatas o que no las ha cumplido en años anteriores. Ello ocurre, porque la disponibilidad o no de recursos no es relevante si existe una normativa que reconoce un derecho —y no condiciona de manera alguna a esa circunstancia—.

En efecto, el marco normativo local es especialmente robusto en este aspecto. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, rigen diversas normas constitucionales y legales que reconocen los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los cuales se encuentran: el derecho a la educación, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud, entre muchos otros. A su vez, esas normas y principios incorporan una visión amplia de la igualdad de oportunidades y de trato, en tanto establecen que deben desarrollarse políticas sociales que permitan superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Tanto las normas del derecho internacional de los derechos humanos como las normas locales señalan la prioridad que deben tener los sectores más vulnerables de la sociedad en las políticas públicas.

Tales políticas no pueden llevarse a cabo sin la asignación de los recursos públicos que resultan indispensables para hacerlas efectivas. La fuerte conexión entre la vigencia de los derechos y los recursos presupuestarios impone claros límites a las atribuciones estatales sobre el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto y su ejecución.

Así, de acuerdo con la normativa local y nacional en vigor, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el presupuesto debe subordinarse a los DESC, y su cumplimiento pleno no está sujeto a la disponibilidad de recursos. Ello se debe a que las normas locales y nacionales, en muchos casos, elevan sustancialmente el piso establecido a través de los tratados internacionales y no realizan ningún tipo de distinción entre derechos civiles y políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y no se hace referencia alguna a los recursos disponibles del Estado.

Aplicación de principios del PIDESC al presupuesto

En el marco del sistema internacional de protección de los derechos humanos, la Argentina asumió ciertas obligaciones específicas en relación con los DESC. Algunas de las obligaciones contraídas internacionalmente son de cumplimiento inmediato y otras son de cumplimiento progresivo —e implican la adopción de medidas

18- PINTO, M., *El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos,* disponible en:http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf

hasta el máximo de los recursos disponibles—.

La aplicación de esos principios y estándares al presupuesto provee herramientas importantes para medir el nivel de cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ámbito del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

La implementación de los estándares internacionales al presupuesto permite precisar el contenido de las obligaciones estatales contraídas en el ámbito del sistema internacional de protección y constituye uno de los indicadores relevantes a fin de establecer su nivel de cumplimiento.

En los apartados siguientes, se desarrollan brevemente diversos estándares de derechos humanos que resultan de aplicación al análisis del presupuesto. Para el desarrollo del contenido de cada una de las obligaciones y estándares reseñados, se seguirán las pautas establecidas en el PIDESC y la interpretación realizada por el Comité DESC.

Se citarán algunos casos y ejemplos que dan cuenta de la forma en que los tribunales han aplicado estas pautas al presupuesto.

A) Obligaciones de respetar, proteger y cumplir

Los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos imponen tres tipos de obligaciones a los Estados Parte: *la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir o realizar*.

La obligación de respetar los derechos prohíbe al Estado la interferencia indebida en el disfrute de un derecho. Por ejemplo, un Estado incumple su deber de respetar el derecho a la vivienda si organiza desalojos forzosos. En muchos casos, sin embargo, para prevenir la interferencia estatal, los Estados deben tomar medidas positivas, como el diseño e implementación de políticas tendientes a evitar que los/as funcionarios/as públicos interfieran en el acceso a un derecho.

Esta dimensión de los derechos se aplica en aquellos casos en los que las personas ya tienen acceso a los derechos, protegiéndolas contra la interrupción de los niveles existentes de cumplimiento provistos por el Estado —como los tratamientos médicos o determinados niveles de educación—. Por ello, el deber de respetar protege a las personas contra las medidas regresivas en la garantía de los DESC.

La obligación de proteger los derechos requiere que los Estados adopten medidas para velar por que terceros —empresas o particulares— no priven a las personas del acceso a los mismos. En esta dimensión de la obligación se enfatiza el deber estatal de actuar para prevenir, evitar, reparar o castigar las interferencias indebidas de terceros en el goce de los derechos. Normalmente, la obligación de proteger requiere que los Estados tomen medidas positivas para regular ciertas actividades; inspeccionar o monitorear su cumplimiento, y aplicar sanciones u otras medidas a quienes interfieren enel goce de un derecho. Por ejemplo, la obligación estatal de proteger resulta aplicable ante las deficiencias en el cumplimiento del derecho a la educación y el derecho a la salud que ocurren en la esfera privada, tales como: la discriminación o la falla en el cumplimiento de ciertos requerimientos básicos; la protección contra desalojos forzosos llevados a cabo por personas o entes privados; etc.

La exigenciade cumplir con los derechos comprende la obligación de facilitar, la obligación de garantizar y la obligación de promover. La obligación de *facilitar* requiere, en particular, que los Estados adopten medidas positivas, que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a disfrutar de los derechos; por ejemplo,

iniciando actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización —por parte de la población— de los recursos que aseguren sus medios de vida y el goce de sus derechos. Los Estados Parte también tienen la obligación de *garantizar o hacer efectivo* un derecho específico —enunciado en el Pacto— en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones —por razones ajenas a su voluntad—, de ejercer por sí mismos ese derecho con los recursos a su disposición. La obligación de *promover* los derechos requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer los derechos. La obligación de cumplir o realizar los derechos implica la creación e implementación de las políticas públicas; programas y actividades, que aseguren el acceso efectivo de todos y todas a los derechos. Ello significa que necesitan una acción positiva del Estado y la asignación de recursos suficientes. La mayoría de los casos que involucran violaciones al deber de cumplir se refieren a omisiones estatales al deber de crear e implementar políticas públicas —tendientes a asegurar el acceso de las personas de menos recursos a los derechos—. Esta dimensión de los derechos sociales es particularmente relevante para el análisis presupuestario, que, frecuentemente, evidencia un inadecuado o insuficiente financiamiento de los programas y políticas tendientes a cumplir con los derechos.

El Comité DESC señaló que algunas de las medidas correspondientes a estos distintos niveles de obligación de los Estados Parte —respetar, proteger y cumplir— tienen un carácter más inmediato, mientras que, otras, tienen un carácter más a largo plazo, para lograr, gradualmente, el pleno ejercicio de los derechos.

B) Obligaciones de cumplimiento inmediato y progresivo

Los DESC imponen obligaciones de cumplimiento inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo. La principal obligación —en lo que atañe a resultados—, que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2°, es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa, con frecuencia, para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en general, no pueden lograrse en un breve período de tiempo.

A su vez, sin que importe la cantidad de recursos con los que cuenten los gobiernos, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa local establecen algunas obligaciones de cumplimiento inmediato en relación con el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Un Estado jamás podría ampararse en la escasez de recursos para evitar hacer frente a tales obligaciones, que consisten en el deber de asegurar el cumplimiento de niveles esenciales de los derechos; la obligación de no discriminar y el deber de adoptar medidas para alcanzar progresivamente el cumplimiento de los derechos.

- **Obligación de cumplimiento inmediato: La obligación de no discriminación**

De acuerdo con el artículo 2° del PIDESC:

> Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el

> ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La obligación de no discriminar es un deber de cumplimiento inmediato y tiene obvias implicaciones presupuestarias en tanto un Estado que muestre diferencias en la asignación de recursos —en función de alguna de las categorías prohibidas— incurriría en una violación a su deber de no discriminar.[19]

A modo de ejemplo, en relación con el presupuesto y el derecho a la educación, el Comité DESC señaló: "Las agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto" (Observación General Nº 13).

La prohibición de discriminación no requiere que exista una intención de discriminar, ni que la distinción sea formalmente establecida en la política pública. Basta con que la aplicación de cierta política genere un resultado discriminatorio para constituir un incumplimiento del Pacto y otras disposiciones antidiscriminatorias similares establecidas en la normativa nacional y local.

Para evaluar la distribución de los recursos presupuestarios y su adecuación al principio de igualdad, es necesario contar con información desagregada de acuerdo con los grupos poblacionales a los que se destinan los recursos públicos, por sexo; raza; origen nacional; posición económica; entre otros criterios. Una de las dificultades habituales para realizar este análisis se debe a la falta de datos desagregados, en función de los criterios de discriminación prohibidos. En relación con el derecho a la educación, los Estados están obligados a desagregar la información de acuerdo con tales criterios, y a supervisar las pautas de gastos a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y subsanarla.[20]

A su vez, el derecho a la no discriminación no se agota con la obligación de no discriminaren perjuicio de personas y grupos desaventajados. Por el contrario, el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación también comprende la obligación estatal de implementar medidas de acción afirmativa tendientes a igualar realmente —por oposición a formalmente— la situación de grupos estructuralmente discriminados en el acceso a los derechos. El Comité DESC hizo expresa mención de este deber en la Observación General N° 5, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que estableció:

19- Se excluyen las distinciones que se fundamenten en algunos de los criterios prohibidos, pero que tiendan a favorecer o lograr la igualdad real de oportunidades de quienes pertenecen a grupos desaventajados. De acuerdo con la Observación General Nº 20:**"Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados Parte pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación.Esas medidas serán legítimas** siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria".

20-"Los Estados Parte deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiestocualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla. Los datos relativos a la educación deben desglosarse según los motivos de discriminación prohibidos", Observación General Nº 13.

> La obligación de los Estados Parte en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente.

En la Observación General N° 20, el Comité señaló:

> Además de abstenerse de discriminar, los Estados Parte deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto. En muchos casos, para eliminar la discriminación sistémica será necesario dedicar más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos.

El Comité también ha señalado el deber estatal de priorizar a ciertos grupos vulnerables en tiempos de grave escasez de recursos. En ese aspecto, en la Observación General N° 3 sostuvo: "Aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe, en realidad, proteger a los miembros vulnerables de la sociedad".

En el ámbito local, a su vez, la Constitución de la Ciudad —en su art. 17— establece que la Ciudad "[a]siste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades"; y tiene el deber de desarrollar "políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos". Además, existen diversas normas del ámbito nacional y local que también establecen el deber de adoptar otras medidas positivas que prioricen a los grupos más vulnerables.

Existe jurisprudencia que ha hecho una aplicación de este principio al presupuesto. Así, en un caso del Tribunal Superior de Sudáfrica —que hizo lugar a una demanda presentada para exigir medidas relacionadas con la educación de personas con discapacidad—;[21] el Tribunal efectuó una comparación numérica detallada de lo que el Estado gastaba en niños sin discapacidad, frente a lo que gastaba en la educación de niños con discapacidad, y usó el argumento sobre esa disparidad como uno de los puntos que justificaron su decisión.

- **Obligación de cumplimiento inmediato: la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos**

De acuerdo con la Observación General

21-Disponible en: http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2010/544.html.

N° 3[22] del Comité DESC, corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. Ello implica que, cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, contiene un mínimo que resulta inmediatamente obligatorio para el Estado, y a cuyo cumplimiento deberían destinarse prioritariamente los recursos.

Según el Comité, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales; de atención primaria de salud esencial; de abrigo y vivienda básicos; o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie*, no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto.

El deber de garantizar niveles esenciales de los derechos es una obligación de resultado; y la existencia de la necesidad o la insatisfacción de los niveles más básicos de los derechos constituyen una fuerte evidencia de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los tratados. De acuerdo con la Observación General N° 3:

> Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo porutilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Más allá de eso, parece obvio que la falta de previsión presupuestaria de lo necesario para cumplir con estos niveles esenciales permitiría adelantar el incumplimiento de tales derechos.

A su vez, en las Observaciones Generales N° 3, 11, 12, 13, 14 y 15, se establece que, incluso en épocas de limitaciones de recursos, los Estados deben asegurar que los derechos sean cumplidos para los miembros más vulnerables de la sociedad a través de la adopción de programas especiales.

- **La obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles**

El art. 2° del PIDESC establece que:

> Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr, progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El deber estatal de adoptar medidas tendientes a asegurar el pleno cumplimiento de los DESC debe realizarse con el máximo de los recursos disponibles. Un Estado que avanza en el cumplimiento de los derechos —pero de manera insuficiente de acuerdo con los recursos que posee— incumple su obligación de usar el máximos de los recursos disponibles en la satisfacción de los derechos.

De acuerdo con el Comité: "En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en

22- Observación General sobre "La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1, del artículo 2°, del Pacto)", 1990.

conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles".[23]

La expresión "recursos disponibles" no se limita a los recursos ya obtenidos mediante la renta pública —de acuerdo con la política de recaudación de impuestos aplicada por cada Estado—. Los recursos disponibles para un Estado comprenden también la totalidad de los recursos materiales y la riqueza que posee la sociedad en su conjunto.

La comparación entre el nivel de desarrollo del Estado y los recursos destinados al cumplimiento del derecho puede evidenciar un incumplimiento de la obligación internacional. En tal caso, sería evidente que, a pesar de que existen recursos disponibles en el ámbito del Estado, no son destinados a la satisfacción de los derechos.

El ejemplo más claro de un incumplimiento estatal del deber de usar el máximo de los recursos disponibles en la satisfacción de los derechos se da con la subejecución presupuestaria en áreas relacionadas con derechos, es decir, cuando se asignan al Estado recursos al cumplimiento de derechos fundamentales y no los gasta —a pesar de que los indicadores sociales y económicos muestran la necesidad de su utilización—. En tales casos, resulta evidente que se ha incumplido con la obligación internacional de usar el máximo de los recursos disponibles. El Comité DESC hizo aplicación de este criterio en varios informes finales a los reportes de los Estados Parte.

Además, también pueden considerarse como recursos disponibles —a fin de demostrar el incumplimiento de la obligación estatal—, los recursos asignados y ejecutados para otros fines no relacionados con derechos fundamentales.

Un ejemplo claro de este tipo de gasto no prioritario podría ser el gasto destinado a publicidad. Una comparación entre el gasto relacionado con derechos fundamentales y el resto del gasto público es relevante a fin de determinar si se ha usado el máximo de los recursos disponibles para el cumplimiento de los derechos. En sus informes finales, el Comité DESC señaló el alto nivel de gasto destinado a Defensa, en contraste con la reducción del presupuesto destinado a áreas sociales.

A su vez, la insuficiencia del gasto destinado a cumplir con derechos también puede compararse con la subejecución total del presupuesto, es decir, con el total del presupuesto que no es utilizado cada año en todas las áreas y que podría haberse destinado a cumplir con derechos fundamentales.

El Comité DESC también ha puntualizado que la frase "Máximo de los recursos disponibles" se refiere a los recursos existentes dentro de un país, e incluye aquellos recursos disponibles a través de la cooperación y asistencia internacional. Por último, la frase también fue interpretada por el Comité de las Naciones Unidas como la obligación de usar los recursos asignados de una manera eficiente y efectiva.

En un caso judicial —en el que se demandó al Estado por el incumplimiento del derecho a la educación en que se incurría debido a la falta de espacios en escuelas estatales—, la Cámara de Apelaciones consideró que el dato de la subejecución presupuestaria de recursos asignados por la Ley de Presupuesto a la construcción de escuelas—en la que incurrió el Gobierno en años anteriores a la interposición de la demanda— constituía una violación a la obligación de usar el máximo de los recursos

23-Observación General N° 4.

disponibles para garantizar los DESC.[24]

La Justicia de La Plata también señaló que los fondos empleados para hacer publicidad oficial —que exaltaba la figura de funcionarios públicos— mostraba la existencia de recursos económicos suficientes y, a su vez, una la falta de voluntad de asegurar los derechos de las personas.[25]

- **Obligación de progresividad**

Como se mencionó previamente, la inclusión de esta norma conlleva el reconocimiento de que, no todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden ser garantizados plenamente en forma inmediata por los Estados signatarios del Pacto. No obstante, si bien las obligaciones progresivas reconocen cierto margen de discrecionalidad a los Estados, estos se encuentran obligados a dar todos los pasos que puedan para avanzar hacia su pleno cumplimiento, hasta el máximo de los recursos de que dispongan.

El Comité ha elaborado los siguientes estándares en relación con el deber de adoptar medidas, que pueden ser aplicados al presupuesto.

Si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados.

Tales medidas progresivas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

En la Observación General N° 1, relativa a la presentación de informes por los Estados Parte, el Comité DESC sostuvo que existe una obligación de "elaborar y adoptar... un plan detallado de acción para la aplicación progresiva" de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto, según se deduce claramente de la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 2° en el sentido de "adoptar medidas (...) por todos los medios apropiados...".[26]

En relación con el derecho a la educación, el Comité DESC afirmó:

> Estas medidas han de ser "deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible" hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación. El ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, "gradualmente", no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. Realización gradual quiere decir que los Estados Parte tienen la obligación concreta y permanente "de proceder lo más expedita y eficazmente posible" para la plena aplicación del artículo 13 (Observación General Nº 13).

Los Estados no solo deben adoptar medidas

24- Caso "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra GCBA s/amparo" (Expte. 23.360/0).

25- "Asociación Civil Miguel Bru y otros c/ Ministerio de Desarrollo Social Pcia. Bs. As. y otro/a s/ amparo", (R)-15928, Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata (Argentina), el 22 de mayo de 2012.

26- Por tal motivo, el Comité considera:"Puede ser de utilidad para los Estados precisar los criterios u objetivos en función de los cuales podrán evaluarse los resultados obtenidos en una determinada esfera. Por ejemplo, suele convenirse que es importante fijar metas específicas con respecto a la reducción de la mortalidad infantil, el alcance de la vacunación de niños, el consumo de calorías por persona, el número de personas por cada miembro del personal médico, etc. En muchas de estas esferas, los criterios globales son de uso limitado, mientras que los criterios nacionales o incluso subnacionales pueden constituir una indicación en extremo valiosa de los progresos alcanzados"(Observación General N°1).

a fin de asegurar el cumplimiento progresivo de los derechos, sino que, además, tales medidas deben tener como resultado un incremento efectivo en los niveles del cumplimiento. En tal sentido, los pactos imponen tanto obligaciones de conducta como obligaciones de resultado.

Según el Comité:

> Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. El Comité ya ha tratado de estas cuestiones en su Observación General Nº 1 (1989).[27]

Uno de los indicadores que deben utilizarse para medir el cumplimiento del deber de adoptar medidas es el presupuesto, debiendo evaluarse si el Estado aumentó progresivamente —o no— la inversión tendiente a dar plena efectividad a los derechos hasta el máximo de los recursos disponibles.

La evaluación del cumplimiento de la obligación de progresividad requiere la comparación de la asignación presupuestaria correspondiente a períodos distintos. Si bien no está claro en qué medida debe darse una mejora gradual hacia la plena efectividad de los derechos, además de la pauta relativa al máximo de los recursos disponibles, existen ciertas normas nacionales o locales que establecen metas concretas y específicas cuyo cumplimiento puede medirse con relativa facilidad. En tal sentido, puede mencionarse la Ley Nacional de Financiamiento Educativo y la Ley Nacional de Salud Mental, que establecieron un incremento muy concreto de la inversión estatal asignada a ciertos derechos.

En un caso sobre DESC de población desplazada, la Corte Constitucional de Colombia[28] realizó un análisis presupuestario tendiente a determinar con números que las asignaciones presupuestarias no solo eran insuficientes para asegurar los derechos sino que habían disminuido. Luego de reflexionar sobre el rol del Poder Judicial frente a las violaciones, emitió directivas presupuestarias concretas para remediar la asignación insuficiente y regresiva.

Concretamente, la Corte señaló:

> Si bien existió un aumento considerable de los recursos destinados a la atención de la población desplazada entre los años 1999 y 2002, el nivel absoluto de los montos asignados continúa siendo insuficiente y muy inferior a los niveles necesarios[…]. Adicionalmente, esta Sala constata que para 2003 la asignación de recursos expresa y específicamente orientada a la ejecución de dichas políticas se redujo. Por ejemplo, en 2002 fueron asignados en el Presupuesto General de la Nación $103.491 millones de pesos a la "población desplazada", mientras que para 2003 dicho monto fue de $70.783 millones, por lo que se

27-Observación General N° 3.

28- Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm.

> produjo una disminución del 32% de los dineros asignados.

A la luz del principio de progresividad, la Corte indicó:

> [E]n el presente caso, por la vía de la insuficiente apropiación presupuestal y de la omisión en la corrección de las principales falencias de la capacidad institucional (…), el avance progresivo en la satisfacción de los derechos de la población desplazada no solo se ha retrasado, sino que se ha ido deteriorando con el paso del tiempo en algunos aspectos (…).

Sumado a esto, recuerda que, con arreglo a su jurisprudencia:

> El mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse, en principio, inconstitucional y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

- **Obligación de no regresividad**

De la obligación de cumplir progresivamente con los derechos económicos, sociales y culturales, se deriva además la obligación de no regresividad, es decir:

> La prohibición de adoptar políticas y medidas y, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora "progresiva". Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes.[29]

Dado que los Estados asumieron la obligación de adoptar medidas para garantizar progresivamente el pleno cumplimiento de los derechos, se presume que todas las medidas que implican un retroceso constituyen un incumplimiento de tales obligaciones. Es decir, qu, toda acción que suprima, restrinja o limite el contenido de derechos ya garantizados constituye una violación *prima facie* de los tratados.

De acuerdo con lo señalado por el Comité DESC, las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán de la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

29-COURTIS, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en derechos sociales*, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006.

Además, el Comité establece las condiciones que debe reunir cualquier posible justificación: la medida deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone (Observaciones Generales Nº 3, 13 y 14).

El Estado tiene la carga de demostrar que la medida implica un avance si se tienen en cuenta la totalidad de los derechos previstos por el Pacto, que ha empleado todos los recursos de que dispone —incluidoslos que provienen de la cooperación internacional— y que, de todas maneras, necesita implementar la restricción para proteger los demás derechos del Pacto.[30]

Respecto de la prohibición de regresividad, en mayo de 2012, el Comité DESC, en una carta abierta a los Estados Parte —en relación con la protección de derechos en contextos de crisis económicas—, estableció pautas para evaluar si una medida de austeridad, o criterios para evaluar la austeridad, o los ajustes fiscales, podrían ser considerados razonables o justificados sobre la base de los siguientes criterios: si la política es temporaria y cubre solo el período de crisis, si es necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más lesiva de los derechos, si la política es no discriminatoria e incluye todas las medidas posibles, incluidas medidas tributarias, para apoyar transferencias sociales y mitigar inequidades que pueden crecer en tiempos de crisis y para asegurar que los derechos de los grupos más desfavorecidos y marginalizados no sean desproporcionadamente afectados, y que la política identifique el contenido mínimo de los derechos, o un piso mínimo de protección social, como está definido por la OIT, y asegura la protección de estos contenidos mínimos.

Conclusiones

De los argumentos precedentes se desprende que, las visiones restrictivas sobre la exigibilidad judicial de los DESC y sobre la posibilidad de que los jueces y juezas dicten decisiones —que establezcan prioridades en la asignación de recursos— no resultan compatibles con la normativa local, nacional e internacional vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que reconoce ampliamente esos derechos, y establece claros límites a la discrecionalidad estatal.

Tampoco resulta compatible con una concepción adecuada sobre la interdependencia e indivisibilidad de los DESC, que reconoce su importancia central como precondiciones para una ciudadanía democrática.

30- De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "[e]n caso de que un Estado Parte aduzca 'limitaciones de recursos' para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, (…) examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) [l] a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[;] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto". Las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", E/C.12/2007/1, 38" Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

La Ciudad optó por un generoso reconocimiento normativo a este tipo de derechos, lo que debe necesariamente reflejarse en el presupuesto y en la forma en que el Poder Judicial procesa y resuelve las causas que involucran los DESC.

En virtud de esas claras obligaciones, el presupuesto no es una herramienta discrecional, sino que debe adecuarse a lo establecido en ese marco normativo. Por el contrario, los Estados se encuentran obligados a asignar, distribuir y ejecutar el presupuesto de conformidad con las normas y principios que surgen de la normativa interna y de los estándares que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, como lo muestran precedentes jurisprudenciales de diversos países, y el criterio de los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos. De lo contrario, los derechos se convertirán en letra muerta.

Por último, las excusas relacionadas con una supuesta escasez de recursos no pueden siquiera considerarse seriamente en tanto el Estado no cumpla con la carga de asegurar toda la información necesaria para comprender —hasta el último detalle— la forma en que se usan los recursos públicos, algo que está lejos de ocurrir en el ámbito de la Ciudad.

Dra. Lilia Goday*

El control presupuestario como garantía de los derechos sociales.

Especial referencia a la AGCABA.

I. Importancia del control

I.1. Parecería no haber duda de que los instrumentos de evaluación del funcionamiento de las administraciones públicas (sus prácticas habituales de gestión y gobierno) resultan vitales para el mejoramiento de esas administraciones.

En efecto, "sin mecanismos potentes de rendición de cuentas, la legitimidad de las administraciones públicas no será posible, y ello deteriora la base misma de existencia de esas administraciones",[1] ya que, la administración pública demuestra su capacidad de acción y legitimidad cuando puede rendir cuentas; ser accountable frente a la ciudadanía. El fortalecimiento de la *accountability* relegitima permanentemente tanto social como políticamente al Estado, y favorece la gobernanza, definida por la Real Academia Española como "el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía".

1- SUBIRATS, J., "¿Podemos utilizar los instrumentos de evaluación como palanca de gobierno del sector público?", IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, del 2 al 5 de noviembre de 2004.

*** Dra. Lilia Goday**
Abogada (UBA) con estudios de posgrado en Administración Financiera y en la carrera de Especialización en Derecho Constitucional (UBA). Se ha desempeñado en cargos de dirección y consultoría en el Estado Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex Asesora legal del Congreso de la Nación. Secretaria de la Defensoría General Adjunta del Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Para el Banco Mundial, el concepto de 'gobernanza' comprende el conjunto de tradiciones e instituciones que determinan cómo se ejerce la autoridad en un país; esta comprende: 1) el proceso de selección, supervisión y sustitución de los gobiernos, y sus mecanismos de rendición de cuentas (...) al público en general; 2) la capacidad del gobierno para administrar los recursos públicos de forma eficaz, y elaborar, poner en marcha y ejecutar políticas y leyes adecuadas para el desarrollo del país y el bien común, y 3) el respeto, por parte de los ciudadanos y del Estado, de las instituciones que rigen sus relaciones económicas y sociales.[2]

Adviértase que la acción de los órganos de control refuerza cada uno de los aspectos mencionados de la gobernanza y de ahí la importancia de mejorar y optimizar su funcionamiento.

En este aspecto, las Entidades de Fiscalización Superior (EFS) desempeñan un papel central dentro de la gestión pública, y por ello deben estar dotadas de:

> Las capacidades y fortalezas que transformen su labor para que sea reconocida, contribuyendo a mejorar la gestión de los funcionarios públicos, articulando virtuosamente independencia técnica y profesional con compromiso en los resultados de la gestión del Estado, en términos de eficacia, eficiencia y economía, sumado esto al logro de una mayor *accountability*.[3]

Las EFS deben ofrecer instrumentos de control y evaluación que les permitan a las legislaturas —de las que dependen— obtener parámetros confiables respecto de la organización que auditan, así como complementar su tarea con la de otros organismos de control, a fin de que obtengan no solo una medición de la legalidad de la administración, sino todo otro abanico de matices que posibiliten, por ejemplo, establecer la calidad del servicio. Deberán preguntarse: ¿está bien como lo hace la administración? ¿Podría un tercero hacerlo mejor? ¿Con esta acción se cubre la necesidad? O mejor, ¿es posible desarrollar otro curso de acción para cubrirla?

El art. 132 de la Constitución de la CABA dispone que la Ciudad cuente con un modelo de control integral e integrado, conforme a los principios de economía, eficacia y eficiencia. Comprende el control interno y externo del sector público, que opera de manera coordinada en la elaboración y aplicación de sus normas. Los funcionarios deben rendir cuentas de su gestión.

En concordancia con estas nociones, la Ley Nº 70 establece, también, que la Ciudad cuenta con un modelo de control integral e integrado, que abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión; la evaluación de programas, proyectos y operaciones; y está fundado en los principios de economía, eficiencia y eficacia. Comprende el control interno y externo del sector público, que opera de manera coordinada en la elaboración y en la aplicación de sus normas.

Refiriéndonos, concretamente, a las EFS locales, le fue otorgado a la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (AGCABA) el nivel constitucional cuando se dictó la Constitución de la CABA, en 1996, asignándole mediante el art. 135 de esa Constitución el control externo del sector público.[4]

2- Tomado de KAUFMANN, *et ál*., 2000; 10; PNUD 1997; vi; MC CAWLWY, 2006; 2, y MALENA, 2006, 3.

3- GRILLI, S. M., "La independencia en las entidades fiscalizadoras superiores. Un requisito necesario para que el control fortalezca la *accountability*", Tesis de la Maestría en Auditoría Gubernamental, de la Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, 2008.

4- Art. 135. La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente de la Legislatura, tiene personería jurídica, legitimación procesal, y autonomía funcional y financiera. Ejerce el control externo del sector público

La CCABA procura dotarla de cierta independencia del poder, al colocar en la presidencia de la Auditoría a una persona designada por los legisladores del partido político o de la alianza opositora con mayor representación numérica en el Cuerpo; mientras que, los restantes miembros serán designados a propuesta de los legisladores de los partidos políticos o alianzas de la Legislatura, respetando su proporcionalidad.[5]

Adviértase que este instituto de control externo se encuentra enmarcado en una Constitución que organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa dentro de un contexto de constitucionalismo social.

De manera que, para que la AGCABA cumpla acabadamente con su rol constitucional, debería darse la posibilidad de incorporar el control social, expresado a través de mecanismos de participación ciudadana, ya sea en la evaluación y el control de servicios públicos, o a través de la participación directa en la gestión, de modo de asegurar una mejor relación entre gobernante y gobernado.

La Constitución de la Ciudad establece en su artículo 1° que la Ciudad de Buenos Aires organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y, en concordancia con ello, prevé la participación ciudadana en el Consejo de Planeamiento Estratégico, en la gestión de la salud, en el sistema de educación, en la regulación de los servicios públicos, en la comunicación, y en la ciencia y técnica. Crea también institutos que garantizan una plena participación de los vecinos, tales como el de audiencia pública; iniciativa popular legislativa; consulta popular no vinculante; doble lectura en el procedimiento de aprobación de algunas leyes; revocatoria de mandato y la participación en la elaboración y seguimiento del presupuesto.

I.2. Control presupuestario. En este marco, nos preguntamos: ¿cumple la Auditoría en el ejercicio de sus tareas de control con el reforzamiento del sistema democrático? ¿Coadyuva o promueve el efectivo cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, en especial los Derechos Económicos, Sociales y Culturales básicos que, como parte del plan de gobierno, debieran plasmarse en el presupuesto?

Es importante desentrañar estos interrogantes, ya que —siguiendo a Corti— el estudio del desenvolvimiento de todo el proceso jurídico presupuestario:

> Es un "test" que revela, por un lado, cuál es la voluntad de controlar la renta pública que en cada momento tiene el Poder Legislativo, pero también, desde otro ángulo, que muestra cuáles son las prioridades políticas reales del gobierno, más allá de los discursos más ideológicos sobre su gestión.[6]

El sector público argentino no se caracteriza, generalmente, por desarrollar una buena capacidad gerencial, debido a las carencias que se evidencian en cada una de las etapas del proceso

en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad. Dictamina sobre los estados contables financieros de la administración pública, centralizada y descentralizada cualquiera que fuera su modalidad de organización, de empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación, y asimismo sobre la cuenta de inversión. Tiene facultades para verificar la correcta aplicación de los recursos públicos que se hubiesen otorgado como aportes o subsidios, incluso los destinados a los partidos políticos del distrito. Una ley establece su organización y funcionamiento. La ley de Presupuesto debe contemplar la asignación de recursos suficientes para el efectivo cumplimiento de sus competencias. Los agentes, autoridades y titulares de organismos y entes sobre los que es competente están obligados a proveerle la información que les requiera. Todos sus dictámenes son públicos. Se garantiza el acceso irrestricto de cualquier ciudadano a estos.

5- Art. 136, de la CCABA.

6- CORTI, H. G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, p. 39.

presupuestario, especialmente en lo que se refiere a la estructura presupuestaria; a los procesos de formulación; y, a los sistemas de evaluación y control. Por eso, el enfoque puramente financiero del presupuesto —aun reconociendo la importancia que hoy tiene por la restricción de recursos— constituye un análisis parcial que suele omitir las necesidades de la gente y su distribución espacial.

Es indudable que, en el presupuesto público, se plasma el plan de acción dirigido a cumplir una meta prevista, —expresada en valores y términos financieros— que debe efectivizarse en determinado tiempo y bajo ciertas condiciones.

Sin embargo, además de analizar al presupuesto desde una concepción financiera, debemos considerar que se encuentra ligado al concepto de Política Pública, basado en los valores, principios y derechos que sostienen nuestra Constitución Nacional y también las Constituciones locales —que nos indican qué necesidades sociales debemos atender con prioridad—.

El presupuesto tiene, entonces, junto a su función política de control republicano del poder, la cualidad de ser el principal instrumento jurídico de planificación de la actividad estatal. Existen por lo tanto, dos aspectos correlacionados: el papel "ordenador" del presupuesto y su función de vehículo del plan de gobierno.[7]

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Legislatura sanciona anualmente el presupuesto de gastos y recursos[8] (por su carácter de órgano representativo por excelencia).

Siendo la Auditoría la que le proporciona los elementos técnicos del control, es fundamental que cumpla cabalmente con la manda constitucional.

7- CORTI, H. G., *op. cit.*, p. 38.

8- Art. 80 inc. 12, de la CCABA.

II. Principales criterios de evaluación del organismo de control local

En las Jornadas organizadas por la Auditoría General de la Nación (en 2002), se establecieron los principales criterios a tener en cuenta en el desarrollo del trabajo de la Auditoría, los que considero son útiles a la hora de ponderar el trabajo del organismo de control en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que nos permiten, a su vez, establecer cierto orden en el análisis. Ellos son:

II.1. Dimensión social del trabajo de la Auditoría

La Auditoría debería contemplar el interés general al encarar el control; de esta manera, se patentiza la relación existente entre la función de auditar y la protección de los derechos de los ciudadanos, en particular de los derechos humanos.

La Constitución de la CABA, mediante el art. 10° y lo dispuesto en el Preámbulo, arts. 11°, 18 y 48,[9] se enrola en el constitucionalismo social, tomando como eje esencial la promoción

9- Preámbulo. "... promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, reconociendo la identidad en la pluralidad, con el propósito de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y hombres que quieran gozar de su hospitalidad..."
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..."
Art. 11º. ".... La ciudad promueve la remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad."
Art. 18. "La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio."
Art. 48. "Es política de Estado que la actividad económica sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social..."

y protección de los derechos humanos. En este sentido, las Directrices de Maastricht,[10] el artículo 2º del PIDESC,[11] la Observación General Nº 3[12] (puntos 1 y 2), la Observación General Nº 4 (derecho a la vivienda)[13] y los Principios de Limburgo (especialmente 25 y 72)[14] son

10- **Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. 6.** Al igual que los derechos civiles y políticos, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos...

Las obligaciones de conducta y resultado. 7. Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. (...) La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa.

Obligaciones mínimas esenciales. 9. 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.(...) Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

Políticas Estatales. 11. Existe una violación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando un Estado lleva a cabo, por acción u omisión, cualquier política o práctica que intencionalmente viola o ignora las obligaciones previstas en el Pacto, o cuando no alcanza la correspondiente norma de conducta o resultado establecida.

11- 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna...
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

12- 1. El Comité observa que en general y dentro del marco que en él se fija el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Ello se desprende claramente de varios artículos (por ejemplo, el artículo 3, al cual se refiere el Comentario Nº 4/13 que figura a continuación), pero, en principio, dicho compromiso se refiere a todos los derechos reconocidos en el Pacto.

2. A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto. Con este objeto, debe publicarse el Pacto en todos los idiomas oficiales del Estado y deben adoptarse medidas para familiarizar a las autoridades competentes con su contenido como parte de su formación. También conviene dar publicidad a la cooperación del Estado Parte con el Comité.

13- El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1, del artículo 11º, del Pacto). 1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11º del Pacto, los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Reconocido, de este modo, el Derecho Humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14- 25. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas.
72. Un Estado Parte incurre en una violación del Pacto, inter alia, si:
• no toma alguna medida que le es requerida por el Pacto;
• no elimina rápidamente los obstáculos a que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de

pautas que deben guiar las políticas públicas en relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De acuerdo con estas pautas, el Estado no solo debe respetar, sino que debe asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales, para lo cual debe plasmar en su programa de gobierno —expresado en el presupuesto— los programas y cursos de acción necesarios para desarrollar esos derechos. La AGCBA, desde el control externo que efectúa, debería procurar que el Estado local no pierda de vista esta perspectiva, que permita el aseguramiento y el resguardo de los derechos fundamentales.

II.2. La Auditoría debe realizarse en tiempo oportuno

Podríamos también decir que la Auditoría debería realizarse en tiempo real. Si bien "no sirve hacer la historia de los errores de la Administración",[15] el control tiene que servir para lograr eficiencia en la administración; y, para que sus recomendaciones permitan corregir y, eventualmente, cambiar las políticas de la administración que son auditadas.

Como dice Marcer: "Hay que llegar con el control antes de que se produzca el agotamiento del acto por cumplimiento de su objeto, si no este control pasa a ser lírico, por no ser efectivo...".[16]

II.2.1. Aplicación en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

De la página web de la AGCABA y, circunscribiéndonos solamente al análisis de las Auditorías referidas al cumplimiento por parte del GCBA de los programas o políticas en los que se encuentran involucrados los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, surgen los siguientes datos:

- **Diciembre 2013.** Hospital General de Agudos Dr. Enrique Tornú. Seguimiento. Efectuar el seguimiento de observaciones y recomendaciones formuladas en el Proyecto Nº 3.09.10. Hospital General de Agudos Dr. Enrique Tornú. Auditoría de Gestión. **Período 2008**. Según los resultados, el 52% de las observaciones estuvieron resueltas satisfactoriamente, el 12% tenía un grado de avance incipiente, mientras que el 33% su grado de avance fue insatisfactorio. El 3% de las observaciones no fueron aplicables debido a la normativa en vigor.
- **Diciembre 2013**. Se audita la Dirección General de Planeamiento Educativo. Programa 13: Planeamiento Educativo. Actividad 3: Investigación y estadística. Evaluar la adecuación de los recursos al cumplimiento de los objetivos institucionales en términos

un derecho;
• no aplica sin demora un derecho a que está obligado a garantizar de inmediato conforme al Pacto;
• incumple intencionalmente una norma mínima internacional de realización ampliamente reconocida y cuya efectividad está dentro de sus posibilidades;
• impone una limitación a un derecho reconocido en el Pacto en contraposición con lo estipulado en el Pacto;
• retrasa o interrumpe intencionalmente la realización progresiva de un derecho, al menos que se actúe dentro del contexto de una limitación admitida por el Pacto o por razones de la falta de recursos disponibles o de fuerza mayor;
• no presenta informes, tal como lo estipula el Pacto.

15- LAMBERTO, O., *Salir del Laberinto. El control público en la Argentina*.

16- MARCER, E., "El control administrativo y legislativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial", Jornadas organizadas por la Universidad Austral.

de eficacia y eficiencia. **Período 2012**. Limitaciones al alcance: La Dirección General de Evaluación de la Calidad Educativa no proveyó la matrícula final de 2012 por encontrarse en procesamiento. Se observa que el área no releva la totalidad de los datos estadísticos del sistema educativo, lo cual supone la ausencia de una herramienta imprescindible para medir y evaluar la gestión e implica el incumplimiento de las responsabilidades asignadas. Por otro lado, los datos estadísticos deberían ser consistidos en forma oportuna. Se advierte una falta de articulación y coordinación entre el organismo auditado y la Dirección General de Tecnología Educativa en la administración de los datos estadísticos, lo que dificulta el cumplimiento de las responsabilidades de las áreas.[17]

- **Diciembre 2013.** Evaluar el grado de cumplimiento de los fines y objetivos de la Ley Nº 778 (compras

17- Conclusiones:
1. A partir de 2009 fueron discontinuados los operativos de Relevamiento Estadístico de Matrícula Inicial y Final de los establecimientos escolares dependientes de Gestión Estatal y se reiniciaron en 2012.
2. No se proporcionaron los datos correspondientes al relevamiento de la matrícula final de 2012 por no encontrarse procesada (ver Limitación al Alcance).
3. En 2012 no se realizó el relevamiento estadístico de la matrícula inicial y final en el área de Educación Especial.
4. En 2012 no se realizó relevamiento estadístico de la matrícula inicial y final en el área de Adulto y Adolescente, y de Educación y Trabajo.
5. No se realiza relevamiento estadístico de matrícula inicial y final en los establecimientos educativos dependientes de la Dirección General de Educación de Gestión Privada.
6. Los datos de matrícula inicial relevados en 2012 son incompatibles entre sí, debido a que los sistemas utilizados para su carga no contienen las mismas variables, lo cual afecta la calidad de los datos.
7. Se detectaron diferencias entre la información de la matrícula inicial 2012 suministrada por la DGECE y la enviada por la DGTE:
a. En el nivel inicial, se detectaron 673 alumnos más en la base de datos de la DGECE y se advirtió que se encuentran repetidos los ID de los alumnos.
b. En el nivel medio común, hay 903 alumnos más en la base de datos de la DGTE.
c. En el nivel medio común, se detectaron dos establecimientos escolares que no contienen datos de matrícula en la base de datos proporcionada por la DGTE.
d. En el nivel medio (Educación Artística), se detectó una diferencia de 2965 alumnos más informados por la DGTE que los informados por la DGECE y se advirtió que seis establecimientos escolares (que tendrían diversas modalidades educativas y/o planes de estudio y/o secciones y/o turnos) no se encuentran en la base de datos proporcionada por la DGECE, con lo cual no fue relevada su matrícula.
8. Se detectaron diferencias entre la información de la matrícula inicial de 2012 proporcionada por la DGECE y la informada por las respectivas áreas, a saber:
a. Respecto de la Dirección del Área de Educación Inicial, se detectaron 3964 alumnos matriculados menos en la base de datos de la DGECE.
b. Respecto de la Dirección del Área de Educación Primaria, se detectaron 1587 alumnos matriculados más en la base de datos de la DGECE.
c. En el nivel medio (Educación Técnica), no coincide la matrícula informada por la DGECE con la informada por el área, que registra 251 alumnos matriculados más.
9. En el nivel medio (Educación Técnica), se detectó un establecimiento escolar cuyo domicilio no coincide en la oferta educativa del GCBA y el informado por la DGECE.
10. En el nivel medio común, difieren las comunas donde se ubican dos establecimientos escolares, según la información proveniente de la DGTE y la información que figura en la oferta educativa de la página web del GCBA.
11. La DGECE no provee información oportuna del sistema educativo que permita a las áreas efectuar el seguimiento de indicadores educativos y efectuar su correspondiente evaluación de gestión.
12. Se detectaron inconsistencias en la información proporcionada por el organismo auditado en relación con el personal que desempeñó tareas en 2012, ya que no coincide el listado de personal informado con el organigrama acompañado.
Conclusión: Se observa que el área no releva la totalidad de los datos estadísticos del sistema educativo, lo cual supone la ausencia de una herramienta imprescindible para medir y evaluar la gestión, e implica el incumplimiento de las responsabilidades asignadas.
Por otro lado, los datos estadísticos debieran ser consistidos en forma oportuna.
Se advierte una falta de articulación y coordinación entre el organismo auditado y la Dirección General de Tecnología Educativa en la administración de los datos estadísticos, lo que dificulta el cumplimiento de las responsabilidades de las áreas.

directas que los entes públicos contratantes, definidos en el artículo 1º de la ley, están autorizados a realizar a las organizaciones privadas compuestas por personas con necesidades especiales). **Período 2011**. La ausencia de compras a los Talleres Protegidos de Producción reveló la escasa difusión de la Ley Nº 778. Asimismo, no se observa, a los efectos de cumplir con los objetivos de la ley, la articulación de comunicación entre los Ministerios y la Dirección General de Compras y Contrataciones, de acuerdo con lo exigido por el artículo 12 del Decreto Reglamentario Nº 2677/03. Se advierte una falta de aplicación de la normativa y, como consecuencia de ello, la AGCBA no ha podido verificar el cumplimiento de los fines y objetivos de la mencionada ley.

- **Diciembre 2013**. Emitir opinión sobre el Cuadro de Ahorro, Inversión y Financiamiento que integra la Cuenta de Inversión 2010. **Período 2010.**[18]

- **Diciembre 2013**. Efectuar el seguimiento de observaciones y recomendaciones formuladas en el Proyecto Nº 3.07.02b. Hospital General de Agudos Donación F. Santojanni. Auditoría de Gestión. **Período 2006**. Según los resultados obtenidos, el 17,6% de las observaciones estuvieron resueltas satisfactoriamente, el 29,4% tenía un grado de avance incipiente, mientras que en el 53% su grado de avance fue insatisfactorio.

En principio, vemos que los informes no son presentados en tiempo oportuno, lo que produce que no se corrija la política pública auditada y menos aún que se cubran las necesidades básicas de las personas.

II.3. El Estado debe ser transparente.

No puede auditarse la gestión de un Estado que presenta opacidades en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas públicas. En efecto, "el Estado —por definición— tiene que ser transparente, puesto que recibe en consignación recursos de la sociedad para devolverlos en bienes y servicios. [...] el Estado debe ser

18- Conclusiones: La omisión en las fuentes de financiamiento del registro de Letras del Tesoro por $ 539,36 millones y la falta de exposición de $ 774,56 millones, provenientes de la inversión en Lebacs en las aplicaciones financieras, alteraron el resultado final equilibrado presentado en el CAIF 2010, originándose una diferencia negativa de $ 235,21 millones. Como consecuencia de lo señalado, la presentación de un presupuesto equilibrado por parte de la Contaduría expuesta en el CAIF 2010 no se corresponde con las omisiones mencionadas en el presente informe, ya que el endeudamiento observado no contó con una planificación adecuada que permita prever las necesidades financieras del ejercicio y la capacidad operativa para ejecutar los fondos. De esta manera, los excedentes de fondos originados por la colocación de Letras del Tesoro produjeron un incremento de las disponibilidades que tuvieron como destino la adquisición de Lebacs u otras inversiones similares, no respetando los fines previstos por la Ley Nº 70. Por otra parte, del análisis realizado sobre el Cuadro de Ahorro, Inversión y Financiamiento presentado en el Tomo Nº 1 de la Cuenta de Inversión 2010, surge un marcado contraste entre la exposición de los rubros sobre y bajo la línea. Mientras que las cuentas de Ahorro e Inversión que surgen de los registros presupuestarios mantienen su criterio de exposición y son consistentes con el resto de los Estados incluidos en la Cuenta de Inversión, la cuenta de financiamiento presenta constantes cambios en los criterios de exposición, inconsistencias con el Estado de Flujo de Efectivo de la Administración Central y significativas diferencias entre los rubros y montos del presupuesto.

absolutamente transparente y rendir cuentas a la sociedad, de manera sistemática, de lo que está haciendo".[19]

A pesar de que la palabra 'transparencia' es una de las más usadas al referirnos a la acción gubernamental, es también una de las más difíciles de definir. Transparencia Internacional considera que: "La mejor estrategia para abordar las formas cada vez más variadas en que se manifiesta la corrupción política es generando demanda pública de integridad en la toma de decisiones políticas, y empoderando a la sociedad civil para que controle los flujos de dinero en la política".

Lo cierto es que siempre que hablamos de transparencia debemos referirnos a otros dos vocablos: corrupción y rendición de cuentas.

Un orden democrático refiere a la construcción de un sistema de pesos y contrapesos para garantizar que el gobierno rinda cuentas de sus actos y de sus decisiones, los que, ineludiblemente, deben ser públicos para evitar la apropiación privada de los asuntos públicos.

Esto se traduce en acciones concretas, en principio, mediante un esquema que obliga a la rendición de cuentas de manera horizontal y vertical: horizontal, por los contrapesos entre instituciones y organizaciones que se vigilan y se controlan mutuamente; y vertical, por la doble vía que los americanos llaman *top-down* y *bottom-up*: de un lado, las jerarquías de arriba hacia abajo, que controlan y exigen cuentas claras a los subordinados, y del otro, los ciudadanos, las organizaciones y las empresas que —de abajo hacia arriba— quieren ser informados sobre lo que está haciendo el gobierno. La transparencia se traduce así en un complejo y aún barroco sistema de redes en el que todos controlan a todos, y todos les piden y les rinden cuentas a todos. De modo que, lo que, en principio, parece sencillo de reclamar se convierte en la práctica en una ardua ingeniería institucional que, a su vez, produce nuevos dilemas.[20]

II.4. Los informes de Auditoría deben difundirse

Para que la comunidad pueda participar en forma responsable, debe tener acceso a la información pública de forma prioritaria. Sin información no hay participación.

Es indispensable efectuar el seguimiento de las recomendaciones. La falta de seguimiento de las recomendaciones de los órganos de control es uno de los inconvenientes más serios que se presentan; y, aquí, también es oportuno tratar de involucrar a la sociedad civil en la tarea de seguimiento.

Entiendo que esta recomendación está estrechamente ligada a la oportunidad de los informes, ya que, cuando estos son extemporáneos, es poco lo que la incidencia de la sociedad puede lograr.

II.5. Auditoría de Gestión

La tarea de control debe evolucionar del control clásico legalista normativo, basado en la verificación de procedimientos, para pasar a un control de gestión por resultados; que implica una forma "moderna" de control y se efectúa a partir de indicadores de desempeño, que requieren "una redefinición de la administración financiera con énfasis en las variables reales e

19- MAKÓN, M., "La reforma administrativa del Estado. El control público en la Argentina", Jornadas, 2002.

20- O'DONNELL, G., "Horizontal Accountability and New Polyarchies", Kellogg Institute for International Studies, Working Paper Nº 253, abril de 1998.

indicadores que permitan identificar y mejorar los resultados e impactos logrados".[21] El control, entonces, debe perseguir la eficiencia, economía y eficacia, por lo que "es necesario indagar si los recursos se emplean de modo adecuado, alcanzando los objetivos, y con el menor gasto posible, todo lo cual conforma el denominado control de gestión o control por resultados, que es señalado como una condición esencial en la Nueva Gestión Pública...".[22]

Resulta deseable que las administraciones públicas democráticas diseñen sus políticas públicas sobre la base de los valores, principios y derechos que constituyen la columna vertebral de nuestra Constitución. Bidart Campos, refiriéndose particularmente al presupuesto, entiende que nuestra Constitución Nacional —después de la reforma de 1994— se enrola en este concepto cuando en el art. 75 inc. 8º estipula que el Congreso fija anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos sobre la base del Programa General de Gobierno y el Plan de Inversiones Públicas. Pero, sostiene que, sobre ese Plan de Gobierno y Plan de Inversiones Públicas, "planea todo el conjunto de principios, valores y derechos personales que, año tras año, indican cuáles necesidades sociales muestran prioridad para subsanar males y promover bienes".[23]

En adición a esto, señala que:

> El hecho de que la actuación de unas administraciones sea solidaria con aquellos sectores o ámbitos territoriales que no disponen de recursos suficientes para alcanzar una calidad de vida digna; el hecho de que "los individuos y los grupos en que se integran" puedan participar de manera efectiva en el diseño y puesta en práctica de las decisiones y políticas públicas acaban sin dudas influyendo en la percepción sobre la legitimidad de la actuación de unos poderes públicos que han situado a la participación democrática entre uno de sus valores fundamentales; o la sensación de que las decisiones del Ejecutivo responden mayoritariamente a la voluntad de la ciudadanía...; son todos ellos parámetros que, sin dudas, influyen en la evaluación de la actuación de los poderes públicos, y que hemos de reconocer que quedan lejos de parámetros estrictamente de eficiencia o de cumplimiento de la legalidad.[24]

Por eso, al control de gestión por resultados, economía y eficacia debería sumarse el control social; es decir, formas de participación ciudadana que aseguren de manera eficiente una mejor relación entre el Estado y la sociedad, para garantizar la *accountability* horizontal, que controla día a día la acción de gobierno.

Cabe aclarar que cuando nos referimos a la *accountability* horizontal, tomamos la descripción que hace O'Donnell:

> La existencia de agencias estatales que tienen autoridad legal y están tácticamente dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones

21- LERNER, E. R., *Organismos de control externo. Condiciones para las Auditorías de gestión. Un análisis comparado entre EE.UU. y la Argentina*.

22- GRILLI, S. M., *op. cit.*

23- DALLA VIA, A. R., *Estudios sobre Constitución y Economía*.

24- SUBIRATS, J., *op. cit.*

de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitos. [25]

Volviendo a la idea de que el tipo de control que se requiere por parte de los EFS es el control de gestión de resultados, estas entidades pueden tener una serie de ventajas, tales como: eficacia en prevenir o disuadir acciones ilegales de los organismos que supervisan; pueden invocar criterios profesionales —antes que políticos o partidarios—; pueden analizar —como organismos técnicos que son— complejas cuestiones de políticas públicas. Pero para que pueda desarrollar estas capacidades, "también es necesario que exista una red de agencias estatales culminando en los tribunales superiores, comprometidas en la preservación y acatamiento de la *accountability* horizontal, en caso de necesidad contra los más altos poderes del Estado".[26]

II.6. Coordinación

Para que el control sea más efectivo, debería articularse con otros organismos de control tales como la AGN —en el ámbito nacional—; y, los organismos de control interno, la Defensoría del Pueblo, etcétera —en el ámbito local—.

Esa coordinación entre los demás controles interórganos es esencial. Resulta fundamental, entonces, que estos tengan —en la realización del ciclo de control— "real participación, para que la labor del organismo de control no se trunque por falta de efectivización de la responsabilidad —en sus diversos aspectos— para defender el caso ante el Poder Judicial de la Nación".[27]

II.7. Integración de la sociedad civil

Cuando hablamos de integración de la sociedad civil, nos referimos a la participación ciudadana. Sin embargo, en sociedades con altos índices de pobreza y exclusión, donde existe una baja calidad institucional, es muy difícil que esa participación pueda desarrollarse plenamente, lo cual también debilita el control social que podría fortalecer el control del Estado.

Abramovich considera que deben tenerse en cuenta dos aspectos cuando se trata de fortalecer la participación ciudadana en el control de la actividad del Estado: el acceso a la justicia y el acceso a la información. El acceso a la justicia se realiza a través de la incentivación de los procesos colectivos en causas de interés público. Por su parte, el acceso a la información se lleva a cabo mediante el dictado de leyes, que permitan transparentar los actos de gobierno y detectar, en consecuencia, los casos de corrupción.

II.8. Independencia del auditor

Los integrantes de los organismos de control deben ser independientes. No deberían mezclarse sus intereses particulares o pertenencias partidarias con la tarea de control. La politización o partidización del control, inevitablemente, hacen perder confianza en su ecuanimidad.

II.9. Formación profesional

25- O'DONNELL, G., "*Accountability* horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política", artículo publicado en *POSTData*, Revista de reflexión y análisis político, Nº 7, Buenos Aires, mayo de 2001, pp. 11-34.
.

26- O'DONNELL, G, *op. cit.*

27- SCHAFRIK, F., *La creación de la Auditoría General y su incidencia en el mejoramiento externo del presupuesto*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

Es necesario que el personal de los EFS sean profesionales competentes,[28] capacitados para su tarea —y no que se encuentren ocupando un puesto por favores políticos o sin la suficiente capacitación que les permita desarrollar con éxito su tarea—. La naturaleza sistémica del control que debe llevar a cabo el auditor requiere una importante exigencia de capacitación.

La calidad en el trabajo de Auditoría se garantiza con la capacitación. "Los recursos humanos en los organismos de Control constituyen un porcentaje muy alto del presupuesto. Es deseable que la mayor proporción de esos recursos humanos esté directamente vinculado a las tareas de control."[29]

II.10. Autonomía presupuestaria

Le permite, también, tener autonomía respecto de otros poderes del Estado y fortalecer su institucionalidad. En tal sentido, recordemos que el art. 135 de la Constitución de la CABA dota a la AGCABA de autonomía funcional y financiera. A su vez, la Ley Nº 70 establece en su art. 135 que el Poder Ejecutivo deberá remitir —en tiempo y forma— a la Auditoría General de la Ciudad los recursos que esta le solicite, para el efectivo cumplimiento de sus competencias, dentro de la asignación presupuestaria, por lo cual —por lo menos, en teoría— contaría con los recursos necesarios para desarrollar sus tareas.

II.11. Reforzar la función jurídica de los órganos de control

A diferencia de la AGN, a la Auditoría de la Ciudad sí le es concedida la legitimación procesal. Sin embargo, existen muchos casos en que, a pesar de detectar irregularidades, aquella legitimación no es ejercitada.[30]

En efecto, en una publicación efectuada por la revista de la RAP,[31] se manifiesta que, además de presentar otras falencias, la AGCBA no ejercita la legitimación procesal concedida constitucionalmente para investigar o cuestionar las irregularidades detectadas, aunque entrañen vulneración de derechos fundamentales.

Cita, por su parte, casos en los que esa legitimación debería ejercerse. Por ejemplo, en el ámbito de la **Salud,** los informes de Auditoría publicados en la página web de la AGCBA respecto de varios hospitales (**Vélez Sársfield, Rivadavia, Pirovano, Piñero**) —que indican la falta de insumos y equipamiento; carencia de profesionales; reducción de camas; falta de energía; ausencia de camas para terapia intensiva; cierre de servicios por infecciones intrahospitalarias—, muestran un panorama sombrío respecto del sistema de Salud.

En el ámbito de la **Educación**, en el Informe Final Nº 2/11/02 "Dirección General de Infraestructura, Mantenimiento y Equipamiento del Ministerio de Educación", se detectan diversas subjecuciones presupuestarias en los incisos correspondientes a "Construcciones" (el 17,10% equivalente a $ 22.369.956) y "Extensión Educativa y Recreativa" (el 41,57%). En el Informe Final Nº

28- Las competencias son las capacidades, conocimientos, habilidades y aptitudes adquiridas en el proceso de capacitación, pasibles de ser transferidas y aplicadas a la actividad profesional o al puesto de trabajo y visualizadas en términos de sistema articulado (LERNER, E. R., "Gobernanza, credibilidad y rendición de cuentas. El control público en la Argentina", Jornadas, 2002).

29- LERNER, E. R., *op. cit.*

30- FERNÁNDEZ, B., "La Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires y los derechos fundamentales", Sección doctrina, *Revista RAP,* p. 421.

31- FERNÁNDEZ, B., *op. cit.*

2/10/03 referente a "Becas Educación Media", se advierte una significativa reducción presupuestaria (el monto original de $ 85.500.000 es reducido en $ 16.860.953, y al cierre del ejercicio quedaron $ 1.131.840, que no se cobraron y equivalen a 912 becas). Todo ello, a contracara de la progresividad de los DESC.

Tampoco acciona judicialmente la Auditoría en ocasión de dictaminar respecto de la cuenta de inversión de los fondos públicos, a pesar de la reiteración de irregularidades que se detentan. Claro que, la presentación tardía de tales informes dificulta aún más la posibilidad de ejercer esa legitimación. Se cita, a título ilustrativo, que recién en 2011 se dictamina respecto de la cuenta de inversión de 2008, y se enfatiza respecto de la recurrencia de observaciones ya efectuadas en informes precedentes.

También, omite actuar ante el incumplimiento de los funcionarios controlados, quienes muchas veces, al no proveer la información o documentación requerida, obstaculizan o impiden que se efectúe el control.

Conclusiones

En definitiva, el control presupuestario oportuno; el control de resultados de la gestión, la independencia de los auditores; la articulación con la sociedad civil y otros organismos de control; la capacitación permanente y la calidad técnica de los cuadros que integran la Auditoría; resultan esenciales para mejorar su rol institucional y contribuir a que se satisfagan los derechos sociales fundamentales. Estas premisas se presentan en forma deficiente en la AGCABA. Sin perjuicio de que sus informes son posteriores a la gestión auditada, su falta de oportunidad los vuelve muchas veces inoperantes. El hecho de que su personal no escape a los vicios de la política local, atenta contra la calidad de los informes. Por su parte, para que el control pueda efectuarse plenamente es necesario que el Estado local también compatibilice su presupuesto y adecue su gestión a la posibilidad de mostrar los resultados que obtiene; y, por ende, las metas de sus políticas públicas, para posibilitar la imprescindible transparencia al ser auditado.

Año 7
NÚMERO 11
JUNIO
DE 2017

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

EDICIÓN Y DISEÑO A CARGO DE LA DIRECCIÓN DE PRENSA

DIRECCIÓN DE PRENSA
LIC. LEANDRO BALASINI

EDICIÓN
LIC. SOFÍA DE GIOVANNI
LIC. FLORENCIA DI SANTO
CATALINA LANÚS
LIC. ANA MANGIALAVORI
LIC. DIANA NIKUTOWSKI
DR. GABRIEL SENA

CORRECTORA
PATRICIA ANDREA PORCHIA

DISEÑO
DISEÑADOR GRÁFICO MARCELO MIRAGLIA
DISEÑADORA EN COMUNICACIÓN VISUAL ANA INÉS PENAS
DISEÑADORA AUDIOVISUAL GLENDA ROSS
DISEÑADORA EN COMUNICACIÓN VISUAL FLORENCIA SISTI

FOTOGRAFÍA Y CONTENIDOS DIGITALES
REALIZADORA AMANDA CELI
GUILLERMO FERNÁNDEZ
MARIANO FERNÁNDEZ
LUCIA TORREZ

EQUIPO DE PRENSA
ÁNGEL ABERBACH
MARIANA CÁCERES
PABLO CHERNOMORETZ
LIC. MARIANA DOMÍNGUEZ
SALOMÉ FARÍAS
MARIANELA NAPPI
LIC. CAROLINA NAHON
RAQUEL PANNUNZIO
JIMENA FERNÁNDEZ REARTE
AIXA RIZZO
LIC. MARTINA TARELLI

Publicación del ***Ministerio Público de la Defensa*** *de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría General. Edificio Dr. Arturo Enrique Sampay, México 890 (CABA).*

Comentarios, sugerencias y colaboraciones:
prensa.defensoria@jusbaires.gob.ar

NÚMEROS ANTERIORES

Año 1 - NÚMERO 1 - MARZO DE 2011 - Buenos Aires - Argentina

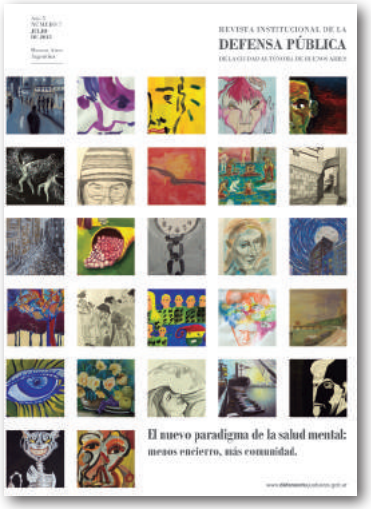
Año 1 - NÚMERO 2 - DICIEMBRE DE 2011 - Buenos Aires - Argentina

Año 2 - NÚMERO 3 - AGOSTO DE 2012 - Buenos Aires - Argentina

Año 3 - NÚMERO 4 - MAYO DE 2013 - Buenos Aires - Argentina

Año 3 -NÚMERO 5 - DICIEMBRE - DE 2013 - Buenos Aires - Argentina

Año 4 - NÚMERO 6 - DICIEMBRE DE 2014 - Buenos Aires - Argentina



Año 5 - NÚMERO 7 - JULIO DE 2015 - Buenos Aires - Argentina

Año 6 - NÚMERO 8 - FEBRERO DE 2016 - Buenos Aires - Argentina

Año 6 - NÚMERO 9 - JULIO DE 2016 - Buenos Aires - Argentina

Año 6 - NÚMERO 10 - SEPTIEMBRE DE 2016 - Buenos Aires - Argentina

"Esta edición de 2.000 ejemplares se terminó de imprimir en junio de 2017 en Safe Establecimiento Gráfico, Rivera Indarte 3299, CABA, Argentina"