

REPENSAR EL DERECHO PRESUPUESTARIO EN EL SIGLO XXI

Horacio CORTI*

SUMARIO: I. *Las finanzas públicas desde la lógica constitucional. La Constitución financiera.* II. *Sentido y finalidad de la actividad financiera pública.* III. *El concepto de necesidad pública como obstáculo epistemológico.* IV. *La unidad constitucional del derecho financiero. Principios y conceptos comunes.* V. *La ley de presupuesto como eje de la Constitución financiera.* VI. *La reconfiguración de toda la lógica constitucional.* VII. *La apertura del derecho financiero.* VIII. *Ley de presupuesto y derechos humanos.* IX. *El derecho internacional de los derechos humanos.* X. *Dos modelos de argumentación judicial.* XI. *La experiencia comparada entre ambos paradigmas de argumentación.* XII. *Sistematización de la problemática presupuestaria en los procesos judiciales.*

Este maravilloso Congreso Internacional sobre presupuestos públicos y derechos humanos que estamos protagonizando en la Universidad de Morelos, Cuernavaca, organizado por grandes amigos mexicanos, es una buena oportunidad para sintetizar algunas investigaciones iniciadas hace ya más de dos décadas y para señalar a su vez algunos nuevos caminos de desarrollo.¹

Señalaba Álvaro Rodríguez Bereijo en su monografía sobre el derecho presupuestario de la década del setenta del siglo pasado: “El derecho presupuestario que corresponde a la fase histórica del Estado social de Dere-

* Doctor en derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; defensor general del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico: hcorti@jusbaire.gov.ar.

¹ Los primeros trabajos iniciados en 1994 dieron lugar a un primer texto, *Derecho financiero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Una visión sistemática está expuesta en *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007. Luego editamos una obra colectiva y comparatista en dos volúmenes: *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010 (con la colaboración de Mercedes Casás y Victoria Álvarez). Allí incluimos el ensayo “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero”, pp. 637 y ss.

cho y las nuevas orientaciones de la ciencia financiera, superación del viejo derecho presupuestario liberal burgués del siglo XIX, cuyos ecos todavía perduran, está en gran medida por hacer”.²

El juicio de Rodríguez Berejio conserva su actualidad. El presupuesto fue en lo esencial pensado en el marco del Estado legal de derecho. Aún es una tarea pendiente construir un derecho presupuestario acorde a las características del Estado social y democrático de derecho. Muchas son las modificaciones que este Estado implica. De todas ellas, el punto decisivo consiste en la profundización del sistema de derechos fundamentales.

Es preciso repensar el derecho presupuestario desde su raíz misma, asimilando una rica tradición jurídica (que se encuentra sintetizada simbólicamente en el debate sobre la naturaleza de la ley de presupuesto y que tiene un hito doctrinario en el ensayo de Paul Laband de 1871) pero reinterpretándola a la luz de la arquitectura del Estado constitucional de derecho contemporáneo.

El paradigma del Estado social y democrático de derecho, que es hoy el trasfondo constitucional común de nuestra cultura jurídica, impone volver a pensar todas las instituciones jurídicas, entre ellas el presupuesto del Estado.

El constitucionalismo europeo de posguerra forjó diversas fórmulas para referirse a peculiaridad del Estado de derecho que se estaba conformando: República democrática basada en el trabajo (Constitución de Italia de 1947, artículo 1o.); Estado federal democrático y social (Ley Fundamental de Alemania de 1949, artículo 20.1.); Estado social y democrático de derecho (Constitución de España de 1978, artículo 1.1.). Otras tantas expresiones han sido utilizadas en el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas.

Y no se trata de fórmulas sin consecuencias jurídicas, como lo muestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán al considerar derechos sociales incluidos en el concepto de Estado social (véase caso Hartz IV del 9 de febrero de 2010).³

Hay tres hechos adicionales que es preciso hoy tener en cuenta para repensar el derecho presupuestario contemporáneo.

Primero, la crisis del Estado de bienestar y las diferentes respuestas generadas ante esa situación, en general tendientes a dismantelar las institu-

² Rodríguez Berejio, Álvaro, *El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario*, Madrid, Tecnos, 1976.

³ Tenorio Sánchez, Pedro, “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana”, *Estudios de Deusto*, Bilbao, vol. 59, núm. 2, junio-diciembre de 2011, pp. 127-167.

ciones jurídicas que concretizan dicho Estado y que se manifiestan como políticas de reducción del gasto público.

Segundo, la interrelación profunda entre los derechos nacional, comunitario e internacional. El derecho internacional es actualmente muy complejo. Uno de sus elementos centrales es el derecho internacional de los derechos humanos, estructurado en diversos sistemas (universal, regionales), con múltiples órganos (cortes, comités), que generan diferentes tipos de documentos (sentencias, observaciones generales, opiniones consultivas, informes), todo ello en íntima interacción con los derechos nacionales. Junto a ello hay que considerar el proceso comunitario europeo. Y en otro andarivel, de compleja relación con los derechos humanos, el derecho internacional de las inversiones.

Tercero, la aceleración de los diálogos entre diferentes sistemas jurídicos. Los tribunales tienen en cuenta, con diferentes modalidades, las sentencias de los tribunales extranjeros (o es motivo de debate explícito si deben considerarse o no dichas sentencias, como sucede en Estados Unidos). En las reflexiones doctrinarias tiene cada vez más peso el comparatismo. Los órganos internacionales también tienen en cuenta los argumentos de otros órganos (así por ejemplo la Corte Interamericana menciona en sus argumentos lo dicho por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos). Se propugna incluso el comparatismo como método de interpretación (Häberle).

Estos dos últimos puntos son los que resumimos con el término *global*. No se trata de un proceso histórico que genere un único derecho positivo llamado global, sino de una forma de destacar que el estudio de un problema jurídico hoy no puede hacerse sólo en el contexto de un derecho nacional sino que exige, por el contrario, tener en cuenta tanto la complejidad de las relaciones entre los derechos nacionales, comunitario e internacional, como las comparaciones entre las diferentes experiencias jurídicas nacionales.

En resumen, nuestro objetivo es repensar el presupuesto público a la luz del Estado social y democrático de derecho en el derecho global y en el contexto de la crisis del Estado de bienestar.

I. LAS FINANZAS PÚBLICAS DESDE LA LÓGICA CONSTITUCIONAL. LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA

Conceptualizar el presupuesto del Estado en los términos antes dichos requiere reflexionar sobre la actividad financiera pública (la hacienda o las finanzas públicas, de acuerdo a sus diferentes designaciones) como un todo.

Es necesario un cambio de paradigma más amplio, que reformule la lógica financiera en su conjunto.

La clave en la materia consiste en enfocar las finanzas públicas como uno de los elementos fundamentales de la Constitución. La propia lógica conceptual constitucional requiere pensar cómo se financian las instituciones que se establecen.

Dicho subsistema de financiamiento se denomina Constitución financiera. Esta expresión surge en Alemania (*Finanzverfassung*) para referirse a las cláusulas financieras.⁴ Luego se difundió la expresión en otras tradiciones nacionales, así hoy en Italia: *Costituzione Finanziaria* o en Brasil: *Constituição Financeira*.⁵ En Francia, paralelamente, se habla de bloque constitucionalidad de las finanzas públicas. La expresión también se ha difundido en España.⁶

Varias distinciones aquí se imponen. Puede hablarse de Constitución financiera en un sentido débil y uno fuerte.

En un sentido débil sólo es un término que designa 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.

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 más profunda que pone de manifiesto una arquitectura jurídico-constitucional financiera.

⁴ “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 de 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, Ángeles, “La financiación de los Länder”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 32, 2006, p. 234. Véase también, Martul-Ortega, Yebra, Perfecto, *Constitución financiera española. Veinticinco años*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 65.

⁵ Morrone, Andrea, *La costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2015; Taveira Torres, Heleno, “Direito constitucional financeiro. Teoria da Constituição Financeira”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2014.

⁶ Véase el reciente texto de Rodríguez Bereijo, Álvaro, *La Constitución fiscal de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

Aquí también hay dos posibles puntos de vista. Una perspectiva descriptiva, que se limita a constatar si en una Constitución determinada está o no presente la referida Constitución financiera. Y una perspectiva normativa, que se interroga sobre si resulta justificado o legítimo que una Constitución incluya una Constitución financiera.

En cuanto al primer plano 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 a los variados derechos positivos.

Sobre lo segundo resulta evidente que si una Constitución pretende ser real, viviente, efectiva en el mundo empírico de la sociedad, tiene que pensar cómo se financia.

La presencia de una Constitución financiera es consecuencia de la pretensión de efectividad empírica que es inherente a las constituciones.

Ambos puntos de vista se entrelazan. La conciencia de los constituyentes sobre la centralidad de la financiación los ha llevado a incluir en los textos constitucionales disposiciones sobre la hacienda pública.

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

II. SENTIDO Y FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA PÚBLICA

Propongo partir de la siguiente idea elemental: cualquier institución constitucional, si pretender ser real y 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 central de cualquier proyecto constitucional.

A las dos columnas vertebrales de las constituciones contemporáneas (las declaraciones de derechos y la organización del poder) hay que añadirle 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 muchas veces no parece darle a esta cuestión el peso que se merece. Un ejemplo notorio: la edición de un reciente manual de derecho constitucional con los expertos hoy más reconocidos que no dedica ningún capítulo a las cuestiones constitucionales financieras.⁷

De acuerdo a nuestro enfoque, la finalidad de las finanzas públicas es de índole constitucional: ser un medio para otorgarle efectividad a las instituciones de la Constitución. Hay un sentido teleológico de la actividad financiera pública.

III. EL CONCEPTO DE NECESIDAD PÚBLICA COMO OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO

Esto implica, en otro frente de disputa, controvertir un lugar común de las finanzas públicas, casi universal, según el cual la finalidad de la hacienda pública es la de satisfacer necesidades públicas.

Según desarrollé en varios lugares, el concepto de necesidades públicas es un obstáculo epistemológico para la comprensión constitucional de las finanzas públicas.⁸

IV. LA UNIDAD CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FINANCIERO. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS COMUNES

De aquí se desprende una consecuencia teórica de vasto alcance: la unidad del derecho financiero es de carácter constitucional. No es una razón interna a una rama jurídica. Por el contrario, dicha rama del derecho existe como tal como consecuencia de la lógica misma de la Constitución en cuanto proyecto que pretende realizarse.

⁷ Rosenfeld, Michel y Sajo, Andras, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁸ Remito a *Derecho constitucional presupuestario*, capítulo I, punto III.1. “La pérdida de relevancia jurídica del concepto de necesidad pública”.

No se trata sólo de la constitucionalización del derecho, noción de enormes consecuencias que ha profundizado Ricardo Guastini.⁹ La constitucionalización del derecho significa la penetración (la invasión) del derecho constitucional en cada lugar del ordenamiento. No puede pensarse ninguna institución jurídica (desde la familia hasta el acto administrativo) al margen de la Constitución.

Pero aquí estamos ante un fenómeno jurídico de otra envergadura. La hacienda pública es una pieza central de la propia Constitución. Es la lógica conceptual constitucional la que incluye un momento de reflexión financiera.

Y resulta sensato pensar que es esa lógica la que le da unidad al derecho financiero.

1. *La puesta en crisis de la autonomía del derecho tributario*

De lo anterior se sigue que ya no hay lugar teórico para afirmar la autonomía del derecho tributario. Esta autonomía era un elemento de la tradición jurídica latinoamericana, tal como se encontraba plasmada en las primeras jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) de 1956 en Montevideo. Según sus conclusiones: “1o. El derecho tributario tiene autonomía dentro de la unidad general del derecho por cuanto se rige por principios propios y posee institutos, conceptos y objeto también propios”.¹⁰

Ya no puede sostenerse el particularismo del derecho tributario, basado en principios y conceptos propios.

Hay una unidad conceptual del derecho financiero que tiene razones que no surgen de la propia rama jurídica (o de la propia disciplina doctrinaria) sino del derecho constitucional.

Se continúa, entonces, la tradición jurídica europea y latinoamericana que piensa de forma unitaria el derecho financiero, ahora sobre una base renovada y constitucional.¹¹

⁹ Guastini, Ricardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 49.

¹⁰ En las XXV Jornadas celebradas en Cartagena en 2010 se aprobó, en cambio, la ampliación del objeto de estudio del Instituto Latinoamericano del derecho tributario al derecho financiero o de la hacienda pública, véase Plazas Vega, Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 110.

¹¹ Esto significa seguir y profundizar las diferentes tradiciones que afirman la unidad y autonomía del derecho financiero. Para Italia, véase Amatucci, Andrea, “Las raíces de la concepción sustancial del derecho financiero público en Nápoles y en la Italia meridional”,

2. Principios constitucionales financieros

De aquí una segunda consecuencia: hay que pensar los principios constitucionales que son comunes a toda la actividad financiera del Estado.

Se abre un significativo campo de investigación: elaborar los principios constitucionales financieros y reelaborar los tradicionales principios constitucionales tributarios bajo una clave renovada.

Hay un conjunto de principios constitucionales comunes. La reserva de ley, claro.¹² Pero también la igualdad y los principios que, de acuerdo a las diferentes tradiciones jurídicas y constitucionales, regulan de forma sustancial las decisiones políticas: razonabilidad, equidad o proporcionalidad.

También hay conceptos comunes que implican reelaborar los tradicionales conceptos tributarios; así, el de capacidad contributiva, que es (y siempre lo fue, por lo demás) un genuino concepto financiero.

Esta visión pone fin a la tradicional asimetría conceptual entre gastos y recursos, destacada por ejemplo por Julien Valls:

La cuestión de la constitucionalidad material de los gastos públicos está poco estudiada por la doctrina francesa. Esta se concentra sobre los principios relativos a los ingresos públicos, y más particularmente sobre las normas relativas a los impuestos. Los gastos públicos sólo son abordados por el sesgo de sus aspectos formales, con el conjunto de principios aplicables al derecho presupuestario. Si estos últimos justifican perfectamente ese interés, no es menos cierto que cierta asimetría se hace lugar entre estos dos aspectos de las finanzas públicas: los ingresos son aprehendidos a la vez formal y materialmente, en tanto que los gastos sólo lo son desde un punto de vista estrictamente formal.¹³

en *Historia del derecho de la hacienda pública y del derecho tributario en Italia*, Italia, Temis, 2004; para España, Sainz de Bujanda, Fernando, *Sistema de derecho financiero I. Introducción*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977, vol. Primero, en particular capítulo III “Derecho Financiero”; para Francia, Philip, Loïc, *Les fondaments constitutionnels des finances publiques*, París, 1995; para Argentina, Asorey, Rubén, “El derecho tributario dentro del derecho financiero”, en García Belsunce, Horacio (dir.), *Tratado de tributación*, Buenos Aires, Astrea, 2003, t. 1, Derecho tributario, vol. 1, p. 25; para Colombia, Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, 3a. ed., Temis, 2016, t. I, Derecho de la hacienda pública.

¹² Martínez Lago, Miguel Ángel, *Ley de presupuesto y constitución*, Madrid, Trotta, 1998. En *Derecho constitucional presupuestario*, considero que varios principios tradicionales sobre el presupuesto son aspectos del principio de reserva de ley, cap. V, “El principio de reserva de ley”.

¹³ Valls, Julien, *Le contrôle des normes législatives financières par les cours constitutionnelles espagnole et française*, París, LGDJ, 2002, p. 107.

En las visiones clásicas la ley de presupuesto sólo era objeto de un estudio en términos de competencias y procedimientos. En cambio, los tributos eran objeto de un estudio sustancial mucho más profundo. Esa asimetría hoy ya no puede sostenerse.

Uno de los momentos centrales de la historia del derecho tributario consiste en el pasaje del tributo de relación de poder a relación jurídica. El tributo, en vez de vehiculizar una relación de dominio entre el Estado y un súbdito, se materializa en una obligación jurídica sujeta a pautas constitucionales.

El desafío actual consiste en hacer ese paso en el ámbito correlativo del presupuesto del Estado. La manera oblicua de enfocar al presupuesto como pura institución de poder, consiste en considerar que el Estado tiene una total discrecionalidad al momento de decidir cómo gastar los recursos públicos. Discrecionalidad en la selección de los gastos públicos no es más que reducir el presupuesto a una relación de poder.

Se trata de que todos los contenidos materiales de la Constitución se pongan en juego para la reformulación del presupuesto público y, en profundidad, del conjunto de la hacienda pública.

V. LA LEY DE PRESUPUESTO COMO EJE DE LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA

La institución central de la Constitución financiera es la ley de presupuesto. Lo señala con claridad Rodríguez Bereijo:

El núcleo central de la temática del derecho financiero no está constituido tanto por las relaciones jurídicas tributarias, sino también por la relación entre los ingresos y los gastos públicos, el verdadero eje central en torno al que gira el derecho financiero. Esta relación encuentra su expresión o se materializa en el presupuesto del Estado; de ahí que se haya afirmado con razón (aunque luego la doctrina no siempre haya deducido las consecuencias que lógicamente se deducen de ella), que la institución presupuestaria es la que da unidad y coherencia a la actividad financiera del Estado.¹⁴

Esta unidad se produce, a su vez, por las particularidades técnicas que caracterizan a la norma presupuestaria, como consecuencia de la historia política que le dio origen.

¹⁴ Rodríguez Bereijo, Álvaro, *Introducción al estudio del derecho financiero*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1976, p. 113.

Dos ideas están expresadas aquí. La primera: la singularidad técnica de la norma presupuestaria es la que le otorga un lugar preeminente en la Constitución financiera. La segunda: esa singularidad normativa tiene su origen en la historia política a través de la cual se fue gestando la institución presupuestaria tal como la conocemos hoy en día.

1. *La estructura normativa de la decisión presupuestaria*

La norma presupuestaria se caracteriza por ser la autorización legal de todos los gastos públicos, sobre la base de un cálculo de los recursos que se estiman recaudar, todo ello durante un período de tiempo.

Hay un operador deóntico (la autorización), un contenido (los gastos públicos), una forma jurídica (la ley) y una cobertura explícita (la estimación de los recursos).¹⁵

Se aprecia que este mecanismo técnico incluye la totalidad de la Hacienda Pública, ya que tienen que estar presentes, cada uno con una modalidad jurídica propia, todos los recursos y todos los gastos públicos.

Es la única institución financiera que permite visualizar la totalidad del fenómeno financiero público. Por eso es una institución privilegiada.

El presupuesto permite ver y articular la totalidad de la actividad financiera pública.

2. *La génesis histórico-política de la ley de presupuesto como institución*

En cuanto a lo segundo, sólo cabe destacar que la institución presupuestaria se va gestando de forma simultánea al Estado constitucional de derecho y, en particular, a la configuración, con las singularidades de cada historia nacional, de la división de poderes y la apropiación de potestades por parte de los órganos parlamentarios.

Como señala Eusebio González García: “El concepto jurídico de presupuesto es una idea relativamente reciente y... su afirmación en el derecho público se corresponde al nacimiento del Estado liberal de derecho”.¹⁶

¹⁵ Hay dos tareas aquí para realizar. Primero: volver a los debates de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera del XX (sintetizados por Álvaro Rodríguez Bereijo y Eusebio González García en sus clásicos estudios sobre el presupuesto) desde nuestra renovada óptica constitucional. Segundo: tomar en cuenta el desafío que plantea la visión que intenta pensar la ley de presupuesto como una obligación.

¹⁶ González García, Eusebio, *Introducción al derecho presupuestario. Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1973, p. 75.

Reflexiones semejantes son expuestas en la doctrina comparada. En Francia, por ejemplo, la hace Michel Bouvier: “Los parlamentos, principalmente en Gran Bretaña y Francia conquistaron su estatus político a través de la reivindicación y afirmación de prerrogativas financieras”.¹⁷

En Italia, Guido Rivosecchi: “La historia de la asamblea electiva se caracteriza esencialmente desde su origen por la reivindicación del control parlamentario sobre el *indirizzo* político-financiero y, fundamentalmente, sobre el ejercicio del poder de imposición fiscal y sobre la gestión del gasto público”.¹⁸

Para acumular poder financiero en las manos de los parlamentos se fue construyendo la institución presupuestaria en términos de autorización legal.

Así, por ejemplo, con respecto al régimen parlamentario europeo son ilustrativos los términos empleados por el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 3/2003:

La competencia de aprobar los presupuestos del Estado, como referencia primera e inmediata de la configuración constitucional de nuestras Cortes Generales, tras atribuirles el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, revela la esencialidad de la institución presupuestaria para el Estado social y democrático de Derecho en que se constituye, en el mismo art. 1.3 de la norma fundamental, la democracia parlamentaria española.

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

¹⁷ Bouvier, Michel, *Finances Publiques*, 4a. ed., París, LGDJ, 1998.

¹⁸ Rivosecchi, Guido, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione Italiana e Vincoli Europei*, Cedam, 2007, p. 9.

de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y, en este sentido, cumplían la función de control de toda la actividad financiera del Estado.

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

Un juicio semejante hace Kate Stith en el contexto del derecho constitucional norteamericano, caracterizado por un régimen político de carácter presidencialista, de fuerte incidencia en el derecho público latinoamericano:¹⁹

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

O de acuerdo, en fin, a lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-546/1996, que también se ha referido al asunto en una jurisprudencia por lo demás abundante en materia presupuestaria:

El principio de legalidad del gasto constituye uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. Según tal principio, corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana de gobierno. En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley sino que, además, deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas. No se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, regla que es la materialización del principio de la legalidad del gasto en el campo presupuestal. El

¹⁹ Stith, Kate, “Congress’ Power of the Purse”, *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 7, junio de 1988, p. 1343 (texto traducido en *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, pp. 109 y ss.).

presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos: de un lado, en el campo temporal, pues las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo; de otro lado, a nivel cuantitativo, pues las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y, finalmente, en el campo sustantivo o material, pues la ley no sólo señala cuánto se puede gastar sino en qué se deben emplear los fondos públicos. Por ello se considera que una obvia consecuencia de la legalidad del gasto es el llamado principio de “especialización”, donde se señala que no se podrá “transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto”. Esta norma constitucional está prohibiendo que el Gobierno utilice una partida de gasto aprobada por el Congreso para una finalidad distinta de aquélla para la cual ésta fue apropiada.

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

En otros términos: autorización (el aspecto estrictamente deóntico) y forma legal (intervención del parlamento) han sido dos aspectos indisolubles de la institución presupuestaria.

3. La doble función política de la ley de presupuesto: planificación y control

La historia, claro está, es mucho más compleja, pues ese poder financiero ha resultado compartido y las transacciones políticas también han quedado inscritas en la técnica presupuestaria. Ante todo, los ejecutivos son los que elaboran y presentan los proyectos de ley de presupuesto, y en ese acto exponen la visión política del gobierno.

Tal como también lo resume el Tribunal Constitucional español en la mencionada STC 3/2003:

De lo anterior se deduce que, incluyendo los presupuestos generales del Estado “la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal” (art. 134.2 CE) y constituyendo el “instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno”, mediante su “examen, enmienda y aprobación”, las Cortes Generales ejercen, como hemos dicho, una función específica y constitucionalmente definida a la que hicimos referencia en la STC 76/1992, de 14 de mayo [FJ 4 a)]. A través de ella, cumplen tres objetivos especialmente relevantes: a) Aseguran, en primer lugar, el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts. 9.1 y 66.2,

ambos de la Constitución); b) Participan, en segundo lugar, de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan; c) Controlan, en tercer lugar, que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el art. 31.2 CE, de una forma equitativa, pues el presupuesto es, a la vez, requisito esencial y límite para el funcionamiento de la Administración.

De ahí también las limitaciones que muchas Constituciones contienen sobre las potestades legislativas que pueden ejercerse respecto del proyecto de ley enviado por los poderes ejecutivos.

Pueden verse como ejemplo las Constituciones de España e Italia.

4. *La ley de presupuesto y las instituciones del Estado social y democrático de derecho*

Hoy en día el presupuesto involucra a *todos* los órganos públicos del Estado: a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Y esto, más allá de las diferencias institucionales en el derecho comparado. Es decir, más allá de la distinción entre parlamentarismo, presidencialismo y semipresidencialismo; más allá de la organización territorial (estados unitarios o federales) y más allá también de la forma de ejercer el control de constitucionalidad (difuso o concentrado, en este caso previo y/o posterior).

En primer lugar, los gobiernos son los que tienen a su cargo la elaboración del proyecto de ley de presupuesto. Los órganos Legislativos son los que deliberan y aprueban el presupuesto. Los Ejecutivos en los regímenes presidencialistas tienen el poder de veto. Los gobiernos, luego, reglamentan y ejecutan. También llevan a cabo un control interno. Las legislaturas a su vez hacen seguimientos y en su órbita actúan los órganos de control externo.

Pero a ello hay que sumar la creciente actividad de los tribunales, sean los tribunales constitucionales en los sistemas concentrados de control (España, Alemania, Italia, Francia), o los jueces en los sistemas difusos (Estados Unidos, Argentina).

Ya no hay lugar práctico para afirmar que los tribunales no conocen (y no deben conocer) sobre la materia presupuestaria en sus diversas facetas.

VI. LA RECONFIGURACIÓN DE TODA LA LÓGICA CONSTITUCIONAL

Ciertamente, no sólo el derecho financiero se ve afectado. Así como no puede ya pensarse el derecho financiero desde afuera de la Constitución, las

instituciones constitucionales tienen que repensarse a la luz de su integración con la reflexión financiera.

Hay que dejar atrás el reduccionismo financiero (donde se piensa el presupuesto al margen de la lógica sustancial constitucional) y el idealismo constitucional (donde se piensan las instituciones al margen de cómo se financian).

Tanto la teoría de los derechos fundamentales como la teoría de la organización del poder tienen que pasar por una reflexión sobre el financiamiento.

No se trata de capítulos constitucionales que se vinculan de forma extrínseca. Por el contrario, hay una conexión íntima entre el sistema de los derechos fundamentales, la organización del poder del Estado y la mecánica de financiamiento.

Se aprecia un debate en ámbitos doctrinarios simultáneos. Con el derecho constitucional al decir: “no se puede pensar la Constitución sin incluir la reflexión sobre el financiamiento”. Con el derecho financiero al conducirlo a una unidad de origen constitucional, disolviéndose así toda asimetría doctrinaria entre gastos y recursos, presupuesto y tributo.

1. Los deberes fundamentales. La capacidad contributiva. El principio de solidaridad

Esta reconfiguración tiene también consecuencias de largo alcance. La primera es la de enfatizar la importancia de los deberes fundamentales. El sistema constitucional de los derechos incluye deberes fundamentales. El principal es justamente de carácter financiero: el deber de contribuir.

Se trata de un deber que engloba todo el fenómeno financiero, pues, en síntesis, se trata del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo a la capacidad contributiva.²⁰

Hay un aspecto tributario (“contribuir”), un aspecto presupuestario (“gastos públicos”) y un concepto financiero común (“capacidad contributiva”).²¹ La capacidad contributiva es un concepto plenamente financiero.

El deber de contribuir a la vez se encuentra estrechamente vinculado a los deberes que surgen del principio constitucional de solidaridad o fra-

²⁰ Casalta Nabais, José, *O deber fundamental de pagar impostos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998; Rodríguez Bereijo, Álvaro, “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 125, p. 5.

²¹ Una visión preliminar sobre la capacidad contributiva como concepto financiero puede verse en *Derecho constitucional presupuestario*, capítulo XIX, punto IV.4. “La capacidad contributiva como concepto constitucional financiero”.

ternidad, también consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos.

2. *La interconexión entre Constitución financiera, derechos fundamentales y organización estatal*

Pero también se avanza en el proceso de interconexión de todo el derecho constitucional. Pues los derechos fundamentales para ser efectivos requieren de estructuras y de acción pública, y todo ello de financiamiento.

El derecho de la organización política del Estado (el derecho constitucional del poder) y el derecho administrativo (derecho de la organización y acción público-administrativa) están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales y al derecho financiero.

Cabe aclarar que esta conexión se presenta, con diversos grados de intensidad, en todos los derechos fundamentales y no sólo en los derechos sociales. Es cierto, claro, que los derechos sociales requieren prestaciones y tienen costos. Pero lo mismo sucede, con diverso grado de intensidad, con la totalidad de los derechos.

En suma, hay una conexión conceptual entre *a)* derechos fundamentales, *b)* estructura y acción públicas, y *c)* decisión presupuestaria.

3. *El principio constitucional financiero de suficiencia*

Este enfoque permite aprehender un principio no siempre apreciado en real magnitud: el de suficiencia, que juega tanto al nivel constitucional como al administrativo (como una directiva que incide en la organización administrativa).

El principio dispone, en general, que las autoridades públicas deben tener los medios suficientes (jurídicos y materiales) para cumplir con las finalidades que les atribuye (e impone) el propio orden jurídico.

Su fundamento es la coherencia jurídica, pues si el propio orden jurídico incluye órganos (que son creaciones artificiales del derecho) y le fija misiones y funciones, también debe darle los medios para poder cumplir con dichas misiones y funciones. Hay aquí una exigencia de seriedad. Si un órgano se crea con la seria tarea de que ejerza sus competencias tiene que tener los medios, jurídicos y materiales, para hacerlo. Y uno de los medios nucleares son los financieros.

En la práctica jurídica argentina este principio revela su significación ante la problemática de los gobiernos locales (municipios) a los que se les

asignan funciones y sin embargo, en general, carecen de potestades tributarias suficientes y/o transferencias suficientes de otros niveles de gobierno. Si, por ejemplo, es una competencia municipal asegurar el derecho a la salud, entonces debe el municipio tener los medios suficientes para cumplir esa tarea.²²

También se ve su relevancia cuando nos encontramos ante órganos a los que no se les dotan de recursos suficientes para llevar a cabo sus cometidos. De ahí el dictado de legislación que le asegure a ciertos órganos un porcentaje de los recursos o de los gastos a fin de aislar a dicha institución de la discrecionalidad política en la asignación.²³

La suficiencia es una garantía institucional que se proyecta directamente sobre los derechos fundamentales, en la medida en que estos requieren de organización y acción pública para ser efectivos.

VII. LA APERTURA DEL DERECHO FINANCIERO

Este marco conceptual es el que permite comprender e integrar en un estudio científico y sistemático una diversidad de fenómenos que están modificando el paisaje del derecho financiero.

Menciono algunos a título de ejemplo:

- a) El derecho comunitario europeo sobre reglas presupuestarias, con una historia vertiginosa, como lo muestra la sucesiva creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MESF) y el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, ambos de 2010; el llamado *Six Pack*, también en 2010 y el posterior Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2012.²⁴

²² Una primera visión en *Derecho constitucional presupuestario*, capítulo IV, punto II, “El principio de suficiencia financiera”, y punto XII, “El régimen financiero municipal”.

²³ Sobre la importancia del principio de suficiencia para el funcionamiento de los órganos públicos; véase CIDH, *Principios básicos relativos a la independencia de las judicaturas*, principio 7; *Declaración de Beijing sobre los principios relativos a la independencia de la judicatura*, Consejo de LAWASIA, principio 37; otras referencias sobre el tema están mencionadas en *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II./Documento 44, 5 diciembre 2013 (punto 49 y siguientes: “El manejo del presupuesto como un elemento de independencia”). El argumento es el siguiente: deben dotarse a operadores judiciales los recursos suficientes para que puedan asegurar adecuadamente el acceso a la justicia y el debido proceso en todas sus dimensiones procesales.

²⁴ “Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti social. Prospettive comparate: Germania, Spagna, Portogallo e Grecia” a cura di Claudia Marchese, febrero de 2016; Cec-

- b) La primera vertiente de reformas constitucionales, que incluyen cláusulas sustantivas (como la Constitución de España de 1978 con referencias a la equidad y a la eficiencia; la reforma constitucional argentina de 1994, donde también hay referencias a la equidad en materia presupuestaria) o cláusulas que fijan gastos prioritarios o incluso que fijan un porcentaje de gasto público con respecto a cierto derecho, tal el caso de la salud o la educación.
- c) La segunda vertiente de reformas constitucionales, donde el eje pasa por la idea de equilibrio o de alguna variante de dicha idea. Esto sucede en Europa en los últimos años con las reformas constitucionales en Alemania de 2006 (sobre el federalismo) y de 2009; la reforma constitucional española de 2011, donde se modificó el artículo 135; la reforma italiana de 2012, que modificó entre otros el artículo 81, y la reforma constitucional colombiana de 2011 donde se establece el principio de sostenibilidad fiscal.
- d) La crisis económica europea, en cuyo proceso de resolución se produjeron los Memorándums de Entendimiento respecto de Grecia y Portugal, ambos con efectos presupuestarios.
- e) Las decisiones de los tribunales constitucionales europeos, que se involucran cada vez con más intensidad en cuestiones presupuestarias.²⁵
- f) La importancia creciente de los principios de publicidad y transparencia, así como del derecho a acceder a información pública. Aquí juegan un rol no sólo las instituciones internacionales (OCDE, IMF) sino también la sociedad civil.²⁶
- g) La intervención de los movimientos políticos y sociales, a través fundamentalmente de los mecanismos participativos. Aquí es paradig-

cherini, Elconora (dir.), *Stato di Diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

²⁵ Por ejemplo, para Italia véase “La tutela dei diritti e vincoli finanziari”, *Quaderno di giurisprudenza costituzionale a cura di Maria Fierro*, Riccardo Nevola, Danilo Diaco, 2013. Para Portugal, Almeida Ribeiro, Gonçalo de y Pereira Coutinho, Luis, *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaio crítico*, Coimbra, Almedina, 2014; Reis Novais, Jorge, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2014; Ponce Sole, Juli, “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”, ReDCE, núm. 23, enero-junio de 2015.

²⁶ *International Budget Partnership's*, Open Budget Survey, disponible en: <http://www.internationalbudget.org/>; OCDE, *Recommandation du Conseil sur la Gouvernance budgétaire*, C(2015)1-C/M(2015)4, disponible en: <http://www.oecd.org/mena/governance/Recommandation-du-Conseil-sur-la-gouvernance-budgétaire.pdf>; IMF, *Fiscal Transparency Code*, 2014, disponible en: <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/>.

mático el desarrollo del presupuesto participativo, con su ejemplo simbólico de Porto Alegre pero hoy con experiencias latinoamericanas y europeas muy diversas.

- h) La elaboración del proyecto de ley de presupuesto ya no sólo desde la óptica funcional o económica, sino desde la perspectiva de los derechos humanos.²⁷ Camino, a su vez, que se intersecta con el del análisis del presupuesto desde la perspectiva de los derechos humanos.²⁸ Y también con la construcción de indicadores para medir diversos aspectos de los derechos sociales.²⁹
- i) La reflexión sobre cuestiones financieras y presupuestarias por parte de los órganos internacionales que interpretan y aplican los tratados internacionales de derechos humanos, así el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta multiplicidad de fenómenos tiene tres características salientes.

Primero: la presencia no sólo de los poderes Ejecutivo y Legislativo, sino de los tribunales, en su diversidad de formas institucionales.

Segundo: la presencia cada vez mayor del derecho internacional, del derecho comunitario y, por ende, de los organismos internacionales.

Tercero: la participación de la sociedad civil y de los movimientos sociales.

En conjunto revelan la apertura del derecho presupuestario, que ya desde ningún punto de vista puede ser visto como un fenómeno puramente intraestatal.

²⁷ OACNUDH, *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos*, 2010, disponible en: http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Políticas_publicas.pdf.

²⁸ 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*, Belfast, QUB School of Law, 2010.

²⁹ OEA, AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador*; CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf>.

Laura Pautassi, "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición", disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/indicadores-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf>; García Cívico, Jesús, "Indicadores y eficacia de los derechos", en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 133.

VIII. LEY DE PRESUPUESTO Y DERECHOS HUMANOS

Uno de las claves de la Constitución Financiera consiste en poner en un primer plano la relación conceptual entre ley de presupuesto y derechos humanos.

Tradicionalmente se consideraba que el presupuesto es una institución interna al Estado y que, por ende, no mantiene relaciones con los derechos fundamentales. Por otra parte, la decisión presupuestaria es la quintaesencia de las decisiones políticas del Estado, es decir, la de mayor discrecionalidad.

Esta imagen, sin embargo, no corresponde a la realidad presupuestaria actual (y tampoco a la realidad histórica, por lo demás).³⁰

En la práctica jurídica contemporánea dos formas ha tenido de manifestarse la relación (problemática) entre ley de presupuesto y derechos humanos. En primer lugar, en el derecho internacional de los derechos humanos generado luego de la posguerra. En segundo lugar, en la experiencia judicial comparada.

El debate puede ser simbolizado por este diálogo imaginario, construido con fragmentos de textos de Peter Häberle y Robert Alexy. Pregunta Häberle: “¿Deben los derechos fundamentales darse sólo 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?”. Responde Alexy: “Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera”.³¹

Pero también podemos acudir a debates reales como el que se ha producido entre Luigi Ferrajoli y Anna Pintore. Comienza Ferrajoli señalando que “nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiamiento estatal”. A ello contesta Pintore:

Ferrajoli avanza en la dirección del activismo judicial hasta el punto de proponer, como (acaso) exigida por su teoría, la constitucionalización de cuotas

³⁰ En el caso de Argentina, por ejemplo, puede verse la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado a dar sumas de dinero. Son sentencias con efectos presupuestarios y que implicaron reflexiones del tribunal sobre el presupuesto. Una visión sobre el asunto en *Derecho constitucional presupuestario*, capítulo XIII, “Ley de Presupuesto y Decisiones Judiciales. La construcción histórica de su vínculo (1853-1983)”.

³¹ Häberle, Peter, “Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar”, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 213; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 495.

del presupuesto estatal destinadas a la implementación de los derechos sociales, con el consiguiente sometimiento de la Ley de Presupuestos al control judicial de las leyes... Se asignaría, de esta forma, al Tribunal Constitucional la función de decidir la política económica del país, sustrayendo también ésta al poder del gobierno. Sólo nos cabe esperar que esta propuesta no salga del círculo de los filósofos políticos, que afortunadamente (al menos por ahora) carece de poder de decisión.³²

IX. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha desarrollado una extensa reflexión sobre la relación entre ley de presupuesto y derechos humanos, que hoy en día, además, se extiende hacia toda la política fiscal, incluyendo los tributos y la deuda pública.

La comprensión del DIDH requiere tener en cuenta: la visión general sobre los derechos contenida en el DIDH; la clasificación de las obligaciones de los Estados; la reflexión sobre el artículo 2.1. PIDESC; las actuales reflexiones en torno a los restantes aspectos de la política fiscal (tributos y deuda pública).³³

Aquí veremos muy brevemente los dos últimos puntos.

El artículo 2.1. PIDESC dispone que

...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.

Este texto ya da por supuesto que hay una correlación conceptual entre los derechos consagrados en Pacto y los recursos financieros del Estado.

Esta cláusula fue desarrollada por la Observación General 3 del Comité DESC, que fija varios criterios interpretativos básicos, entre ellos:

³² Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales" y Pintore, Anna, "Derechos insaciables", ambos textos se encuentran en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, libro que compendia la polémica en torno a la visión de Ferrajoli.

³³ Véase, entre otros textos actuales, Saul, Ben *et al.*, *The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Nolan, Aoife *et al.* (eds.), *Human Rights and Public Finance. Budget & The Promotion of Economic and Social Rights*, Oregon, Hart Publishing, 2013; Balakrishnan, Radhika *et al.*, *Rethinking Economic Policy for Social Justice. The Radical Potential of Human Rights*, New York, Routledge, 2016.

- a) Deben adoptarse medidas, y esta obligación no está sujeta a ninguna otra consideración (punto 2).
- b) Las medidas también deben ser “apropiadas”. Entre tales medidas se encuentran las de carácter financiero (puntos 3 a 7).
- c) La progresividad no implica inacción. Implica tomar medidas de inmediato. A la vez “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo 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” (punto 9).
- d) El punto 10 es central ya que se refiere a la obligación mínima de satisfacer el contenido esencial de los derechos y a las reglas que debe seguir el Estado si decide hacer valer la cláusula de ausencia de recursos disponibles:

10. Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, 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 sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2o. obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. 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 todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

- e) Es complementario el punto 11:

El Comité desea poner de relieve, empero, que, 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 estas cuestiones en su Observación general Núm. 1 (1989).

- f) El punto 12 mantiene las obligaciones en momentos de crisis financiera:

De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, 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 mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. En apoyo de este enfoque, el Comité toma nota del análisis preparado por el UNICEF con el título de *Ajuste con rostro humano: protección de los grupos vulnerables y promoción del crecimiento* §6, el análisis del PNUD en Desarrollo humano: informe 1990 §7, y el análisis del Banco Mundial en el *Informe sobre el Desarrollo Mundial*, 1990 §8.

- g) El punto 12 aclara qué son los recursos disponibles:

El Comité observa que la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales.

Indudablemente, estas consideraciones básicas han sido profundizadas y problematizadas por plurales documentos, tanto del Comité DESC como por otros comités y otras instituciones internacionales.³⁴

Así, por ejemplo, hay que tener en cuenta las consideraciones contenidas en los Principios de Limburgo, que resumen la doctrina internacional. Allí se sostiene:

- a) La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga (punto 23).

³⁴ Véase, por ejemplo, la Declaración sobre Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto, del 21 de septiembre de 2007, que ha sido tenida en cuenta por las cortes supremas de Argentina y México al tratar cuestiones presupuestarias vinculadas a los derechos a la vivienda (Argentina) y a la salud (México).

- b) 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 (punto 25).
- c) Se debería poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación de facto que resulte de una desigualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recursos u otros factores (punto 38).

La Declaración de Quito, por su parte, además de profundizar este camino con respecto al sistema interamericano, se refiere también a la política fiscal:

- a) Con miras a procurar la plena satisfacción de los DESC se deben aplicar políticas fiscales orientadas a una redistribución equitativa del ingreso, gravando preferente y selectivamente el patrimonio, las grandes fortunas y las transacciones comerciales antes que los salarios o los ingresos del trabajo personal con impuestos indiferenciados o regresivos al consumo o al valor agregado (punto 34).
- b) Un compromiso serio con las obligaciones de los Estados respecto de los DESC implica que las obligaciones de pago con los acreedores externos deben subordinarse al deber de promover el pleno acceso y disfrute por sus ciudadanos de estos derechos, de modo tal que los programas de ajuste estructural que se acuerden con los organismos financieros internacionales deben estar subordinados al desarrollo social, y en particular, la erradicación de la pobreza, la generación de empleo pleno y productivo y la promoción de la integración social con una perspectiva de género y de diversidad cultural (punto 36).

Este último camino se ha ido abriendo paso en diferentes documentos, así los informes de los sucesivos relatores especiales sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda (A/HCR/26/28) y Philip Alston (A/HCR/29/31), punto G “Reintroducir los recursos y la redistribución en el debate sobre los derechos humanos”.

También son para tener en cuenta diversas observaciones finales recientes sobre diferentes países, entre ellos Namibia, Paraguay, Guatemala, Uganda, El Salvador y Argentina. Como ejemplo pueden verse las siguientes consideraciones en las observaciones finales sobre Irlanda del 8 de julio de 2015:

Máximo de los recursos disponibles. A la vez que toma nota de la crisis económica sin precedentes que atravesó el Estado parte y de la salida del programa

de rescate durante el período al que se refiere el informe, el Comité observa con preocupación que, a pesar de las transferencias sociales efectuadas por el Estado parte para mitigar las consecuencias de las medidas de austeridad: a) La respuesta del Estado parte ante la crisis se ha centrado desproporcionadamente en la introducción de recortes en el gasto público en las esferas de la vivienda, la seguridad social, la atención de la salud y la educación, sin que se alterase su régimen fiscal; b) Muchas de las medidas de austeridad se han adoptado durante la crisis y después de esta sin que se llevara a cabo una evaluación adecuada de sus repercusiones en los derechos económicos, sociales y culturales; c) Las medidas de austeridad, que siguen vigentes, han acarreado importantes consecuencias negativas para toda la población, en particular las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en lo tocante al disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales; d) No se ha realizado un examen integral y basado en los derechos humanos de esas medidas desde la salida del Estado parte del programa de rescate. El Comité recomienda al Estado parte que: a) Examine, basándose en las normas de derechos humanos, todas las medidas adoptadas en respuesta a la crisis económica y financiera que siguen vigentes con miras a garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. A ese respecto, señala a la atención del Estado parte su carta abierta a los Estados partes, de fecha 16 de mayo de 2012, sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, en particular los requisitos que deben cumplir las políticas de austeridad. Las políticas deben ser temporales, abarcar únicamente el período de la crisis, y ser necesarias y proporcionales. No deben dar lugar a discriminación ni a un aumento de las desigualdades. Deben prever todas las medidas posibles, incluidas medidas fiscales, para que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados de forma desproporcionada. También deben determinar el contenido básico mínimo de los derechos reconocidos en el Pacto o un nivel mínimo de protección social y garantizar la protección de ese contenido básico en todo momento. b) Vele por que las medidas de austeridad se vayan suprimiendo gradualmente y la protección efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto se vaya reforzando en consonancia con el progreso logrado en el período de recuperación de la economía después de la crisis. c) Considere la posibilidad de revisar su régimen fiscal, con el fin de incrementar sus ingresos para restablecer los niveles de los servicios públicos y las prestaciones sociales anteriores a la crisis, de manera transparente y participativa. d) Considere la posibilidad de incluir la evaluación del impacto sobre los derechos humanos en el proceso de elaboración de políticas, en particular en relación con los derechos contemplados en el Pacto (párrafo 10).

X. DOS MODELOS DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

La experiencia judicial comparada puede clasificarse sobre la base de dos modelos de argumentación diferentes que actúan como polos ideales.

En primer lugar, la argumentación que pone el énfasis en los derechos o en las pautas constitucionales.

En segundo lugar, la argumentación que pone el énfasis en las restricciones a los derechos.

El primer polo se encuentra representado por cierta corriente jurisprudencial de la experiencia judicial norteamericana en litigios estructurales. La segunda por una serie de sentencias del Tribunal Constitucional alemán.

Dado esos dos polos, puede luego organizarse la jurisprudencia comparada que se ubica entre ambos extremos.

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

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

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

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

Como ha señalado Gerald Frug al comentar estos casos: “El cumplimiento de las órdenes judiciales requiere masivos incrementos presupuestarios para las instituciones en cuestión”.³⁵

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

La situación, resumidamente expuesta es la siguiente. El punto de partida de la situación conflictiva fue de carácter tributario: la eliminación de un tributo a los cigarrillos destinado a financiar los servicios de salud mental del Estado de Alabama. Ello implicó reducciones presupuestarias y, para

³⁵ Frug, Gerald E., “The Judicial Power of the Purse”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 126, núm. 4, abril de 1978, p. 721.

emplear una expresión típica de la experiencia latinoamericana, un ajuste presupuestario en el Hospital Estatal Bryce, en Tuscaloosa, con la consiguiente reducción de profesionales y de medios materiales. La situación implicó que 5,200 pacientes vivieran en condiciones calificadas en ese momento de inhumanas. Wyatt, internado en el hospital, inicia la demanda ante un tribunal federal que declaró que las condiciones de vida en la institución no respetaban los derechos constitucionales de los pacientes a recibir un trato digno y una atención médica adecuada. La condena, además, implicó detalladas condiciones para la reformulación institucional del hospital y un largo proceso de ejecución.

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

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

Según el comentario de Eisenberg y Yaezell:

La corte rechazó ordenar medidas específicas sobre el sustentamiento monetario para implementar los estándares, señalando que resultaba deseable la deferencia judicial frente a la prerrogativa legislativa en lo relativo al financiamiento. Indicó, sin embargo, que la falta de fondos no podía excusar un fracaso en el cumplimiento.³⁶

Fórmulas similares fueron luego expresadas por diferentes jueces y tribunales en los diversos casos institucionales referidos a cárceles, prisiones, e instituciones hospitalarias y escolares.³⁷ Veamos de forma ilustrativa algunas de ellas:

³⁶ Eisenberg, Theodore y Yaezell, Stephen, “The Ordinary and The Extraordinary in Institutional Litigation”, *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 3, enero de 1980, p. 465.

³⁷ Hay dos trabajos seminales sobre el asunto: Fiss, Owen, “The Form of Justice” en *The Law as it Could be*, Nueva York, New York University Press, 2003, p. 1, y Chayes, Abram, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review*, 89, núm. 7, mayo de 1976, p. 1281. La literatura posterior es inmensa. Véase, por ejemplo, Colin, Diver, “The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions”, *Virginia Law Review*, vol. 65, núm. 1, febrero de 1979, p. 43; Horowitz, Donald, “Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institution”, *Duke Law Journal*, vol. 1983, núm. 6, diciembre de 1983, p. 1265; Fletcher, William, “The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 4, marzo de 1982, p. 635; Sturm, Susan, “A Normative Theory of Public Law Remedies”, *Georgetown Law Journal*, vol. 79, junio de 1991, p. 1355; Sabel, Charles y William, Simon,

- Caso *Finney vs. Arkansas*: “La falta de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelación”.
- Caso *Wyatt vs. Aderholt*: “El Estado no puede no proveer el tratamiento sólo por razones presupuestarias”.
- Caso *Gates vs. Collier*: “La escasez de fondos no es una justificación para continuar denegando a los ciudadanos sus derechos constitucionales”.
- Caso *Jackson vs. Bishop*: “Las consideraciones humanas y los requerimientos constitucionales hoy en día no pueden ser determinados o limitados por consideraciones basadas en dólares”.
- Caso *Hamilton vs. Love*: “Recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales”.
- Caso *Gates vs. Collier* (esta vez la Cámara de Apelaciones):

Cuando las instituciones estatales se encuentran operando en condiciones y con prácticas inconstitucionales, la defensa de escasez de fondos y la incapacidad de la corte de distrito para ordenar asignaciones de parte de la legislatura del Estado, deben ser rechazadas por la corte federal.

Estos litigios no se limitan a la época de mayor protagonismo de los movimientos norteamericanos por los derechos civiles, desde la segunda posguerra hasta mediados de los años setenta, sino que continúan hasta el día de hoy. Incluso hay una mayor variedad de situaciones posibles.³⁸

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

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

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

“Destabilization Rights. How Public Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, vol. 117, febrero de 2004, p. 1015; Schlanger, Margo, “Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation”, *Michigan Law Review*, vol. 97, mayo de 1999, p. 1994.

³⁸ Algunos casos actuales son sintetizados en Willoughby, Katherine G., *Public Budgeting in Context. Structure, Law, Reform and Results*, San Francisco, Jossey-Bass, 2014, cap. 8, “Public Budgeting and The Courts: Judicial Influence on Economies and Budgets”, pp. 231 y ss.

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

A partir de allí la causa tomó un curso interesante, pues ante el incumplimiento del Estado en hacer una propuesta, el juez nombró un panel de árbitros, que presentó un informe donde concluyeron que el sistema escolar necesitaba un financiamiento adicional de 5,63 billones de dólares de ayuda operativa y 9,2 billones para instalaciones. Dicho informe fue aprobado por el juez, quien ordenó al Estado proveer las sumas indicadas.

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

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

Ambas situaciones ponen en juego no sólo a la administración en juicio, sino al propio Poder Legislativo, quien es en definitiva el órgano competente en materia financiera y presupuestaria como derivación del principio de legalidad en la materia.³⁹

Podemos entonces identificar una visión conceptual generada en algunos tribunales norteamericanos, 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.*

2. Alemania: la categoría de “la reserva de lo posible”

La argumentación judicial puede, desde otra óptica, poner el énfasis en las restricciones financieras. Una forma particular de enfocar el asunto es a

³⁹ Véase Schapiro, Robert, “The Legislative Injunction: a Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, núm. 1, octubre de 1989, p. 231. Entre otros casos analizados se encuentra la controvertida decisión dispuesta en “Jenkins vs. Misour”, donde ante el fracaso en obtener el financiamiento necesario para cumplir con una orden judicial, el juez Clark ordenó un incremento en el impuesto local a la propiedad e impuso una tasa adicional en el impuesto a las ganancias devengadas dentro del distrito.

través de la categoría de la reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*), que ha nacido en el derecho alemán.

El punto de partida de la categoría de la reserva de lo posible se encuentra en la clásica decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán conocida como *numerus clausus* (sentencia BverfGE 33, 303), del 18 de julio de 1972.⁴⁰

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

Luego de diversas consideraciones sobre los derechos fundamentales y el principio de igualdad, el Tribunal efectúa la siguiente reflexión sobre el derecho a que se creen nuevas plazas en la universidad, que por la relevancia que va a adquirir en el futuro cabe citar de forma extensa:

En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del Art. 109, párrafo 2 de la ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico. A él le corresponde también la decisión sobre el alcance y las prioridades de la construcción de escuelas superiores, donde se debe tener en cuenta que la construcción y reconstrucción de universidades de conformidad con el Art. 91a de la ley Fundamental pertenecen a las funciones que deben cumplir conjuntamente la Federación y los Estados. Para estas decisiones los órganos competentes se tienen que orientar, en primer lugar, con base en las tendencias identificables de la demanda por plazas de estudio, pues una orientación basada exclusivamente en un direccionamiento inadmisibles y en un examen de necesidad, sin indagar por las necesidades, podría conducir a un recorte del significado de la libre autodeterminación como elemento constitutivo del orden liberal. De otra parte, el deber constitucional tampoco obliga a que para cada aspirante se deba tener a disposición en todo momento la plaza de estudio que él desea, y de esa forma hacer depender las inversiones aplicables en el campo de las universidades exclusivamente de múltiples

⁴⁰ El texto puede consultarse en recopilación de jurisprudencia del Tribunal alemán, véase Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 350.

factores usualmente fluctuantes e influenciados por la demanda individual. Esto llevaría a una comprensión errónea de la libertad, en el caso que se reconociera que en el tiempo la libertad personal no se realiza separadamente de la capacidad funcional y de la importancia del todo, y que una concepción subjetiva ilimitada a costa de la comunidad es incompatible con la concepción del Estado social. La ley Fundamental —como en repetidas ocasiones lo ha subrayado el Tribunal Constitucional Federal con relación al derecho fundamental de la libertad general para actuar (véase BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351])— decide sobre la tensión individuo-sociedad en el sentido de la vinculabilidad y de la sujeción a la sociedad de la persona; el individuo debe aceptar, por tanto, aquellas restricciones a su libertad para actuar que el legislador, para la protección y promoción de la vida social en comunidad, prevé dentro de los límites de lo razonable, siempre y cuando se garantice la independencia de la persona.

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

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

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

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

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

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

Gomes Canotilho resume esta lectura posible de forma ejemplar al señalar que

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

Preguntándose luego qué significa en rigor la expresión reserva de lo posible. Gomes Canotilho indica cuatro aspectos: *a*) total desvinculación jurídica del legislador; *b*) “tendencia hacia cero” de la eficacia jurídica de las normas constitucionales que consagran los derechos; *c*) gradualidad sobre la base y a partir de los límites financieros, y *d*) no exigibilidad judicial de las opciones legislativas, en la medida en que los programas político-legislativos no son susceptibles de control jurisdiccional.⁴¹

La introducción de la categoría de la “reserva de lo posible” es una vía argumentativa para, por un lado, reforzar la preponderancia de ley y, por otro, para dar lugar a un principio de primacía financiera, según el cual hay una dependencia presupuestaria de los derechos.

El concepto de “reserva de lo posible”, luego, fue utilizado en otros casos por el Tribunal.⁴²

XI. LA EXPERIENCIA COMPARADA ENTRE AMBOS PARADIGMAS DE ARGUMENTACIÓN

Dentro de estas dos formas de argumentación es posible enmarcar la jurisprudencia de los propios tribunales, que ha ido generando fórmulas transaccionales, incluso, claro, en las propias experiencias nacionales que tomamos

⁴¹ Gomes Canotilho, José Joaquim, “Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 3, núm. 6, 1998, pp. 43 y ss.

⁴² Sandri, Andrea, “Il *Vorbehalt des Möglichen* nella giurisprudenza delle corti tedesche”, Gruppo di Pisa; Ricardo Perlingeiro, “¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, núm. 2, 2014, pp. 181-212.

como paradigmáticos, pues estas tampoco se dejan aprehender en una formulación única. Así, en Alemania, se ha introducido el concepto de un derecho fundamental a un mínimo existencial.⁴³

De la múltiple experiencia latinoamericana, donde hay decisiones, entre otras, de las cortes de Perú, México y Argentina, señalaremos brevemente decisiones de las cortes de Brasil y Colombia.

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

El punto de partida insoslayable de la práctica jurídica brasileña es la decisión del Supremo Tribunal Federal ADPF 45 MC/DF, del 4 de mayo de 2004, con el relato a cargo del ministro Celso de Mello.⁴⁴

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

⁴³ Delledonne, Giacomo, “«Mínimo vitale» e Stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale costituzionale”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 de abril de 2010; Sarlet, Ingo Wolfgang “Dignidad de la persona humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 613; Bittner, Claudia, “Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, *German Law Journal*, vol. 12/11, 2012, pp. 1941-1960; Egydy, Stefanie, “The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 12/11, 2012, pp. 1961-1982. Leijten, Ingrid, “The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection”, *German Law Journal*, vol. 16/1, 2015, p. 23.

⁴⁴ La bibliografía brasileña es abundante sobre el asunto. Pueden verse, entre otros, los trabajos incluidos en Sarlet, Ingo Wolfgang y Benetti Timm, Luciano (orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2a. ed. revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, y las siguientes disertaciones presentadas en la Universidad Federal de Paraná: *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*, de Claudia Honorio; *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo y democracia*, de Ana Lucía Pretto Pereira, y *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível* de Ana Carolina Lopes Olsen.

Destaquemos lo central de esta decisión. Luego de referir la posibilidad de omisiones estatales inconstitucionales y de que la Constitución no puede convertirse en una mera promesa inconsecuente, señala lo siguiente:

No dejo de comprobar, sin embargo, asentada tal premisa, una significativa relevancia de lo referido a la “reserva de lo posible... especialmente con respecto a la efectivización e implementación (siempre costosas) de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), cuyo otorgamiento, por el Poder Público, impone y exige de éste prestaciones estatales positivas que concreten tales prerrogativas individuales y/o colectivas. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales —caracterizada por la gradualidad de su proceso de concretización—, depende en gran medida de un ineludible vínculo financiero subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de tal modo que, demostrada objetivamente la incapacidad económica financiera de la persona estatal, de ésta no se podrá razonablemente exigir, considerada la limitación material referida, la inmediata efectivización de la directiva fundada en el texto de la Carta Política. No se mostrará lícito, en tanto, al Poder Público, en tal hipótesis —mediante indebida manipulación de su actividad financiera y/o político-administrativa— 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 fundamentabilidad.

A ello agrega lo siguiente:

Para establecer los elementos fundamentales de esa dignidad (el mínimo existencial), se deben establecer exactamente los objetivos prioritarios de los gastos públicos. Justo después de alcanzarlos se podrá discutir, con respecto a los recursos restantes, en qué otros proyectos se deberá invertir. El mínimo existencial, como se ha visto, asociado al establecimiento de prioridades presupuestarias, es capaz de convivir productivamente con la reserva de lo posible. Véase, pues, que los condicionamientos impuestos por la cláusula de la “reserva de lo posible”, al proceso de concreción de los derechos de segunda generación —de implementación siempre costosa—, se traducen en un binomio que comprende, de un lado, 1) la razonabilidad de la pretensión individual/social deducida frente al Poder Público y, por otro, 2) la existencia de dispo-

nibilidad financiera del Estado para hacer efectivas las prestaciones positivas reclamadas. Es necesario enfatizar, considerando el encargo gubernamental de hacer efectiva la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, que los elementos que componen el mencionado binomio (razonabilidad de prestación + disponibilidad financiera del Estado) deben configurarse de un modo afirmativo y en situación de acumulativa ocurrencia, pues, ausente cualquiera de estos elementos, se limitarían las posibilidades estatales de realización práctica de tales derechos. Si bien la formulación y la ejecución de políticas públicas depende de opciones políticas a cargo de aquellos que, por delegación popular, reciben investidura en mandato electivo, cabe reconocer que no se revela absoluta, en ese dominio, la libertad de conformación del legislador, ni la actuación del Poder Ejecutivo. Si tales Poderes del Estado actuaran de modo irrazonable o procedieran con una clara intención de neutralizar, comprometiendo la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales, afectando, como resultado causal de una injustificable inercia estatal o de un abusivo comportamiento gubernamental, ese núcleo intangible que comprende un conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias de una existencia digna y esenciales a la propia supervivencia del individuo, allí entonces, se justificaría, como he enfatizado ya anteriormente, —y asimismo por razones fundadas en un imperativo ético jurídico—, la posibilidad de intervención del Poder Judicial, a fin de viabilizar, a todos, el acceso a los bienes cuyo goce les ha sido injustificadamente denegado por el Estado.

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

- a) La cláusula de la reserva de lo posible no puede ser articulada para justificar el incumplimiento de obligaciones constitucionales vinculadas a los derechos fundamentales que protegen las condiciones materiales mínimas para una existencia digna.
- b) Los derechos económicos, sociales y culturales de rango constitucional imponen prioridades presupuestarias a los gastos públicos.
- c) En este ámbito la libertad de configuración del legislador se encuentra acotada por la Constitución.
- d) La invocación de la cláusula de la reserva de lo posible, en las restantes situaciones, requiere una comprobación objetiva de las incapacidades financiera del Estado.
- e) La comprobada limitación presupuestaria sólo justifica, para esos casos, que la efectivización del derecho no sea inmediata.
- f) El legislador actúa de manera irrazonable cuando por omisión (inercia) u acción afecta el núcleo intangible que hace a la sustancia del

conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias para una existencia digna.

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

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

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

En cuanto al derecho a la salud el Supremo Tribunal Federal se expidió en un caso pionero, RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, que abrió el camino para la jurisprudencia posterior:

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

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

El reconocimiento judicial de la validez jurídica de programas de distribución gratuita de medicamentos a personas carentes, inclusive aquellas portadoras del virus HIV, le otorga efectividad a preceptos fundamentales de la Constitución de la República (arts. 5o. caput, y 196) y representa, en la concreción de su alcance, un gesto reverente y solidario de aprecio a la vida y

a la salud de las personas, especialmente de aquellas que nada tienen y nada poseen, salvo la conciencia de su propia humanidad y de su esencial dignidad.

En cuanto al derecho a la educación infantil es ilustrativa la sentencia AG REG Recurso Extraordinario 410.715-5 Sao Pablo, donde se dice:

La educación infantil representa una disposición constitucional indisponible, que, referida a los niños, les asegura, para su desarrollo integral, y como primera etapa del proceso de educación básica, atención en jardines de infantes y el acceso al pre-escolar (CF, art. 208, IV). Esta disposición jurídica, en consecuencia, impone, al Estado, por efecto de la enorme significación social que reviste la educación infantil, la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten de manera concreta, en favor de los “niños de cero a seis años de edad” (CF, art. 208 IV), el efectivo acceso y atención en jardines de infantes y al pre-escolar, so pena de configurarse una inaceptable omisión gubernamental, capaz de frustrar injustamente, por inercia, el integral otorgamiento, por el Poder Público de la prestación estatal que le impone el propio texto de la Constitución Federal.

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

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

En esta línea, como última referencia jurisprudencial brasileña, es sumamente ilustrativa la decisión de George Marmelstein Lima, juez federal de Ceará, quien señala:

La efectivización judicial del derecho a la salud implica muchas veces la llamada reserva de lo posible, que es un postulado según el cual el cumplimiento de las decisiones que impliquen gastos públicos se hace depender de la existencia de medios materiales disponibles para su implementación.⁴⁵

La argumentación de la sentencia al respecto es la siguiente:

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

En el presente caso, lo que se observa a través de las noticias de los diarios presentados por el Ministerio Público Federal es que las autoridades responsables están eludiendo cumplir la orden judicial, alegando que no poseen recursos para implementarla. Se llega a alegar, inclusive, que no hay recursos presupuestarios previstos para sostener en el tratamiento de los pacientes en hospitales particulares. Ese alegato es insustentable.⁴⁶

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

⁴⁵ *Justica Federal No Ceará*, 3a. Vara, decisión del 23 de abril de 2003, que figura como anexo de su disertación de maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ceará, *Efjetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*, 2005.

⁴⁶ Consideraciones semejantes ya había expresado el magistrado en su *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo, Atlas, 2008: “A pesar de que la reserva de lo posible es una limitación lógica a la posibilidad de efectivización judicial de los derechos socioeconómicos, se observa una banalización del discurso por parte del Poder Público cuando se defiende en juicio, sin presentar elementos concretos con respecto a la imposibilidad material de cumplir la decisión judicial. Por eso, los alegatos que niegan la efectivización de un derecho económico, social y cultural sobre la base del argumento de la reserva de lo posible deben ser siempre analizados con desconfianza. No basta simplemente alegar que no hay posibilidades financieras para cumplir una orden judicial; es necesario demostrarla... Así, el argumento de la reserva de lo posible solamente debe ser acogido si el Poder Público demuestra suficientemente que la decisión causará más daños que ventajas a la efectivización de los derechos fundamentales. Vale enfatizar: la carga de la prueba de que no hay recursos para realizar los derechos sociales es del Poder Público. Es él quien debe traer al expediente los elementos presupuestarios y financieros capaces de justificar, eventualmente, la no efectivización del derecho fundamental”.

De las anteriores consideraciones se desprende, como señala Fernando Facury Scaff en su contribución al homenaje al profesor Ricardo Lobo Torre, que la libertad de configuración del legislador en materia presupuestaria se encuentra limitada por los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Y que la cláusula de la reserva de lo posible no puede ser un obstáculo para el goce de las condiciones mínimas que hacen a una vida digna.⁴⁷

Se ve la riqueza de la práctica jurídica brasileña, donde hay variados aspectos que son tenidos en cuenta. Ante todo, hay un reconocimiento de que los derechos fundamentales limitan al legislador, incluso en materia presupuestaria. Como destaca Ana Paula de Barcellos: “las elecciones en materia de gastos públicos no constituyen un tema integralmente reservado a la deliberación política; al contrario, reciben una importante incidencia de normas jurídicas constitucionales”.⁴⁸ También tiene su lugar la reserva de lo posible, en cuanto limitación (externa) a los derechos, derivada de las restricciones financieras. Pero también juega el concepto de mínimo existencial, en cuanto núcleo de condiciones mínimas que hacen a la vida digna. Y tal como señala Ricardo Lobo Torres, “la protección positiva del mínimo existencial no se encuentra bajo la reserva de lo posible, pues su goce no depende del presupuesto ni de políticas públicas”.⁴⁹

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

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

La Constitución colombiana de 1991 (así como la Constitución brasileña de 1978 y la reforma constitucional argentina de 1994) ha dado lugar a una novedosa praxis jurisdiccional.⁵⁰ En ese camino la Corte Constitucional

⁴⁷ Facury Scaff, Fernando, “Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos”, en Rodríguez Pires, Adilson y Taveira Torres, Heleno, *Princípio de Direito Financeiro y Tributario. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 115.

⁴⁸ Barcellos, Ana Paula de, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, *Revista de Direito Administrativo*, núm. 240, abril-junio de 2005, p. 83.

⁴⁹ Lobo Torres, Ricardo, “O mínimo existencial, os directos sociais e os desafios de natureza orçamentaria” en Sarlet y Benetti Timm, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁰ Sobre el proceso constituyente y la posterior actividad interpretativa judicial pueden verse, entre otros, los ensayos de Cepeda Espinosa, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

se vio enfrentada a la cuestión presupuestaria, central en una serie de casos vinculados a los derechos de los desplazados.⁵¹

Un caso al respecto decisivo es el testimoniado en la sentencia T-025/04, donde se declaró el estado de cosas inconstitucional con relación a la situación de los desplazados y donde jugó un lugar central la problemática presupuestaria. Veamos los puntos esenciales.

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

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

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

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

⁵¹ Una visión general sobre el asunto puede verse en Beatriz Londoño Toro y Rafael Pizarro Nevado (comps.), *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*, Universidad del Rosario, 2005. En cuanto a los casos de la Corte que involucran una cuestión presupuestaria ver el cuadro general presentado por Mauricio Plazas Vega en *Del realismo al trialismo jurídico...*, cit., en particular su capítulo I, “El nuevo derecho y el poder de los jueces en general y de la Corte Constitucional en particular”, donde formula diversas preguntas que están en el centro de nuestro ensayo (ver fundamentalmente la enumeración de interrogantes de pp. 78 y 79).

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

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

El carácter estructural del problema llevó a la Corte a declarar el “estado de cosas inconstitucional”, uno de cuyos elementos es de carácter presupuestario. Según la propia elaboración de la Corte, se da un estado de cosas inconstitucional, si se presentan los siguientes factores: *a*) una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; *b*) una prolongada omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; *c*) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de acciones judiciales como parte de los procedimientos habituales para garantizar derechos; *d*) el no dictado de las medidas legislativas, administrativas o *presupuestarias* que sean necesarias para evitar la lesión de los derechos; *e*) la existencia de un problema social cuya solución compromete a varias entidades públicas y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional; *f*) si todas las personas afectadas acudieran a la vía judicial se produciría una mayor congestión judicial.

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

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

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

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

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

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

En el curso de dicha argumentación la Corte esboza un principio de coherencia entre derechos fundamentales, políticas públicas y recursos financieros:

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

Ahora bien, sentado ello, y en términos que evocan la jurisprudencia alemana sobre la reserva de lo posible, la Corte no deja de reconocer que

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

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

Como señala más adelante la Corte en un párrafo clave: hay una diversidad de aspectos a considerar que exige recurrir a una tarea de ponderación. Dice la Corte:

Sin embargo, dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer ese cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se

prestará atención oportuna y eficaz a las personas. Por lo tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento.

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

La Corte señala a su vez varios elementos para definir ese mínimo. Así, en ningún caso se puede lesionar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas. También deben asegurarse los derechos de contenido prestacional que guarden estrecha relación con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos.⁵² Estas consideraciones genéricas se concretan en un listado de derechos mínimos que integran “el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado”: los derechos a la vida; a la dignidad y a la integridad física; a la familia y a la unidad familiar; a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital (que incluye alimentos esenciales, agua potable, alojamiento y vivienda básicos, vestidos apropiados y servicios médicos y sanitarios esenciales); a la salud; a la protección frente a prácticas discriminatorias; a la educación básica hasta los quince años; de apoyo para el autosostenimiento; de retorno y reestablecimiento en su lugar de residencia.

En su decisión la Corte declara el estado de cosas constitucional y ordena el diseño de un plan para superar la discordancia entre los derechos reconocidos y los recursos financieros efectivamente destinados. En ese camino las autoridades competentes deben “fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados” y, luego “realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijados se logre”. Por otra parte, se debe prever un plan de contingencia y, a la vez, si no es posible asegurar el volumen de recursos

⁵² Sobre las peculiaridades del concepto de derecho fundamental en el derecho constitucional colombiano, véase Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 2009. Un enfoque más general puede verse en Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

establecidos se deberá redefinir la política y diseñar las modificaciones necesarias, todo ello asegurando el goce efectivo de los mínimos indicados con anterioridad.

Es de interés para nuestro trabajo la siguiente reflexión de la Corte, que se hace cargo de la eventual crítica de estar invadiendo las competencias (así las presupuestarias) de los otros poderes del Estado:

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

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

De las diversas decisiones posteriores cabe señalar, por su directa vinculación con nuestro tema, lo resuelto en dos acciones de tutela donde la Corte expresó, de forma nítida, “que resulta inaceptable, desde el punto de vista constitucional, que se aduzca insuficiencia presupuestal, en este o en otro caso, para abstenerse de proteger derechos fundamentales”.⁵³

XII. SISTEMATIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PRESUPUESTARIA EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Las diversas experiencias antes reseñadas son un indicio de la complejidad que caracteriza al triángulo conceptual ley de presupuesto, derechos humanos y práctica judicial.

⁵³ Sentencia del 22 de mayo de 2003, dictada en los expedientes acumulados T-696168 y T-696652.

No sólo estamos lejos de lo que ya podemos calificar como el mito de la exclusión del conocimiento judicial de las cuestiones de índole presupuestaria, sino que, por el contrario, ellas tienen una diversidad tal que son susceptibles de diversos tipos de análisis.

Hay por lo menos dos dimensiones procesales a tener en cuenta: la cuestión presupuestaria y los efectos presupuestarios de las sentencias.

1. *La cuestión presupuestaria*

Llamamos cuestión presupuestaria a la vinculación entre *a*) un derecho humano o una pauta constitucional, y *b*) una exigencia y/o restricción presupuestaria.

Esta cuestión puede estar implícita en un proceso o ser explicitada.

Cuando está implícita significa que estamos ante un problema judicial que involucra una cuestión presupuestaria, pero ésta no es considerada por ningún sujeto del proceso, sean las partes o el propio órgano judicial. Un caso típico y habitual son las acciones contra el Estado por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual. Puede ser que todo el juicio se desarrolle y en su curso no surja en ningún momento que la resolución a dictarse o ya dictada tiene efectos presupuestarios.

Las cuestiones explícitas, por su parte, son las que permiten una clasificación más rica de situaciones. Hay dos grandes grupos de casos: la cuestión presupuestaria como objeto del proceso y la cuestión como defensa del Estado.

Cuando es objeto del proceso, la cuestión presupuestaria puede surgir a su vez de dos maneras posibles. En primer lugar, están las situaciones en las cuales el propio Estado alega una razón presupuestaria para justificar una medida por ejemplo legislativa. En estos casos controvertir ante los tribunales esa medida, implica de suyo poner en el centro del debate aquellas razones presupuestarias. Esta situación es habitual cuando los Estados implementan planes de ajuste o de austeridad. En segundo lugar, se encuentran los casos en los cuales quien demanda al Estado sostiene que la lesión al derecho está causada por restricciones presupuestarias. Esto sucede, por ejemplo, en el caso *CFE v. State of New York* antes mencionado.

Por otro lado tenemos la cuestión presupuestaria en cuanto defensa del Estado. Aquí a su vez hay dos situaciones básicas. La primera, cuando la defensa del Estado es alegada durante el proceso. Es decir, el Estado sostiene durante el juicio la carencia de recursos para justificar un incumplimiento o, en su caso, el grado de cumplimiento que considera posible. La

segunda, durante la ejecución de la sentencia. Ya condenado el Estado, este sostiene que no puede cumplir por las restricciones presupuestarias. En este momento de la ejecución el Estado a su vez puede esgrimir la restricción presupuestaria para limitar su cumplimiento en un aspecto cuantitativo (no puede cumplir todo lo que se le ordena) o temporal (no puede cumplir en los plazos fijados).

En los dos casos de defensa (durante el proceso o durante la ejecución) la restricción presupuestaria alegada por el Estado puede estar basada en una legislación expresa o, en su defecto, tratarse de una argumentación puramente conceptual.

2. Los efectos presupuestarios de las decisiones judiciales

Las decisiones de los tribunales que condenan al Estado pueden tener, o no, efectos presupuestarios. Nuestro interés aquí consiste en clasificar a estas últimas.

Hay tres tipos de decisiones relevantes: las que imponen una obligación de dar una suma de dinero, las que imponen una obligación de hacer y las que invalidan actos o normas jurídicas.

Las decisiones judiciales que imponen la obligación de dar una suma de dinero son las más habituales en los juicios que se entablan contra los Estados. Su efecto presupuestario surge de manera inmediata. Sin perjuicio de otras situaciones, hay cinco tipos de decisiones significativas: *a)* las sentencias en acciones de repetición, donde se acredita que un contribuyente efectuó un pago tributario sin causa; *b)* las sentencias en acciones de responsabilidad en sus diversas variantes: por actividad lícita e ilícita; de carácter contractual y extracontractual; *c)* las sentencias en materia de empleo público (por ejemplo: reclamos por diferencias salariales); *d)* sentencias en materia de seguridad social; *e)* sentencias en los juicios por expropiación.

En segundo lugar están las sentencias que imponen una obligación de hacer. Se trata de decisiones que le imponen al Estado algún tipo de transformación administrativa, que a su vez implica nuevos gastos en recursos humanos, en bienes de diverso tipo o en la construcción de obras de mayor envergadura.

En tercer lugar, en fin, se encuentran las decisiones que anulan un acto administrativo o que invalidan una norma general. Aquí tenemos como forma típica las cuestiones tributarias. Por ejemplo cuando se declara que un tributo ha sido creado violando la reserva de ley, o cuando

se declara que un tributo actúa de manera irrazonable o confiscatoria. Se ven aquí, a su vez, que hay dos tipos de sentencias: las que tienen efectos generales (por sí mismas o por la inevitable réplica en situaciones análogas) o las que se limitan a un caso en particular.

La incidencia financiera de las decisiones judiciales en materia tributaria ha sido tenido en cuenta en Argentina por su Corte Suprema, al momento de interpretar las condiciones que deben reunirse para dictar una medida cautelar que importe suspender la obligación tributaria. Es decir, si un contribuyente, en juicio, solicita que se suspenda un acto administrativo que impone una obligación de dar una suma de dinero en materia tributaria, el juez debe apreciar la situación con especial rigor dado que está en juego la percepción normal de la renta pública, que es condición de la actuación regular del Estado.

En suma, las finanzas públicas pueden ser afectadas porque los tribunales impongan dar directamente una suma de dinero y el contenido mismo de la sentencia es un gasto público; porque impongan hacer algo que de forma mediata implicará un gasto público o, finalmente, porque la invalidación que disponen implica dejar de recaudar sumas de dinero, reduciéndose así los recursos del Estado.