

LOS ARGUMENTOS DE LA INSUFICIENCIA DE RECURSOS Y DE LA DISCRECIONALIDAD FRENTE AL RECLAMO DE DERECHOS SOCIALES (RUDIMENTOS PARA UNA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL-FINANCIERA CONSISTENTE)

Federico ORLANDO ¹

SUMARIO: I. Introducción.- II. Algunos acuerdos básicos.- III. Las tesis de la “insuficiencia de recursos” y de la “discrecionalidad”.- IV. Los problemas de la “tesis de la insuficiencia”. 1. Dos respuestas tentativas. 2. Una propuesta interpretativa (con intención de ser) consistente. a) Los derechos sociales y el principio de autonomía constitucional en una democracia constitucional. b) Las obligaciones involucradas bajo el ropaje de los derechos sociales.- V. Los problemas de la “tesis de la discrecionalidad”. 1. La intromisión en las potestades de los poderes políticos. 2. La afectación presupuestaria a “otros derechos”.- VI. Conclusión

I. Introducción

Desde la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han pasado algo mas de 10 años; y una de las reflexiones pendientes en nuestra comunidad jurídica local es, tal vez, la

¹ Agradezco los comentarios, críticas y observaciones que realizaron sobre este trabajo Cristián FATAUROS, Gustavo MAURINO, Mabel LÓPEZ OLIVA y Silvina RAMÍREZ. Desde ya, los errores e inconsistencias que subsisten sólo son atribuibles a mi persona.

realización de un profundo diagnóstico y análisis de la práctica que se ha ido construyendo desde los tribunales en materia de justiciabilidad de derechos sociales.

En este marco, es posible asumir que existe algún acuerdo con relación a que el fuero ha tomado decisiones de avanzada en esta materia. Por el caso, cuestiones como asumir que la misma es parte de la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables” se encuentra en franco retroceso en nuestra práctica local; o bien la operatividad de los derechos constitucionales, o el reconocimiento del valor interpretativo de los precedentes de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, son criterios relativamente pacíficos en el fuero ².

Del otro lado, entiendo que existen algunos puntos conceptuales que se encuentran, todavía, en ciernes. En efecto, creo que uno de los más relevantes es la cuestión de cómo se construye -y se resuelve-, en los tribunales, una tensión entre argumentos fundados en ciertos fragmentos o recortes de la actividad financiera frente al reclamo de efectivización de derechos sociales ³.

2 Pueden verse los trabajos de LÓPEZ OLIVA, M. y de MAURINO, G y NINO, E. en ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, 2009.

3 En rigor, no niego que el derrotero argumentativo que intentaré reconstruir puede ser utilizado para la justiciabilidad de cualquier derecho. Sin embargo, creo que es posible sostener que éstos *suelen* presentarse con mayor asiduidad en materia de derechos sociales. A su vez, este hecho puede responder, sobre todo, a una doble cuestión -conceptualmente errada a mi modo de ver-: la primera es que existiría una distinción normativa relevante entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos; la segunda es que sólo los primeros implicarían un costo económico. Sin perjuicio de que tocáremos algunos de estos puntos -al menos tangencialmente- entiendo que el error de ambas nociones ha sido suficientemente tratado en la literatura jurídica. En su caso, me remito al conocido texto de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002; COURTIS, C., “Tres discusiones sobre derechos sociales” en ALEGRE, M., GARGARELLA, R., ROSENKRANTZ, C. (coord.), *Homenaje a Carlos Nino*, La Ley, Facultad de Derecho, UBA, 2008, p. 375-388; HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, 2011. En igual sentido, CORTI expresa que

Con ello en miras, quisiera aportar algunos elementos conceptuales -algo rudimentarios, es cierto- acerca de cómo entiendo que debería ser pensada y asumida esta cuestión con miras a lograr una mejor práctica jurídica.

Como primera aclaración, quisiera decir que en el presente trabajo me centraré en las tensiones que pueden surgir entre cierta argumentación fundada en la actividad financiera del Estado y la justiciabilidad de derechos sociales con una decisión presupuestaria *ya dada*. Esto implica que no tomaré en cuenta la discusión -por demás interesante y sustancial para nuestra comunidad- centrada en la existencia y el alcance de las restricciones que poseen los poderes políticos *al momento* de diseñar el presupuesto -aunque tangencialmente la bordee-. Y no lo haré, no porque crea que existen distinciones conceptuales relevantes entre un “momento” y otro, sino que mi restricción responde sólo a una cuestión de prolijidad en el tratamiento del problema.

Una segunda aclaración que creo pertinente realizar es que, sin perjuicio de la relación y el diálogo entre los niveles normativos de nuestro ordenamiento jurídico y de tomar como ejemplos precedentes de otras jurisdicciones, mi propuesta se va a centrar en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, cuando me refiero al “Estado” o a la “Administración”, me estoy refiriendo, específicamente, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -o a algunos de sus órganos, claro está-.

Una tercera aclaración es que si bien es cierto que existen algunos precedentes en nuestro fuero local donde se menciona esta tensión (ver, por ejemplo, la sentencia del caso “Acuña” -exp. 15558- con fecha 04/12/09, dictada por la titular del Juzgado CayT N° 12, o bien el precedente “Mansilla” -exp.

“considerar los derechos fundamentales sin dilucidar su sustento financiero implica ocultar el aspecto más dramático de la vida de los derechos”, CORTI, H., *Derecho constitucional presupuestario*, 1ª ed., Bs. As., LexisNexis, 2007, p. 750.

13.817/0- con fecha 13/10/06 dictada por la Sala I de la CCAyT), entiendo que esta discusión está en un estado muy liminar y, en efecto, estos precedentes parecen ser más la excepción que la regla ⁴. De todas formas, el presente trabajo no es un estudio de casos, o un repaso descriptivo, sino un intento de acercar algunos elementos conceptuales a la discusión.

Finalmente, y tal como lo anticipa el título, este estudio sólo intenta presentar algunas cuestiones *básicas* acerca de la tensión que aquí abordaré. Según veremos, las discusiones vinculadas con ella son complejas y ameritan transparentar una gran cantidad de presupuestos teóricos y de cuestiones que están muy lejos de ser pacíficas. En todo caso, y cuando corresponda, me remitiré a otra literatura para aclarar y completar puntos.

Por lo demás, mi trabajo presupone -aunque en algunos pasajes lo planteo de manera expresa- un “código hermenéutico” conformado por directrices interpretativas de diversos rasgos -ético/normativos, cánones hermenéuticos, métodos interpretativos, etc.- ⁵. Con ello, no pretendo anular disputas o polémicas interpretativas; muy por el contrario, siento algunas “bases” o “acuerdos” para comenzar(las), o continuar(las), o reconducir(las).

II. Algunos acuerdos básicos

Como decía previamente, nuestra comunidad jurídica posee ciertos acuerdos teóricos básicos, tales como la asunción de que todos los derechos constitucionalmente protegidos son operativos; que el rol del Poder Judicial -respetuoso de la voluntad democrática- es imponer cierto valladar a las argu-

4 Esto no deja de ser curioso puesto que es una práctica extendida el que la Administración haga uso -y abuso- de estas defensas ante casos en donde se litigan derechos sociales.

5 CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, 2011. En particular Cap. II.

mentaciones irrazonables -y por tanto inconstitucionales- de las reglamentaciones de los derechos constitucionales; que no existen materias que estén exentas del control judicial de constitucionalidad, etc.

Pero además, creo que es posible presentar otros acuerdos más vinculados con la relación entre la actividad financiera del Estado y los reclamos de derechos ante nuestros tribunales. Estos acuerdos, en su caso, me servirán como presupuestos teóricos para desarrollar y proponer varios argumentos.

En este sentido, por ejemplo, parece existir algún grado de consenso con relación a que *todos* los derechos cuestan dinero y que, por tanto, su justiciabilidad *siempre* tiene un impacto en la actividad financiera del Estado -en este caso la faz erogatoria- ⁶. Y cuando digo que todos los derechos tienen un impacto en la actividad financiera estoy queriendo decir, básicamente, que todos los derechos cuestan dinero. En su caso, ya lo decía ALBERDI: no es posible la existencia de un Estado sin los recursos necesarios para ello; y sin un Estado, es difícil pensar en la garantía y el cumplimiento de los derechos más fundamentales ⁷.

Quisiera sostener otra noción al respecto: el compromiso constitucional de dar cumplimiento a los derechos -todos- tiene un particular impacto en la actividad financiera del Estado y, sobre todo, en su faz presupuestaria, puesto que a partir del reconocimiento constitucional de numerosos derechos, el Estado ya no está habilitado para administrar sus recursos del modo en que le plazca. Y esto, según entiendo, se permite visualizar con una claridad particular a través de la noción de los “derechos sociales”.

6 Ver los planteos de HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., op. cit.; y de CORTI, H., op. cit.; TRUCCO, L., *Livelli essenziali delle prestazioni é sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, disponible en http://www.gruppodipisa.it/?page_id=78.

7 ALBERDI, J. B., “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Obras completas*, t. IV, Imprenta de la Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, p. 144.

Esta idea ha llevado a algunos a decir que la “ciudadanía política” y la “ciudadanía fiscal” son conceptos solidariamente vinculados en el sentido de que “*el Pacto Fiscal, entendido como el acuerdo que determina la estructura y nivel impositivo y asignación del gasto, no sea otra cosa que el correlato del Contrato Social o, dicho con otras palabras, su condición material de posibilidad*”⁸.

En rigor, en el concepto mismo de los “derechos sociales” se encuentra un cúmulo de consecuencias normativas particularmente relevantes en materia financiera. Pienso, por ejemplo, en los dos principios que forman parte del edificio dogmático de los derechos sociales: el principio de igualdad y no discriminación y el de progresividad -y la consecuente prohibición de regresividad-. Según el primer principio -y dicho muy básicamente- el Estado debe garantizar el ejercicio de los derechos sociales “sin discriminación alguna”. En función del segundo de ellos, el Estado tiene el deber de avanzar de modo continuo y progresivo en el cumplimiento de los derechos sociales.

Ambos principios tienen un profundo impacto en la arquitectura financiera de un Estado. Por un lado, la distribución de los bienes garantizados por los derechos sociales no puede realizarse sin tener en consideración una concepción robusta de la igualdad y la no discriminación. Por el otro, el deber de adoptar medidas de modo progresivo implica, necesariamente, un aumento -o una utilización cada vez más racional- de los recursos necesarios para el cumplimiento de los derechos sociales de modo “continuo y progresivo”⁹.

8 CEPAL, “Estado e Igualdad: del contrato social al pacto fiscal”, Serie Macroeconomía del desarrollo, n° 93. Documento elaborado por Manuel BASOMBRÍO, pág. 28.

9 Para algunas cuestiones metodológicas sobre la aplicación de este principio puede verse el informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA, Ser.L, Doc. 14, 19/07/2008. Asimismo, puede verse ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L.

Como se ve, entonces, sin perjuicio de que *todos* los derechos tienen un costo y, por tanto, un impacto financiero, la práctica que se ha construido alrededor de los llamados “derechos sociales” permite visualizar con una claridad particular esta relación entre las finanzas de un Estado y sus compromisos constitucionales. Con esto no quiero decir que el cumplimiento de los -identificados como- derechos civiles y políticos no tengan un enorme impacto económico en una estructura financiera constitucional ¹⁰; sólo apunto que es la doctrina de los derechos sociales la que transparenta con mayor intensidad y, por tanto, problematiza esta cuestión actualmente en nuestros tribunales.

III. Las tesis de la “insuficiencia de recursos” y de la “discrecionalidad”

Creo que es posible identificar dos tipos o niveles de argumentación que suelen presentarse para sostener la no efectivización de los derechos sociales y que involucran -o que sostienen hacerlo- la actividad financiera del Estado. Por un lado, el argumento que llamaré “tesis de la insuficiencia de recursos”; por el otro, la “tesis de la discrecionalidad”. Ambos, de modo directo e indirecto, tienen como objetivo justificar que la Administración no dé una respuesta *judicial* al conflicto que se le presenta. Además, estos argumentos suelen presentarse asiduamente en nuestros tribunales locales en forma de “defensa” del Estado ¹¹.

(comps.), *La medición de derechos en políticas sociales*, Editores del Puerto, 2010.

10 Tal vez no exista mayor muestra de ello que la protección constitucional de la propiedad privada.

11 Un punto que me parece interesante remarcar como ausente en la mayoría de nuestras reflexiones teóricas al respecto -y que ameritaría un trabajo entero- es un análisis histórico y político de la defensa del Estado frente a reclamos de derechos sociales. Creo que un proyecto de ese tipo debería intentar

El primer argumento, puesto en su mejor luz, vendría a expresar una idea muy sencilla: al momento de efectivizar un derecho el Estado, lisa y llanamente, carece de los recursos financieros para ello.

Una aclaración previa antes de continuar: esta línea argumental se puede presentar tanto en el proceso judicial como al momento de ejecutar la sentencia que reconoce un derecho social. En el primer caso, la argumentación aparece como un intento de justificar la omisión que se alega; mientras que en el segundo aparece como una “imposibilidad” -o al menos así se quiere presentar- para cumplir una sentencia judicial que ordena el reestablecimiento del derecho, una vez dictada la misma.

Volviendo al punto, este argumento presupone ciertas respuestas para -al menos- dos cuestionamientos directamente relacionados entre sí: i. ¿puede un argumento financiero fundado en la insuficiencia de recursos “vencer” a un reclamo de derechos ante un tribunal?; y ii. si la respuesta a la pregunta previa fuese afirmativa, ¿en qué casos y con qué alcances?

Para quienes defienden la “tesis de la insuficiencia de recursos”, la primera pregunta recibe una respuesta afirmativa: efectivamente, un reclamo de derechos puede ser “frenado” frente a argumentos fundados en cuestiones financieras y, especialmente, cuando se trata de la insuficiencia de recursos. La segunda, en su caso, propone un examen de control judicial bastante laxo del argumento: sin perjuicio de que debería ser considerada como cualquier defensa de la Administración -y por tanto sería ésta la que debería probarlo-, el argumento parece tener un “potente poder retórico”: la sola mención de esta -supuesta- insuficiencia ameritaría comenzar a dudar de

identificar los vínculos teóricos e históricos entre las líneas argumentales fundadas en la “insuficiencia de los recursos” y la “discrecionalidad” y la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”. Y en su caso, tal vez sea posible sostener, al menos desde un plano intuitivo, que las tesis que aquí presentamos -como “insuficiencia de los recursos” y “discrecionalidad”- son una “nueva versión” de aquella doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”.

la viabilidad del reclamo ante el tribunal. Por lo demás, y aun cuando sólo sea tenido como una defensa -con la consecuente necesidad de producir su prueba en el expediente judicial-, se propone un escrutinio judicial más bien leve en el que bastará la mera presentación del argumento y una mínima actividad probatoria.

De modo que esta primera tesis nos lleva a (re)pensar algunas tensiones particularmente relevantes para nuestra práctica constitucional. Mientras que la primera pregunta parece dirigirse a presentar una discusión conceptual acerca de qué tipo de razones y con qué alcance pueden utilizarse en tribunales para limitar un reclamo fundado en derechos, la segunda parece referirse más bien a una cuestión procedimental en la que aparecen elementos relacionados con la argumentación judicial y los niveles de escrutinio en la valoración de las razones aportadas por las partes.

Por otro lado, el argumento de la “insuficiencia” puede presentarse como un -intento de- “justificativo de la causa de la afectación al derecho” o bien como un -intento de- “justificativo del incumplimiento de la manda judicial”. Intentaré presentar ambos puntos conjuntamente realizando las diferenciaciones en los momentos pertinentes.

La segunda tesis, la de la “discrecionalidad”, ya no discute la existencia de los recursos necesarios para la efectivización de un derecho; en su caso, ya está asumido que éstos existen. Por el contrario, esta línea argumentativa se centra en que el dinero *ya está* presupuestado, ya está destinado a otro objetivo, y si el remedio del reclamo ante tribunales fuese la modificación de alguna de esas partidas presupuestarias, esta modificación tendría -al menos- dos consecuencias disvaliosas: cuestionar la decisión mayoritaria y democrática de cómo destinar un recurso financiero; y, además, esto podría significar sacarle recursos a otro derecho igualmente importante.

Al contrario de la primera tesis, esta segunda parece dirigirse a otro tipo de tensiones, más vinculadas con cuestiones conceptuales propias de cuál es el acercamiento que debe darse a la Constitución. En su caso, el punto será cómo -y con qué

alcances- entran en tensión la dimensión de los derechos y la dimensión de la democracia y cuál es el rol del Poder Judicial en la misma.

Quienes defienden esta tesis asumen que, en el plano financiero/presupuestario -incluso en la etapa de su ejecución- debe primar la decisión de los poderes políticos frente a una intervención del Poder Judicial, si se quiere ser consistente con una -particular- visión de la división de poderes.

IV. Los problemas de la “tesis de la insuficiencia”

Recordemos, entonces, que esta tesis implica asumir una posición para un doble interrogante: por un lado, pensar si es posible limitar derechos en función de argumentos fundados en la insuficiencia de los recursos financieros necesarios para efectivizar éstos; y, por el otro -y siempre ante la respuesta afirmativa al anterior interrogante-, cuándo y con qué alcances son procedentes estos argumentos.

1. *Dos respuestas tentativas*

Ahora bien, quisiera presentar algunas posibles respuestas a esta tesis que se han generado en la práctica judicial interpretativa de los derechos sociales. La primera, es una reconstrucción de algunos precedentes de nuestro Máximo Tribunal -los casos “Badín” y “Verbitsky”- y otro de primera instancia del fuero contencioso federal -el caso “Benghalensis”-. Según esta reconstrucción, la jurisprudencia es -sería- clara en el sentido de que en nuestro ordenamiento no es posible justificar la lesión a un derecho en función del argumento de la insuficiencia de recursos. La segunda, es una reconstrucción de decisiones emanadas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC); según la cual este argumento sí resulta procedente *en ciertos supuestos*. Creo que ambas reconstrucciones son problemáticas por razones diferentes. Veamos.

La primera respuesta, como decía, parte de una reconstrucción de la jurisprudencia que realiza el Profesor CORTI¹². En el precedente “Badín”, los hechos indican que personas privadas de libertad que se encontraban en el penal de Olmos fallecieron como consecuencia de un incendio. La Corte, luego de analizar los elementos probatorios incorporados en la causa, entendió que el Estado provincial había tenido responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados en función de la noción -propia del Derecho Administrativo- de la “falta de servicio”¹³.

Y, en lo que aquí importa, sostuvo que *“estas dolorosas comprobaciones, que es deber del tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuencias excesivas poblacionales penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quien fue jefe de la unidad de Olmos”*. Y luego expresó que *“las carencias presupuestarias, aunque dignas de ser tenidas en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5 inc 2, CADH)”*.

Por otro lado, en el caso “Verbitsky”, en el que se presentó un hábeas corpus colectivo por la situación de personas privadas de libertad sin condena en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, la Corte citó, en su considerando 28, el mismo estándar que había sentado en “Badín”.

12 CORTI, H., “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero”, en CORTI, H. (dir), CASÁS, M. (coord. Gral.) y ÁLVAREZ, V. (coord.), *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2010.

13 Considerando 4 de la sentencia.

Finalmente en “Benghalensis”, se había presentado una acción de amparo con el objeto de que se cumpla con el suministro de medicamentos que requieren las personas que padecen HIV en todos los hospitales del país. Allí la jueza interviniente sostuvo que *“debo señalar que no puedo dejar de valorar el momento de acceder a la medida, que para el caso de que efectivamente el Ministerio se encontrara cumpliendo normalmente con la conducta que le requiere, la decisión que adopto sería inocua pues ningún gravamen podría causarse a la demandada, mientras que si por el contrario, y como resultas de los avatares presupuestarios, la provisión de los medicamentos no es regular y permanente, cobra toda su virtualidad la necesidad que esa situación se revierta en beneficio de la comunidad”*.

Sobre la base de lo dicho en estos precedentes, CORTI concluye que *“la práctica judicial argentina parece coincidir, en líneas generales y más allá de las diferencias entre una y otra, con su homóloga norteamericana, al momento de sintetizar la forma jurídica de resolver la problemática presupuestaria. Según la expresión de la Corte argentina: las carencias presupuestarias no justifican transgresiones a los principios consagrados en la Constitución y que definen al Estado de Derecho”*.

Aquí, mi punto no es que las decisiones jurisprudenciales revisitadas son incorrectas -o en su caso no es lo que aquí quiero resaltar, sin perjuicio de que mi tesitura sobre esta problemática sea diferente a la de los precedentes aquí reseñados, conforme diré luego-, sino que la reconstrucción propuesta por CORTI resulta disputable. En su caso, esta línea jurisprudencial, según mi interpretación, se acerca mucho más a la del Comité DESC que, luego veremos, matiza la pretensión de la inoponibilidad del argumento de la insuficiencia de recursos.

Y digo que esta reconstrucción es disputable puesto que, en primer término, en los casos “Badín” y “Verbitsky”, el considerando resaltado expresa que *“las carencias presupuestarias, aunque dignas de ser tenidas en cuenta, no pueden*

justificar transgresiones de este tipo"¹⁴. En primer término, nótese que las carencias presupuestarias sí son -o deben- ser tenidas en cuenta al momento de resolver un caso (o, en términos de la sentencia, "dignas de ser tenidas en cuenta"). Esto es muy diferente a decir que una carencia presupuestaria no justifica válidamente un incumplimiento en cabeza del Estado. En segundo lugar, según entiendo, la razón para "*no tener en cuenta*" en **este caso** las carencias presupuestarias, se refiere a "*transgresiones de este tipo*". Miremos los hechos del caso "Badín" y "Verbitsky" y entenderemos las "*transgresiones de este tipo*": gravísimas irregularidades que, en algunos casos, han ocasionado la muerte de personas¹⁵.

Así entonces, parece que los argumentos fundados en carencias presupuestarias, son "*dignos de ser tenidos en cuenta*", pero no cuando se juzgan violaciones u omisiones de la gravedad y con las consecuencias que se vislumbran en "Badín" y en "Verbitsky". Es decir que la improcedencia del argumento de la insuficiencia es una consecuencia que sólo puede predicarse de *estos casos*; por lo que el estándar de la Corte Suprema se acerca más a una decisión de tipo "minimalista"¹⁶. Por ello, creo que la Corte, en estos dos precedentes, dice bastante menos -en términos de oponibilidad o no del argumento de insuficiencia de recursos- que lo que pretende CORTI.

Por otro lado, y en lo que respecta al caso "Benghalensis", la sola mención a los "*avatares presupuestarios*" parece ser demasiado liminar a los fines de sostener la existencia de una

14 El resaltado me pertenece.

15 Me remito a los considerandos 6-8 donde se hace un racconto de los hechos del caso, que son más propios de una ficción dantesca antes que de un conflicto "meramente" jurídico.

16 Para un análisis y desarrollo de la noción del minimalismo en la adjudicación constitucional puede verse SUNSTEIN, C., *One case at a time: judicial minimalism at the Supreme Court*, 2da edición, Cambridge, Harvard, University Press, 1999.

práctica -incluso en ciernes- que sustenta la inoponibilidad del argumento fundado en la insuficiencia de recursos.

La segunda tendencia decisoria que quisiera remarcar es, como decía, la que emana del Comité DESC. Como autoridad interpretativa de dicho instrumento, dicho Comité dotó de contenido al artículo 2, párrafo 1, en la Observación General n° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”¹⁷.

El Comité realiza una primera distinción con relación a las obligaciones que emanan del párrafo 1 del artículo 2° del PIDESC. En este sentido, sostiene dos tipos de obligaciones: las “progresivas” o de “realización paulatina” y las que tienen “efecto inmediato”¹⁸. Por su parte, y dentro de estas últimas, se encuentran dos obligaciones genéricas: la obligación de no discriminar¹⁹ y la de “adoptar medidas”.

Esta segunda obligación -que, repito, es de “efecto inmediato”- es el basamento normativo en el que se ancla el principio de progresividad; e implica la inmediata adopción de medidas de corte legislativo y/o judicial tendientes a la plena efectivi-

17 Quinto período de sesiones, 1990. El PIDESC dispone, en su artículo 2 párrafos 1 y 2, que “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

18 Pto. I.

19 Esta obligación fue analizada en extenso por el Comité DESC en la Observación General n° 20: “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)”, E/C.12/GC/20 2 de julio de 2009.

zación del derecho en cuestión ²⁰. Además, y sin perjuicio de esta obligación de adoptar medidas con carácter progresivo, *“corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”*²¹. De esta manera, dentro de la obligación de adoptar medidas progresivas se encuentra el deber de cubrir un mínimo esencial de cada derecho.

Ahora bien, *en principio* este “mínimo esencial” sí admite argumentos fundados en la insuficiencia de recursos, puesto que el propio Comité destacó que *“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”*²². Por supuesto, el propio Comité establece luego ciertos requisitos para que el argumento de la insuficiencia resulte procedente, que luego veremos en detalle. Pero, en lo que nos concierne para nuestro punto, es posible decir que, para el Comité DESC, *en principio* resulta procedente que el Estado justifique el no cumplimiento de un derecho social sobre la base de un argumento fundado en la insuficiencia de recursos financieros necesarios para ello.

Y digo *en principio*, porque posteriormente, el propio Comité dictó una serie de Observaciones Generales en las que expresamente sostuvo que, para el efectivo cumplimiento de *ciertos derechos y hasta cierto punto*, el Estado no podría ampararse en la “tesis de la insuficiencia”. En efecto, con relación al derecho a la salud, en la Observación General n° 14, el Co-

20 Ptos. 3 a 5 de la OG.

21 Pto. 10. Sostuvo el Comité que *“por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de elementos 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”*.

22 Pto 10. El resaltado me pertenece.

mité construyó una noción de “obligaciones básicas” en torno a dicho derecho ²³. En el párrafo 47 de dicha OG, expresó que *“un Estado Parte no puede **nunca ni en ninguna circunstancia** justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables”*²⁴.

Idéntico criterio siguió el Comité con relación al derecho al agua. En la Observación General n° 15, del mismo período de sesiones que la anterior O. Gral., luego de construir la noción de “obligaciones básicas” ²⁵ expresó que *“un Estado Parte no puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 37 supra, que no pueden suspenderse”*.

De modo que para el Comité DESC, existe cierto espacio argumentativo para que el Estado pueda oponer la “tesis de la insuficiencia de los recursos”; pero, a la vez, este espacio argumentativo aparece restringido por una necesidad de justificar este tipo de consideraciones de modo muy exigente.

Finalmente, resulta curioso que en el período de sesiones previo al que dictó las Observaciones Generales 14 y 15, el Comité DESC dictó otras tres Observaciones Generales sobre “Los planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14)”;²⁶ sobre “el derecho a una alimentación adecuada”, y sobre “el derecho a la educación (artículo 13) -Observaciones Generales 11, 12 y 13 respectivamente ²⁶”; en las que trató, como vemos, dos cuestiones que nadie dudaría de tildar de “elementos fundamentales” para casi cualquier noción de agencia moral humana. Sin embargo -y este es el dato “curioso”- en ninguno de dichos instrumentos sostuvo la inaplicabilidad del argumento fundado en la insuficiencia de recursos. E incluso, en lo que respecta al derecho a la alimentación y a la educación, sí estableció los “contenidos básicos” de los mis-

23 Párrafos 43 a 45 de la OG.

24 El resaltado me pertenece.

25 Párrafos 37 y 38 de la OG.

26 Todas son el período de sesiones 20, del año 1999.

mos ²⁷; y, sin embargo, al menos en lo que respecta al derecho a la alimentación dijo “expresamente” que el argumento de la insuficiencia resultaba procedente -siempre, con las restricciones que luego veremos- ²⁸.

En definitiva, es -al menos- disputable que sea posible reconstruir la práctica jurisprudencial local o la que emana del Comité DESC, de modo de que éstas afirmen, de forma indubitable, la inoponibilidad del argumento de la insuficiencia de los recursos al momento de judicializar un derecho social.

2. Una propuesta interpretativa

Según entiendo, estas respuestas representan un modo incompleto de reconstruir nuestros compromisos constitucionales vinculados a la controversia. Pues creo que en ambas se encuentra ausente un punto que entiendo sustancial: el fundamento de la protección de los derechos sociales y, consecuentemente con ello, la delimitación y el alcance dogmático de las obligaciones involucradas. En este sentido, creo que es necesaria la construcción de una dogmática de las obligaciones constitucionales en materia de derechos sociales que tenga en miras las tensiones financieras ²⁹.

27 Pto. 8 de la OG 12, y pto. 6 de la OG. 13.

28 En el caso del derecho a la alimentación, sostuvo que “*en el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas*” y que “*el Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios*” (pto. 17 de la OG 12). Con relación al derecho a la educación, el Comité guardó silencio respecto a las restricciones financieras.

29 Dogmática, por su caso, que intente evitar cierta grandilocuencia retórica e imprecisión normativa de la cual adolecen, a veces, algunas decisiones jurídicas emanadas del Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

Así las cosas, un primer punto que quiero remarcar es la necesidad de tener presente que, como lo dije en el apartado II, toda pretensión de cumplimiento de un derecho social ante nuestros tribunales, implica, indefectiblemente, algún tipo de impacto financiero. Es decir, entiendo que dentro de la noción de “derechos sociales” se inscribe un compromiso con un modo de entender las finanzas públicas ³⁰.

Lo que quiero decir con ello es que desde el momento en que la comunidad local se ha comprometido constitucionalmente a dar cumplimiento a los derechos sociales -de modo progresivo y sin discriminación alguna- esto *necesariamente* implicó dejar afuera de la arena política -como consecuencia de otorgarle a dichos compromisos valor constitucional- a un conjunto de deberes en cabeza del Estado, limitando, de este modo, un espectro relativamente amplio de la discrecionalidad en materia financiera.

Para decirlo con claridad: en la estructura conceptual de los derechos sociales, hay un componente especialmente relevante acerca de cómo entender el modo en que debe ser llevada adelante la actividad financiera estatal, y, en particular, su faz erogatoria o presupuestaria.

De allí que, conforme lo argumentaré luego, existen ciertos casos en los que, en función de la obligación que se encuentra en juego -vinculada a un derecho social-, la Administración no puede argumentar que los recursos son insuficientes para garantizar un derecho social.

Por supuesto, ello presupone, por un lado, una concepción determinada de los derechos sociales; y, por el otro, implica distinguir, hacia el interior de éstos, las obligaciones involucradas en el caso.

30 Esto no niega que lo mismo pueda decirse sobre la constitucionalización de los llamados derechos civiles y políticos. En su caso, no es éste el punto sobre el quisiera expedirme. Véase ELIZONDO BREEDY, G. y FERRARO CASTRO, F., “Efecto de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional”; en *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*, vol I, Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, CIDH, 1998, pp. 627-641.

a) Los derechos sociales y el principio de autonomía constitucional en una democracia constitucional

Con relación al primer punto, mi interpretación propone como fundamento ético-político de los derechos sociales al principio de autonomía. Según NINO, este principio *“prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”*³¹.

En función de ello, los derechos sociales aparecen como protecciones normativas sobre el acceso a ciertos bienes jurídicamente valiosos que son una precondition material para asegurar una vida libre y autónoma³². De allí que el propio NINO, posteriormente, expresó que *“no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar y no tiene valor, en el contexto de una concepción liberal de la sociedad, materializar planes de vida que uno no ha elegido libremente”*³³.

Así las cosas, cuando nuestros compromisos constitucionales expresan el deber estatal de garantizar los derechos sociales de los sujetos, es posible rastrear en éstos una idea de seguro de ciertos elementos materiales que son necesarios

31 NINO, C., *Ética y derechos humanos*, 2da edición, Astrea, 1989, ps. 204 y 205.

32 Sigo aquí el desarrollo de MAURINO, G., “Pobreza y autonomía,” en GARGARELLA, R. *et al*, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. II, Abeledo-Perrot, 2009.

33 NINO, C., “Autonomía y necesidades básicas”, en *Los escritos de Carlos Nino. Derecho, moral y política II*, vol. 2, MAURINO, G. (comp.), p. 101.

para una existencia digna y coherente con las disposiciones constitucionales ³⁴.

¿Cuál es la consecuencia de identificar un mínimo que se encuentra protegido por el haz de los derechos sociales así entendidos? En la medida en que entendemos que el reclamo de ciertos bienes tiene un anclaje constitucional, entiendo que una consecuencia normativa que generamos es que los mismos no pueden ser enfrentados, al menos *a priori*, por argumentos fundados en el bienestar de las mayorías.

Ilustro este punto con el ejemplo de la protección constitucional de la libertad de expresión. Del hecho de que la Constitución proteja dicho derecho, se permite entender, por un lado, que ciertas expresiones merecerán una protección sustantiva que no podrá ser obstaculizada por argumentos como, por ejemplo, la moralidad pública. Es decir, por el solo hecho de que algunas expresiones -por ejemplo las artísticas- ofendan algún “sentimiento mayoritario” no habilita que éstas sean limitadas. Puesto que, justamente, el valor de asignarle protección constitucional a las mismas radica en ello: en que no pueden ser limitadas, al menos *a priori*, por consideraciones colectivas coyunturales.

Pero por el otro lado, de la constitucionalización de este derecho, también se deduce que *no cualquier* ejercicio de la libertad de expresión podrá ser defendido en términos constitucionales. Pienso, por ejemplo, en los insultos, que sí pueden recibir una -razonable- restricción por parte de nuestras mayorías políticas sin violar el principio constitucional de la libertad de expresión. Esto nos remite, entonces, a que el contenido de los derechos está intrínsecamente vinculado con las obligaciones que lo componen y cómo juegan éstas en la argumentación constitucional.

34 El propio preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos reza que “*sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*”.

Volviendo al tema de este trabajo, propongo entender que ciertos bienes básicos o ese mínimo esencial para materializar un plan de vida autónomamente elegido se encuentran incluidos en una concepción de la autonomía constitucional que les otorga una protección constitucional intensa. Y, de allí, la consecuencia de que la decisión de cumplir o no con ellos, o de destinar -o no- fondos presupuestarios para su cumplimiento, se encuentra expulsada de la arena política de, por ejemplo, la Legislatura o la Administración.

La razón de ello se remite a una concepción de la tensión entre la Constitución y la democracia, según la cual la primera debe establecer las condiciones formales y sustantivas que otorgan legitimidad a las decisiones emanadas de la segunda ³⁵. Y entre estas condiciones, se encuentra la necesidad de que los sujetos que en ella deliberan y decidan sean autónomos. Es decir, sean capaces no sólo de elegir libremente su plan de vida, sino también de poder materializarlo ³⁶. Por ello, para el ejercicio de la ciudadanía política es tan relevante la libertad de expresión, como la posibilidad de contar con un mínimo de educación, de salud, de vivienda, etc. De otro modo, no sería posible justificar aquello que, justamente, otorga valor a la democracia: la potestad de construir decisiones que, a priori, son justas -imparciales- y, por tanto, legítimas.

Por supuesto, el lector podría cuestionar este abordaje sobre la base de una crítica muy sencilla: esta noción de “mínimo” vinculado con la dignidad goza de una enorme indeterminación.

Ello es cierto, pero es tan cierto como el grado de indeterminación de la que gozan la mayoría de nuestras disposiciones

³⁵ La justificación de este punto, si bien es central, ameritaría todo un trabajo por sí sola. Para ello, me remito al libro de Carlos NINO *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1994.

³⁶ Ver MAURINO, G., “Pobreza y autonomía”, op. cit.

constitucionales ³⁷. Aun aquéllos vinculados con los llamados derechos civiles y políticos. Pensemos, por el caso, qué sucede con la protección de la propiedad privada -¿cuándo y en qué medida el Estado debe proteger la misma? ¿Cuál es el límite -cualitativo o cuantitativo- de la potestad tributaria con relación a este derecho? Son preguntas que no tienen respuestas pacíficas ni doctrinaria ni jurisprudencialmente-. Pero además, la indeterminación de los compromisos constitucionales lejos de ser un problema, representa justamente el reconocimiento de que existe un espacio de disputa normativa que nos permite construir una práctica argumentativa constitucionalmente consistente y sólida.

En lo que aquí nos atañe, este grado de indeterminación podrá ser dotado de contenido en función de esa misma práctica argumentativa que se da en nuestros tribunales ³⁸.

Por lo demás, la Corte Constitucional de Colombia ha entendido al mínimo vital como “*aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Cuando tal afectación se ha producido, esta Corte ha concedido la tutela en aras de salvaguardar la subsistencia digna del peticionario y de los suyos*” ³⁹; y que ésta “*no se agota*

37 Ver GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.

38 En todo caso, puede verse la enjundiosa e interesante jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre esta noción de “mínimo”. Ver, para ello, ARANGO, R. y LEMAITRE, J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002; LEMAITRE, J., “El coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia”, p. 53-69, en BARBOSA PINTO, M. *et al*, *Derecho y pobreza*, SELA, Editores del Puerto, Argentina, 2006; Uprimny, R., “The judicial protection of social rights”, disponible en www.dejusticia.org; Lozano Ruiz, L., “El mínimo vital y la justiciabilidad de derechos sociales”, en *La Corte bajo la lupa*, Informe del Observatorio Constitucional Universidad de los Andes, n° 2, abril de 2010.

39 Sentencia Const., T-320/2000, J.G. Hernández.

*en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y la realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador”*⁴⁰. Con esto en miras, la noción del mínimo se encuentra vinculada a una concepción cualitativa acerca de lo que debe considerarse como relevante en términos de condiciones sociales, económicas y políticas de cada situación particular.

Creo que esta idea de que existe un mínimo que impone, necesariamente, una serie de condicionamientos constitucionales/presupuestarios a los poderes políticos de una democracia puede ser rastreada en la propia letra de la Constitución de la Ciudad.

En primer lugar, podemos encontrar que el diseño financiero presupuestario previsto en la Constitución local establece una clara directiva en el primer párrafo del artículo 48: *“Es política de Estado que la actividad económica sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social”*. En primer término, es claro que la Constitución al hablar de la actividad económica como política de Estado se está refiriendo, sobre todo, al modo en que una Administración gestiona su actividad financiera -tanto en su faz erogatoria como recaudatoria-. Pero en segundo lugar, esta actividad debe desarrollarse con miras a respetar dos pilares: el desarrollo de la persona (y nótese que habla en términos singulares, destacando una idea de individuo) y la justicia social. Ambas nociones, otra vez, pueden ser atacadas de cierta ambigüedad. Pero sin perjuicio de que se escape del objeto del presente trabajo el intento de reconstruir estos principios, lo cierto es que la Constitución impone dos objetivos fundamentales en la actividad financiera de la Ciudad como política de Estado: el desarrollo individual y la justicia social. Parecería,

40 Sentencia SU-995/1999.

entonces, que dos principios surgen detrás de ambos pilares: por un lado una idea de autonomía individual -al remitirse al desarrollo de la persona como individuo-; por el otro, un fuerte compromiso con la igualdad entendida como una distribución equitativa de los recursos sociales-al referirse a la justicia social-.

Pero además, esto debe ser visto juntamente con el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución cuando expresa que “*La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante **recursos presupuestarios, técnicos y humanos***”.

En segundo lugar, la Constitución, al reconocer derechos individuales, contiene afirmaciones con impacto financiero en, al menos, dos sentidos. Por un lado, existen expresos compromisos financieros con ciertos derechos. Por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución, al proteger el derecho a la educación, dispone que “*La Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y **financiar** la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades...*”. O bien el artículo 20 que expresa que “*El gasto público en salud es una inversión social prioritaria*”.

Pero más interesante aun es cuando la Constitución establece que el legislador, al momento de diseñar una política pública debe tener como prioridad a ciertos grupos. Esta prioridad debe leerse, también, en su faz presupuestaria; es decir que cuando la Constitución está sosteniendo que ciertos grupos tienen una prioridad en el diseño y ejecución de políticas públicas, también hay un compromiso financiero erogatorio con dicho grupo. Así, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 17 que prescribe que “*Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades*”. O incluso el artículo 39 que reconoce la prioridad de los niños, niñas y adolescentes en el diseño de las políticas públicas.

b) Las obligaciones involucradas bajo el ropaje de los derechos sociales

En segundo lugar, y con esta noción de derechos sociales en mente, creo que es necesario distinguir el tipo de obligación que se encuentra en juego en cada caso. Así, en la medida en que la obligación sea de dar cumplimiento a ese mínimo que es una precondition de la decisión democrática, ello no admitirá el argumento fundado en la insuficiencia financiera. Por esto, la construcción del “mínimo” de cada derecho social aparece como algo particularmente relevante para dar una respuesta consistente a la controversia que aquí analizamos. Ese mínimo, para decirlo claramente, resulta indisponible por las decisiones de las mayorías políticas expresadas, ya sea en la Legislatura, ya sea en la Administración.

La razón que permite sostener que en casos donde se encuentra en juego el mínimo no es posible oponer el argumento de la insuficiencia de los recursos, es relativamente sencilla -aunque no por ello menos controvertida-: si ese mínimo se encuentra fuera de la decisión democrática, si éste es -justamente- una precondition de validez de las decisiones mayoritarias-, entonces también se encuentra restringida la decisión presupuestaria -tal vez una de las más importantes manifestaciones de las decisiones democráticas, es cierto ⁴¹- en el sentido de no poder no destinar los recursos necesarios para ello; por eso mismo es que no será posible que la Administración argumente la insuficiencia de recursos para dar cumplimiento a ese “mínimo”.

Así como la Corte ha sostenido, al analizar el principio de autonomía en su faz antiperfeccionista ⁴², que existe una se-

41 Me remito a la construcción teórica del conocido “principio de reserva de ley en materia presupuestaria” en CORTI, H., *Derecho constitucional presupuestario*, op. cit., cap. V y MARTÍNEZ LAGO, M., *Manual de derecho presupuestario*, Colex, Madrid, 1992, ps. 103-132.

42 MAURINO, G., “Pobreza y autonomía”, op. cit.

rie de decisiones individuales que quedan fuera del escrutinio mayoritario por tener sólo un valor autorreferencial ⁴³, de igual manera, la decisión mayoritaria de disponer recursos para cumplir con el mínimo indispensable que venimos mencionando no está en la potestad de aquélla. El constituyente ya la sacó de ese espacio de disputa institucional, para trasladarlo, claro, a otro: el de los tribunales, cuyo rol es la interpretación de la Constitución.

Desde ya que esto no quiere decir que cuando lo que esté en juego sea una prestación que exceda ese mínimo, el Estado podrá liberarse de su cumplimiento con la argumentación de insuficiencia de recursos. En este segundo supuesto, aunque admisible este camino argumentativo como defensa, el Estado deberá argumentar y demostrar fehacientemente esta insuficiencia, probando, además, que se ha esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone con carácter prioritario ⁴⁴.

Conforme lo ha dicho el Comité DESC en las Observaciones Generales vistas -con relación a las obligaciones mínimas como ya lo dije en el apartado pertinente-, para que cada Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento 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”* ⁴⁵.

43 Ver lo dicho (conocido por todos) en el precedente “Bazterrica” -CS, Fallos, 308:1392-. Además, me remito al clásico libro sobre esta cuestión de SAMPAY, A., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Bs. As., Omeba, 1965.

44 Este segundo nivel de protección puede ser equiparado al propuesto en función de la prohibición de regresividad. Según se ha sostenido, esta prohibición no es absoluta sino que sólo resulta admisible bajo un escrutinio judicial estricto que, en primer término, presuponga la invalidez de toda medida regresiva; y, en segundo término, será el Estado el que deba dar razones urgentes para fundar ello.

45 Comité DESC, Obs. Gral. n° 3, op. cit., párrafo 10.

Con esto en miras, sí es posible que el Estado utilice esta defensa, pero ello debe ser tenido como lo que es: una defensa procesal que quien la alegue deberá estar en condiciones de probarlo. Y esta actividad probatoria, conforme vemos la práctica internacional al respecto, debe estar encaminada a demostrar: i. que se carece de los recursos necesarios para afrontar la obligación que se está requiriendo; ii. que se está realizando todo el esfuerzo para cumplir con el derecho alegado; iii. que este esfuerzo tiene carácter prioritario en el marco de sus decisiones financieras.

Este solo punto ameritaría un trabajo entero, pero -por razones de objeto y de espacio- me limito sólo a remarcar de manera muy básica unas últimas cuestiones dispuestas al respecto por la propia CIDH ⁴⁶. Dicho organismo ha definido tres tipos de indicadores a tener en cuenta al momento de evaluar el cumplimiento de los derechos: los estructurales (que buscan medir qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos al que se encuentra obligado, por ejemplo, normas jurídicas, estrategias, planes, creación de agencias con la correspondiente partida presupuestaria, etc.); los indicadores de proceso (que buscan mediar la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos); y los indicadores de resultado (que buscan medir el impacto real de las estrategias, programas, planes, etc., llevados adelante por el Estado).

Así entonces, parece insuficiente que la Administración acompañe, por ejemplo, una partida presupuestaria donde consta que carece de recursos para solventar la pretensión. En su caso, deberá demostrar que está realizando todos los esfuerzos posibles para dar un cumplimiento íntegro de los derechos involucrados; y que, en el marco de sus políticas públicas, se está realizando un esfuerzo prioritario.

46 Ver el documento citado en la nota 4 del presente trabajo.

Recién una vez que se prueba ello en sede judicial, aparece como plausible o, en términos de la Corte *“digno de ser tenido en cuenta”* el argumento de la insuficiencia de los recursos.

En definitiva, el éxito o no de la defensa del Estado basada en la insuficiencia de recursos dependerá del tipo de reclamo frente al que estamos. En la medida en que el mismo recaiga sobre el “mínimo” que forma parte de la estructura de los derechos sociales, el Estado no podrá valerse de este camino argumentativo. Ahora bien, si se trata de un deber prestacional que excede aquél, el Estado podrá argumentar ello pero con las restricciones recién vistas.

V. Los problemas de la “tesis de la discrecionalidad”

Como lo dijimos, esta tesis no niega la existencia de los recursos financieros requeridos para dar cumplimiento judicial a un derecho social. Por el contrario, este camino argumentativo se funda en que los fondos ya se encuentran presupuestados y, por tanto, intervenir en ellos afectaría, por un lado, la voluntad del legislador con relación a cómo distribuir los fondos públicos; y, por el otro, esto tendría impactos en los fondos destinados para otros derechos.

1. *La intromisión en las potestades de los poderes políticos*

Pasemos, entonces, al primer punto. Según esta idea, una orden judicial que implica algún tipo de impacto presupuestario -como por ejemplo, trabar alguna partida o bien ordenar algún tipo de modificación al respecto- implicaría contrariar la voluntad mayoritaria.

Creo que este argumento puede ser entendido de dos modos -no sólo no excluyentes, sino lógica y conceptualmente vinculados-. Por un lado, se puede defender sobre una concepción -errada a mi modo de ver- de la división de poderes expresando que los jueces no deberían intervenir en casos vinculados con la justiciabilidad de los derechos sociales puesto que éstos tienen, como vimos, un impacto presupuestario. Por el otro,

podría sostenerse que los jueces carecen de legitimidad para involucrarse en el diseño de políticas públicas.

Con relación al primer punto, creo que esto proviene de una visión deficiente de la división de poderes según la cual, cada una de las agencias estatales realiza sus funciones constitucionalmente otorgadas por separado y sin ningún tipo de vinculación relevante. Sin embargo, y como ya fue dicho en numerosas oportunidades, *“en el núcleo de la idea de los ‘frenos y contrapesos’ -en su misma esencia, expuesta por su principal defensor- se encontraba instalada la idea según la cual cada una de las ramas de gobierno debía tener el poder suficiente para interactuar con -y contrarrestar- el posible embate de las demás. La idea de ‘frenos y contrapesos’ significa, desde un principio, fundamentalmente eso: la capacidad de mutua interferencia de un poder sobre otro, la idea de que cada poder cuenta con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás”*⁴⁷.

Pero además, creo que ninguna concepción plausible de la Constitución podría sostener que la decisión mayoritaria no encuentra límites en la afectación de derechos. Aun dentro de concepciones que le asignan un valor primordial a la deliberación que caracteriza -o debería caracterizar- a nuestros órganos mayoritarios, negaría que, ante una violación de un derecho fundamental es necesario restaurar el compromiso constitucional afectado. En rigor, si consideramos que, ante un determinado caso, el argumento de la escasez no resulta procedente, parece que la restricción fundada en la voluntad mayoritaria no resistiría mayores análisis. Ello así, puesto que si entendemos que se está afectando un derecho, la sola mención de una decisión tomada por nuestros poderes políticos mayoritarios, parece insuficiente.

47 GARGARELLA, R. y MAURINO, G., “Vivir en la calle” en AGT, *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las Políticas Públicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 71.

Esta idea es defendida por DWORKIN bajo su construcción del principio de igualdad constitucional. Para dicho autor, las decisiones que emanan de nuestros tribunales que intentan proteger el principio de igual trato que nos debemos en nuestra comunidad se encuentran plenamente justificadas al entender que este principio es liminar en la mejor lectura posible de la democracia constitucional. Así, sostuvo que *“la concepción constitucional requiere estos procedimientos mayoritarios como resultado de su consideración por el estatus igual de los ciudadanos, y no por estar comprometida con el ideal de la regla de la mayoría. Por lo tanto, no ofrece ninguna razón de por qué algún procedimiento no mayoritario no podría emplearse en ocasiones especiales en las que ésta ampliaría o protegería mejor el estatus igual que considera la esencia de la democracia, y no acepta que esas excepciones sean una causa de molestia moral”*⁴⁸.

Para seguir con el ejemplo de la libertad de expresión, pensemos lo que sucedería si la Legislatura sancionase una ley que impusiere algún tipo de sanción relevante para aquellos que realizan expresiones críticas frente al poder de turno, de modo de afectar -irrazonable e inconstitucionalmente- el derecho a la libertad de expresión, ¿podría alguien argumentar con alguna pretensión de éxito que el derecho no está siendo violado puesto que existe una decisión tomada por nuestro poder político mayoritario por excelencia? Parece que la respuesta es negativa. No se entiende, entonces, por qué aparece el “argumento mayoritario” cuando de lo que se trata es de efectivizar un derecho social -que, como dijimos, tiene un impacto financiero-.

La segunda interpretación posible de este argumento intentaría negar la legitimidad democrática de los jueces para

48 DWORKIN, R., “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en H. HONGJU KOH y R. C. SLYE (comp), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

intervenir en el diseño y la implementación de políticas públicas.

Entiendo que lo que aquí está detrás es una concepción deficiente de la democracia que contempla nuestra Constitución. Es decir, aun cuando pueda -y *deba*- defenderse un respeto a la decisión tomada por las mayorías de nuestra sociedad, esto no niega ni obstaculiza que los jueces tengan un rol particularmente relevante en la construcción de la misma. Por el caso, cuando nos encontramos frente a supuestos en los que se está discutiendo aquel “mínimo” que mencionaba previamente, que resulta necesario para la construcción de una decisión democrática legítima, parece plausible otorgarles a los jueces -en función de su lugar institucional privilegiado- un rol de contralor de dichas precondiciones.

Defendiendo esta noción, ALEGRE expresa que existe un piso entendido como un mínimo social al que toda persona debería tener acceso y que “...*respecto de ese mínimo opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten las medidas necesarias tendientes a su satisfacción... En resumen, pues, todos los poderes del Estado están obligados a respetar ese piso de derechos socioeconómicos, y respecto de la realización más ambiciosa del ideal igualitario, el papel principal lo deben cubrir, en cambio, los órganos políticos*”⁴⁹. Asimismo, dicho autor se pregunta si es cuestionable esta exigencia en favor del activismo judicial por ser antidemocrática y responde que “*al reclamar la intervención de los jueces para atender ese piso mínimo (al que hace referencia la mayoría de los derechos socioeconómicos), el igualitarismo fortalece la calidad democrática de la sociedad*”⁵⁰.

De este modo, y tal como lo hacen notar GARGARELLA y MAURINO, los jueces “*tienen amplias posibilidades de actuar de ma-*

49 ALEGRE, M., “Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 2005.

50 ALEGRE, M., op. cit.

nera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos del último”⁵¹.

Sin embargo, alguien podría decir que mi respuesta debería matizarse cuando se refiere a la voluntad mayoritaria vinculada con la decisión presupuestaria. Esta respuesta, por su caso, proviene de una concepción de la decisión presupuestaria que entiende a la misma como una Ley con un valor normativo “diferente”: si hay una decisión en la que la deferencia a la voluntad mayoritaria es particularmente relevante, es aquí, en la Ley de Presupuesto.

Es cierto que esta ley merece una especial consideración en lo que se refiere a la intervención judicial: la historia misma de nuestras democracias aparece vinculada con la potestad de la ciudadanía de discutir de qué modo hay que utilizar el erario público⁵². Ello no lo discuto.

Lo que sí entiendo problemático de esto es la consecuencia que de allí se pretende obtener: cierta doctrina pretende excluir del control judicial el diseño, la sanción y la ejecución de la Ley de Presupuesto. Al respecto, se dijo que “*existe una diferencia en punto a la naturaleza de estas materias; fijar los gastos y decretar la inversión son materias de naturaleza política, aun cuando la primera sea de carácter legislativo y la otra administrativa. Sobre la primera, ya lo decimos, el único*

51 GARGARELLA, R. y MAURINO, G., op. cit., p. 75.

52 CASTILLO VÍQUEZ, F., *La ley de presupuesto*, 1ª edición, IIDH-CAPEL, San José de Costa Rica, 1997.

*control a que el Congreso está sometido es el del sufragio. Sobre la otra, el Poder Ejecutivo tiene un único juez, el Congreso que es quien va a aprobar o desechar la cuenta de inversión. No hay nada en estas materias que pueda causar agravio al derecho, no así al pueblo, que puede resultar lesionado en sus intereses, lo que es otra cosa muy diferente”*⁵³.

Sin embargo, como lo remarca CORTI, esta visión parece completamente errada una vez que posamos nuestra mirada en nuestro diseño institucional. En rigor, catalogar la función presupuestaria como el ejercicio de un “acto institucional”, aparece como insostenible por dos razones. La primera, porque en nuestro sistema institucional, la sanción de la decisión presupuestaria es, lisa y llanamente, el ejercicio de una potestad legislativa⁵⁴ “*por lo tanto, no puede en principio considerársela un acto fruto de un procedimiento administrativo*”⁵⁵.

En segundo lugar, el hecho de que sea tildado de “institucional” (ya sea porque esto signifique que es esencial para la subsistencia del Estado o por carecer de efectos jurídicos inmediatos), también debe ser desechado: que la sanción de la ley de presupuesto sea esencial para la subsistencia del Estado no implica una modificación en el ordenamiento jurídico aplicable; además, si, como dijimos, la actividad financiera es una causal que puede afectar derechos es porque, efectivamente, tiene la capacidad de interferir en el ejercicio de los

53 BARRA, R., “Aspectos jurídicos del presupuestos”, RAP, n° 98, nov. 1986, p. 24.

54 La Corte Suprema, en el precedente “Zofractor S.A. c/Nación Argentina” expresó que “*en nuestro sistema constitucional, nada permite inferir que la función legislativa en materia presupuestaria se limita a aprobar o a autorizar lo que aprueba el Poder Ejecutivo. El Congreso recibe un proyecto de presupuesto y lo acepta, lo modifica o lo rechaza, en todo o en parte, sin restricción alguna. No es un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo: es acción legislativa normal y primordial aun cuando la iniciativa corresponda al Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración general del país...*”.

55 CORTI, H., *Derecho constitucional presupuestario*, op. cit., p. 756.

misimos. De allí que no pueda predicarse que ésta carece de “efectos jurídicos inmediatos”.

Finalmente, en la Ciudad de Buenos Aires, las leyes de presupuesto que se aprueban cada año habitualmente contemplan la posibilidad de que el Poder Ejecutivo reasigne la distribución funcional de las partidas presupuestarias hasta un monto total anual que no supere el 5% del total del presupuesto ⁵⁶. Es decir que durante la etapa de ejecución del presupuesto el Poder Ejecutivo puede modificar los recursos asignados a los programas y ministerios en la ley de presupuesto ⁵⁷.

Al respecto, la propia Ley 70 propone una respuesta al respecto cuando establece que corresponde a la Legislatura modificar la ley de presupuesto general si resulta necesario durante su ejecución, cuando afecte al total del presupuesto, al monto del endeudamiento autorizado, así como incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, cambiar la distribución de las funciones, y modificar el crédito total autorizado para las partidas de “Transferencias” y las de “Personal” con excepción de los refuerzos originados en el “Crédito Adicional”.

Las demás modificaciones corresponden al Poder Ejecutivo, pudiendo delegar esta atribución en el órgano coordinador de la Administración Financiera y en el órgano rector del Sistema de Presupuesto ⁵⁸.

⁵⁶ Sigo aquí lo desarrollado por la ACIJ en el informe “Guía de análisis presupuestario con enfoque de derechos para la Ciudad de Buenos Aires”, disponible en www.acij.org.ar

⁵⁷ Al presupuesto asignado originariamente con las modificaciones posteriormente introducidas se lo llama presupuesto o crédito vigente, el que puede sufrir varios cambios a lo largo del año.

⁵⁸ Sostiene el informe mencionado que “algunos grupos son especialmente vulnerables a las modificaciones y decisiones tomadas durante el ciclo presupuestario, ya que pequeños cambios en los recursos asignados pueden generar consecuencias muy significativas en su nivel de acceso a los derechos. Con frecuencia son los primeros en sufrir recortes en el presupuesto debido a que cuentan con menos posibilidades de canalizar sus demandas y reclamos

Es decir, nótese que la propia normativa vigente dispone un espacio de actuación para que la Administración, sin afectar la decisión presupuestaria emanada de la Legislatura, pueda disponer de ciertas partidas presupuestarias a los fines de dar cumplimiento a una manda judicial.

Por ello mismo, aun bajo una concepción (errada) de la división de poderes, no es posible sostener que una afectación presupuestaria en el marco de un proceso judicial en el que se está requiriendo la garantización de un derecho social, aparece como una intromisión en la voluntad mayoritaria.

2. La afectación presupuestaria a “otros derechos”

Por último, tampoco puede mantenerse la idea de que una afectación presupuestaria en pos de garantizar un derecho estará afectando otro, puesto que si se le otorgan fondos presupuestarios a uno se le quitarán a otros.

En primer término, esto es una simplificación de una actividad particularmente compleja como la financiera. En su caso, se parece más a un argumento retórico que apela al sentido común, antes que a la compleja arquitectura constitucional financiera. Pero por otro lado, esto no es un problema, justamente, de una intervención judicial: la manda de un juez de impartir una orden con la correspondiente partida presupuestaria no implica, claro está, que sea el juez el que decida *de dónde sale ese dinero*. En su caso, el propio proceso judicial admite un espacio de diálogo pertinente para que la Administración transparente este tipo de decisión. Por su caso, además, el proceso judicial es una instancia político institucional mediante la cual el juez puede controlar la misma.

hacia los poderes del Estado. En muchos casos, el 5% del total del presupuesto supera ampliamente el presupuesto destinado a ciertas áreas relacionadas con el cumplimiento de derechos humanos, como por ejemplo, el derecho a la vivienda”. Pág. 35.

VI. Conclusión

Para finalizar recapitulo: el argumento de la insuficiencia de los recursos no puede oponerse cuando lo que está en juego es el núcleo mínimo de un derecho social. Cuando el reclamo ante tribunales parece superar dicho “mínimo vital”, entonces se requiere un escrutinio judicial intenso sobre las razones de insuficiencia de recursos presentada por la demandada.

Pero esto es posible en la medida en que se exterioriza una concepción de los derechos -y de sus consecuentes obligaciones- en el marco de una teoría de la Constitución y de una teoría de la democracia.

Con relación a la discrecionalidad: parece que sólo puede ser defendida si se parte de concepciones de la democracia y del rol judicial que representan lecturas posibles pero erradas de nuestros compromisos constitucionales.

En definitiva, entiendo que todo mi punto se reduce a un presupuesto fundamental: la necesidad de que el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires sea percibido por sus propios actores internos -jueces, defensores, asesores tutelares, fiscales, litigantes, organizaciones del tercer sector, etc.- como una comunidad cuya práctica jurídica debe construirse sobre la base de razones ancladas en las mejores lecturas posibles de la Constitución. Esto es, al final, autoconcebirse como una comunidad de intérpretes.