

UN ANÁLISIS DEL PRESUPUESTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Comentario a *Derecho constitucional presupuestario* de Horacio Corti *

DIEGO FREEDMAN **

La obra *Derecho constitucional Presupuestario*, de Horacio Corti, no sólo se constituye en un “Tratado” sobre la materia, sino que es una propuesta política y jurídica para analizar y regular las finanzas públicas en un Estado respetuoso de los derechos humanos. En consecuencia, es una lectura recomendable no sólo para los estudiosos del derecho financiero, sino para toda persona interesada en el derecho público.

El autor describe con suficiencia los vericuetos de una legislación desperdigada y confusa y una práctica institucional por momentos inconsistente y anómica¹ al analizar diversos temas estrictamente del derecho presupuestario como el principio de reserva de ley, el procedimiento de preparación, aprobación, ejecución y modificación de la ley de presupuesto, la vigencia temporal de la ley de presupuesto, el presupuesto participativo y el acceso a la información presupuestaria, entre otros. Asimismo, su abordaje lo lleva a analizar otras temáticas generales como el derecho financiero, el sistema federal de gobierno, las funciones del Jefe de Gabinete y de la Auditoría General de la Nación, el rol del Congreso y del Poder Judicial, las facultades del Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad urgencia y decretos delegados, la deuda pública, las facultades estatales durante la emergencia pública y la razonabilidad al momento de regular los derechos humanos.

* 1ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2007, 986 ps.

** Abogado (UBA).

¹ Utilizamos el criterio de anomia postulado por NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005. Ver, en particular, el capítulo II, en el que analiza la anomia en la vida institucional de la Argentina.

La extensión y la complejidad de la obra me obligan a limitar mi comentario a algunas de las que considero como las propuestas centrales.

Uno de los objetivos del autor es evitar que la actividad presupuestaria quede al margen de las regulaciones impuestas por el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Es que tradicionalmente, los estudiosos del derecho financiero se centraron en la actividad tributaria del Estado dejando de lado el análisis jurídico de la presupuestaria. Esto significó que no se hayan desarrollado en forma sistemática principios jurídicos rectores de la actividad estatal en este ámbito. Es por ello que Horacio Corti, como lo ha venido desarrollando en trabajos anteriores, advierte esta falencia en el ámbito del derecho financiero y lo denomina “la asimetría conceptual entre los gastos y los recursos públicos”. Por ello, después de señalar esta falencia, se dedica a realizar una de las tareas principales del derecho público: construir y desarrollar principios jurídicos deducidos de la normativa constitucional para encarrillar las prácticas institucionales. Asimismo, la obra de Corti cubre el hueco de los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos que pocas líneas han dedicado a la actividad presupuestaria, ya que su abordaje se ha centrado en describir y delimitar el alcance de los derechos humanos. De modo que el trabajo de Corti se constituye en una propuesta de subordinar la actividad presupuestaria a los principios constitucionales y a los derechos humanos. La preocupación es que el gasto público del Estado garantice eficientemente los derechos reconocidos en la normativa constitucional.

Con este objetivo desarrolla una serie de principios sustanciales derivados del texto constitucional:

- a) Proporcionalidad
- b) Equidad
- c) Solidaridad
- d) Igualdad

El principio de proporcionalidad significa que el gasto público federal debe distribuirse a través de la coparticipación federal y de la ley de presupuesto respetando las funciones establecidas para cada ente político. Es decir que debe hacerse una estimación del costo de las actividades públicas realizadas en cada ente y a partir de allí realizarse la distribución. Por su parte, el principio de solidaridad implica que cuando una provincia no tiene suficientes recursos propios para cumplir con sus funciones debe recibir el apoyo presupuestario del resto de los entes políticos. Entonces, podemos afirmar que ambos principios van a implicar que la decisión presupuestaria debe garantizar que se cubra con suficiencia las funciones de las entidades políticas, que deben ser fijadas por la normativa constitucional.

El principio de equidad consiste en exigir que la decisión presupuestaria respete los derechos humanos. De modo que Corti postula un contenido al concepto jurídico de “equidad”, introducido en el art. 75 de la Constitución Nacional, abandonándose las diferentes lecturas que pueden hacerse de este término vago y ambiguo.

El último de los principios enumerados exige que el gasto público garantice cierta igualdad en el goce de los derechos humanos en nuestro territorio. Considero que éste es uno de los ejes principales para analizar la efectividad de los derechos sociales en nuestro país. No sólo es posible advertir serias deficiencias en garantizar plenamente ciertos derechos, sino que también es posible apreciar marcadas desigualdades. Sin ánimos de ser exhaustivos, es posible señalar algunos datos, por ejemplo, la inversión educativa en 2005 tuvo un promedio de \$ 2.321 por alumno, pero la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llegó a invertir \$ 3.282, mientras que Salta invirtió \$1.182 y Misiones sólo \$1.211. Ahora, cuando analizamos la composición del gasto en las jurisdicciones provinciales se aprecia que no siempre la provincia que más porcentaje de su presupuesto total invierta en educación sea la que más gaste por cada alumno. Por ejemplo, Buenos Aires invirtió en 2005 un 34,6% de su gasto en educación, pero el gasto per cápita por alumno fue de \$ 2.121. Por el contrario, Tierra del Fuego hizo un esfuerzo presupuestario mucho menor en educación (22,4%), pero llega a gastar \$ 5.570 por alumno². Un análisis profundo y detallado de estos indicadores debe procurar que el gasto por alumno tienda a la igualdad y que el esfuerzo presupuestario de las provincias sea similar. Así se podrá realizar tanto el principio de igualdad como el de solidaridad.

Como correlato de estos principios sustanciales, Corti desarrolla ciertos principios que deben regular el procedimiento de creación y aplicación de la decisión presupuestaria. En primer lugar, se expresa en el principio de reserva de ley en materia presupuestaria, en donde postula que sólo el Congreso Nacional debe tomar la decisión presupuestaria en el ámbito federal. Ésta es una apuesta, que ya hizo nuestro texto constitucional, por la forma democrática de gobierno. Justamente, es el Congreso donde deben estar representados todos los intereses de la sociedad y las decisiones deben ser adoptadas con cierto grado de consenso (por lo menos, la mayoría de los presentes) tras un proceso de deliberación pública. Este proceso ha sido considerado como el medio por el cual es más probable adoptar decisiones

² “Monitoreo de la Ley de Financiamiento Educativo. Informe anual período abril 2006-abril 2007”, mayo 2007, equipo de trabajo: Axel Rivas (director del Programa de Educación), Luciano Di Gresia, Martín Scasso, Alejandro Vera y Analía Viola. Ver en www.cippec.org/mlfe.

correctas en términos morales³. Precisamente, la decisión sobre el gasto público tiene tal relevancia que debemos garantizar que se adopte en el ámbito parlamentario.

Un aspecto importante a complementar con esta idea es el régimen federal de gobierno, por el cual, las provincias e incluso los municipios tienen facultades presupuestarias y toman las decisiones a través de los poderes legislativos locales. De este modo, se realiza en forma más perfecta la decisión democrática, ya que uno de los objetivos de la organización federal es descentralizar las decisiones. Los poderes legislativos locales pueden representar mejor los intereses provinciales o municipales y atender a sus problemáticas. En conclusión, una decisión presupuestaria adoptada por medio de los poderes legislativos y descentralizada es una mejor forma de ejercicio de la democracia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que durante los años noventa, como advierte Corti, se han ido erosionando las libertades de las provincias y los municipios en las decisiones presupuestarias para limitar el déficit provincial. Del mismo modo que durante el siglo XX se fueron restringiendo las competencias tributarias locales, en los últimos años, vemos que también se restringieron las competencias presupuestarias locales. Lo cual, indudablemente, afecta sustancialmente la forma federal de gobierno, ya que sin política financiera se ven limitadas la generación e implementación de políticas públicas.

El autor se encarga de precisar el principio de reserva de ley dándole un contenido al exigir ciertos requisitos a la Ley de Presupuesto: que sea única (unicidad), contenga separadamente todos los recursos y los gastos (universalidad y generalidad) y especifique sus finalidades y cantidades (especificación cuantitativa y cualitativa). Lo que procura Corti es evitar que se vacíe de contenido al principio y pase a ser una mera formalidad, por la cual el Poder Ejecutivo de la Nación remita un proyecto de ley sin suficientes detalles, previendo una suma general o gastos parciales y estimados ligeramente, obteniendo luego un cheque en blanco para disponer de los recursos públicos.

A la par, el autor detalla cómo debería ser el mecanismo institucional de preparación, aprobación y ejecución de la Ley de Presupuesto para respetar este principio. Ésta es otra propuesta que implica modificar las prácticas

³ Para Carlos Nino la democracia “(s)e trata de un método válido para acceder al conocimiento moral, que incluye entre sus componentes esenciales tanto al debate como al acuerdo mayoritario y nos acerca así a la verdad moral” (“La relevancia moral epistémica de la democracia”, en MAURINO, Gustavo (ed.), *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política*, t. II, Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 229. Para un desarrollo más extenso de la teoría democrática de este autor: NINO, Carlos, *Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Madrid, 1997.

de los órganos de gobierno. En particular, propone que el jefe de Gabinete se encargue de la elaboración del Anteproyecto de Ley de Presupuesto y que la Auditoría General de la Nación asista al Congreso durante todo el procedimiento de aprobación, de ejecución, de modificación y de control. Asimismo, el Jefe de Gabinete debería acudir al Congreso una vez por mes para informar sobre la ejecución del presupuesto y, en su caso, proponer modificaciones, acudir anualmente junto con el ministro de Economía y enviar información trimestralmente sobre la ejecución de la ley.

Cuando analiza el rol del Poder Ejecutivo admite la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia presupuestaria para hacer modificaciones durante la ejecución si resulta imposible el cumplimiento del procedimiento constitucional. De este modo, la propuesta de Corti limita esta facultad del Poder Ejecutivo preservando el principio de reserva de ley y el rol del Congreso. En relación con los decretos delegados, admite que sean dictados cuando se ha declarado la emergencia pública, y respecto de los aspectos administrativos de la aplicación del derecho presupuestario. Esta delegación debe realizarse en cabeza del Jefe de Gabinete, exclusivamente, para evitar que se fortalezca el hiperpresidencialismo⁴.

Por el contrario, las prácticas vigentes en nuestro país se alejan del ideal propuesto. En la reciente modificación a la Ley de Administración Financiera (ley 24.156) le ha otorgado facultades al jefe de Gabinete para hacer modificaciones discrecionales durante la ejecución del presupuesto (salvo respecto del endeudamiento y del monto total autorizado a gastar), el Congreso ha ejercido en forma tibia su tarea de contralor⁵, el Jefe de Gabinete no cumple con el deber de acudir mensualmente al Congreso y hubo años en que el Presidente modificó la Ley de Presupuesto o que dispuso de fondos superavitarios por medio de decretos de necesidad y urgencia.

Se advierten dos dificultades para cumplir con la ley presupuestaria derivadas de la marcha de la economía. Cuando la economía nacional estuvo en crisis, principalmente desde mediados de los años noventa hasta

⁴ Para un análisis del hiperpresidencialismo en la Argentina, ver el cap. III de NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

⁵ En un informe sobre la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración se consideró que hay "falta de dictamen sobre las cuentas de inversión del Poder Ejecutivo Nacional. Esto indica que, en los hechos, la ejecución del presupuesto de los últimos años no fue objeto de control por el legislativo, incumpléndose de esa forma la disposición constitucional. Además, se concluyó que hay "una excesiva imprecisión de los proyectos de resolución elaborados por la Comisión, lo que facilita a los organismos auditados la falta de cumplimiento de las recomendaciones". *En busca del control perdido*, Informe de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (Buenos Aires, 2005).

2001, el déficit registrado cuando era subestimado generaba que no se pudiera cumplir con la ley por falta de recursos. Entonces, se dejaba de lado la decisión presupuestaria democrática. A partir de 2002, cuando se comienzan a registrar presupuestos superavitarios por el crecimiento económico que registraba nuestro país, el incumplimiento se produce por los recursos no estimados en la ley presupuestaria. Estos recursos son dispuestos por parte del Poder Ejecutivo, por ende, la decisión presupuestaria democrática pierde alcance sobre una determinada cantidad de recursos.

Como complemento a este importante principio procedimental, Corti desarrolla los principios de transparencia, publicidad y participación que deben guiar la producción de la decisión presupuestaria. En este punto, describe brevemente la mecánica de los presupuestos participativos. Hasta el momento, este mecanismo de toma de decisiones fue aplicado en ámbitos locales (comenzó en Porto Alegre⁶ y en nuestro país se implementó en la Ciudad de Buenos Aires y en Rosario, entre otras localidades). La idea básica es procurar que una parte del presupuesto sea asignada a objetivos y proyectos definidos directamente por la ciudadanía, que interviene en el proceso directamente. Considero que este mecanismo fortalece la participación democrática y se constituye en una mejor forma de asignar los recursos a las necesidades de las personas. También puede constituirse en una vía para limitar o evitar el clientelismo político al disponer la ciudadanía en forma directa de sus recursos. Sin embargo, se necesita como complemento una total y transparente información presupuestaria (incluyendo la etapa de ejecución). Por otro lado, debe percatarse que se permite la participación en la decisión presupuestaria, pero no en la decisión tributaria. Por ende, habría cierta descompensación que puede frustrar los fines de

⁶ En relación con el impacto se ha considerado: “A lo largo de los años, el Presupuesto ha dado prioridad a las obras de saneamiento básicas. Esto ha permitido un incremento del suministro de agua, entre 1990 y el principio de 1995, de 400.000 hasta 465.000 familias. Hoy, la red de abastecimiento de agua aprovisiona al 98% de las familias. Con respecto al sistema de alcantarillado, el incremento ha sido aún mayor. En 1989, el sistema de alcantarillado llegaba al 46% de las familias y, en la actualidad, al 74%. Con las inversiones que se prevé realizar el próximo ejercicio, se debería llegar al final de 1996 con un 85% de la población conectada al sistema de alcantarillado. Otra cuestión prioritaria para el Presupuesto Participativo es la pavimentación de las calles de los suburbios. Anualmente se pavimentan entre 25 y 30 kilómetros de calles en los suburbios y zonas más pobres de la ciudad. El alcantarillado, el alumbrado público y la urbanización de zonas, la salud y el alojamiento, son otras cuestiones que se consideran prioritarias. En el campo de la educación, las inversiones decididas por el Presupuesto Participativo permitieron aumentar el número de matrículas a más del doble entre 1988 y 1995, además de una considerable mejora de la calidad de la enseñanza” (“La experiencia del Presupuesto Participativo de Porto Alegre [Brasil]”, www.romaeconomia.it/attachment/303905Porto%20Alegre.pdf).

los ciudadanos cuando no sean suficientes los recursos o se obtengan en forma poco igualitaria. Otra problemática es que no siempre se garantiza el control ciudadano de la forma en que se gasta; en consecuencia, pueden adquirirse bienes o servicios de baja calidad, incumpliendo así las necesidades de los participantes.

Un punto central, en el cual Horacio Corti controvierte con otros juristas, es en el rol que le otorga al Poder Judicial frente a las decisiones presupuestarias. Su planteo es que tiene la facultad para ejercer un control de constitucionalidad de la Ley de Presupuesto, con el mismo alcance que lo hace con respecto al resto de las normas jurídicas. Esta posición se encuentra en las antípodas de la opinión de otros juristas, que han considerado que la decisión presupuestaria es una “cuestión política no justiciable” (como si hubiera decisión jurídica que no fuera política) o tiene el carácter de “acto institucional”⁷. Por consiguiente, para Horacio Corti los jueces están facultados para declarar la invalidez de una decisión presupuestaria porque controvierte algún principio constitucional o porque no ha asignado los fondos necesarios para cumplir con una obligación constitucional o legal⁸. Esto se va a traducir en que no puede subordinarse un derecho a su reconocimiento en la Ley de Presupuesto.

Evidentemente, esta intervención del Poder Judicial tensiona con el principio de reserva de ley, ya que el juez en el caso concreto estaría disponiendo que el Estado asigne recursos financieros. Debemos percatarnos, además, que los jueces no son elegidos directamente por el pueblo y no son representativos de la ciudadanía⁹. Sin embargo, esta tensión es propia del control de constitucionalidad, que admite que los jueces declaren la invalidez de las normas dictadas por los otros poderes políticos representativos. A su vez, debemos advertir que el ejercicio de esta facultad debe fundarse en una argumentación jurídica en la que manifiesten que se protege un derecho reconocido en la Constitución Nacional. Para moderar la afectación al principio de reserva de ley y, por ende, a la decisión democrática, Corti plantea la posibilidad de que intervenga el Congreso luego de dictada la

⁷ Ver al respecto, BARRA, Rodolfo, “Aspectos jurídicos del presupuesto”, RAP nro. 98, noviembre 1986, p. 7.

⁸ Para justificar esta tesitura, Horacio Corti introduce el principio de preferencia de ley, por el cual hay determinados regímenes jurídicos dictados por el Congreso que autolimitan la sanción de leyes. De este modo, se restringe el principio de que la ley posterior deroga a la ley anterior. En materia presupuestaria va a significar que haya regímenes jurídicos que reconozcan ciertos derechos que impliquen obligaciones estatales que pueden ser exigidas, pese a que no haya previsión presupuestaria.

⁹ Para un análisis de su actuación como poder contramayoritario, ver GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1995.

sentencia, o que el Jefe de Gabinete realice una modificación en la asignación de las partidas presupuestarias.

En los últimos capítulos de la obra analiza con mayor detalle la conexión existente entre presupuesto y derechos humanos. Debemos precisar previamente que es un tema de debate las limitaciones que implica a las decisiones de los órganos nacionales la normativa internacional de derechos humanos y la interpretación realizada por los organismos internacionales, que muchas veces va más allá de una aplicación literal. Esto ha generado que desde algunos sectores se considere que se afectan garantías constitucionales en desmedro de la protección de ciertos derechos humanos¹⁰, se responda a objetivos políticos foráneos o que se adopten criterios de órganos no democráticos y alejados de las realidades locales¹¹. En su análisis, Corti se pronuncia por la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos al momento de adoptar la decisión presupuestaria.

Esta posición va a implicar que se deba garantizar cierto contenido esencial de los derechos humanos (aun en situaciones de emergencia pública) en la decisión presupuestaria. Asimismo, la decisión presupuestaria debe respetar el deber de progresividad en la eficacia de los derechos humanos. Lo cual va a implicar que año tras año se asignen una mayor cantidad de recursos a satisfacer los derechos sociales y a proteger a determinados grupos vulnerables (mujeres y niños, entre otros). Para ello, pueden utilizarse indicadores como el porcentaje del PBI o el porcentaje del presupuesto total. Esta progresividad debe ser garantizada con todos los medios disponibles, es decir, todos los recursos que pueda obtener el Estado, no limitándose al régimen financiero vigente. A su vez, del deber de progresividad se deduce la prohibición de regresividad, por la cual, no se debe disminuir la eficacia de un derecho. Por lo tanto, la decisión presupuestaria no debe disminuir los recursos asignados a los derechos sociales y a determinados grupos vulnerables. Se admiten reducciones excepcionales y temporales en tiempos de crisis graves, debiendo el Estado justificar la medida como necesaria¹². Por nuestra parte, consideramos que no

¹⁰ Daniel Pastor considera que los avances en el castigo de los delitos de lesa humanidad ha provocado la restricción de ciertas garantías constitucionales como la prescripción. Ver al respecto su trabajo “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 74.

¹¹ Para una defensa, ver ABRAMOVICH, Víctor, “Editorial”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

¹² Ver el ya clásico artículo de ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Cristián, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Contextos*, nro. 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 52.

es admisible la regresividad respecto del gasto social a la infancia, donde debe regir una prohibición de regresividad absoluta. Otro de los principios del derecho internacional de los derechos humanos es el *pro homine*, por el cual se debe aplicar la norma que reconoce con mayor alcance o restringe en menor medida un derecho humano¹³. Finalmente, un principio reconocido en numerosos tratados de derechos humanos es la prohibición de discriminación; por lo tanto, resulta exigible que la decisión presupuestaria no trate en forma desigual a las personas al momento de distribuir los derechos. Desde ya, resulta complejo en ciertas circunstancias advertir cuándo hay un trato desigual, más cuando hay distinciones que son justificadas¹⁴. Por otro lado, las situaciones de desigualdad estructural requieren de medidas de acción positivas, que implican en sí un trato discriminatorio a favor de grupos tradicionalmente discriminados.

Otra de las consideraciones fundamentales es que para Horacio Corti no resulta una excusa esgrimible por el Estado la falta de recursos asignados para incumplir con una obligación, ya que considera que la existencia de un derecho es independiente de la decisión presupuestaria.

Cuando analiza la posibilidad de que exista una jerarquía entre los derechos humanos, considera que deben subordinarse los derechos propietarios a los demás derechos fundamentales. De modo que ofrece un criterio para resolver conflictos de derechos.

¹³ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 81.

¹⁴ Corti justifica los privilegios para promover una actividad en que sean otorgados por ley, limitados temporalmente, sean un medio para obtener un bien general, exista relación causal entre la ventaja y el beneficio general y haya control público.