Revista Jurídica de Buenos Aires - 2010
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires



El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado

Tomo I

Horacio G. Corti
Dirección

Mercedes Casás
Coordinación General

Victoria Álvarez
Coordinación en Francia

AbeledoPerrot

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2010

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado

Tomo I

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decana: Mónica Pinto
Vicedecano: Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES
Consejeros Titulares Profesores: Atilio A. Alterini / Beatriz S. Krom / Jorge L. Kielmanovich / Mario E. Ackerman / Marcelo Gebhardt / Mary A. Beloff / Luis M. Genovesi / Darío F. Richarte
Consejeros Suplentes: Alberto Bueres / Enrique N. Zuleta Puceiro / Esteban Centanaro / Alfredo E. Soto / Diego E. Chami / Eduardo Barbarosch / Marcelo E. Haissiner / Jorge Berbere Delgado

CLAUSTRO DE GRADUADOS
Consejeros Titulares: Alejo Monner Sans / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Javier Petrantonio
Consejeros Suplentes: Mariano Mugnolo / Fernando Barrera / Gabriela Castillo / Julio Aren

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES
Consejeros Titulares: Nicolás de la Cruz García / Luciana Gallardo / Maitén García Lavalle
Consejeros Suplentes: Daniel Álvarez Vera / Lucila Gómez Ares / Luis Sánchez / Manuel L. Quinteros

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna
Secretario de Hacienda y Administración General: Alejandro Gómez
Secretario de Investigación: Marcelo Alegre
Secretario de Extensión Universitaria: Carlos A. Bedini

Subsecretario Académico: Sergio Brodsky
Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: Isabel Sábato
Subsecretario de Vinculación Ciudadana: Hernán Arce

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
Directora: Mary Beloff
Subdirector: Sebastián Picasso
Secretario: Andrés Heim

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
Director: Guillermo R. Moncayo
Subdirectores: Carlos M. Cárcova y Pedro Aberastury
Secretaria de Redacción: Marta Vigevano
Consejo de Redacción: Horacio Corti, Jorge Rodríguez Mancini, Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2010

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado

Tomo I

Horacio G. Corti
Dirección

Mercedes Casás
Coordinación General

Victoria Álvarez
Coordinación en Francia

AbeledoPerrot®

Todos los derechos reservados

© by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho – UBA
Av. Figueroa Alcorta 2265 1° P
(C1425CKB) Buenos Aires

© Abeledo-Perrot S.A.
Administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos,
está a cargo exclusivamente de los autores.

I.S.S.N. 0326-7431

IMPRESO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

ÍNDICE

Presentación 1

DOCTRINA

SECCIÓN I
HOMENAJE A EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA

EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA: La Ley de Presupuesto en la Constitución Española de 1978 17

SECCIÓN II
DIVISIÓN DE PODERES Y LEY DE PRESUPUESTO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

GERALD E. FRUG: Las potestades presupuestarias del Poder Judicial 37

KATE STITH: Las potestades presupuestarias del Congreso 109

J. GREGORY SIDAK: Las potestades presupuestarias del presidente 169

SECCIÓN III
VISIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO PRESUPUESTARIO

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO: La formación del concepto de ley en torno al presupuesto y en el contexto histórico de la pugna gobierno-parlamento 265

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ: Función, contenido y límites de la ley de presupuestos generales del Estado en España en la jurisprudencia del tribunal constitucional 293

JEAN-LUC ALBERT: El triángulo constitucional financiero francés 319

DANNIL V. VINNITSKI: Regulación jurídico-constitucional del presupuesto en Rusia: Tendencias actuales de su desarrollo 341

XÓCHITL RAQUEL G. PÉREZ CRUZ: Comentarios a la última reforma constitucional mexicana en materia presupuestaria 365

SERGIO ENDRESS G.: Derecho presupuestario chileno: notas sobre sus actores, procedimiento y principios en la Constitución 397

ADOLFO ATCHABAHIAN: El derecho constitucional presupuestario argentino: visión histórica y actual 413

ENRIQUE G. BULIT GOÑI: Sobre el programa constitucional y el derecho presupuestario 441

SECCIÓN IV
LOS PRINCIPIOS GENERALES PRESUPUESTARIOS

CÉSAR GARCÍA NOVOA: Constitución y principios prespuestarios. Especial referencia al principio de estabilidad prespuestaria 457

MAURICIO PLAZAS VEGA: Teoría general del gasto público. Algunos comentarios sobre la normativa colombiana 491

ANDREA AMATUCCI: La ley financiera y las leyes relacionadas con la hacienda pública 531

JOSÉ O. CASÁS: Los principios de equilibrio y anualidad en materia presupuestaria 557

SECCIÓN V
LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

GABRIEL CASADO OLLERO: La constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público 619

HORACIO G. CORTI: Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero 637

GABRIELA RÍOS GRANADOS: Lineamientos para el presupuesto público con perspectiva de género en México 691

PEDRO ABERASTURY: La ejecución de sentencias y la Ley de Presupuesto 715

PRESENTACIÓN

El presupuesto es una de las instituciones claves de los sistemas constitucionales modernos. Sin embargo, el derecho constitucional financiero ha tenido un mayor desarrollo en lo relativo al ámbito tributario, quedando en relativo subdesarrollo el estudio de los institutos financieros no tributarios, entre ellos el presupuesto. Una de las características del desenvolvimiento jurídico de la última década ha sido la revalorización del derecho presupuestario, ello en el marco del proceso de constitucionalización del derecho.

Desde la Constitución se hace visible la unidad conceptual del fenómeno financiero. No tiene sentido un estudio de los instrumentos jurídicos recaudatorios, entre ellos el tributo, sin pensar su vinculación constitucional con los gastos públicos. Los diferentes institutos financieros (los tributos, el crédito público, la actividad económica pública y el presupuesto) tienen que ser comprendidos de forma conjunta, en sus mutuas relaciones y complejidades.

Este número de la Revista Jurídica de Buenos Aires ofrece un panorama de los estudios presupuestarios que se desarrollan tanto en la Argentina como en otros países (Bélgica, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México y Rusia), destacando las principales cuestiones que actualmente se debaten. La ciencia jurídica, por cierto, no es una exposición de temas o la descripción del derecho positivo, sino una forma de problematizar el derecho a fin de realizar los valores políticos que subyacen a la organización constitucional de la sociedad.

El número se encuentra organizado en once secciones, donde se presentan las líneas problemáticas hoy en días más relevantes, aunque, cabe aclarar, la interdependencia de las cuestiones y la riqueza de los trabajos compilados impiden efectuar divisiones excesivamente tajantes.

Como es habitual en la Revista, se añaden dos comentarios de libros sobre la materia, en esta ocasión a cargo de José Osvaldo Casás y Cristian Billardi.

Este proyecto llega a buen puerto gracias al esfuerzo y la participación desinteresada de innumerables personas comprometidas con el derecho.

En primer lugar, debo mencionar a Mary Beloff y Sebastián Picasso, directora y subdirector, respectivamente, del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), quienes consideraron de interés la temática que les propuse y pusieron su esfuerzo para la organización del número y la realización de las numerosas traducciones.

Indudablemente a los autores que han tenido la deferencia de participar en la publicación y presentar trabajos de enorme valor. A ellos también cabe agradecerles la paciencia por el tiempo que ha llevado concluir la edición.

La coordinación general de la Revista estuvo a cargo de Mercedes Casás, quien con entusiasmo ha logrado que tengamos en nuestras manos esta publicación. Por su parte, Victoria Álvarez ha coordinado lo relativo a Francia.

Las traducciones de los correos electrónicos estuvieron a cargo de Mercedes Casás (italiano), Victoria Álvarez (francés) y María de los Ángeles Tagliaferri (inglés), mientras que las dos primeras hicieron, respectivamente, la revisión de las traducciones del italiano y del francés, y Mailén Fabrello las del inglés.

A continuación se indican las problemáticas fundamentales, las secciones que componen la Revista, los trabajos compilados y sus autores.

SECCIÓN I
HOMENAJE A EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA

En primer lugar reeditamos un trabajo de Eusebio González García, "La ley de presupuesto en la Constitución española de 1978", publicado en 1980 por la Universidad de Buenos Aires, como homenaje a uno de los profesores más queridos y respetados de nuestra disciplina.

En las Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario realizadas en Isla Margarita conversamos con Eusebio sobre el derecho presupuestario y sobre su tesis, publicada en 1973, justamente dedicada a este tema (Introducción al derecho presupuestario. Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica), a la que, según le dije entonces, consideraba, junto con El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario, de Álvaro Rodríguez Bereijo, de 1976, uno de los textos fundamentales de nuestra materia. Entre una cosa y otra me recordó un ensayo que había publicado en la Argentina sobre el derecho presupuestario y que es el que ahora reeditamos.

Con su peculiar estilo, síntesis de concisión e ironía, el ensayo, escrito casi de inmediato al dictado de la Constitución de 1978, sumerge las cláusulas presupuestarias, en ella contenidas, en el desarrollo de la tradición financiera española, juzgando, a su vez, que recoge "mucho de lo mejor y de lo peor aportado por nuestra más reciente evolución legislativa en esta materia".

Resulta indudablemente interesante contrastar las apreciaciones de Eusebio González García con el desarrollo posterior de la práctica jurídica española, en la medida en que aquello que en su ensayo es expectativa e inquietud por el futuro es, hoy, un camino recorrido de más de treinta años, sin duda de enorme riqueza.

SECCIÓN II
DIVISIÓN DE PODERES Y LEY DE PRESUPUESTO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

En la segunda sección de este número incluimos traducciones de tres trabajos medulares de la doctrina presupuestaria norteamericana.

El derecho norteamericano, en particular en su faz constitucional, ha sido de enorme relevancia en la historia jurídica argentina. Tanto la Constitución de los Estados Unidos como los escritos políticos que le son concomitantes, así El federalista, fueron tenidos en cuenta en el proceso constituyente argentino de 1853. El presidencialismo, la forma federal (con muchas de sus peculiaridades, como la cláusula comercial), y el control judicial de constitucionalidad, son algunos de los aspectos institucionales que incidieron en la vida jurídica argentina. Por tal razón, y a diferencia de otras tradiciones jurídicas que sólo más recientemente han sentido el impacto o la influencia del derecho norteamericano, éste ha sido siempre un factor relevante en la historia jurídica argentina.

Los trabajos aquí presentados, y que publicamos en orden cronológico en atención a las referencias sucesivas que contienen, giran en torno a un punto crucial de la materia: la división de poderes.

El primero de ellos, "The judicial power of the purse" de Gerald Frug, plantea un problema decisivo del derecho constitucional presupuestario: la legitimidad de las decisiones judiciales que tienen relevantes efectos presupuestarios[1].

El trabajo está escrito a la luz de los llamados litigios institucionales o estructurales, a través de los cuales los jueces federales modifican las características de los organismos administrativos encargados de la educación, la salud o la ejecución de las penas.

Publicado casi contemporáneamente a "The role of the judge in public law litigation" (de Abram Chayes) y a "The forms of justice" (de Owen Fiss), Frug desarrolla, a diferencia de los nombrados, una estrategia sumamente crítica, sobre la base de argumentos basados en la primacía de los procesos democráticos y del respeto de la forma federal (esto último en la medida en que se trata de decisiones judiciales federales que inciden en el derecho estadual).

Debo señalar que no comparto la perspectiva general de Frug y su visión restrictiva sobre el ejercicio del Poder Judicial. Pero eso torna aún más interesante, desde mi óptica, la publicación de este trabajo. Desde otro ángulo, él tiene

[1] En los tres trabajos que publicamos se emplea el término *purse*, que puede traducirse como "bolso", "bolsa", "monedero", "cartera" o "billetera", pero también como "fondos". En el lenguaje coloquial argentino referido a los fondos públicos utilizaríamos el término "caja". En los títulos de los trabajos, a fin de homogeneizar el lenguaje, nos inclinamos por una traducción más técnica y empleamos la expresión "potestad presupuestaria". Lo mismo hacemos en los textos, salvo que las exigencias de la frase conduzcan a utilizar el término coloquial, en cuyo caso usamos la palabra "bolsa".

la relevancia de dejar en claro que en la vida política del presupuesto participan todos los poderes del Estado, no sólo el Ejecutivo y el Legislativo[2].

El segundo ensayo, "Congress' Power of the purse", de Kate Stith, despliega una interpretación de las disposiciones constitucionales sobre el presupuesto para exponer una visión fuerte de la legalidad y de las potestades del Congreso.

A Stith le responde Gregory Sidak, en el tercer ensayo que publicamos, "The President's power of the purse", donde se defienden las potestades constitucionales presupuestarias, incluso implícitas, del presidente en un enfoque de carácter presidencialista.

Como se puede apreciar, los tres ensayos giran en torno a la extensión, alcance y límites de las potestades presupuestarias en el contexto de la división de poderes en una Constitución de carácter presidencialista, modelo que ha sido seguido, durante el siglo XIX, por diversos países, entre ellos la Argentina. En ese camino son sugerentes las preguntas que articulan cada trabajo, porque ellas ya tienen en sí mismas un sentido y una dirección. Se pregunta Frug, ¿hasta dónde pueden decidir los jueces, quienes, a su vez, tienen a su cargo el control de constitucionalidad de forma difusa? La interrogación ya sugiere desconfianza y escepticismo ante una forma de ejercer el Poder Judicial que él ve desplegarse ante su vista. Stith pregunta, por su parte: ¿cuál es la validez constitucional de las diferentes formas indirectas de eludir o evitar la necesidad de la autorización presupuestaria? La pregunta ya indica su deseo de valorizar las potestades del Congreso en un contexto en el cual ella ve un avance desmedido de los poderes ejecutivos. Sidak, en cambio, se pregunta: ¿no debemos admitir que si el presidente tiene potestades constitucionales debe también disponer de los medios presupuestarios mínimos correspondientes? Ante una visión para él excesiva de la legalidad su pregunta apunta a una legitimación de los poderes presupuestarios del presidente. Cabe destacar que estos dos trabajos tienen uno de sus focos en las controversias suscitadas por la política exterior norteamericana y los aspectos presupuestarios a ella vinculados, como lo muestran las continuas referencias al informe llamado "Irán - Contras".

SECCIÓN III
VISIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO PRESUPUESTARIO

En esta sección incluimos diversos trabajos que exponen cuestiones generales sobre el presupuesto, ya sea desde una perspectiva histórica o conceptual.

[2] En general, hay una tendencia a afirmar que el presupuesto fundamentalmente involucra al Ejecutivo y al Legislativo. Ver, por ejemplo, lo dicho por Allen Schick en su clásico, y excelente, *The federal budget. Politics, policy, process* (Brookings Institution Press, Washington DC, 2007, p. 8): "El proceso y la política presupuestarios giran alrededor de las dos principales instituciones políticas de gobierno: la presidencia y el Congreso".

Comenzamos con el excelente trabajo de Álvaro Rodríguez Bereijo, "La formación del concepto de ley en torno al presupuesto y en el contexto histórico de la pugna Gobierno - Parlamento", donde narra el conflicto presupuestario de la Alemania prusiana de la segunda mitad del siglo XIX y las construcciones jurídicas creadas para solucionarlo, profundizando su clásico estudio introductorio a la obra de Paul Laband. Momento central no sólo del derecho presupuestario y del derecho público alemán sino, con mayor hondura, del derecho constitucional moderno. Las controversias sobre la institución presupuestaria se encuentran en el corazón de la vida de las constituciones. En este punto el siglo XXI no se diferencia del siglo XIX: en el debate sobre cómo conceptuar el presupuesto se juega una visión político-jurídica general sobre la Constitución.

Entre muchísimos aspectos de interés, el ensayo de Rodríguez Bereijo muestra las complejas relaciones entre política y derecho, así como las astucias de la teoría jurídica para presentarse de forma aséptica. Así, Paul Laband construye una teoría jurídica del presupuesto "desvinculada", según sus pretensiones, de intereses políticos, pero que, en los hechos, "era el trasunto fiel de la situación política alcanzada en Alemania".

A continuación se incluye la colaboración de Juan Ignacio Moreno Fernández, "Función, contenido y límites de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en España en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Este trabajo puede verse en continuidad con el de Eusebio González García. Mientras que éste señalaba la vinculación de las cláusulas constitucionales presupuestarias (en particular el art. 134 de la Constitución española de 1978) con la tradición financiera de su país, el ensayo de Juan Ignacio Moreno Fernández nos muestra una visión global del derecho constitucional presupuestario español a través de las principales líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional en las tres décadas que ya han pasado luego del dictado del texto constitucional.

Es sorprendente ver el conjunto de esa jurisprudencia, que versa sobre la función, el contenido y la naturaleza de la ley; sobre el ámbito temporal y la prórroga de la ley; sobre la modificación de la ley durante su ejecución; o sobre la compleja cláusula referida a la prohibición de crear tributos por medio de la ley de presupuesto. Una diversidad de cuestiones que muestran la complejidad de los debates presupuestarios y su profundidad constitucional. La ley de presupuesto es una protagonista central en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, circunstancia que verifica, como señalamos al introducir los trabajos doctrinarios norteamericanos, que ya no se puede reducir la problemática política presupuestaria a la relación y conflicto entre ejecutivos (gobiernos o presidentes) y parlamentos (congresos, cortes o asambleas). Tanto los jueces, a cuyo cargo se encuentra el control difuso de constitucionalidad (en el ámbito de influencia del derecho norteamericano), como los tribunales constitucionales establecidos en las constituciones de posguerra, tienen en la ley de presupuesto uno de sus objetos centrales.

Luego presentamos una serie de trabajos que nos introducen en la problemática presupuestaria tal como ella se presenta en diversos Estados. Jean-Luc Albert presenta la situación de Francia en "El triángulo constitucional financiero francés", caracterizada por el dictado, en 2001, de la ley de finanzas (conocida como LOLF), en reemplazo del régimen vigente desde 1959. Según Albert, la reforma constitucional financiera se desenvuelve en tres etapas que revelan un "triángulo constitucional financiero" formado por las finanzas del Estado, de la Seguridad Social y las locales.

Dannil Vinnitski nos presenta la situación rusa en su trabajo "Regulación jurídico-constitucional del presupuesto en Rusia: tendencias actuales de su desarrollo", donde se resumen las cláusulas constitucionales y la legislación (Código Presupuestario de la Federación Rusa), enfatizando la problemática de un Estado que se compone de sujetos plurales (repúblicas, territorios, provincias, ciudades federales, distritos autónomos y una provincia autónoma), que se enfrenta a problemas sociales de enorme magnitud derivados de la disolución del sistema soviético durante la década del 90; Xóchitl Raquel Pérez Cruz, que presenta la situación de México en "Comentarios a la última reforma constitucional mexicana en materia presupuestaria", efectúa una detallada presentación del derecho presupuestario de ese país, así como su desarrollo histórico, señalando los diferentes aspectos de la "inconclusa" reforma constitucional de 2008; y Sergio Endress frente a la situación chilena en "Derecho presupuestario chileno: notas sobre sus actores y principios en la Constitución", muestra a los actores del presupuesto así como el procedimiento y los principios contenidos en la Constitución de 1980, y destaca la preeminencia que se le otorgó al Ejecutivo en desmedro del Congreso.

Finalmente, en esta sección incluimos dos trabajos sobre la Argentina. En primer lugar presentamos la colaboración de Adolfo Atchabahian, "El derecho constitucional presupuestario argentino: visión histórica y actual", quien nos ofrece una narración precisa de la historia jurídico-constitucional presupuestaria argentina desde sus antecedentes de fines del siglo XVIII hasta la reforma constitucional de 1994. Este ensayo se complementa con naturalidad con el presentado por Enrique Bulit Goñi, "Sobre el programa constitucional y el derecho presupuestario", que inserta las disposiciones constitucionales presupuestarias en el marco más general de la Constitución entendida como un programa que concilia y reconoce valores como la unidad nacional, la patria representativa republicana y federal, la pluralidad provincial, el trabajo, la libertad y la propiedad, entre otros que menciona.

SECCIÓN IV
LOS PRINCIPIOS GENERALES PRESUPUESTARIOS

En esta sección presentamos cuatro colaboraciones que se centran en los principios generales que estructuran el derecho constitucional presupuestario y que plasman, de manera sustancial o formal, la justicia en el gasto público.

En primer lugar, presentamos el trabajo de César García Novoa, "Constitución y principios presupuestarios. Especial referencia al principio de estabilidad presupuestaria", quien de forma sistemática se refiere a los principios de competencia, unidad presupuestaria, especialidad, anualidad, no afectación, estabilidad y equilibrio, todo ello en el marco de la Constitución española de 1978.

Mauricio Plazas Vega, por su parte, en "Los principios políticos y constitucionales del gasto público", se detiene, en particular, en el principio de reserva de ley en la Constitución de Colombia de 1991, sin dejar de mencionar los restantes principios del gasto público: justicia, progresividad, solidaridad, eficiencia, eficacia, transparencia, razonabilidad, subsidiariedad, planificación y competencia.

Por su parte, Andrea Amatucci, en "La ley financiera y las leyes relacionadas con la hacienda pública", expone la situación italiana, deteniéndose en particular en las competencias en materia presupuestaria de acuerdo con el art. 81 de la Constitución italiana.

Finalmente, completa esta sección la colaboración de José Osvaldo Casás, "Los principios de equilibrio y anualidad en materia presupuestaria", donde desarrolla los referidos principios en el marco de una detallada reconstrucción del pensamiento político-financiero desde la economía clásica hasta la actual revalorización de las visiones keynesiana y estructuralista, en cuanto respuestas racionales a la crisis financiera y, en general, a las crisis sociales derivadas, en países como la Argentina, del desmantelamiento del Estado.

SECCIÓN V
LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta sección avanza hacia un estudio sustancial del presupuesto desde una perspectiva de los derechos fundamentales.

Abre la sección el ensayo de Gabriel Casado Ollero, "La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público", ya que aporta, a nuestro juicio, el marco general referido a las exigencias de justicia respecto del gasto público, sobre la base de los dispuesto por el art. 31 de la Constitución española de 1978 que sujeta el gasto público al principio de equidad. La justicia en cuanto visión sustancial de la ley de presupuesto.

Luego viene mi propia contribución a este proyecto, "Ley de presupuesto y Derechos Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma constitucional", donde, en el contexto más extenso de, según la exitosa expresión de Ricardo Guastini, constitucionalización del derecho, expongo las complejas relaciones entre derechos fundamentales y ley de presupuesto, a través de un recorrido por la jurisprudencia norteamericana (desde una óptica, digamos, opuesta a la de Gerald Frug), alemana, brasileña, colombiana y argentina.

Sigue la colaboración de Gabriela Ríos Granados, "Lineamientos para el presupuesto público con perspectiva de género en México". Es indudable que la perspectiva de género es una de las modalidades centrales de la constitucionalización contemporánea del derecho, en la medida en que revitaliza, con nuevas energías, el principio de igualdad, que es una de las bases jurídico-políticas de la hacienda democrática.

Por último, presentamos el ensayo de Pedro Aberastury, "La ejecución de sentencias y la ley de presupuesto". Las sentencias judiciales que condenan al Estado a pagar una suma de dinero presentan una dimensión presupuestaria, que exige ser armonizada con el derecho a la tutela judicial efectiva, con el que, con lógica constitucional, se inicia el trabajo de Aberastury, quien, entre otros aspectos, señala la tendencia de la Corte Suprema de Justicia argentina actual a adentrarse en el control de razonabilidad de la norma presupuestaria.

SECCIÓN VI
LA LEY DE PRESUPUESTO, LOS ÓRGANOS PARLAMENTARIOS Y EL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO

En esta sección se presentan trabajos que se refieren a la situación de los órganos parlamentarios con respecto al ejercicio de la potestad presupuestaria. Tema clásico que se renueva.

Primero presentamos tres visiones generales sobre el asunto con respecto a tres países europeos, sobre la base de textos constitucionales dictados luego de 1945. Vincent Dussart ("El papel del Parlamento francés en materia presupuestaria bajo la V República") expone la situación de Francia, de acuerdo con el régimen republicano establecido por la Constitución de 1958, recientemente revisada en 2009. Adriano Di Pietro la de Italia en "Presupuesto y representación parlamentaria en la gestión de las finanzas públicas en Italia", de acuerdo con el modelo adoptado por la Constitución de 1948, reformada en 2001. Y Miguel Ángel Martínez Lago desarrolla la situación de España, conforme su Constitución de 1978 en "Naturaleza y límites de la función de aprobación de los presupuestos".

Interesantes historias nacionales que muestran las dificultades, también las idas y vueltas, en torno al lugar institucional que le cabe al órgano parlamentario. Dussart destaca que el régimen de la V República desencadenó el "retroceso del Parlamento", situación que intentó ser revertida con el dictado

de la LOLF, "aunque algunas de esas competencias potenciales siguen siendo virtuales". Martínez Lago señala la "pérdida de centralidad del Parlamento". Di Pietro relata las vicisitudes de la crisis del modelo constitucional en Italia y los esfuerzos para solucionarla desde la década del 70.

De forma complementaria, presentamos colaboraciones sobre aspectos particulares que hacen a la singularidad de la ley de presupuesto y a las potestades de los órganos legislativos: las modificaciones de la ley de presupuesto, las limitaciones al contenido de la ley, las peculiaridades de la vigencia temporal acotada.

Apolonia Andreu Mestre, en "Las modificaciones de los créditos presupuestarios en la ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria", desarrolla la cuestión de la modificación de la ley durante su ejecución en el ordenamiento financiero español, uno de los aspectos centrales para verificar la real vigencia del principio de reserva de ley en materia presupuestaria.

Amable Corcuera Torres se refiere a "Las restricciones para incluir ciertos gastos en el presupuesto: un ejemplo español", donde se expone la problemática referida a la inclusión en el presupuesto de un ente local de los gastos derivados de la aprobación de un reglamento que establece un fondo de acción social para los trabajadores.

Freddy Priego Álvarez, por su parte, se refiere a "Las nuevas manifestaciones de la temporalidad en el presupuesto mexicano", distinguiendo los principios de temporalidad (o anualidad) y de especialidad temporal, el primero referido a la aprobación periódica de la ley y el segundo a la ejecución dentro del año para el cual fue dictada.

Luego se presentan dos trabajos sobre el derecho presupuestario mexicano. Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, en "Algunos peligros presupuestarios en la Constitución mexicana", plantea varios problemas específicos que no tienen, hasta ahora, una respuesta en el derecho positivo o la doctrina mexicana: la separación entre ingresos y gastos públicos; la posibilidad legislativa de modificar libremente el proyecto de presupuesto enviado por el Ejecutivo y la prórroga de la ley como consecuencia de no aprobarse oportunamente el presupuesto. Por su parte, la problemática sobre las observaciones del Ejecutivo a las leyes enviadas por el Congreso es estudiada por José Miguel Erreguerena Albaitero y Patricia López Padilla Barrera en "La procedencia de las observaciones del Ejecutivo al presupuesto de egresos de la Federación, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

Enmarcando el asunto en la problemática política mexicana presentamos, en tercer lugar, el trabajo de Oscar Nava Escudero, "El veto al presupuesto de egresos en el sistema jurídico mexicano", destacando con claridad, en una de sus precisas conclusiones que "los principios presupuestarios analizados buscan equilibrar las fuerzas de los poderes del Estado, pero sobre todo son la antesala de la democracia plena. Prescindir de ellos o no respetarlos, significaría entrar en el umbral de la dictadura o del totalitarismo".

Finalmente contamos con una colaboración de Boaventura de Sousa Santos, uno de los intelectuales más importantes de la renovación jurídica basada en la idea de emancipación y en la construcción de la llamada epistemología del sur. Su contribución se refiere a la forma paradigmática de participación popular en el ámbito presupuestario, a fin de ir más allá de las formas representativas de la democracia: el presupuesto participativo. Su trabajo "Presupuesto participativo. Hacia una democracia redistributiva" expone la experiencia al respecto desarrollada en Porto Alegre. Como se ha señalada en una reciente investigación europea, "todo ha comenzado en Porto Alegre" (Sintomer, Yves - Herzberg, Carsten - Röcke, Anja, Les budgets participatifs en Europe. Des services publics au service du public, La Découverte, 2008).

SECCIÓN VII
SEGURIDAD JURÍDICA, TRANSPARENCIA Y CONTROL DE LA LEY DE PRESUPUESTO

El presupuesto es en sí mismo un instrumento técnico-político de control de los recursos públicos. En esta sección reunimos varios trabajos que se refieren al control de la ley y de cuestiones vinculadas a la forma republicana de gobierno como la seguridad jurídica y la transparencia en la experiencia jurídica argentina.

En primer lugar incluimos la colaboración de Miriam Mabel Ivanega, "Los controles administrativos del presupuesto: estudio comparativo entre la AGN, la SIGEN, el defensor del pueblo y comisiones parlamentarias", donde se ofrece una visión general de los diversos tipos de controles e instituciones que confluyen en la práctica presupuestaria.

Luego, Fabiana Schafrik de Núñez, en "La Auditoría General de la Nación en la Constitución Nacional", se detiene en particular en el control presupuestario a cargo del Congreso de la Nación.

Me ha resultado pertinente incluir en esta sección el ensayo de Pedro José Jorge Coviello, "Legalidad y seguridad jurídica en materia presupuestaria", en la medida en que la seguridad jurídica es un valor fundamental que es inherente a la forma republicana de gobierno.

El trabajo plantea el problema de la subordinación de la ley de presupuesto a las normas dictadas por el propio Congreso para regular la potestad presupuestaria y que, sin embargo, dicho órgano no cumple, aspecto disvaliosamente avalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Finalmente, incluimos la colaboración de Marcela Basterra, "El derecho de acceso a la información en el ámbito presupuestario. Los gastos reservados y las leyes secretas", cuestiones que son tratadas a la luz del derecho constitucional de acceso a la información pública, que es considerado por la autora tanto un instrumento de participación como un medio para garantizar otros derechos, una herramienta para mejorar la gestión pública y un instrumento de control.

Control, publicidad, transparencia, derecho de acceso a la información, seguridad jurídica son todos elementos interrelacionados que hacen a la real vigencia de la forma republicana y que se conjugan de forma paradigmática en la institución presupuestaria.

SECCIÓN VIII
LA RELACIÓN ENTRE RECURSOS Y GASTOS PÚBLICOS

La ley de presupuesto es el instituto que revela la profunda unidad jurídico-constitucional de la actividad financiera pública y que permite visualizar la totalidad de los recursos (a través de la estimación recaudatoria) y los gastos (por medio de la autorización). En esta sección consideramos diversos aspectos de esa unidad y de la relación que se establece entre los recursos y los gastos públicos.

En primer lugar tenemos el ensayo de Paulo de Barros Carvalho, "Derecho constitucional presupuestario y sistema tributario brasileño", un ejemplo de interrelación productiva entre la reflexión epistemológica y la tarea científica específica. Como es habitual en sus trabajos, encontramos aquí una textura discursiva en la cual se enlazan diversas problemáticas, muchas veces consideradas de forma aislada: la interpretación jurídica; la compleja relación entre el presupuesto y el tributo, así como entre el derecho presupuestario y el derecho tributario; la significación de la Constitución y de la experiencia histórico-política concreta, en la situación brasileña y en la reforma constitucional de 1988; la evaluación misma de la situación jurídica actual y, en fin, la consideración del derecho como hecho cultural, viviente, de forma que "los ciudadanos han de compartir los valores y supravalores que la Constitución proclama, no como quimeras o formas utópicas simplemente deseadas y conservadas como reliquias en la memoria social, sino como algo pragmáticamente realizable, apto, en cualquier momento, para cumplir su papel demarcador, delimitador, auténtica frontera en los hemisferios de nuestra cultura".

Luego, la colaboración de José Vicente Troya Jaramillo, "El destino de las contribuciones al gasto público", es una sintética visión global sobre el asunto que destaca la relación jurídico-constitucional entre los tributos y el gasto público, en continuidad con la visión sobre la justicia y la equidad que diversos autores expusimos en la sección dedicada a la perspectiva sobre los derechos fundamentales.

En "El principio de capacidad contributiva y el derecho constitucional presupuestario", Alberto Tarsitano destaca "la función de la capacidad contributiva en la totalidad del derecho financiero, entendida como la natural consecuencia de la dialéctica ingreso-gasto público, lo que se traduce en una conexión potente que es esencialmente política y económica, pero también jurídica y metodológica".

Juan Manuel Álvarez Echagüe, en "Afectación y destino de lo recaudado por las tasas: un análisis a partir de los principios de la actividad financiera", se interna en los diversos aspectos problemáticos de las tasas (el tributo de más dificultades en su caracterización, como señalaba Valdés Costa y recuerda Álvarez Echagüe), donde se vinculan, de forma concreta, dimensiones tributarias y presupuestarias.

La colaboración de Rodolfo R. Spisso, "Asignaciones específicas de recursos coparticipables", sobre la base del carácter "conceptualmente unitario" de la actividad financiera, se refiere al complejo sistema de asignaciones específicas, en íntima correlación con el federalismo financiero argentino y los sistemas de coparticipación.

Finalmente, Gustavo Naviera de Casanova, en "La relevancia presupuestaria de la inmunidad fiscal del Estado", se refiere al asunto del título, señalando las diversas aristas que hacen a la vinculación entre cuestiones tributarias y presupuestarias.

SECCIÓN IX
LAS FINANZAS DE DIFERENTES NIVELES DE GOBIERNO: FEDERALISMO, REGIONALIZACIÓN Y ENTIDADES LOCALES

Sean federales o unitarios, los Estados contemporáneos presentan una estructura compleja de distribución de potestades financieras de acuerdo con el aspecto territorial, desarrollando así una actividad financiera de múltiples niveles de gobierno. Es también común la problemática en torno a las finanzas municipales o locales.

Incluimos en esta sección diversos trabajos que ahondan en este asunto de acuerdo con las respectivas perspectivas nacionales.

La colaboración de Francisco Escribano se refiere a "La disciplina constitucional de los presupuestos generales del Estado y su aplicación en el ámbito de las Comunidades Autónomas", con énfasis en la regulación constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a su respecto.

La situación italiana, modificada en virtud de la reforma constitucional de 2001, es tratada por Víctor Uckmar en "El pasaje al federalismo fiscal en Italia", donde destaca las dificultades del asunto, y se pregunta, incluso, si se está en presencia de federalismo o, como señala Giovanni María Flick, de una descentralización fiscal. Dicho trabajo es complementado por el ensayo de Agostino Ennio La Scala, "New Public Managment y federalismo fiscal: oportunidades y riesgos".

Jacques Malherbe y Edoardo Traversa que se refieren a la situación belga en "El federalismo fiscal en Bélgica", ofrecen una visión general de un federalismo complejo, que incluye colectividades federadas y colectividades descentralizadas.

La situación francesa es expuesta por Guy Siat en "La consagración constitucional de la autonomía financiera de las colectividades territoriales", instituciones éstas que han obtenido autonomía financiera a partir de la reforma constitucional de 2003.

Por su parte, Adrián Torrealba Navas, en su trabajo "Contribución al diseño de un sistema de indicadores de gobernabilidad jurídica en materia de hacienda local", sobre la base de una serie de principios generales que regulan la hacienda local (autonomía, corresponsabilidad fiscal, suficiencia, coordinación y solidaridad), considera de forma comparativa los casos de Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua.

Finalmente, Aníbal Bertea, en "Subsidios del Tesoro nacional a las provincias", se refiere a un asunto poco explorado por la doctrina pero que es esencial a la dinámica constitucional del federalismo argentino: la potestad legislativa federal de otorgar subsidios a las provincias cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir los gastos ordinarios.

SECCIÓN X
EL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA PRESUPUESTARIA

Los Estados contemporáneos viven una doble complejidad en lo que hace a su soberanía territorial, circunstancia que complejiza los ordenamientos jurídicos, caracterizados como sistemas de múltiples niveles (ver Pizzorusso, Alessandro, "La produzione formativa in tempi di globalizzazione"). Internamente viven las peripecias del federalismo o, en su caso, de la regionalización o descentralización. Externamente, transitan el camino de la integración. En este último aspecto es paradigmática la experiencia europea, impulsada luego de la trágica experiencia de la Segunda Guerra Mundial.

El derecho comunitario europeo tiene una enorme relevancia en materia presupuestaria, tal como lo muestran los trabajos que forman parte de esta sección, escritos antes de la crisis actual, seguramente un punto de inflexión en la historia de la integración.

En esta sección encontramos las colaboraciones de Germán Orón Moratal ("El presupuesto ante el derecho comunitario: en especial, de la bifurcación del principio de legalidad financiera al significado jurídico del estado de ingresos"), Violeta Ruiz Almendral ("El Pacto de Estabilidad y Crecimiento en su aplicación a un Estado descentralizado: el caso español"), y Francisco Cañal ("La estabilidad presupuestaria local en España"), que exponen tanto el régimen comunitario como la regulación española en sus diferentes dimensiones, incluso en lo relativo a la hacienda pública local.

SECCIÓN XI
EL DERECHO FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO ANTE LAS CRISIS

Concluimos nuestra edición con un trabajo de Héctor Mazzei, "Crisis financiera y respuesta presupuestaria", donde se señalan diferentes aspectos de la crisis actual en Estados Unidos y sus efectos en la Argentina.

Indudablemente, en tanto Estado periférico, sensible a los movimientos financieros internacionales, la Argentina es pródiga en crisis y en la puesta en práctica de fórmulas para salir de ella. Claro que, desde la reconfiguración económico-social impuesta por la dictadura militar en 1976, todas las formas de salida de la crisis han sido mecanismos que la han agravado. Recién en este nuevo siglo, la política argentina ha ensayado formas de autonomía estatal frente a los poderes económicos y, en particular, financieros, circunstancia que ha permitido, por primera vez en décadas, sortear con éxito la crisis internacional. Curiosamente, a pesar de la crítica experiencia argentina de 2001, los Estados europeos más aquejados por la crisis se encuentran implementando medidas (reducción del gasto público, ajustes en el derecho previsional y laboral, transferencias de recursos a las instituciones financieras) que ya han mostrado qué consecuencias sociales producen.

SECCIÓN I

HOMENAJE A EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA

LA LEY DE PRESUPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978*

Por Eusebio González García**

I. INTRODUCCIÓN

De entre las múltiples cuestiones objeto de adhesión o repulsa que, desde un punto de vista técnico jurídico, ofrece la Constitución española de 1978, creemos que el tratamiento dispensado a la materia presupuestaria es en este sentido paradigmático, al recoger mucho de lo mejor y de lo peor aportado por nuestra más reciente evolución legislativa en esta materia.

Un completo desarrollo de la afirmación anterior exigiría un estudio monográfico. Afortunadamente esas monografías ya existen y la labor del intérprete puede limitarse a ir casando lo viejo (mucho) y lo nuevo (poco), que sobre el tema ha establecido la Constitución, con los pareceres previamente emitidos por la doctrina más reconocida.

El hilo discursivo se plegará, siempre que ello sea posible, al propio epigrafiado del art. 134 de la Constitución, que es el consagrado dentro de nuestro texto constitucional a la materia presupuestaria.

Art. 134.1: "Corresponde al gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación".

Este precepto, copia de art. 54 de la Ley Orgánica del Estado, que con mayor rigor técnico hablaba "del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado", viene a reproducir a nivel constitucional, que es el propio, el clásico tema del reparto de competencias ente los distintos poderes con ocasión de la aprobación de la Ley del Presupuesto.

Ya hemos comentado en otro lugar[1], que pese a las matizaciones y limitaciones que presiden el desenvolvimiento actual del principio de la separación

* Originalmente publicado en la Revista de la Universidad de Buenos Aires, vol. III, publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, 1980.

** Catedrático de Derecho Tributario y Financiero de la Facultad de Derecho de San Sebastián, España.

[1] González García, Eusebio, *Introducción al derecho presupuestario*, Edersa, Madrid, 1973, ps. 52 y ss.

de poderes, su vigencia puede considerarse prácticamente universal y su entendimiento enriquecido, una vez que se ha llegado a diferenciar con nitidez los orígenes (remotos) del principio y su difusión modernizada a través del componente revolucionario galo. De cualquier modo, el reparto concreto de competencias entre los poderes y la regulación de sus relaciones en un país dado y en un momento dado es un problema a resolver en cada caso sobre la base de la Constitución. Nuestro país, en este punto, ha optado por el modelo más clásico, reservando para el Ejecutivo las funciones de elaboración y ejecución y para el Legislativo las propias de la aprobación y rendición final de cuentas.

Sin intentar adentrarnos en los fallos de base del sistema, pues ciertamente es discutible la dualidad Gobierno-Parlamento, al representar el Gobierno a la mayoría del Parlamento, lo cierto es que en la distribución de funciones acordadas late un fondo de buen sentido, que sólo la peculiar realidad sociológica de un país podría adulterar. En efecto, resulta del todo punto lógico que al Ejecutivo, como poder responsable de la política económica y en contacto más inmediato con la realidad del país (art. 97 de la Constitución), se le encomienden las funciones de elaboración del proyecto y ejecución presupuestaria, en tanto que al Poder Legislativo, que debe su nacimiento y existencia al ejercicio de las funciones propias del control, se le reserve la aprobación del proyecto de Ley del Presupuesto y de la Cuenta General del Estado.

Naturalmente, siempre cabe resucitar el viejo problema de si las Cortes al aprobar el proyecto de Ley del Presupuesto están, o no, ejercitando funciones legislativas[2]. Un planteamiento del género, que considerábamos definitivamente superado tras la aparición de la Ley General Presupuestaria, vuelve ahora a ser posible sobre la base de la tríada de funciones recogida por el art. 66.2 de la Constitución, que dice: "Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución".

La redacción de este precepto es doblemente desafortunada. En efecto, si dudosamente pude hoy diferenciarse entre ejercicio de potestades legislativas y aprobación del Proyecto de Ley del Presupuesto, mucho menos viable nos parece distinguir entre aprobación del presupuesto y ejercicio de la acción de control sobre el Gobierno. Sería de otra parte un grave error equiparar "las competencias no legislativas", a que alude el art. 74.1 de la Constitución, a la función que desarrollan las Cortes al deliberar sobre el Proyecto de Ley del Presupuesto.

[2] Una excelente síntesis de la génesis de este problema en nuestro derecho, puede encontrarse en GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Plan y presupuesto, como problema jurídico en España", en KAISER, Joseph, *Planificación: estudios jurídicos y económicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, ps 115/17 y 137 y ss. En la doctrina extranjera, además de las clásicas exposiciones de Haenel, Heller, Carré de Malberg, Jellinek o Ingrosso, ver, en forma resumida, BALLADORE PALLIERI, Giorgio, *Diritto constituzionale*, Giuffré, Milán, 1959, ps. 212 y ss.

A fin de cuentas, lo que importa es determinar, por sus efectos: 1) el valor jurídico que cabe atribuir al documento presentado por el Gobierno a las Cortes; 2) el alcance del acto de aprobación emitido, en su caso, por las Cortes[3].

Respecto de lo primero, a la vista de lo que es el documento presentado por el Gobierno a las Cortes antes y después de su aprobación, del camino seguido dentro de las Cortes por ese documento y de las facultades atribuidas a las Cortes respecto de éste, toda la doctrina especializada, dentro y fuera de España, parecía que habíamos llegado a la conclusión de calificar tal documento como "el Proyecto de Ley del Presupuesto". A nivel legislativo ésta era también la terminología adoptada por la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por la Ley Orgánica del Estado, por la Ley General Presupuestaria y por los Reglamentos del Congreso y del Senado. Prescindir, o desconocer, tan largo y laborioso proceso legislativo constituye un grave error técnico, o una imperdonable omisión, máxime si, como pensamos, va seguirse respecto del proyecto de Ley del Presupuesto un cauce semejante al previsto por el art. 88 de la Constitución respecto de los restantes proyectos de ley. En cualquier caso, lo que parece claro, a la vista del propio art. 134.4 de la Constitución, es que los referidos "Presupuestos Generales del Estado" no son otra cosa que la ley del presupuesto antes de su aprobación, es decir, un proyecto de ley.

En cuanto al valor jurídico del acto emitido por las Cortes con ocasión del examen del Proyecto de Ley del Presupuesto, a efectos de su enmienda, aprobación o no aprobación (pues, obviamente, en la concesión de una facultad positiva va implícito su ejercicio en sentido negativo), es el propio de los actos legislativos de aprobación, es decir que el acto emitido por las Cámaras, de conformidad con las prescripciones establecidas al efecto por sus respectivos reglamentos, tiene la eficacia, fuerza y valor jurídico que los arts. 1° y 2° del Código Civil atribuyen a la ley. Esta afirmación podría estimarse en contradicción con lo dispuesto por el art. 66.2 de la Constitución, que parece distinguir entre ejercicio de la potestad legislativa y acto de aprobación del presupuesto, pero al margen de la falta de coherencia lógica, sistemática e histórica de semejante interpretación, ésta conduce a un callejón sin salida, pues, que sepamos, la Constitución no ha previsto el órgano que se encargaría de diferenciar, *a posteriori*, qué actos de los emanados por las Cortes siguiendo el íter legislativo tendrían la consideración de leyes materiales y formales y cuáles otros serían simplemente actos administrativos recubiertos de forma de ley.

Mayor trascendencia reviste la contradicción en que puede incurrir la interpretación defendida por nosotros frente a lo dispuesto por el apart. 7 del precepto que estamos comentando. Pero parece más oportuno, por razones sis-

[3] Ante la imposibilidad de resumir adecuadamente en este lugar cuestiones que hemos tratado con anterioridad *in extenso* (*Introducción al derecho presupuestario*, cit., ps. 231 y ss.), el lector que desee tener una segunda visión sobre los puntos sometidos a debate puede ver RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario*, Tecnos, Madrid, 1970, ps. 121 y ss.

temáticas, aplazar para un momento posterior el comentario que dicho apart. 7 nos suscita.

Art. 134.2: "Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado".

De las tres partes de que consta este precepto (recepción de los principios de anualidad y universalidad y contabilización independiente de los beneficios fiscales), las dos primeras pueden considerarse lugares comunes de nuestras leyes de administración y contabilidad y la tercera procede directamente del art. 58 de la Ley General Presupuestaria.

Con esos antecedentes, la primera duda que surge al enfrentarse con el comentario del precepto transcripto, es su propia oportunidad en un texto de rango constitucional, cuya mejor virtud, en este punto, consiste precisamente en omitir toda referencia a otro principio también clásico en la materia: el del equilibrio presupuestario[4].

Ciertamente, puede argumentarse en favor de la opción acogida por la Constitución vigente el precedente de la Constitución de 1931, que dedicaba artículos de elevado nivel técnico al presupuesto del Estado[5]. La Constitución vigente dedica al tema tan sólo uno, en siete apartados, que desde luego no es de elevado nivel jurídico financiero[6]. El lugar adecuado para este tipo de normas son las leyes orgánicas de la especialidad, en nuestro caso, la Ley General Presupuestaria, donde en el título II, capítulo I, sección I, se regula toda esta materia, con bastante más precisión.

Es decir, consideramos que después de lo establecido por los arts. 48 a 51 y 58 de la Ley General Presupuestaria[7], poco campo le quedaba a la Constitución

[4] Ver GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, "Anualidad presupuestaria y planificación económica: el problema de los gastos plurianuales", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nro. 64, 1966, ps. 30 y ss.

[5] Recuérdense las duras críticas de que fue objeto, por su excesiva prolijidad, el título IX del Proyecto (después título VIII), tanto por parte de los expertos (González Posada, Royo Villanova), como de los políticos (Indalecio Prieto).

[6] Un excelente desarrollo de esta idea puede encontrarse en L. Corral, al comparar críticamente el art. 41 de la derogada Ley de Administración y Contabilidad de 1911 con el art. 58 de la Ley General Presupuestaria (CORRAL GUERRERO, Luis, "La Ley General Presupuestaria y el principio de universalidad", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nro. 130, 1977).

[7] Art. 48. Los presupuestos generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer el Estado y sus organismos autónomos y de los derechos que se prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio.

Art. 49. El ejercicio presupuestario coincidirá con el año natural, y a él se imputarán: a) Los derechos liquidados durante el mismo, cualquiera que sea el período de que deriven; y b) Las obligaciones reconocidas hasta el fin del mes de enero siguiente, siempre que correspondan a adquisiciones, obras, servicios, prestaciones o gastos en general, realizados antes de la expiración del ejercicio presupuestario y con cargo a los respectivos créditos.

Art. 50. Integran los presupuestos generales del Estado: a) El presupuesto del Estado, con la pormenorización exigida por esta ley; y b) El presupuesto de los organismos autónomos del Estado.

—si es que tiene alguno en este terreno— para pronunciarse sobre la materia. Y no es que pensemos que la redacción de los preceptos citados sea insuperable[8], sino, sencillamente, que el marco de esa ley es mucho más adecuado para regular con precisión y rigor técnico el alcance de los principios de anualidad, universalidad y unidad presupuestarios (el entendimiento de este último, desde luego, se acomoda mal al vocablo "Presupuestos"[9]).

Respecto del principio de anualidad en concreto, el texto del precepto aprobado, que con dudoso acierto se separa en este punto del Anteproyecto[10], ha desperdiciado una excelente oportunidad para pronunciarse, o al menos dejar abierta una vía —como hace el art. 110.2 de la Ley Fundamental de Bonn—, sobre las relaciones entre presupuesto y plan[11], porque ésta sí que estimamos hubiera sido una materia digna de ser abordada a nivel constitucional, máxime después de la solemne declaración en favor de la planificación contenida en el art. 131 de la Constitución.

En cuanto a la forma popular de introducir el principio de universalidad (cfr., su versión técnica en los correspondientes preceptos de la Ley General Presupuestaria), consideramos que el texto de la Constitución da un paso adelante respecto del contenido de los arts. 50 y 51 de dicha ley, al ordenar que en el presupuesto del Estado se *incluyan* la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal, no siendo suficiente, al parecer, la *unión* de los presupuestos-resumen de los organismos autónomos de carácter comercial e

---

a que se refiere el apart. a) del párr. 1° de art. 4° de la presente ley, con el grado de desarrollo que reglamentariamente se determine.

Art. 51. Uno. Los Presupuestos Generales del Estado contendrán: a) Los estados de gastos en los que se incluirán, con la debida especificación, los créditos necesarios para atender el cumplimiento de las obligaciones; b) Los estados de ingresos en los que figuren las estimaciones de los distintos derechos económicos a liquidar durante el ejercicio. Dos. A los Presupuestos Generales del Estado se unirán: a) El presupuesto-resumen de los organismos autónomos definidos en el apart. b) del párr. 1° del art. 4° de esta ley; y b) El presupuesto-resumen de la Seguridad Social, a que se refiere el art. 157 de esta ley.

Art. 58. Uno. Los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender obligaciones mediante minoración de los derechos a liquidar o ya ingresados, salvo que la ley lo autorice de modo expreso. Dos. Se exceptúan de la anterior disposición las devoluciones de ingresos que se declaren indebidos por tribunal o autoridad competentes. Tres. A los efectos del presente artículo se entenderá por importe íntegro el resultante después de aplicar las exenciones y bonificaciones que sean procedentes y que sean objeto de contabilización independiente.

[8] Ver, nuestro estudio "Génesis de la Ley General Presupuestaria", *Revista de Derecho Financiero y de Haciendo Pública*, 1977, ps. 1029/30.

[9] Una válida interpretación de ese plural, perfectamente trasladable a nuestro derecho, es la ofrecida por Andrea Amatucci, respecto del término *bilanci* del art. 81 de la Constitución italiana (*Funzioni e disciplina del bilancio dello Stato*, E. Jovene, Nápoles, 1972, ps. 132 y ss.).

[10] Art. 124.2.— "Los presupuestos generales del Estado... tendrán carácter anual, salvo en lo relativo a las inversiones. En este caso, las anualidades deberán constar expresamente".

[11] Cfr. art. 93 de la Constitución portuguesa. En nuestra doctrina, además del estudio de A. Gallego Anabitarte más arriba citado, puede verse GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, "Anualidad presupuestaria...", cit.; y RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado*, cit., ps. 256 y ss.

industrial y de la Seguridad Social, a que alude el art. 51 de la Ley General Presupuestaria. Naturalmente, el cabal entendimiento y completo desarrollo de este principio no puede desconectarse de los de especialidad, claridad y publicidad, recogidos en los arts. 51 y ss. de la Ley General Presupuestaria[12].

Por lo que se refiere a la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado, la medida, no por deseable y conveniente, nos parece menos inadecuada en este lugar. Constituye una clamorosa exigencia de nuestro sistema tributario poner coto al sin fin de exenciones y bonificaciones que pesan sobre la recaudación de los tributos, con grave detrimento de los principios de igualdad y de capacidad contributiva. No menor nos parece la necesidad en que nuestra política fiscal se encuentra de conocer, siquiera sea aproximadamente, el volumen total de esos beneficios, a efectos de iniciar un manejo realista de los tributos como instrumentos de política económica. Tememos serias dudas, sin embargo, sobre si semejante tarea podrá ser acometida eficazmente por nuestra administración financiera en el momento presente. De suerte que para incumplir normas, pensamos que es preferible continuar inobservando las ordinarias.

Finalmente, en el capítulo de omisiones, aplaudimos la ausencia de referencia al principio del equilibrio presupuestario, que tal y como se viene entendiendo habitualmente, es decir, con relación a la igualdad entre las cifras de gastos e ingresos del presupuesto, carece de sentido en una norma ordinaria, y con mayor motivo en el texto constitucional.

Art. 134.3: "El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior".

El entendimiento de este precepto no puede desconectarse de los arts. 54 y 55 de las Ley General Presupuestaria que, salvo en lo que se refiere a la anticipación en quince días del plazo de presentación del Proyecto de Ley de Presupuesto ante las Cortes, deben considerarse desarrollo y concreción del mandato genérico contenido en el texto constitucional.

Las líneas maestras seguidas por estos preceptos constituyen un lugar común dentro del derecho presupuestario, de suerte que su comentario no plantea especiales problemas interpretativos.

El significado del precepto constitucional es claro. Al confiar al Gobierno la presentación del Proyecto de Ley del Presupuesto ante las Cortes está siguiendo la consecuencia lógica que se deriva de lo dispuesto por el párrafo primero de este mismo artículo, que encomendó al Gobierno la elaboración del Proyecto y a las Cortes su examen, enmienda y aprobación. No obstante, el párrafo que estamos comentando añade una serie de precisiones temporales e institucionales de gran trascendencia.

[12] El tema, obviamente, guarda estrecha relación con la estructura presupuestaria. Ver, más ampliamente, nuestro estudio "Consideraciones en torno a la orden del 1 abril de 1967 sobre nueva estructura presupuestaria", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 1968.

Ante todo es evidente que, el señalar límites temporales precisos para cumplir el mandato genérico contenido en el párrafo primero de este precepto, responde, al menos, a dos órdenes de consideraciones diversas. En primer lugar, al no poderse desconocer el engranaje funcional y temporal que une la formación de los correspondiente anteproyectos por los distintos Departamentos Ministeriales con la redacción definitiva del Proyecto de Ley del Presupuesto acordada por el Consejo de Ministros, la norma en cuestión señala un cause para ordenar la gestión administrativa del año venidero.

En segundo término, tampoco resulta difícil advertir que si se pretende un mínimo de seriedad y de rigor en el conocimiento —siempre difícil— del Proyecto de Ley del Presupuesto por parte de las Cámaras, lo menos que se puede hacer es fijar límites temporales prudentes dentro de los que pueda desarrollarse de forma razonable el pertinente examen, enmienda y, en su caso, aprobación de Proyecto de Ley del Presupuesto.

En el orden institucional, el precepto que comentamos refrenda expresamente la tradicional preeminencia de la Cámara Baja sobre la Cámara Alta en materia presupuestaria; preeminencia que ya se había anticipado en los propios reglamentos de una y otra Cámara (arts. 106 a 108 y 101 a 103, respectivamente). De suerte que, de una parte, el plazo de presentación del Proyecto de Ley del Presupuesto se fija con relación al Congreso y, de otra, salvo el límite genérico del art. 90 de la Constitución y el específico del año natural al que la Ley del Presupuesto va referida, no se fija plazo alguno para la remisión del Proyecto desde el Congreso al Senado.

En este mismo orden de ideas, y aunque no se diga expresamente en este párrafo, es claro que la referencia al Gobierno debe completarse con los preceptos que a nivel de legislación ordinaria regulan la elaboración del Proyecto de Ley del Presupuesto (art. 54, Ley General Presupuestaria), donde, siguiendo también un proceder ampliamente extendido, se marca una clara preeminencia del Ministerio de Hacienda sobre el resto de los Departamentos Ministeriales[13].

Así, pues, el encaje del párrafo objeto de comentario en la tradición constitucional propia y foránea resulta fácil. Incluso puede afirmarse que, al fijar expresamente la preferencia temporal del Congreso sobre el Senado, se conecta con la tradicional línea constitucional española que marcan los textos de 1834 (art. 117), de 1837 (art. 37) y de 1845 (art. 36[14]). De la simple lectura de estos preceptos se derivan importantes consecuencias de orden constitucional respec-

[13] En nuestro país, el íter de esa preeminencia, anterior incluso a la Ley de Administración y Contabilidad de 1850, puede seguirse en LÓPEZ ESCOBAR, Esteban, *Los orígenes del derecho presupuestario español*, Institutos de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, especialmente ps. 260 y ss.

[14] Recuérdese que aunque esta preferencia temporal no quedó recogida ni en el proyecto ni en el texto definitivo de la Constitución de 1931, sí estaba en el Anteproyecto redactado por la Comisión Jurídica Asesora (art. 84).

to de las relaciones Congreso-Senado, cuyo estudio, obviamente, desborda el alcance de este comentario.

Existe, por último, un tema íntimamente ligado a la materia que nos ocupa. Nos referimos a la duración de los debates parlamentarios sobre el Proyecto de Ley del Presupuesto. Pero dado que la Constitución vigente ha querido dedicar un párrafo independiente a esta cuestión, precisamente el que viene a continuación, remitimos a las consideraciones que al respecto hacemos seguidamente.

Art. 134.4: "Si la Ley de Presupuesto no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos".

Lo primero que llama nuestra atención al enfrentarnos con el comentario de este precepto es la plausible sustitución de la expresión "Presupuestos Generales del Estado", por la de "Ley de Presupuestos". Hubiera sido preferible utilizar el singular, para marcar más claramente la unidad del documento presupuestario, pero el hecho de que por primera vez en el texto del articulado se incluya la expresión a nuestro juicio correcta, y de que, además, ésta obedezca a un expreso cambio de la terminología que constaba en el Anteproyecto, son otros tantos motivos de satisfacción.

El objeto de este precepto, íntimamente ligado —en su espíritu y en su redacción— al párrafo anterior, nos sitúa ante el mismo orden de consideraciones que avanzábamos al comentar el epígrafe precedente. Es decir, se trata de una norma de buena administración —pensando en el funcionamiento interno de los servicios— y de prudente sentido político —al pensar en el antagonismo real entre los distintos poderes—, que tiende a evitar la paralización del Estado con ocasión de un previsible retraso en la aprobación de la Ley del Presupuesto. Este es, a nuestro juicio, el cometido esencial del precepto que nos ocupa. Los cambios observables respecto del texto del Anteproyecto, muy pegado a la Constitución de 1931 en este punto, nos parecen simples cuestiones de matiz. Con todo, volveremos sobre el tema más adelante.

Así, pues, el supuesto contemplado por la norma que nos ocupa es claro: se trata de tener prevista una solución para el caso de que la Ley del Presupuesto no pueda ser aprobada oportunamente. Ahora bien, a ese supuesto único puede llegarse por muy diversos caminos. Cabe, en primer lugar, que el Gobierno incumpla, más o menos, el mandato contenido en el párrafo anterior y no presente ante el Congreso el Proyecto de Ley del Presupuesto en la fecha prevista. Cabe, en segundo lugar, que presentado el Proyecto en tiempo oportuno, las deliberaciones sobre él se extiendan más allá de lo que sería de desear; esta hipótesis, naturalmente, es pensable respecto del paso del proyecto por una u otra de las Cámaras colegisladoras, aunque lo normal suele ser que su paralización se produzca en la Cámara Baja[15]. Finalmente, no debe rechazarse la idea de que las Cortes ejerzan en sentido negativo la facultad de aprobar el Proyecto de Ley del

[15] Ver más ampliamente nuestra obra *Introducción al derecho presupuestario*, cit., ps. 52 y ss.

Presupuesto, procediendo, como dice el art. 55 de la Ley General Presupuestaria, a su devolución al Gobierno.

Las consecuencias jurídicas y políticas de cada una de estas hipótesis, que pueden darse aislada o concurrentemente, son muy distintas. La primera constituye, simplemente, una muestra de la falta de responsabilidad del Gobierno y de su incompetencia para gestionar adecuadamente los intereses públicos, de la que la oposición procurará sacar el mayor partido posible.

La segunda hipótesis, que es la que en el momento presente centra la atención de políticos y estudiosos, merece una consideración más detenida, pues entre las causas de la crisis de la institución parlamentaria sin duda puede encontrarse, junto a la ignorancia, la sistemática construcción y el bizantinismo de algunos parlamentarios, que han llevado a esta institución de la ineficacia al descrédito de los últimos tiempos. No puede sorprender por ello que siendo el debate presupuestario campo abonado para toda suerte de excesos orales, en las Constituciones más modernas o, en su caso, en los reglamentos de las Cámaras, se incluyan las pertinentes disposiciones tendientes: ya a concentrar los puntos objeto de discusión; ya a limitar el tiempo o número de intervenciones concedidas a cada representante. Todas estas medidas están recogidas en los reglamentos de nuestras Cámaras. En el supuesto de que esas medidas preventivas fallasen, entonces entra en juego el precepto que estamos comentando.

La tercera hipótesis, referida a la posibilidad de que una de las Cámaras devolviese al Gobierno el Proyecto de Ley del Presupuesto, fue centro de atención preferente de la doctrina durante el pasado siglo[16], pero hoy, en su aspecto jurídico, constituye una posibilidad tan cierta como remota. Y en su aspecto político, siempre susceptible en enfoques poliédricos, reduce sus efectos a los de un voto de desconfianza a un ministro determinado o al Gobierno en su conjunto, con las conocidas consecuencias de disolución de las Cámaras, moción de censura o moción de censura constructiva, según los casos. Planteándose la duda legítima de si el momento de deliberar sobre el Proyecto de Ley del Presupuesto constituye el cauce adecuado para suscitar este tipo de efectos.

Otra interesante cuestión que presenta el párrafo que nos ocupa es determinar su alcance, más concretamente averiguar si la prórroga a que alude se refiere a todo el presupuesto, o tan sólo a sus capítulos de gastos, pues aunque la letra del precepto pensamos que es suficientemente clara, la práctica de las dozavas o doceavas ha introducido cierta confusión en la materia. No obstante, completando el contenido de este precepto con lo dispuesto por el art. 56 de la Ley General Presupuestaria, se advierte que lo que se prorroga es la Ley del Presupuesto del ejercicio anterior en su conjunto (salvo los créditos correspondientes a servicios o programas que deban terminar en el ejercicio anterior), la división por dozavas afecta tan sólo a la fase de ejecución del gasto. Todo ello

[16] Puede encontrarse una amplia referencia doctrinal en las obras de E. González y A. Rodríguez Bereijo más arriba citadas. Al tema dedica un epígrafe específico BAYÓN, Ignacio, *Aprobación y control de los gastos públicos*, Institutos de Estudios Fiscales, Madrid, 1972, ps. 149 y ss.

al margen del carácter permanente de las leyes tributarias (art. 20, Ley General Tributaria), sobre lo que volveremos más adelante.

Por lo que se refiere a la forma concreta en que la prórroga se produce, el texto constitucional abandona en este punto el Anteproyecto (art. 124.4[17]), adscribiéndose a la línea que podemos calificar de clásica en nuestro derecho, esto es, la prórroga automática del presupuesto del ejercicio anterior, con las salvedades apuntadas más arriba.

Art. 134.5: "Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario".

A diferencia de los anteriores preceptos, que contemplaban la Ley del Presupuesto antes de su aprobación, el presente mira la misma materia objeto de la ley, pero una vez que ésta ha sido aprobada. Atribuyendo al Gobierno una facultad absolutamente lógica y coherente dentro del sistema general y abstracto de elaboración de las leyes previsto por el art. 87.1 de la Constitución y del específico del art. 134.1 en materia presupuestaria (*vid, supra*). La exigencia de que las adiciones o modificaciones de la Ley del Presupuesto se hagan igualmente mediante el oportuno proyecto de ley, nos parece de todo punto incuestionable. ¿Dónde está, pues, la razón de ser, el *quid iuris*, de este precepto?

El supuesto de hecho que la norma regula es claro: la ley que contempla la totalidad de los gastos e ingresos a realizar durante el ejercicio en cuestión ya ha sido aprobada (art. 134.2): no obstante, bien sea porque se presenten nuevos hechos no previstos, o porque las previsiones hayan resultado inadecuadas, el hecho cierto es que a lo largo de ejercicio se presenta, a juicio del Gobierno, la necesidad de introducir modificaciones en la regulación prevista. Lo curioso es que esas modificaciones, a tenor de la permisión constitucional, sólo pueden consistir en aumentos del gasto público, pues parece que siempre se podrá gastar por debajo de las autorizaciones de gasto (naturalmente, habría que matizar a qué tipo de gasto alude[18]), o en disminución de los ingresos, pues igualmente parece que se puede recaudar por encima de las previsiones presupuestarias (siempre que esos incrementos tengan por base la legislación tributaria vigente[19]).

Centrándonos en el examen de los proyectos de ley dirigidos a aumentar el gasto público (respecto de los proyectos de ley dirigidos a disminuir los ingresos, ver *infra*), pensamos que tales incrementos sólo pueden fundarse o en la inexistencia del oportuno crédito presupuestario o en su carácter insuficiente[20].

[17] Cfr. art. 107, Constitución española de 1931.

[18] En la doctrina clásica ver, por ejemplo, LABAND, Paul, *Le droit Public de l'Empire Allemand*, V. Giard & E. Briére, París, 1904, ps. 246 y ss.; y entre nosotros, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado*, cit., ps. 271 y ss. y BAYÓN, Ignacio, *Aprobación y control...*, cit., ps. 375 y ss.

[19] Ver nuestro estudio, "Las cláusulas tributarias de las leyes de presupuestos", XIX Sem. Est. Der. Fin., Madrid, 1971.

[20] Cfr. art. 64 de la Ley General Presupuestaria.

Al margen de la distinta valoración política que uno y otro supuesto pueden merecer por parte de las Cámaras, la afirmación que algún intérprete ha avanzado sobre la falta de referencias a los créditos extraordinarios y suplementos de crédito en la Constitución nos parece poco fundada. Ciertamente, no se menciona de forma expresa que esos proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público hayan de realizarse con cargo al presupuesto del ejercicio en curso, por lo que podría pensarse en una retorcida y rebuscada vuelta al concepto de "leyes especiales", en el sentido del derogado art. 32 de la Ley de Administración y Contabilidad[21]. Pero, al margen de que un importante sector de la doctrina ha reconducido esas leyes especiales a las leyes de concesión de créditos extraordinarios y suplementarios, nos parece, en primer lugar, poco probable que la Constitución descienda en este punto a tales detalles, acogiendo ideas abandonadas por la legislación específica ordinaria; y en segundo término, del propio contexto del precepto, en relación con el párrafo segundo de este mismo artículo, se deduce que se está aludiendo a una ley de naturaleza presupuestaria.

Otra cuestión, relacionada con este precepto, que en el derecho comparado reviste gran interés, pero que entre nosotros carece de esa importancia a la vista del nuevo texto constitucional, es la relativa a la ruptura del equilibrio presupuestario acordado por Gobierno y Parlamento, que suponen los posteriores proyectos de ley tendientes a incrementar el gasto presentados por el Gobierno. No puede hablarse en puridad de ruptura del equilibrio presupuestario, entendido este principio en su acepción clásica, porque ya hemos visto que éste no se recoge por nuestra Constitución entre aquellos de obligado cumplimiento. Sin embargo, resulta evidente que esos proyectos de ley sí rompen un determinado equilibrio: el que previamente habían acordado como más conveniente entre los gastos y los ingresos la representación nacional y el Gobierno. Por ello es absolutamente necesario que el nuevo acuerdo sobre el montante de gastos a realizar se verifique a través de la aprobación de una ley.

Llegados a este punto, y tomando nuevamente el hilo discursivo iniciado al comentar este párrafo, cabría pensar que una correcta interpretación de los arts. 87.1 y 134.1 y 2 hace innecesario la inclusión en el texto constitucional del precepto que nos ocupa, pues, obviamente, el Gobierno puede presentar todo tipo de proyectos de ley y la "totalidad" a que alude el art. 134.2 es, desde un punto de vista sustantivo, la previsible; y, desde un punto de vista formal, siempre ha de procederse a integrar, *a posteriori*, las leyes de gastos o ingreso en el presupuesto.

Con todo, y aun reconociendo que el párrafo objeto de comentario es un producto importado, que tiene su campo de actuación propio en otras latitudes (Ley Fundamental de Bonn y Constitución italiana, particularmente), y que en el texto del Anteproyecto quedaba mucho mejor engarzado, tampoco nos parece

[21] Sobre este punto, ver nuestro "Comentario", a la obra de I. Bayón, en *Rev. Fin. Hda. Pub.*, nro. 101, ps. 817 a 819.

en exceso criticable que a veces se diga expresamente aquello a lo que se puede llegar por vía de interpretación.

Art. 134.6: "Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación".

Este párrafo, íntimamente ligado al anterior en su espíritu, y que en el texto del Anteproyecto formaba un solo apartado junto al precedentemente comentado, va dirigido, de una parte, a limitar la iniciativa legislativa que el art. 87.1 de la Constitución concede a las Cortes, y de otra, a limitar el derecho de enmienda, que el propio art. 134, en su apart. 1º, había concedido a las Cámaras, como lógica consecuencia de su actividad de examen dirigida a la aprobación. Analicemos brevemente y por separado cada una de estas limitaciones[22].

No constituye novedad la limitación a la iniciativa legislativa ordinaria de las Cortes en materia presupuestaria. Es más, dando por universalmente aceptada esa limitación, lo que suele discutirse es, en un plano teórico, su fundamento, y, en un plano más pragmático, su alcance.

En cuanto a lo primero, pueden encontrarse, al menos, dos razones. Una considera que, siendo la elaboración del Proyecto de Ley del Presupuesto una función encomendada en exclusiva al Gobierno por todos los ordenamientos, no se ve qué argumentos válidos pueden esgrimirse y qué consecuencias ventajosas podrían derivarse de tener que compartir de hecho esta función con el Parlamento, si llegara a admitirse la libre iniciativa legislativa en materia financiera. La segunda estima que habiendo llegado el Parlamento a un acuerdo con el Gobierno sobre el montante de gastos e ingresos a realizar, acuerdo que se plasma en la aprobación de la Ley del Presupuesto, y siendo este último el responsable de la política económica no tendría sentido admitir el libre ejercicio de la iniciativa legislativa ordinaria del Parlamento en este campo.

Una vez sentados los fundamentos teóricos de la limitación, lo que importa ahora es precisar el alcance concreto que ésta ha adoptado en nuestra Constitución. Ante todo debe advertirse que estamos ante una limitación de la iniciativa legislativa de las Cortes en materia financiera, no ante su prohibición. Ciertamente esta limitación, que reproduce el texto del Anteproyecto y del art. 54, II de la Ley Orgánica del Estado (con el cambio poco afortunado de "gastos" por "créditos"[23]), no se encontraba en la Constitución de 1931 y supone una mayor restricción respecto de la situación regulada hasta el presente por los reglamentos del Congreso y del Senado (arts. 108 y 103, respectivamente). Pero pensamos que circunscribir la limitación al derecho de enmienda no resolvería plenamente el problema, si de lo que se trata es no sólo de evitar la posible irresponsabilidad

[22] Puede encontrarse una completa exposición del tema en RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "La limitación de la iniciativa parlamentaria en materia presupuestaria en el derecho positivo español", *Rev. Fac. Der. Univ.*, Madrid, 1968 y BAYÓN, Ignacio, *Aprobación y control...*, cit., ps. 111 y ss.

[23] Decimos poco afortunado, porque, de una parte, el art. 134, aparts. 2º y 5º, habla de "gastos"; de otra, al aludir a "créditos" e "ingresos", se rompe el paralelismo que se venía utilizando.

de algunos parlamentarios, sino también de procurar que el acuerdo entre el Gobierno y las Cortes plasmado en Ley del Presupuesto, que siempre representa el logro de un cierto equilibrio entre los gastos y los ingresos, no sea alterado a lo largo del ejercicio presupuestario, o al menos, que no sea alterado contra la voluntad del Gobierno, mientras éste sea el responsable de la política económica del país[24]. De aquí que la limitación a la iniciativa legislativa de las Cortes en esta materia sólo se refiere, como es lógico, a las proposiciones de ley tendientes a aumentar los gastos o disminuir los ingresos, y que al efecto se requiera la conformidad del Gobierno para su tramitación[25]. Naturalmente, al objeto de no paralizar indefinidamente la acción de las Cámaras, habrá de determinar en un futuro inmediato el tiempo y modo de manifestar el Gobierno su conformidad u oposición a las correspondientes proposiciones de ley en materia financiera[26].

La mayor parte de las consideraciones avanzadas son extensibles a la limitación del derecho de enmienda. No obstante, hay al menos dos cuestiones que afectan específicamente al tema que nos ocupa. La primera se refiere a la posible colisión entre este precepto y el apartado primero del propio art. 134, que concede a las Cortes el derecho de enmienda del Proyecto de Ley del Presupuesto. La segunda, íntimamente ligada a la anterior, versa sobre el ámbito de aplicación de esta limitación, o, más concretamente, sobre si ésta extiende su eficacia a todo proyecto de ley, incluido el Proyecto de Ley del Presupuesto, o si la limitación no va dirigida a este último. Examinemos brevemente cada una de las dudas interpretativas suscitadas.

En cuanto a la primera cuestión pensamos que, en principio, no existe contradicción entre la atribución genérica a las Cortes de una facultad de enmienda del Proyecto de Ley del Presupuesto (arts. 134.1) y la limitación específica de esta facultad, cuando el ejercicio de ésta se dirige a introducir un aumento del gasto o disminución de los ingresos (art. 134.6). Naturalmente, toda posible contradicción se desvanecería si resultase que el art. 134.1 contempla el derecho de enmienda referido al Proyecto de Ley del Presupuesto, en tanto que el art. 134.6 se dirige al ejercicio del mismo derecho respecto del resto de los proyectos de ley. Pero al hilo de esta interpretación, que en modo alguno puede

[24] Sobre este punto, ver las atinadas consideraciones de Pérez Serrano y Royo Villanova, al comentar el art. 108 de la Constitución de 1931.

[25] En nuestra opinión, sigue siendo precisa esa conformidad del Gobierno en el caso de que la propia proposición tendiente a incrementar el gasto incluyera los recursos necesarios para hacer frente a éste, pues en nuestro país el fundamento de esta limitación, a la iniciativa legislativa de las Cortes, no se encuentra en el mantenimiento del principio del equilibrio presupuestario.

[26] Entendemos que la limitación debe circunscribirse a las proposiciones de ley directamente dirigidas a aumentar los gastos o disminuir los ingresos, esto es, a las leyes de naturaleza financiera. En otro caso, el precepto que estamos comentando desbordaría su campo de actuación propio (la materia presupuestaria), para entrar en colisión con la distribución de poderes y competencias realizada por otros preceptos de la Constitución. Cfr., entre otros, los arts. 66 y 87 de la Constitución.

considerarse pacíficamente admitida, nos adentramos en el análisis de la segunda de las cuestiones que nos hemos propuesto examinar.

La interpretación avanzada cuenta a su favor: 1) con la lógica del sistema expuesto; y 2) con el apoyo que puedan brindarle los dos únicos términos innovados ("créditos" y "presupuestarios") con relación al texto del Anteproyecto. En contra de la referida interpretación puede aducirse: 1) el retorno al sistema del doble párrafo, procedente del Reglamento de las Cortes de 1957, que dificulta saber si está contemplada la Ley del Presupuesto una vez aprobada o en trámite de aprobación; y 2) la genérica forma de iniciarse la redacción de este apartado ("Toda proposición o enmienda...").

De la evolución legislativa más reciente sobre la materia no puede deducirse una línea interpretativa segura, porque se dedicaban sendos preceptos a limitar el derecho de enmienda de las Cortes tanto en fase de aprobación, como una vez aprobada la Ley del Presupuesto. No obstante, interpretando *a contrario sensu* esta observación, a la vista del mayor peso específico que atribuimos al primer grupo de argumentos mencionados y, sobre todo, considerando la propia lógica, génesis y sistemática del apartado que estamos comentando, nos inclinamos a sostener que el párr. 1º del art. 134, que está contemplando la Ley del Presupuesto antes de su aprobación, no contiene ninguna limitación al derecho de enmienda de las Cortes; en tanto que el párrafo que nos ocupa, donde se habla de créditos (consignados) o ingresos presupuestarios, se refiere a la Ley del Presupuesto una vez aprobada, estableciéndose al efecto la limitación que nos es conocida respecto del ejercicio del derecho de enmienda que suponga aumento de los créditos autorizados o disminución de los derechos a liquidar.

Art. 134.7: "La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea".

Cualquiera de las dos frases de que consta este desafortunado precepto podría por sí sola originar un extenso trabajo de investigación, porque en su seno se esconde un siglo largo de disputas doctrinales[27]. En nuestra opinión, todo debía haber quedado zanjado cuando Haenel advirtió que la diferencia entre un acto administrativo y una ley reside en el hecho de que la ley puede modificar el derecho vigente, en tanto que el acto administrativo no puede hacerlo, por eso —continuaba Haenel— todo acto revestido de la forma de ley contiene siempre preceptos jurídicos, ya que la forma de ley lleva en sí misma el contenido jurídico, resultando de todo punto lógico que "la Ley de Presupuesto pueda y deba tener la fuerza jurídica suficiente para modificar el derecho vigente". Sin embargo, ha sido necesario el transcurso de un largo siglo para que el Tribunal Constitucional alemán, en sentencia agudamente comentada por A. Gallego Anabitarte[28], volviera sus ojos a esa doctrina determinando "que de la elección

[27] Ver nuestro estudio "Las cláusulas tributarias de las leyes de presupuestos", cit., la misma tesis, arropada con un mayor acopio doctrinal, puede encontrarse en nuestra obra *Introducción al derecho presupuestario*, etcétera.

[28] GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Plan y presupuesto...", cit., ps. 148 y ss.

de la forma de ley se produce la licitud de los controles jurídico-constitucionales que están previstos frente a las leyes".

Así las cosas, nuestro texto constitucional establece que "la Ley de Presupuestos no puede crear tributos". Esta afirmación, puesta en conexión con lo dispuesto por el art. 133.1 del propio texto constitucional, que reserva a la ley la facultad de crear tributos, podría llevar a la conclusión de que en materia de ingresos la Ley del Presupuesto no es una ley, sino un mero cálculo, volviendo así a la conocida expresión de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 (art. 33), pero esta interpretación entraría en contradicción con lo dispuesto por el párrafo segundo de este mismo precepto que, lejos de considerar a la Ley de Presupuesto un mero cálculo, le atribuye la facultad de modificar el derecho tributario vigente "cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea". En resumen, la Ley del Presupuesto no es una verdadera ley en materia de ingresos, ya que a través de ella no se pueden crear tributos; sin embargo, es algo más que un mero cálculo, ya que mediante ella puede modificarse el derecho tributario vigente, necesitando en este caso el concurso de una "Ley Tributaria Sustantiva". De suerte que, aunque no se diga expresamente, todo parece indicar que se quiere encasillar a la Ley de Presupuesto, cuando se refiere a los ingresos, en la archiesperada categoría de las leyes formales.

Después de cuanto se ha escrito en los últimos años sobre este tema malgastar una sola línea más en rebatir lo artificioso de semejante distinción parece fuera de lugar. Es posible, sin embargo, que sí merezca la pena intentar explicar cómo se ha llegado en nuestros días a brindar un espectáculo tan lamentable, desde el punto de vista técnico jurídico, como el que ofrecen, junto a los preceptos de la Constitución más arriba citados, el art. 20 de la Ley General Tributaria y el art. 3° del Reglamento General de Recaudación[29].

No es mi deseo repetir nuevamente en este lugar consideraciones avanzadas hace casi diez años —y creo que conservan plenamente su validez— sobre el pretendido desdoble de los principios de legalidad tributaria y presupuestaria, que en su día propusiera O. Mayer[30] y que ha tenido gran predicamento entre nosotros. Pretendo simplemente tratar de explicar, y en su caso armonizar, la caótica situación creada por el conjunto normativo más arriba mencionado.

[29] Ley General Tributaria, art. 2°: "Las normas tributarias entrarán en vigor con arreglo a lo dispuesto en el art. 1° del CCiv., y serán aplicadas durante el plazo, determinado o indefinido, previsto en la respectiva ley, sin que precisen ser revalidadas por la Ley Presupuestaria o por cualquier otra".

Reglamento General de Recaudación, art. 3°: "1. La finalidad de la gestión recaudatoria es la cobranza: a) De los impuestos, contribuciones especiales, tasas y exacciones parafiscales como ingresos en los Presupuestos Generales del Estado".

La Ley General Presupuestaria, con buen criterio, no alude expresamente en el texto de su articulado al carácter que debe atribuirse a los preceptos de la Ley del Presupuesto en materia de ingresos. Pero, de una parte, ha dejado claramente expuesto su pensamiento sobre este punto en la Exposición de Motivos: de otra, siempre que se refiere al documento elaborado por el Gobierno habla del Proyecto de Ley de Presupuesto.

[30] Ver *Derecho administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1950, ps. 191 y ss.

Obsérvese que en los referidos preceptos se habla de "establecer tributos" (art. 133.1, Constitución), de "crear y modificar tributos" (art. 134.7, Constitución), de "revalidar normas tributarias" (art. 20, Ley General Tributaria) y de "la cobranza de tributos" (art. 3º, Reglamento General de Recaudación). De suerte que, salvo los preceptos constitucionales, que son los que incurren en contradicción interna o, si se prefiere, en una vía interpretativa sin salida, el resto de los preceptos señalados tenían acotado su respectivo ámbito de actuación.

De conformidad con el art. 20 de la Ley General Tributaria, resulta que las normas tributarias tienen carácter permanente y, consiguientemente, no necesitan ser anualmente revalidadas por la Ley del Presupuesto. Lo cual nada dice en contra del carácter formal y material de la Ley del Presupuesto en materia de ingresos.

Según el art. 3º del Reglamento General de Recaudación, la gestión recaudatoria sólo puede dirigirse a la cobranza de los tributos que figuren en la Ley del Presupuesto, que lógicamente serán los que se encuentren en vigor en ese momento, pues, de tratarse de una omisión involuntaria, se solucionará por los cauces jurídicos ordinarios, y si la omisión es deliberada, antes de entrar en vigor la Constitución, se habría procedido a la expresa inclusión de la correspondiente modificación en el texto del articulado.

Así, pues, desde un punto de vista técnico jurídico la situación anterior a la vigente Constitución era en este aspecto muy clara, pudiéndose resumir en los siguientes puntos: 1) El documento elaborado por el Gobierno era, antes de su aprobación, el Proyecto de Ley del Presupuesto y, una vez aprobado, la Ley del Presupuesto para el correspondiente ejercicio económico, con el valor y efectos propios de la ley, que con carácter unitario atribuyen a este tipo de actos los arts. 1º y 2º, CCiv. 2) La legislación tributaria preexistente a la Ley del Presupuesto tenía carácter permanente, no necesitando ser anualmente revalidada por la Ley del Presupuesto ni por ninguna otra ley. 3) Con independencia del carácter permanente de la legislación tributaria y únicamente a efectos de la cobranza de los correspondientes ingresos, la gestión recaudatoria sólo podía dirigirse a los ingresos que figurasen como tales en la Ley del Presupuesto.

Una vez publicada la nueva Constitución, está claro que a través de la Ley del Presupuesto, pese a su carácter de ley y del mandato del art. 133.1 de la Constitución, no se podrán crear nuevos tributos. Esto podrá parecer una incongruencia, pero está claro. Mayor incongruencia y mucha menos claridad aporta el párrafo segundo del precepto que estamos comentando, porque parece establecer en este punto dos tipos de leyes: *unas*, llamadas *sustantivas*, preverán la posibilidad de que se modifique el ordenamiento tributario; *otras*, que debemos considerar *adjetivas*, y entre las que parece encontrarse la Ley del Presupuesto, podrán modificar el ordenamiento tributario (pero no crear tributos) cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea. Naturalmente, para paliar en parte semejante desatino jurídico habría sido preciso que a nivel constitucional se hubieran fijado el órgano y los criterios que a partir de ahora van a utilizarse para dis-

tinguir, entre las leyes tributarias aprobadas por las Cortes, cuáles son sustantivas y cuáles otras adjetivas, porque mucho nos tememos que a partir de ahora todo intérprete inteligente trate de argumentar que la ley tributaria que no le conviene es adjetiva y que la que le conviene, con independencia de que sea anterior o posterior, es sustantiva, debiendo, en consecuencia, prevalecer sobre aquélla. El caos jurídico que semejante situación llegue a resultar puede degenerar en parodia.

Si lo que realmente se quería es hacer desaparecer del articulado de las leyes de presupuestos las disposiciones de naturaleza tributaria, o lo que es lo mismo, reducir la Ley del Presupuesto en materia de ingresos a los correspondientes estados contables, hubiera sido preferible utilizar una fórmula semejante a la introducida por el art. 20 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1850, que después reprodujo la ley de 1870: "Cada Ministerio formará el presupuesto anual de todos los gastos de su servicio y lo pasará al de Hacienda, por el cual se redactará y presentará a las Cortes el Presupuesto General del Estado, presentando al mismo tiempo el de ingresos o la propuesta de medios con que cubrir todas las obligaciones. Esta propuesta acompañará siempre a todo proyecto de ley que lleve consigo autorización de gastos". Con una disposición de este estilo se podrá estar o no de acuerdo, pero nunca se podrá decir que es incongruente.

II. EPÍLOGO

Causa asombro advertir lo mal que recuerda el legislador financiero lo que él mismo ha hecho con anterioridad.

SECCIÓN II

DIVISIÓN DE PODERES Y LEY DE PRESUPUESTO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

LAS POTESTADES PRESUPUESTARIAS DEL PODER JUDICIAL*

Por GERALD E. FRUG**

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial es la rama del gobierno "menos peligrosa para los derechos políticos de la Constitución", argüía Alexander Hamilton en *El federalista* 78, "pues es el menos capaz de vulnerarlos o injuriarlos... El Poder Judicial... no tiene influencia sobre la espada ni el presupuesto; ni dirección sobre la fuerza o la riqueza de la sociedad; y no puede tomar resolución activa alguna[1]". Este concepto clásico de los tribunales federales en la sociedad estadounidense ya no describe con precisión el poder que estas últimas ejercen. Los juzgados federales de primera instancia están asumiendo una creciente influencia sobre el gasto público, "el presupuesto" en palabras de Hamilton; y consecuentemente resuelven ahora, al menos en parte, sobre la riqueza de nuestra sociedad, y ejercen afirmativamente su poder a través de órdenes vinculantes.

Los ejemplos más dramáticos de este ejercicio de Poder Judicial han ocurrido en los terrenos correccionales y de atención a enfermos y discapacitados mentales, áreas en las cuales una porción sustancial de los presupuestos actuales son comisionados no por disposición legislativa, sino por orden de los juzgados federales de primera instancia[2]. Dado que las condiciones existentes violan los estándares constitucionales, las tribunales federales han ordenado a las prisiones a nivel nacional mejorar su infraestructura e instalaciones, y el nivel de sus servicios[3]. Han dispuesto amplias mejoras en el terreno de la asistencia provista a enfermos y discapacitados mentales que, en un caso, el monto considerado ne-

* Título original: "The Judicial Power of the Purse", en University of Pennsylvania Law Review, vol. 126, nro. 4, 1978, ps. 715/794. Traducción al español por María Alegre, Lic. en Estudios Internacionales, Universidad Torcuato Di Tella.

** Profesor asociado de Derecho, Universidad de Pensilvania; A.B 1960, Universidad de California en Berkeley; LL.B. 1963, Universidad de Harvard. Frug es un ex administrador de servicios de salud de la ciudad de Nueva York.

[1] *El federalista*, nro. 78, (A. Hamilton), p. 490 (B. Wright, 1961).

[2] Ver notas 83/85; ver también *Implementation problems in Institutional Reform Litigation*, vol. 91, nro. 2, *Harvard Law Review*, 428/463, 1977.

[3] Ver casos citados en notas 16/17.

cesario para cumplir con la sentencia del tribunal representaba el 60% del presupuesto estadual, excluyendo el financiamiento educativo[4]. El reconocimiento público del efecto significativo de estas sentencias judiciales sobre la asignación de los fondos del gobierno va en aumento, y la prensa los señala como ejemplos de la transferencia de poder a favor de la justicia federal, a expensas de la toma de decisiones local[5].

La existencia de sentencias de juzgados federales de primera instancia que procuran remediar violaciones a la Constitución controlando, en parte, el poder presupuestario, no significa, desde luego, que este ejercicio de poder sea legítimo. La Corte Suprema no ha revisado aún ninguna de las órdenes que aumentan considerablemente el gasto público en prisiones e instituciones mentales. Y lo que es más importante, el creciente activismo de los juzgados federales de primera instancia en pos de remediar ciertas condiciones institucionales ha ido en paralelo con el paulatino énfasis de la Corte Suprema en "el apropiado —y apropiadamente limitado— rol de los tribunales en una sociedad democrática[6]". La Corte Suprema ha dejado en claro que el federalismo limita la interferencia federal en la actividad de los Estados[7], y ha solicitado al Poder Judicial dejar las principales cuestiones de política al proceso democrático de toma de decisiones[8]. La Corte, sin embargo, no ha aplicado aún estas doctrinas para revocar la sentencia de un juzgado federal de primera instancia que ordena una acción para remediar una violación a la Constitución. En cambio, el foco de la aplicación de estas doctrinas por la Corte Suprema a la fecha ha sido la restricción del tipo de casos sobre los que se permite a los tribunales federales decidir. Pero, una razón principal para la negativa de la Corte al decidir sobre cierto tipo de casos es su temor al impacto que los recursos judiciales federales podrían tener en el proceso democrático[9]. La Corte ha evitado fallar sobre casos que habrían requerido la intervención judicial federal, y la supervisión sobre la toma de decisiones locales vinculadas a prisiones e instituciones mentales. Lo que es más, un aspecto de la toma de decisiones locales, tratado con especial deferencia por la Corte Suprema, es la función legislativa esencial de recaudar y asignar recursos públicos. La renuencia de la Corte a imponer estándares judiciales en cuestiones del presupuesto la ha llevado a confirmar las decisiones gubernamentales que se han propuesto asignar o conservar recursos, aun cuando éstas eran cuestionadas en el ámbito constitucional[10]. El impacto acu-

[4] "Wyatt v. Aderholt", 503 F.2d, 1317 (5º. Circuito 1974); ver casos citados en nota 15.

[5] Ver "Tolchin, Intervention by Courts Arouses Deepening Disputes", *New York Times*, 1977, p. 1, col. 2; "Who Governs Alabama?", 60 Minutes, vol, IX, nro. 29 (CBS Television Network, 17/4/1977).

[6] "Warth v. Seldin", 422 US 490, 498 (1975).

[7] Ver "National League of Cities v. Usery", 426 US 833 (1976); "Younger v. Harris", 401 US 37 (1971).

[8] Ver notas 134/135.

[9] Ver notas 118/123.

[10] Ver notas 308/372.

mulativo del intento de la Corte por limitar los tipos de casos sobre lo que los tribunales federales debieran fallar y su voluntad de someterse a la discreción legislativa en decisiones de gasto es inconsistente con la existencia de un amplio Poder Judicial federal con mandato sobre los gastos del gobierno como remedio a la violaciones a la Constitución.

Esto no quiere decir que la Corte Suprema no haya confirmado nunca el fallo de un juzgado de primera instancia ordenando mayor gasto público. Lo ha hecho en casos vinculados a la integración escolar[11] y acceso a la justicia[12]. Pero los fallos confirmados por la Corte Suprema han sido mucho más limitados que aquellos, aún no sometidos a revisión, que afectan a prisiones e instituciones mentales. Por tanto, la razón por la cual la Corte Suprema nunca ha establecido límites al poder federal sobre el presupuesto sea tal vez que aún no ha habido caso que lo requiera. Hasta ahora, la Corte ha sido capaz de contar simplemente con proposiciones tales como "la naturaleza de la violación determina la magnitud y alcance del recurso judicial[13]" y "la amplitud y flexibilidad son inherentes a los recursos judiciales equitativos[14]". Pero cuando la Corte revea los esfuerzos crecientes de los juzgados federales de primera instancia para remediar las violaciones a la Constitución disponiendo un gasto público adicional, deberá decidir cuáles son los límites, si los hay, al Poder Judicial sobre el presupuesto.

Este artículo explorará la naturaleza de esos límites. La parte II describirá las decisiones de los juzgados de primera instancia que han dispuesto mayor gasto gubernamental. La parte III examinará el énfasis de la Corte Suprema sobre el valor de limitar la intervención judicial en el proceso democrático de toma de decisiones. En la parte IV se describirá cómo la Corte Suprema, a la luz de su énfasis en la restricciones judiciales, ha lidiado con los fallos de primera instancia que han resuelto incrementos en el gasto público, en el estrecho ámbito de los casos en que los ha autorizado, y con el interés del gobierno por controlar y limitar sus propios gastos en otros contextos. Finalmente, en la parte V, enunciaré mis propias sugerencias sobre cómo los tribunales deberían abordar el tipo de casos discutidos en la parte II, dadas las restricciones a los tribunales federales detalladas en las partes III y IV.

II. DISPOSICIONES SOBRE EL GASTO PÚBLICO

a) El caso de las instituciones

Los tribunales federales han ordenado aumentos sustanciales en el gasto público principalmente en tres áreas de actividad gubernamental: instituciones

[11] Ej. "Milliken v. Bradley", 97 St. Ct. 2749 (1977).

[12] Ej. "Bounds v. Smith", 430 St. Ct. 817 (1977).

[13] "Swan v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education", 102, US 1, 16 (1971).

[14] Ibíd., 15.

mentales, sistemas penitenciarios y correccionales juveniles. Al presente, han ordenado al menos a once Estados refaccionar sus instalaciones para enfermos y discapacitados mentales[15], a once Estados[16] y gobiernos locales en otros siete Estados[17] modernizar sus sistemas penitenciarios, y a seis Estados mejorar las instalaciones de sus correccionales de menores[18]. Incluso algunas cárceles federales están siendo interpeladas por la justicia federal[19]. Es importante especificar desde el principio la naturaleza de los fallos que serán considerados en este artículo. En ellos se disponen cambios enormes en la operación de una institución y sus programas; cambios que involucran las condiciones físicas de sus instalaciones, su personal, la calidad de sus servicios, o una combinación de estos elementos. La naturaleza y alcance del cambio requerido en estos casos, a los que llamaré "casos institucionales", se pondrán de manifiesto en la discusión que sigue sobre varios de los principales casos institucionales. Hay un vasto número de casos más rutinarios, que, sin embargo, involucran disposiciones de los juzgados federales de primera instancia sobre cambios mucho más limitados en el mismo tipo de instituciones. Estos casos comprenden ciertos procedimientos previos a la privación de la libertad o la propiedad de los reclusos de la institución, o el cierre de cierto sector de una instalación fundado en la crueldad, el tipo de castigo, o la inconstitucionalidad del confinamiento o trato que allí se prestan[20]. Estos otros casos comparten con los casos institucionales la intervención judi-

[15] Alabama ("Wyatt v. Stickney", 1972); Georgia ("Burnham v. Department of Public Health", 1974); Louisiana ("Gary W. v. Louisiana, 1977); Massachusetts ("Gauthier v. Benson", 1976); Minnesota ("Welsch v. Likins", 1974); Mississippi ("Doe v. Hudspeth", 1977); Nebraska ("Horacek v. Exon", 1973); Nueva York ("New York State Association for Retarded Children, Inc. v. Carey", 1975); Ohio ("Davis v. Watkins", 1974); Pennsylvania ("Halderman v. Pennhurst State School & Hospital", 1977); y Tennessee ("Saville v. Treadway", 1974).

[16] Alabama ("Pugh v. Locke", 1976; "Newman v. Alabama", 1972); Arkanzas ("Finney v. Hutto", 1976); Delaware ("Anderson v. Redman", 1977); Florida ("Costello v. Wainright", 1975); Louisiana ("Williams v. Edwards", 1977); Massachusetts ("Bel v. Hall", 1977); Mississippi ("Gates v. Collier", 1972); New Hampshire ("Laaman v. Helgemoe", 1977); Nueva York ("Todaro v. Ward", 1977); Ohio ("Chapman v. Rhodes", 1977); y Oklahoma ("Battle v. Anderson", 1094).

[17] California ("Dillard v. Pitchess", 1975); Georgia ("Inmates of Henry County Jail v. Parham", 1976); Maryland ("Collins v. Schoonflied", 1972); Michigan ("O'Bryan v. County of Saginaw", 1977); Missouri ("Ahrens v. Thomas", 1977); Nebraska ("Moore v. Janing", 1976); y Texas ("Smith v. Sullivan", 1977). Adicionalmente, en al menos siete de los once Estados nombrados en la nota 16 hay gobiernos locales que han recibido órdenes judiciales federales: Arkansas ("Hamilton v. Love", 1971); Florida ("Mitchell v. Untreiner", 1976); Louisiana ("Hamilton v. Landrieu", 1972); Massachusetts ("Inmates of Sufolk County Jail v. Elsenstadt", 1973); Mississippi ("Obade v. McAdory", 1973); Nueva York ("Detaineess of Brooklyn House of Detention v. Malcolm", 1975); y Ohio ("Jones v. Wittenberg", 1972).

[18] Indiana ("Nelson v. Neyne", 1972); Kentucky ("Baker v. Hamilton", 1972); Mississippi ("Morgan v. Sproat", 1977); Nueva York ("Pena v. New York State Division for Youth", 1976); y Texas ("Morales v. Turman", 1973).

[19] Ver, por ejemplo, "Jordan v. Arnold", *408 Federal Supplement*, 869 (MA Pa, 1976); *New York Times*, 9/1/1977, p. 28, col. 1.

[20] Ver, por ejemplo, "Wolff v. McDonell", 418 US 539 (1974); "Hancock v. Avery", *301 Federal Supplement*, 786 (MD Tenn., 1969).

cial en instituciones estaduales o federales y pueden, ocasionalmente, suscitar algunos de los problemas propios de los casos institucionales. Pero difieren tan significativamente en magnitud que debieran ser considerados en una categoría diferente. El cumplimiento de una orden judicial en los casos más limitados es un acto administrativo que puede realizarse con relativa facilidad. El cumplimiento de las órdenes judiciales en los casos institucionales requiere acción legislativa para la recaudación o reasignación de fondos y, una vez que eso esté hecho, supervisión judicial detallada de los esfuerzos del Ejecutivo para implementar los cambios ordenados por el fallo del tribunal. Es el requerimiento judicial de acción legislativa y la detallada supervisión judicial de la implementación ejecutiva —consecuencias que derivan de la magnitud de los cambios involucrados— que caracterizan a los casos institucionales considerados en este artículo.

El más ampliamente discutido de los casos institucionales[21], el fallo "Wyatt v. Stickney[22]", involucró dos sentencias judiciales, una para las instituciones mentales estatales, y la otra para una institución para discapacitados mentales. Las condiciones en esas instituciones presentaban ejemplos clásicos de condiciones que "conmocionarían la conciencia de cualquier ciudadano que supiera de ellas:[23]" instalaciones inseguras, hacinamiento, personal inadecuado, necesidades básicas de los pacientes insatisfechas, e incluso brutalidad en el tratamiento de los internos[24]. Frente a tales registros, el tribunal de distrito dictaminó que los pacientes confinados involuntariamente en esas instituciones serían considerados privados de su libertad sin el debido proceso legal a menos que el Estado les proveyera una oportunidad real de curación o mejora en las condiciones de su internación, oportunidad que requeriría "1) un ambiente psicológico y físico apto para la vida de seres humanos, 2) personal calificado y en suficiente número para administrar el tratamiento adecuado, y 3) planes de tratamiento individualizados[25]". Para efectivizar los derechos constitucionales, el tribunal "conminó (a los funcionarios estaduales) a no fallar en la implementación en tiempo y forma[26]" de cada uno de los treinta y cinco requerimientos específicos para las instituciones que albergaban a enfermos mentales, y los cuarenta y nueve requerimientos para las instituciones que atendían a discapacitados mentales. La observancia de las sentencias del tribunal requería aumentos formidables

[21] Ver, por ejemplo, BARNETT, Cynthia, "Treatment Rights of mentally Ill Nursing Home Residents", *126 University of Pennsylvania Law Review*, 578, 1978; "Wyatt v. Stickney and the Right of Civilly Committed Mental Patients to Adequate Treatment", *86 Harvard Law Review*, 1973, p. 1282; "The Wyatt Case: Implementation of a Judicial Decree Ordering Institutional Change", *84 Yale Law Journal*, 1338, 1975.

[22] *344 Federal Supplement*, 373-387 (MD Ala., 1972).

[23] "Rhem v. Malcolm", *371 Federal Supplement*, 594, 636 (SDNY, 1974).

[24] Ver "Wyatt v. Aderholt", 503 F2d 1305, 1310/12 (Quinto Circuito, 1974).

[25] *344 Federal Supplement*, 375.

[26] Ibíd., 378, 394.

en el presupuesto de las instituciones en cuestión[27]. Por ejemplo, para asegurar un ambiente psicológico y físico apto para la vida de seres humanos, el tribunal ordenó que no más de seis personas fueran confinadas a una habitación, que a cada paciente se le proveyeran ropa y equipamiento propios, que se instalaran los baños y duchas necesarios y apropiados, que los espacios comunes cumplieran con las dimensiones y mobiliario indicados, y que se instalaran equipos de aire acondicionado y calefacción adecuados para mantener un rango de temperaturas específico[28]. Para asegurar el personal adecuado, el tribunal estableció un *ratio* mínimo de dos psiquiatras, doce enfermeras, noventa y dos asistentes de enfermería, siete trabajadores sociales, y quince cocineros, entre otros, por cada doscientos cincuenta pacientes hospitalizados, y no menos de un psicólogo, un asistente social, un terapeuta vocacional y una enfermera, entre otros, por cada sesenta individuos con retraso mental ligero[29]. Finalmente, para asegurar la equiparación de planes terapéuticos y habitacionales, el tribunal detalló sus contenidos, en la que incluía especificaciones sobre el tipo de personal que debería periódicamente evaluar estos planes y el número mínimo de revisiones anuales[30]. El tribunal de distrito enfatizó que "el fracaso en el acatamiento de esta sentencia no podrá ser justificado por la falta de fondos operativos[31]", pero no decidía qué medidas tomaría si los fondos no fueran habilitados[32]. No obstante, el tribunal dispuso la conformación de un Comité de Derechos Humanos, con siete integrantes para cada institución, que supervisara el acatamiento de los estándares establecidos[33]. Al confirmar la sentencia del tribunal, la Cámara de Apelaciones del Quinto Circuito notó que su cumplimiento requería de fondos públicos sustanciales, pero estableció que la carencia de recursos no era excusa para no acatarla[34]. También declinó decidir si el tribunal tenía autoridad para disponer la venta de tierras fiscales o la redistribución del gasto, de manera de proveer los recursos necesarios[35].

El fallo "Wyatt v. Stickney" sentó un modelo para otros fallos relativos a instituciones para enfermos y discapacitados mentales[36], pero no representaba los límites externos al ejercicio del Poder Judicial sobre los gastos estaduales en

[27] Ver Barnett citado en nota 22, ps. 587/88, nro. 47.

[28] *344 Federal Supplement*, 380-82, 403-05.

[29] Ibíd., 383-84, 406.

[30] Ibíd., 384, 398.

[31] Ibíd., 377.

[32] Ibíd., 378.

[33] Ibíd., 376, 386, 392, 407. Desde "Wyatt", el nombramiento por parte de la justicia federal de comités para supervisar la implementación de las sentencias ha sido percibida como una intrusión inadmisible en la toma de decisiones local. "Newman v. Alababa", 559 F2d 283, 288-90 (Quinto Circuito, 1977).

[34] 503 F2d, 1315.

[35] Ibíd., 1316-18.

[36] Ejemplo, "Davis v. Watkins", *384 Federal Supplement*, 1196 (ND Ohio, 1974).

el campo de la salud mental. En "New York State Association for the Retarded Children v. Rockefeller[37]", el fallo del tribunal incumbió a la escuela estadual para discapacitados mentales Willowbrook. A pesar de rechazar la noción Wyatt del derecho constitucional al tratamiento, el tribunal de distrito consideró que los residentes de Willowbrook tenían el derecho constitucional a ser protegidos contra daños. Al considerar el tribunal que el cierre de la institución no era una opción realista[38], la protección básica de los residentes dependía de un mayor número de profesionales y la mejora en las condiciones edilicias de la institución misma. El tribunal reconoció, no obstante, que la mera disposición de mejoras en el *ratio* personal-pacientes no aumentaría el personal disponible pues, especialmente en el caso de los terapeutas físicos, el Estado había sido incapaz de reclutar suficientes empleados con los niveles salariales entonces vigentes. El tribunal ordenó, entonces, no sólo el aumento en la cantidad de personal, sino también un aumento del 10% en el salario de los terapeutas físicos, posponiendo aumentos salariales para el resto del personal hasta la realización de un reporte sobre cumplimiento[39].

En "Welsch v. Likins[40]", el modelo "Wyatt" tuvo consecuencias aún mayores. "Welsch" trataba sobre una institución para discapacitados mentales en Minnesota que, a diferencia de las instituciones involucradas en Wyatt, el Estado aseveraba que era tan buena como o mejor que instituciones similares en esa región del país[41]. Los tribunales de distrito consideraron, no obstante, que la planta física y su personal no cumplían con condiciones constitucionales y ordenaron mejoras sustanciales. Asimismo, el tribunal de distrito sostuvo que los discapacitados mentales residentes tenían derechos constitucionalmente adquiridos no sólo a una instalación mejorada, sino también a un ambiente lo menos restrictivo posible consistente con sus necesidades[42], lo que requería, por tanto, la creación de instalaciones adicionales menos restrictivas para su asistencia y cuidado. La ejecución de una sentencia tal necesitaba una asignación sustancial de dinero, que previamente la Legislatura había fallado en proveer[43]. El tribunal de distrito ordenó, entonces, al Estado acatar el fallo como si las asignaciones correspondientes hubieran sido hechas, a pesar del fracaso de la Legislatura de realizarlas, y ordenó la conformidad con todas las previsiones constitucionales y legales del Estado de Minnesota relativas a la recaudación y asignación de fondos inconsistentes con el fallo[44]. En la apelación, el Octavo Circuito confirmó

[37] *357 Federal Supplement*, 752 (EDNY, 1973).

[38] *357 Federal Supplement*, 768.

[39] Ibid., 769.

[40] *373 Federal Supplement*, 487 (D. Minn., 1974).

[41] 550 F2d, 1128.

[42] *373 Federal Supplement*, 502.

[43] Ibid., 497-98, n.7.

[44] 550 F2d, 1129.

la sentencia del tribunal de distrito detallando las mejoras sustantivas que el Estado de Minnesota debería efectuar, pero revocó la sentencia que disponía el gasto de los fondos, como si éstos ya hubieran sido asignados, y advirtió que se podrían evitar serios cuestionamientos a la capacidad del Poder Judicial de dictar un fallo de esas características, actuando en las siguientes sesiones legislativas[45]. El Octavo Circuito dejó en claro, sin embargo, que debería cumplirse con el fallo del tribunal de distrito, a menos que el Estado decidiera cerrar la institución o dejar en libertad a un número sustantivo de residentes[46].

El efecto financiero acumulativo de los fallos de los juzgados federales de primera instancia que involucran prisiones probablemente exceda el de los casos vinculados a instituciones mentales estaduales. La revisión judicial federal de las condiciones de las prisiones en docenas de ciudades y Estados ha demostrado "(l)a triste y vergonzante historia del régimen penal en este país[47]". Los mismos problemas se suceden una y otra vez: instalaciones ruinosas, insalubres y desatendidas, hacinamiento, servicios médicos y psiquiátricos insuficientes que no proveen siquiera los cuidados mínimos, la falta de comida nutricionalmente apropiada y preparada en condiciones salubres y la ausencia casi total de condiciones que sirvan a la rehabilitación de los prisioneros, tales como la recreación, la capacitación vocacional, o las visitas de familiares y amigos[48].

La reacción judicial frente a estas condiciones ha sido relativamente uniforme, los tribunales han respondido ordenando acciones correctivas extensivas, que necesitaron de incrementos dramáticos del gasto público en los sistemas penitenciarios. Para lidiar con las condiciones físicas de las prisiones, los tribunales han dispuesto amplias mejoras estructurales[49], un número mínimo de metros cuadrados a ser asignado a cada prisionero como espacio para vivir[50], un aumento en el personal de custodia[51], la limpieza diaria de las instalaciones[52], y, allí donde esfuerzos tales no fueran suficientes para cumplir con los estándares constitucionales, el cierre de la institución y el traslado de los prisioneros a otras instalaciones[53]. Para remediar el hacinamiento, los tribunales limitaron el

[45] Ibíd., 1132-33.

[46] Ibíd.

[47] "Detainees of Brooklyn House of Detention v. Malcolm", 520 F2d 392, 397 (Segundo Circuito, 1975).

[48] Ver casos citados en notas 16-17.

[49] Ver, por ejemplo, "Gates v. Collier", 501 F2d 1291, 1303 (Quinto Circuito, 1974); "Moore v. Janing", *427 Federal Supplement*, 567, 571-575 (D. Neb 1976).

[50] Ver, por ejemplo, "Pugh v. Locke", *406 Federal Supplement*, 318, 334 (MD. Alabama, 1976).

[51] Ver, por ejemplo, ibíd., 335.

[52] Ver, por ejemplo, "Mitchell v. Untreiner", *421 Federal Supplement*, 886, 897-98 (ND Fla, 1976).

[53] Ver, por ejemplo, "Rhem v. Malcolm", 507 F2d, 333 (Segundo Circuito, 1974), 527 F2d, 1041 (Segundo Círculo, 1975).

número de presos recluidos en cada institución[54], y en cada una de sus celdas[55] o dormitorios[56]. De hecho, un tribunal ordenó a la Ciudad de Boston costear un proyecto de solicitud de fianzas que había perdido su financiamiento federal y estadual de manera de asegurar la liberación de presos en una cárcel superpoblada[57]. Para garantizar la atención médica y mental mínima a los prisioneros, los tribunales dispusieron la mejora de las instalaciones hospitalarias de manera que éstas cumplieran con los estrictos requerimientos[58] (en al menos un caso ordenando la construcción de un nuevo hospital[59]), la contratación de médicos[60], equipos psiquiátricos[61], y demás personal[62], la provisión de tratamientos médicos específicos, incluyendo exámenes periódicos[63], y la compra de nuevo equipamiento[64]. Para mejorar el servicio de comida, ordenaron la contratación de un nutricionista o experto similar, la revisión de los procesos de manipulación de los alimentos y del equipamiento para ajustarlos a los criterios utilizados en restaurantes[65], y la provisión de estándares nutricionales mínimos[66]. Para asegurar un ambiente mejorado, dispusieron cantidades específicas de espacios de recreación, material de lectura[67], visitas externas[68] (incluyendo especificacio-

[54] Ver, por ejemplo, "Battle v. Anderson", 564 F2d 388 (Décimo Circuito 1977); "Taylor v. Perini", *413 Federal Supplement*, 189, 194 (ND Ohio, 1976); "Hamilton v. Love", *328 Federal Supplement*, 1182, 1195 (ED Arkansas, 1971).

[55] Ver, por ejemplo, "Newman v. Alabama" 559 F2d 283, 285 (Quinto Circuito, 1977); "Detainees of Brooklyn House of Detention v. Malcom", 520 F2d, 398-99 (Segundo Circuito, 1975); "Chapman v. Rhodes", *434 Federal Supplement*, 1007 (SD Ohio, 1977).

[56] Ver, por ejemplo, "Ambrose v. Malcolm", *414 Federal Supplement*, 485 (SDNY, 1976).

[57] Ver "Inmates of Suffolk County Jail v. Eisenstadt", 518 F2d, 1241 (Primer Circuito, 1975).

[58] Ver, por ejemplo, "Newman v. Alabama", 503 F2d 1320, 1330-33 (Quinto Circuito, 1974); "Miller v. Carson", *401 Federal Supplement*, 835, 876-879 (MD Florida, 1975) afirmado en parte, modificado en parte, 563 F2d, 741 (Quinto Circuito, 1977).

[59] Ver "Hamilton v. Labdrieu", *351 Federal Supplement*, 549, 550 (ED Louisiana, 1972).

[60] Ver, por ejemplo, "Mitchell v. Untreiner", *421 Federal Supplement*, 886-899 (ND Florida, 1976).

[61] Ver, por ejemplo, "Pugh v. Locke", *406 Federal Supplement*, 318, 333 (ND Alabama, 1976).

[62] Ver, por ejemplo, "Gates v. Collier", *349 Federal Supplement*, 881, 901 (ND Mississippi, 1972).

[63] Ver, por ejemplo, "Newman v. Alabama", *349 Federal Supplement*, 278, 287 (MD Alabama, 1972).

[64] Ver, por ejemplo, "Finney v. Arkansas Board of Correction", 505 F2d 194, 204 (8º Circuito, 1974).

[65] Ver, por ejemplo, "Mitchell v. Untreiner", *421 Federal Supplement*, 886, 900 (ND Florida, 1976).

[66] Ver, por ejemplo, "Jones v. Wittenberg", *330 Federal Supplement*, 707, 716 (ND Ohio, 1971).

[67] Ver, por ejemplo, "Miller v. Carson", 563 F2d 741, 748-9 (5º Circuito 1977).

[68] Ver, por ejemplo, "Rhem v. Malcolm", *371 Federal Supplement*, 594, 625-28 (SDNY, 1974).

nes sobre las condiciones físicas del área de visitas[69]), y la asignación de tareas, oportunidades educativas, y capacitación vocacional[70].

No todos los tribunales, desde luego, dispusieron cada uno de los elementos arriba enunciados; no todos los tribunales desafiaron cada una de las condiciones descriptas. No obstante, los juzgados de primera instancia están casi en unánime acuerdo sobre la necesidad de amplios y drásticos cambios en el sistema penitenciario de este país, cambios que tendrán un gran impacto sobre los presupuestos en cada nivel de gobierno. Los tribunales han rechazado sistemáticamente una defensa basada en el costo de acatar sus órdenes, replicando que la falta de recursos no es una excusa válida para el incumplimiento[71]. Muchos citan el lenguaje del tribunal de distrito interviniente en "Holt v. Sarver[72]":

"Que no haya lugar a dudas; la obligación de los demandados de eliminar las inconstitucionalidades existentes no depende de lo que la Legislatura pueda hacer, o de lo que el gobierno pueda hacer, o, incluso, de lo que los demandados puedan ser capaces de lograr. Si Arkansas va a operar un sistema penitenciario, va a tener que ser un sistema aceptado por la Constitución de los Estados Unidos[73]".

Este razonamiento refleja tanto la insistencia judicial en el cumplimiento inmediato a pesar del costo como la confianza en la idea (no generalmente avanzada en los casos de salud mental, más común en el caso de las prisiones) de que los tribunales no están ordenando el desembolso de dinero sino meramente diciendo que el Estado debe ejecutar fondos, a menos que ejercite su opción de cerrar sus prisiones[74].

[69] Ver, por ejemplo, "Phug v. Locke", *406 Federal Supplement*, 318, 334 (MD Alabama, 1976).

[70] Ver, por ejemplo, "Nadeau v. Helgemoe", *423 Federal Supplement*, 1250, 1269-71 (DNH, 1976).

[71] "La carencia de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelamiento". "Finney v. Arkanzas Board of Correction", 505 F2d 194, 201 (8º Circuito, 1974). Al mismo efecto: "Wyatt v. Aderholt", 1974 ("El Estado no puede fallar en la provisión del tratamiento que el tribunal consideró constitucionalmente requerido, sólo por razones presupuestarias"); "Gates v. Collier", 1974 ("La escasez de fondos no es una justificación para continuar negando a los ciudadanos sus derechos constitucionales"); "Jackson v. Bishop", 1968 ("Las consideraciones humanas y los requisitos constitucionales no deben ser medidos o limitados por consideraciones monetarias"); "Hamilton v. Love", 1971 ("Los recursos inadecuados jamás pueden ser una justificación adecuada para la no provisión por el Estado de los derechos constitucionales de cualquier persona."); "Holt v. Sarver", 1970 ("La obligación de los demandados —oficiales penitenciarios— de eliminar las inconstitucionalidades existentes no depende de lo que la Legislatura vaya a hacer"). El 5º Circuito expresó claramente su parecer en "Gates v. Collier", *501 Federal Supplement*, p. 319: "Donde las instituciones estaduales han estado operando bajo condiciones y prácticas inconstitucionales, las defensas fundadas en la escasez de fondos y la inhabilidad de los juzgados de primera instancia de ordenar a la Legislatura local en la apropiación de fondos, han sido rechazadas por los tribunales federales".

[72] *309 Federal Supplement*, 362 (ED Arkansas, 1970). Ver, por ejemplo, "Mitchell v. Untreiner", *421 Federal Supplement*, 886, 896 (ND Florida, 1976).

[73] *309 Federal Supplement*, 385.

[74] Comparar "New York association for Retarded Children, Inc. v. Rockefeller", *357 Federal Supplement*, 752, 768 (EDNY, 1973) con "Gates v. Collier", 501 F2d 1291, 1230 (Quinto Circuito).

Los casos en los que se cuestiona a correccionales juveniles tienden a involucrar soluciones que combinan elementos de los casos de institutos mentales y de prisiones. En "Morales v. Turman[75]", los tribunales locales emitieron una orden y afectaron a las instalaciones de los correccionales juveniles de Texas sin parangón por su alcance y magnitud[76]. Para mencionar sólo algunos de los elementos presentes en el fallo, el tribunal, al igual que en los casos de instituciones mentales, ordenó el cierre de dos instalaciones estaduales y el establecimiento de terapias alternativas de base comunitaria[77], la instauración en el resto de las dependencias de una proporción personal-paciente prácticamente de uno a uno[78], la implementación de planes detallados de dotación de personal[79], y la creación de planes de tratamiento individualizados para cada joven[80]. Al igual que en el caso de las cárceles, el tribunal dispuso "estándares mínimos en las áreas de tratamiento médico, asistencia social, requisitos nutricionales, programas educativos y vocacionales, padres, y oficiales a cargo[81]". Otros tribunales han ordenado también amplias, aunque menos comprensivas, acciones para la implementación del derecho al tratamiento en los correccionales juveniles[82].

Las estimaciones sobre el costo de acatar las órdenes de los tribunales federales en los casos institucionales son pocas, pero algunos de los pocos indicios disponibles sugieren que la suma será considerable. Louisiana, por ejemplo, destinó más de 106 millones de dólares a realizar mejoras sustanciales tras el fallo del tribunal sobre la penitenciaría estadual de Angola, en comparación al millón de dólares anuales anteriormente asignados a todas las instalaciones penitenciarias estaduales. El Estado también adicionó 18 millones de dólares de fondos operativos suplementarios al presupuesto de esa cárcel, un monto casi igual al entonces asignado a todo el sistema carcelario estadual[83]. Estos gastos adicionales no pretendieron cubrir todos los costos adicionales involucrados en el acatamiento del fallo relativo a la instalación de Angola, y menos aún los costos de cumplir con otros fallos del tribunal federal relativos a otras cárceles de Louisiana[84]. El acatamiento de un fallo sobre una prisión en Alabama se ha estimado en más de 28 millones de dólares, comparado con el presupuesto total de 22 millones para los correccionales estaduales, y esta estimación no incluye los costos requeridos

[75] Ver *Federal Supplement 166* (ED Texas, 1973), *338 Federal Supplement*, 53 (ED Texas, 1974).

[76] Ver 535 F2d, 868/869. En un procedimiento posterior, el Quinto Circuito consideró la sentencia original del tribunal de distrito como "excesivamente detallada".

[77] *383 Federal Supplement*, 125.

[78] Ibíd., 126.

[79] Ibíd., 102, 105.

[80] 535 F2d 869.

[81] Ibíd.

[82] Ver casos citados en la nota 18.

[83] Ver "Williams v. Edwards", 547 F2d, 1218 (Quinto Circuito, 1977).

[84] Ver "Williams v. Edwards", 547 F2d, 1219 (Quinto Circuito, 1977).

para mejorar la asistencia médica en el sistema carcelario de Alabama ordenado por otro fallo[85]. Si estas cifras son representativas de la magnitud del incremento en los gastos estaduales necesarios para cumplir con las órdenes en los casos institucionales, no puede ser determinado con precisión a causa de la falta de datos; sin embargo, incluso un examen somero de los drásticos cambios involucrados, tanto en términos de infraestructura como de costos operativos anuales, sugiere que se requerirá una reasignación de recursos sustancial hacia las instituciones mentales, las prisiones, y los correccionales de menores.

No es probable que el impacto de los casos institucionales en los presupuestos estaduales sea eliminado por una decisión de la Corte Suprema que considere que los casos no configuran cuestiones de derecho constitucional sustantivo. Sea lo que sea que la Corte Suprema eventualmente decida sobre la existencia de un derecho constitucional al tratamiento de enfermos mentales, a la asistencia de discapacitados mentales, o a la rehabilitación de prisioneros[86], la Corte posiblemente considere que el confinamiento involuntario en condiciones tan degradantes y deplorables que no cumplen con ciertos estándares mínimos de decencia, constituye una privación ilegítima de la libertad. Dados los registros en una serie de casos institucionales, el mencionado nivel de degradación existe, sea cual fuere, en un número de instituciones. Asumo por tanto a los efectos de este artículo que al menos algunas de las condiciones condenadas por los juzgados federales de primera instancia serán declaradas constitucionalmente deficientes también por la Corte Suprema cuando se expida sobre su primer caso institucional.

También es improbable que el impacto de los casos institucionales en los tesoros estaduales sea eliminado por la opción sugerida por algunos tribunales de evitar la utilización de fondos cerrando las instituciones involucradas. Estas instituciones no pueden ser cerradas. A pesar de que ciertas instalaciones pueden ser clausuradas y sus internos transferidos a otras, como ha ocurrido en algunos Estados[87], ningún funcionario de gobierno responsable podría cerrar todas las prisiones y liberar a los reos. Tampoco podría el gobierno dar de alta a todos los pacientes mentales, incluso a aquellos peligrosos para sí mismos y para otros. Además, sería trágico si el resultado de los casos institucionales fuera cerrar las instalaciones estaduales y dejar en libertad a individuos como

[85] American Civil Liberties Union Foundation National Prison Project; The Alabama Prison System: an analysis and estimate of the cost and economic considerations resulting from the orders in the United States district court en "Pugh v. Locke" y "James v. Wallace", *406 Federal Supplement*, 318 (MD Alabama, 1976), ps. 6, 23 (1977); Law Enforcement Assistance Administration and Bureau of the Census, Expenditures and Employment Data for the Criminal Justice System, 1975, p. 271 (1977).

[86] La existencia de tales derechos es motivo de extensas discusiones académicas.

[87] Ver "Rhem v. Malcolm", 507 F2d (2° Circuito, 1974), 527 F2d 1041 (2° Circuito, 1975). Ver también *New York Times*, 5/12/1976, p. 43, col. 1. Adicionalmente, los jueces federales prohibieron nuevas admisiones a las cárceles de Alabama por quince meses, con el resultado de que las prisiones locales y de condado retuvieron a quienes de otra manera habrían sido enviados a las instalaciones estaduales.

los discapacitados mentales, que no tienen lugar a donde ir ni acceso a otros servicios[88]. Por tanto, en términos prácticos, los Estados no tienen más opción que continuar operando prisiones e instalaciones mentales de algún tipo para los enfermos y discapacitados mentales. Algunos tribunales reconocieron esta realidad[89] y simplemente enmarcaron sus fallos como disposiciones generales para mejorar las condiciones institucionales. A pesar de que otras (irónicamente, mayormente en los casos de cárceles) pretenden darle al Estado la posibilidad de cerrar la institución en vez de cumplir con la orden[90], de seguro hasta estos tribunales consideran la opción ilusoria. En consecuencia, el fallo de un tribunal que detalla lo que el gobierno debe hacer para seguir operando sus prisiones o instituciones mentales es el equivalente funcional a una orden judicial obligatoria de cumplir[91].

Finalmente, es improbable que el impacto en el presupuesto público estadual sea absorbido fácilmente utilizando fondos asignados a cuestiones de menor prioridad en el presupuesto. Es evidente que cabe la posibilidad de que se disponga de dinero adicional, dada la reasignación de recursos llevada a cabo en ciertos Estados con el propósito de acatar las órdenes de los tribunales[92]. Pero el dinero del que puede disponerse por este medio es limitado. En virtualmente todos los casos el gobierno se ha quejado de la falta de recursos a la luz de la magnitud de las disposiciones de los fallos[93]. Por tanto, a pesar de que los tribunales insisten en el estricto acatamiento de sus fallos, sólo ha habido cumplimiento parcial[94]. El agotamiento financiero de los Estados es agravado por el hecho de que las sentencias de los tribunales, que prevén estándares mínimos de dotación de personal y de operatividad de las instalaciones, necesitan proveer una determinada suma de dinero a las instituciones en cada año presupuestario. Dada la posición financiera de la mayoría de los gobiernos estaduales y locales[95], probablemente

[88] Ver *New York Times*, 14/8/1977, p. 1, col. 5; ver también Barnett, citado en nota 22.

[89] Ver nota 74.

[90] Ver *New York Times*, 19/9/1976, p. 12, col. 4.

[91] La naturaleza obligatoria de una orden judicial no es nada nuevo. Ver DOBBS, D., *Handbook on the Law of remedies* (1973). El problema surge pues es al Ejecutivo y a la Legislatura a quienes se les ordena actuar.

[92] Un número de casos refleja la existencia de un acatamiento parcial por parte de los Estados. Por ejemplo, "William v. Edwards" (1977); "Miller v. Carson" (1975). El Instituto Nacional de Imposición de la Ley y Justicia Criminal, al relevar la implementación en un número de casos, concluyó que mientras los Estados no han cumplido con algunos aspectos de las órdenes, los peores abusos han sido eliminados. HARRIS, M. Kay - SPILLER, Dudley P. - NATIONAL INSTITUTE OF LAW ENFORCEMENT AND CRIMINAL JUSTICE, LAW ENFORCEMENT ASSISTANT ADMINISTRATION, US DEPARTMENT OF JUSTICES, "After decision: implementation of judicial decrees in correctional settings", Washington, US Govt., Print off., 1977, ps. 27/29.

[93] Ver ejemplos citados en la nota 71.

[94] Ver nota 92.

[95] En años recientes un número de Estados se vieron forzados a recortar gastos debido a dificultades financieras. Nueva York provee un buen ejemplo, Congressional Budget Office, New York City's fiscal problem, 94º Congreso, 1ª sesión (1975), pero no el único. "Bradly v. Milliken" (1975). La situación fiscal varía en cada Estado y en cada ciudad y, en algunas áreas, dependiendo

se arribará a un punto subóptimo de conformidad —luego de que las más escandalosas condiciones hayan sido eliminadas, pero con un monto sustancial de dinero por desembolsar si se pretende el acatamiento absoluto— tras el cual los fondos necesarios para cumplir serán extremadamente difíciles, sino imposibles, de encontrar. Es entonces donde muy probablemente se dé la confrontación entre la justicia federal y los Estados sobre el control de los presupuestos estaduales.

b) Otras habilitaciones judiciales de gastos

El impacto judicial en los gastos de gobierno aún no se ha confinado a los casos institucionales. A pesar de que aún no ha sido ampliamente usada para su propósito, la cláusula de igualdad ante la ley se ha interpretado por los juzgados federales de primera instancia como la orden a favor de mayores gastos públicos. Por ejemplo, en "Frederick, L. v. Thomas[96]", un tribunal de distrito sostuvo que los querellantes sentaron precedente bajo la cláusula de igualdad ante la ley al apelar el rechazo del distrito escolar de Philadelphia de educación libre y pública y especialmente adaptada a los niños con dificultades de aprendizaje específicas. Los demandantes arguyeron que los niños con deficiencias de aprendizaje eran efectivamente excluidos de la educación pública dada la incapacidad del distrito escolar de proveerles algo más que el mero acceso a la currícula normal. Si, tal como el tribunal sugirió, el distrito escolar tiene el mandato constitucional de brindar educación a todos los niños en tanto provee educación gratuita a los niños normales —y por tanto debe brindar educación especial a los niños incapaces de funcionar en la currícula normal—, el resultado es o bien la reasignación de fondos existentes, disminuir algunos servicios para llegar a un mayor número de individuos o, más factiblemente, un aumento en el presupuesto escolar para financiar los programas adicionales[97].

La probabilidad de que la cláusula de igualdad ante la ley se vuelva el vehículo para disponer mayor gasto público fue cercenada, sin embargo, por la Corte Suprema en "Maher v. Roe[98]". La Corte en "Maher" rechazó un intento

---

de la fortaleza de la económica de la Nación, la situación fiscal podría permitir la expansión de servicios. OWEN, Henry - SCHULTZE, Charles, "Setting national priorities: the next ten years", The Brookings Institution, Washington, ps. 387/90, 405/09, 1976. El punto en el cual será difícil asignar recursos para pagar los costos crecientes dependerá, por tanto, de las circunstancias locales, pero que ese punto existe en cada jurisdicción, en alguna medida, parece estar fuera de discusión.

[96] *408 Federal Supplement*, 832 (ED Pennsylvania, 1976).

[97] El caso se resolvió en términos legales, "Frederick, L. v. Thomas" (1976). El Distrito Escolar de Philadelphia ha tratado a los requerimientos de nuevos programas de educación especial como un incremento obligatorio en el presupuesto, llegando a 7.1 millones de dólares para el período 1975-1976. School District of Philadelphia, Summary of the proposed operating budget for the fiscal year beginning july 1, 1975 (1975). Ver también "Lebank v. Spears" (1973); "Mills v. Board of Education" (1972); "Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania" (1972).

[98] *97 Supreme Court*, 2376 (1977).

de invalidar, con fundamentos de igualdad ante la ley y debido proceso, la negativa de un Estado de financiar abortos terapéuticos en su programa Medicaid, un caso análogo rechazó una apelación similar a la negativa de una ciudad de proveer servicios de aborto en sus hospitales públicos[99]. La conclusión de la Corte en "Maher" estuvo basada en la proposición de que el fracaso del Estado en financiar el acceso a los servicios no vulnera inconstitucionalmente el derecho a recibir esos servicios, incluso si se trata de un derecho tan fundamental que su ejercicio no puede ser prohibido por el gobierno. Asimismo, el Estado no está obligado a proveer a los pobres de recursos adecuados que les permitan obtener servicios disponibles en el ámbito privado, incluso si, realmente, sólo los ricos pueden pagar por ellos[100]. En cambio, el tribunal en "Maher" dijo, "(n)uestros casos han concedido uniformemente a los Estados una más amplia libertad en la elección entre demandas que se disputan entre sí fondos públicos limitados[101]".

Desde luego, el caso "Maher" no excluye que se establezca la violación al derecho de igualdad ante la ley en la falta de educación pública a pobres y discapacitados. De hecho, se podría proponer un argumento sobre los serios cuestionamientos constitucionales que despierta la negación de una educación pública apropiada en sí misma[102]. El punto aquí no es establecer el alcance del derecho a la igualdad ante la ley en casos como los de "Frederick L. v. Thomas", sino simplemente indicar que al momento, a la luz de la decisión de la Corte Suprema en "Maher", es improbable que los casos de igualdad ante la ley tengan un impacto significativo en el tesoro público. Si los hechos futuros prueban lo contrario, entonces las dificultades de formular una acción judicial en los casos institucionales se aplicarían también en este contexto[103]. Puesto que los casos institucionales

[99] "Poelker v. Doe", *97 Supreme Court*, 2391 (1977).

[100] Ver *97 Supreme Court*, p. 2383.

[101] Ibíd., 2385. Para mayor discusión de las implicancias de "Maher", ver notas 346/50.

[102] Tal argumento puede basarse en "San Antonio Independent School District v. Rodriguez" (1972). Avalando el sistema financiero de Texas en ese caso, la Corte aseguró que un conflicto vinculado a la igualdad ante la ley surgiría si un sistema escolar "falla en la provisión a cada niño de una oportunidad para adquirir las habilidades mínimas para el disfrute de su libertad de expresión y una participación completa en el proceso político", o si el Estado cobrara una matrícula por el sistema de educación pública, excluyendo a los pobres del acceso a la educación. El tribunal de distrito en "Frederick, L." se basó en el primero de los conceptos de "Rodríguez" para justificar su teoría sobre la igualdad ante la ley, mientras que un tribunal de distrito en Virginia se basó en el segundo para invalidar el sistema estadual de reembolso sólo parcial de matrículas a niños discapacitados. "Kruse v. Campbell" (1977). La Corte Suprema, no obstante, nunca sostuvo que la Constitución impone la obligación al sistema escolar de proveer ciertos tipos de programas educacionales a cualquiera de sus estudiantes, "Johnson v. New York State Education Department" (1971), ni requirió el financiamiento de servicios educativos a los cuales los pobres no tienen acceso. Sí sostuvo que el título VI de la Declaración de Derechos Civiles de 1964 puede interpretarse como la imposición de la obligación de proveer programas especiales para estudiantes que no hablan inglés. "Lau v. Nichols" (1974).

[103] Pueden surgir dificultades similares también de interpretaciones judiciales de las condiciones impuestas a Estados y localidades como prerrequisito para recibir subsidios federales. Ver, por ejemplo, "Stanton v. Bond" (1974).

ahora suscitan la cuestión de la disposición de recursos en su versión más aguda e ineludible, este artículo se concentrará únicamente en esos casos.

III. LOS LÍMITES AL PODER JUDICIAL

Dadas las ultrajantes condiciones en muchas de las prisiones y hospitales mentales ahora bajo órdenes judiciales, el instinto inicial es aplaudir la intervención de los tribunales federales que procuran corregir estas condiciones; las ramas políticas de los gobiernos federal y estadual han fracasado en su obligación de hacerlo[104]. Pero dado que son los tribunales federales los que asumen la responsabilidad de reformar la manera en que el Estado lleva adelante algunas de sus funciones más esenciales, la intervención judicial tiene un efecto no sólo en las condiciones en las instituciones sino también en la distribución básica del poder en el gobierno estadounidense. Es este efecto el que suscita los más serios cuestionamientos hacia los fallos en los casos institucionales. Para algunos, puede resultar extraño —tal vez la palabra sea conservadora— sugerir que los límites al Poder Judicial federal tienen alguna relevancia cuando lo que buscan los tribunales es instituir la protección de las libertades individuales. Pero si los tribunales tuvieran pleno poder para definir los valores constitucionales, comandar suficientes asignaciones para defender esos valores, y luego controlar mediante una sentencia el gasto de dinero asignado, estarían ejerciendo todos los poderes del gobierno —Judicial, Legislativo y Ejecutivo—. Tal concentración de poder nunca estuvo contemplada en la Constitución. "La concentración de estos tres en las mismas manos", decía Madison en *El federalista*, citando a Jefferson, "es precisamente la definición de gobierno despótico[105]". La Corte puede, tal como sostiene, ser Suprema "en la exposición del derecho de la Constitución[106]", pero debe haber algún límite al Poder Judicial federal de confiscar el Poder Legislativo y Ejecutivo efectivos incluso para hacer valer sus decisiones en virtud de su definición de derechos constitucionales. No basta con decir que es la Legislatura, y no los tribunales, la que formalmente asigna los fondos públicos, y que es el Ejecutivo, y no los tribunales, el que dispone su gasto, si no tiene más alternativa que hacerlo en respuesta a una orden judicial. Las otras ramas de gobierno deben conservar para sí algo de poder de decisión antes de ser obligadas a ejercer sus poderes afirmativos. Es entonces necesario analizar si en los casos institucionales el Poder Judicial ha invadido, de un modo u otro,

[104] El juez Frank Johnson, quien ha provisto un importante número de órdenes en casos institucionales, por ejemplo, "Wyatt v. Stickney (1972), ha argüido que la responsabilidad en esos casos "recayó en la Justicia por omisión".

[105] *El federalista*, nro. 48 (J. Madison), p. 345 (B. Wright, 1961).

[106] "Cooper v. Aaron" (1958). Ver BREST, Paul, *Process of constitutional decision making. cases and materials*, Boston, Little Brown & Company, 1975; GUNTHER, Gerald, *Cases and materials on constitutional law*, Foundation Press, Nueva York, 1975.

incorrectamente los Poderes Legislativo y Ejecutivo al disponer acciones para corregir las que, determinó, eran violaciones a la Constitución.

Nuestro estudio debe comenzar con las razones para limitar al Poder Judicial porque sólo si esas razones son aplicables es que se requerirían estas restricciones. La Corte Suprema se ha referido a tres intereses a ser protegidos por la limitación del poder de los tribunales federales: el proceso democrático, el sistema federal, y la adecuada distribución de poder dentro del mismo gobierno federal[107]. El efecto sobre el proceso democrático en los casos institucionales viene del hecho de que es el Poder Judicial, y no las ramas políticas del gobierno que rinden cuentas, quien está dirigiendo la asignación de fondos del gobierno. Por tanto, los fallos no serían menos invasivos sobre las prerrogativas normales de la Legislatura en una sociedad democrática si fueran los tribunales estaduales y no los federales los que los emitieran como, de hecho, es a veces el caso[108]. El efecto sobre el sistema federal, por otro lado, está dado pues una rama del gobierno federal dirige la asignación de fondos estaduales. El conflicto con los principios del federalismo existiría aun si fuera el Congreso, y no los tribunales federales, quien diera directivas a los funcionarios estaduales[109]. Finalmente, el efecto sobre la asignación de poder al interior del gobierno federal ocurre, como tal, sólo en aquellos casos en los que los tribunales federales han ordenado acciones a otra rama del gobierno federal[110]. Puesto que estos intereses difieren, deben ser examinados separadamente para determinar el grado en que son afectados por los fallos de los juzgados federales de primera instancia en los casos institucionales. Ello requerirá una revisión de la undécima enmienda pues, en última instancia[111], ésta pareciera determinar el balance entre el poder de los tribunales federales y el poder de los Estados en el control de la asignación de fondos del presupuesto público.

a) El proceso democrático

Es bien conocida la naturaleza antidemocrática de cualquier sentencia judicial que invalide la acción legislativa o ejecutiva, pues resulta en "el rechazo por el elemento no electivo y no removible del gobierno de las conclusiones a las cuales arribaron constitucionalmente las dos ramas electivas y removibles[112]". A pesar del continuo debate académico sobre la justificación de esta

[107] Ver notas 112-94.

[108] Ver "Wayne County Jail Inmates v. Lucas" (1974); "Jackson v. Hendricks" (1974); "State v. McCray" (1972).

[109] Ver "National League of Cities v. Usery" (1976).

[110] Ver "Elrod v. Burns" (1976).

[111] Ver "Millikem v. Bradley" (1977).

[112] "Commager, Judicial Review and Democracy", en LEVY, Leonard W., *Judicial Review and the Supreme Court*, Harper & Row, Nueva York, 1967.

prerrogativa del Poder Judicial[113], se ha convertido en un elemento perenne del sistema constitucional estadounidense. No intento cuestionarlo aquí. Sin embargo, dos aspectos de los fallos en los casos institucionales sugieren que se trata de una intrusión en la toma democrática de decisiones mayor que la invalidación usual de una ley por motivos constitucionales. En vez de prevenir que el gobierno actúe de manera inconstitucional, estas órdenes prescriben la acción afirmativa de la Legislatura y las ramas ejecutivas para corregir una violación a la Constitución. Es más, las disposiciones del tribunal involucran una cuestión que es el fundamento mismo de la discreción depositada en las otras ramas: la recaudación, la asignación y el gasto de los fondos del gobierno.

"A lo largo de gran parte de nuestra historia, la forma de las contribuciones[114] de la Corte Suprema a la política pública... (ha sido) negativa" pues una declaración judicial que determina la inconstitucionalidad de una norma sencillamente previene el ejercicio del poder gubernamental[115]. Las sentencias judiciales afirmativas que ordenan el empleo de fondos en los casos institucionales, sin embargo, requieren de acción legislativa ya sea a través de la reasignación de fondos desde las prioridades establecidas por la Legislatura al área de inquietud del tribunal, o por medio de la promulgación de nuevos impuestos. El Ejecutivo también debe actuar afirmativamente para implementar la orden una vez que la Legislatura establezca la disponibilidad del dinero, al tiempo que esa implementación está sujeta a la supervisión judicial. Las sentencias en los casos institucionales, al establecer prioridades de financiamiento y detallar cómo deberían hacerse los gastos, tienen por tanto el efecto de la legislación[116]. La naturaleza afirmativa de la orden invade el proceso democrático no sólo al invalidar una decisión legislativa sino también al reemplazarla por un sustituto judicialmente diseñado, creado sin "la legitimidad que fluye del autogobierno democrático[117]".

[113] Por una síntesis de este debate, ver LOCKHART, William B. - KAMISAR, Yale - CHOPER, Jesse H., *Constitutional Law: cases, comments, questions*, West Publishing, St. Paul Minn., 1975.

[114] COX, Archibald, *The role of the Supreme Court in the american government*, Oxford University Press, Nueva York, 1976.

[115] "Marbury v. Madison" (1803), que estableció el poder de la justicia para declarar inconstitucional a los actos del Congreso, denegó a la Corte y al Congreso. Al declarar inconstitucional una promulgación parlamentaria, quitó a la Corte un caso que el Congreso quería oír.

[116] Ver COX, Archibald, *The role...*, cit.; CHAYES, Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *89 Harvard Law Review*, nro. 7, mayo 1976, ps. 1296/98.

[117] Ver COX, Archibald, *The role...*, cit., p. 88. En un artículo reciente el prof. Chayes llamó al litigio de los casos institucionales "litigios de derecho público", CHAYES, Abram, *The role of...*, cit., p. 1284, y procuró defender su legitimidad (ps. 1313/1316). Tal denominación crea la impresión de que este tipo de litigio es una función normal de los tribunales federales, pero los ejemplos que da el prof. Chayes son principalmente casos institucionales, de lucha contra la segregación y de redistribución de los distritos legislativos. Como este artículo intenta mostrar la autoridad de los tribunales federales para emitir órdenes afirmativas enmarcadas en casos institucionales, carecen de claridad y la autoridad ejercida por la Corte Suprema en los casos contra la segregación y redistribución de distritos legislativos es más acotada que la reconocida por el prof. Chayes. Ver notas 250-96 *infra*. Además, la Corte Suprema ha intentado limitar el rol de los tribunales fede-

Por supuesto, requerir la acción afirmativa de las ramas políticas para corregir violaciones constitucionales no es algo sin precedentes; de hecho, la Corte Suprema requirió esta acción para terminar con la segregación de las escuelas luego de "Brown v. Board of Education[118]". Pero, como se discutirá[119] ninguna orden para terminar con la segregación aprobada por la Corte Suprema ha sido invasiva en la toma democrática de decisiones local como las órdenes de los casos institucionales. Asimismo, la Corte Suprema ha dejado en claro que a pesar de que los tribunales tienen el poder de ordenar una acción afirmativa de las ramas políticas, ese rol judicial no es la norma en la litigación constitucional. De hecho, la historia reciente de la Corte Suprema ha demostrado su intento por evitar, siempre que haya sido posible, tal rol. Una comparación entre "United States v. Richardson[120]" y "Flast v. Cohen[121]", y entre "Warth v. Seldin[122]" y "Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.[123]", indica la reticencia de la Corte Suprema a ordenar acciones por parte de las ramas políticas que podrían conllevar una supervisión judicial continuada.

En "United States v. Richardson", la Corte rechazó la impugnación de un contribuyente federal sobre la constitucionalidad del secreto en el presupuesto de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), sosteniendo que el contribuyente no cumplía con los estrictos requisitos enumerados en "Flast v. Cohen" para iniciar una demanda judicial. La Corte en el fallo "Flast" había permitido a un contribuyente impugnar una norma federal por proveer fondos a escuelas religiosas, en violación a lo establecido en la cláusula de establecimiento de la primera enmienda. Tal como el juez Powell notó en concurrencia en "Richardson", el intento por distinguir los casos en función de definiciones técnicas sobre la posición del contribuyente no era convincente[124], pero había otra

---

rales en otras áreas. Ver notas 120-48, 220-49 *infra*. Por lo tanto, aunque el prof. Chayes intenta seguir el consejo del magistrado Holmes, de centrar la atención en "lo que los tribunales harán en el caso", *89 Harvard Law Review*, ps. 1281/82 (con cita de HOLMES, Oliver, "The path of the law", 10 *Harvard Law Review 457*, 1897, p. 461); los litigios de derecho público, son una función de los tribunales federales bastante menos normal que lo sugerido por el prof. Chayes.

Además, al tratar de defender el rol ampliado de los tribunales, menosprecia la capacidad del Congreso para representar los intereses de grupos divergentes al resolver problemas básicos ("y retirarse hacia la noción de que la Legislatura en si misma —el Congreso— es, en un sentido místico, adecuadamente representante de todos los intereses en juego... es imponer la teoria democrática mediante la fuerza bruta..." (ibidem p. 1311); pero la legitimidad de la actuación de la Legislatura, no descansa sobre una concepción idealizada de su carácter representativo. Pues bien, la legitimidad deriva de la Constitución, que da a la Legislatura, y a ninguna otra rama, el poder de tomar las decisiones políticas básicas que dirigirán el futuro de la Nación. Ver notas 137-148 *infra*; BICKEL, Alexander, The least dangerous branch, Bobbs-Merril, Indianapolis, 1962, ps. 16/23.

[118] 347 US 483 (1954); 349 US 294 (1955).

[119] Ver notas 250-478.

[120] 418 US 166 (1974).

[121] 392 US 83 (1968).

[122] 422 US 490 (1975).

[123] 29 US 252 (1977).

[124] 418 US 180/85.

distinción, más importante, entre ellos. Admitir la demanda de un contribuyente en "Richardson" habría significado una intromisión en el proceso democrático, algo que no estaba presente en "Flast". La invalidación de normas —aunque fueran normas estaduales— a partir de la cláusula de establecimiento se había vuelto un rol recurrente de la Corte al momento de la aparición de "Flast[125]". La extensión de la jurisdicción de la Corte a la norma federal involucrada en "Flast" no extendió significativamente su poder, ni requirió la supervisión judicial continuada de las acciones ejecutivas o legislativas, ni tampoco la interpretación de una provisión constitucional inexplorada. Una decisión sobre los méritos de "Richardson", sin embargo, habría requerido que la Corte interpretara por primera vez la obligación constitucional de la publicación esporádica de "una declaración e informe de los ingresos y gastos de todo el dinero público[126]". Puesto que la Constitución no especifica quién está obligado a publicar tal declaración, cuánto detalle requiere, ni cuán a menudo debería emitirse, hacer lugar a la demanda de un contribuyente en "Richardson" significaría que virtualmente cualquiera podría obtener una sentencia judicial disponiendo la actuación, bajo estándares judiciales, de la obligación afirmativa del gobierno de desclasificar sus gastos. La posibilidad de numerosas sentencias judiciales disponiendo esta clase de revelación, arguyó el juez Powell, desviarían el poder de una forma democrática de gobierno al sustituir presión judicial por el apalancamiento que los ciudadanos deberían aplicar sobre sus representantes electos[127]. La mayoría en "Richardson", si bien descansa en una interpretación técnica, también reconoció esta implicancia de la demanda "Richardson":

> (L)a ausencia de un individuo o clase particular en el litigio de estos reclamos respalda el argumento de que el tema en cuestión ha sido confiado a la supervisión del Congreso y, en última instancia, del proceso político. Cualquier otra conclusión significaría que los padres fundadores buscaron instaurar algo de la naturaleza de una democracia ateniense o de una asamblea de Nueva Inglaterra para supervisar la conducta del Gobierno nacional a través de demandas judiciales en los tribunales federales... Por lento, pesado, e insensible que pueda parecer a veces el proceso electoral tradicional, nuestro sistema provee el recambio de los miembros de las ramas políticas toda vez que los ciudadanos insatisfechos convenzan a un número suficiente de electores de que los representantes elegidos y en ejercicio fallan en el cumplimiento de las obligaciones que les fueran conferidas[128].

En la misma línea, la Corte Suprema se negó a permitir la supervisión judicial de la solución de un intrincado problema político en el fallo "Warth

[125] Ver, por ejemplo, "Abington School District v. Schempp", 374 US 203 (1963); "Engel v. Vitale", 370 US 421 (1962).

[126] Constitución de Estados Unidos, art. I.

[127] 418 US 188.

[128] Ibíd., 179.

v. Seldin[129]". En "Warth", la Corte sostuvo que un reclamo a propósito de la zonificación excluyente en un suburbio en Rochester, Nueva York, no podía ser iniciado por individuos residentes en el área metropolitana de Rochester que quisieran vivir allí, o por constructoras que quisieran construir en ese lugar, pues carecían del legitimidad activa para demandar. En "Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.[130]", sin embargo, la Corte consideró que un desarrollador inmobiliario y sus potenciales clientes sí estaban en condiciones de cuestionar la negativa de un suburbio a rezonificar terrenos que los desarrolladores iban a mejorar. A pesar de que la Corte en "Arlington Heights" procuró distinguir su fallo de "Warth" sobre la base de que los demandantes en "Arlington Heights" habían probado tener un interés en el resultado del litigio mayor que en "Warth[131]", una distinción más convincente yace en el alcance del rol judicial previsto en ambos casos. En "Warth" los demandantes buscaban una orden judicial contra las prácticas excluyentes de zonificación del suburbio en general. Para dar lugar a ese reclamo, la Corte debería haber establecido qué tipo de prácticas de zonificación son constitucionalmente inadmisibles. Entonces, una vez que hubiera definido el alcance de esta exclusión inaceptable, los casos futuros necesitarían la supervisión judicial de la implementación, incluso si se tratara de una zonificación aparentemente admisible, de manera de asegurar la inexistencia de la exclusión inconstitucional. Una decisión tal, por tanto, supone la supervisón judicial de las acciones legislativas y ejecutivas a escala masiva, como lo han comprobado los tribunales estaduales de Nueva Jersey, donde se da lugar a esta clase de demandas[132]. En "Arlington Heights", por otro lado, el litigio simplemente buscaba la aprobación de la zonificación de un solo proyecto. Si la presunta discriminación racial subyacente a la negativa de la ciudad a aprobar el proyecto se hubiera probado, el remedio habría sido requerir a las autoridades responsables de la zonificación la justificación de la acción sobre bases no raciales o permitir la construcción del proyecto[133]. No sería necesaria la supervisión de tribunal federal alguno sobre la zonificación a nivel nacional; de hecho, no se requeriría la supervisión judicial de la zonificación de "Arlington Heights". Por tanto, una demanda de este tipo requería una intervención judicial limitada, otorgando a los demandantes un remedio con bajos costos en términos de recursos judiciales.

Entonces, la diferencia esencial entre "Richardson" y "Flast" y entre "Warth" y "Arlington Heights", como la Corte misma lo dio a entender[134], yace en

[129] 429 US 490 (1975).

[130] 429 US 252 (1977).

[131] Ibíd., 261/62.

[132] Comparar "Oakwood en Madison, Inc. v. Township of Sothern Madison" (1977) con Southen "Burlngton County NAACP v. Township of Mt. Laurel" (1975).

[133] 429 US 271.

[134] Ver "Warth v. Seldin" (1975); "United States v. Richardson" (1974).

el impacto sobre el proceso democrático que habría resultado de la intervención judicial en los méritos de estos casos. Tal vez la Corte no debería tener tal consideración respecto de los requerimientos técnicos sobre la legitimidad activa para evitar la intervención judicial[135], pero el punto aquí es que lo hizo. Una consideración semejante es más justificable cuando la Corte está trabajando en el tipo de orden que un tribunal debería emitir hacia las ramas políticas del gobierno. "Richardson" y "Warth" son relevantes pues demostraron la importancia que la Corte da a evitar las sentencias afirmativas que interfieren con la toma democrática de decisiones. El rol judicial actualmente ejercitado en los casos institucionales es seguramente no menos invasivo en el proceso democrático que el que habría resultado de una decisión sobre los méritos de "Richardson" o "Warth", no sólo por el alcance de la supervisión judicial involucrada, sino, tal vez más significativamente, porque los casos institucionales involucran a los tribunales en la asignación de recursos gubernamentales.

El ejercicio de la discrecionalidad en materia impositiva y asignación presupuestaria es la responsabilidad legislativa por excelencia. De hecho, la existencia de las instituciones representativas se debe a la habilidad de nobles, clero y pueblo de resistir la recaudación impositiva del rey, de defender su derecho a que se les solicite su consentimiento a nuevos o excepcionales impuestos.

Este celebrado "poder sobre el presupuesto" se ha mantenido como una de las actividades más preciadas de los cuerpos parlamentarios.

Íntimamente relacionado a este poder está el poder de determinar los gastos del gobierno. En el comienzo, ambos estaban juntos; el Parlamento otorgaba impuestos específicos para actividades determinadas. Hoy, bajo un esquema representativo, los gastos del gobierno son fijados por un presupuesto anual[136].

La Constitución reconoce la importante crítica de controlar el poder de recaudar y asignar dinero de la manera más democrática posible. Requiere que "(t)odos los proyectos para la recaudación de fondos se originen en la Cámara de Diputados[137]", la rama más popular de gobierno, y que "(n)ingún dinero sea retirado del Tesoro, sino como consecuencia de una disposición legal[138]". La razón para investir al Congreso del poder de recaudar y asignar dinero deriva del hecho de que, incluso con sus imperfecciones, ningún otro cuerpo tiene la capacidad institucional de tomar tales decisiones. De hecho, la principal protección a los contribuyentes frente a impuestos excesivos y a los beneficiarios de asistencia frente a la asignación desproporcionada de recursos gubernamentales, descansa en la rendición de cuentas de la Legislatura ante la ciudadanía, en su

[135] Ver STANDING, Davis, "Taxpayers and Others", *35 Univeristy of Chicago Law Review*, 1968, p. 601.

[136] FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional government and democracy*, Blaisdell Publ. G. Waltham, Massachussets, 1968, p. 281.

[137] Constitución de Estados Unidos, art. I.

[138] Ibid.

"amplia diversidad", y en su inhabilidad de actuar sin el apoyo de la mayoría[139]. Por esta razón, los tribunales generalmente no cuestionan las decisiones legislativas sobre la distribución de las cargas fiscales o la asignación de ingresos a necesidades en pugna[140]. De hecho, la Corte ha considerado tan esencial a la protección institucional la decisión de aumentar impuestos, que ha sugerido que cualquier delegación de esta decisión, incluso a la rama ejecutiva, podría causar problemas constitucionales[141].

Los fallos en los casos institucionales, por supuesto, no lidian directamente ni con la recaudación ni con la asignación de fondos. Simplemente requieren un nivel específico de servicios, y dejan a la Legislatura las decisiones pertinentes en materia de recaudación fiscal y asignación de recursos que resulten de la orden judicial. Pero a pesar de que el tribunal no especifica la fuente del dinero necesario para cumplir con ella, se involucra en la asignación presupuestaria. La selección de cada ingrediente en la definición del tribunal de los requisitos del debido proceso implica la eliminación de algún elemento en otra parte del presupuesto gubernamental, o la recaudación de recursos adicionales. Dado que los fondos del gobierno son limitados y que el compromiso de algunos de esos recursos no puede ser reducido para contraer otras obligaciones[142], el impacto de la decisión de un tribunal cae relativamente en algunos pocos elementos del presupuesto. En efecto, la Corte está desviando fondos de esos elementos, probablemente sin saber siquiera de qué se trata. La decisión del tribunal sobre la asignación implica simplemente que cada elemento del fallo toma precedencia sobre toda otra necesidad en pugna en el presupuesto, cualquiera sea. La Legislatura no puede opinar sobre el valor comparativo del elemento perdido frente al elemento requerido por la Corte. Por tanto, el valor de la toma de decisiones legislativas sobre la asignación de recursos es socavado, en mayor o menor medida, dependiendo del tamaño de las demandas del tribunal y la cantidad de dinero disponible.

Se ha argüido que una intervención judicial semejante en el proceso presupuestario en favor de prisioneros y enfermos mentales puede justificarse, pues estos grupos son excluidos de los procesos políticos normales de toma de decisiones[143]. De hecho, a menudo lo son. Pero los recursos limitados asignados por

[139] FREEDMAN, James O., "Delegation of Power and Institutional Competence", *University of Chicago Law Review*, vol. 43, nro. 2, 1976, ps. 307/336.

[140] Ver notas 332-340.

[141] "National Cable Television Association v. United States" (1974); ver FREEDMAN, James O., "Delegation of Power...", cit., ps. 318/329.

[142] La mayoría de los gastos del gobierno —casi 75% del presupuesto federal— son "incontrolables" en el sentido que son ordenados por leyes preexistentes u obligaciones contractuales. BLECHMAN, Barry M. - GRAMLICH, Edward M. - HARTMAN, Robert W., *Setting national priorities: the 1976 budget*, Brookings Institution, Washington, 1975, ps. 192/193. Incluso los excedentes pueden ser cambiados en el corto plazo sólo hasta un punto (ps. 197-207). Las dificultades para modificar las obligaciones contractuales del gobierno fueron recientemente enfatizadas por la Corte Suprema. "United States Trust Co. v. New Jersey" (1977).

[143] CHAYES, Abram, "The role...", cit., p. 1315.

el gobierno se destinan a personas que no difieren de aquellas incluidas en los fallos judiciales. Los enfermos mentales involuntariamente confinados en una institución pueden recibir servicios adicionales a través de una orden judicial a expensas de aquellos voluntariamente internados en la misma institución, o de aquellos que utilizan los servicios y consultorios externos de hospitales públicos o centros de salud mental. Los prisioneros pueden recibir mejor cuidado médico a expensas de que aquellos bajo libertad condicional que asisten a un hospital público, o pueden recibir capacitaciones o tratamientos contra las adicciones a expensas del público en general que también los necesita. Muchos beneficiarios de los fallos de los tribunales no tienen derecho a votar, pero tampoco lo tienen los niños cuyo acceso a la educación, bibliotecas, o a servicios sociales es reducido con el propósito de pagar la orden judicial. La asignación de recursos limitados a través de órdenes judiciales no es desde los sectores más ricos hacia los más pobres sino desde los más pobres, a quienes el gobierno destina, ya en gran medida, sus recursos.

La justificación para la intervención judicial a favor de los institucionalizados, por tanto, no es porque se trata de los menos poderosos a nivel político, sino porque están siendo retenidos involuntariamente por el Estado. El Estado no puede retenerlos, se arguye, sin cumplir con ciertos estándares, pues estaría privándolos de su libertad sin el debido proceso legal[144]. No necesita cumplir con esos estándares cuando provee servicios a quienes lo usan voluntariamente. De hecho, puede negarse a proveer estos últimos por completo. Esta división del presupuesto gubernamental entre beneficiarios voluntarios e involuntarios provee la base para el análisis constitucional, pero, si se aplicara estrictamente en esta era de recursos limitados, reduciría seriamente la habilidad de la Legislatura para asignar recursos del gobierno. Si la distinción entre voluntario e involuntario se volviera la base de la asignación de recursos, el eje de la cuestión en la formulación del presupuesto sería la definición judicial de confinamiento involuntario. ¿Asistirían los niños "voluntariamente" a la escuela si no fuera por las reglas de ausentismo? ¿Son pacientes "voluntarios" los enfermos físicos o crónicos que están en hospitales públicos porque nadie los cuida[145]?. A menos que la respuesta a estas preguntas sea no, los presupuestos de estas instituciones, junto a aquellas que proveen servicios claramente voluntarios, como bibliotecas e instituciones de educación superior, serían objeto de reasignaciones a favor de aquellos a los que se considera retenidos involuntariamente.

Al reordenar las prioridades de gasto a favor de los confinados involuntariamente, los fallos en los casos institucionales han invadido la responsabilidad legislativa crítica de recaudar fondos y asignar presupuesto, y, por su detalle, también la responsabilidad ejecutiva de administrar instituciones. Este pasaje

[144] Ver, por ejemplo, "Rhem v. Malcom" (1974); "Donaldson v. O'Connor" (1974).

[145] Un proyecto de ley sobre casos institucionales, ver notas 386-89, incluye en su definición de instituciones sujetas a demandas constitucionales a las instalaciones estaduales para los enfermos físicos crónicos o discapacitados, y asilos. HR 2439, 95º Congreso, 1era. sesión (1977).

de poder desde funcionarios electos hacia individuos nombrados de por vida debilita la rendición democrática de cuentas del gobierno y "(h)acerlo no es algo menor[146]". "(U)n gobierno coherente, estable —y moralmente sostenible— es posible sólo sobre la base del consenso, y... el secreto del consenso es el sentido de propósito y desafío común alimentado por las instituciones que nos reflejan y representan, y a las que podemos exigir nos rindan cuentas[147]". Algunos pueden estar dispuestos a permitir, e incluso incentivar a los jueces federales a mejorar la sociedad sin reparar en el costo para la democracia misma, pero la Corte Suprema ha dejado en claro que la sustitución del proceso político por un fallo judicial sólo será tolerada si la intrusión judicial en la política se limita al máximo posible[148]. Los fallos en los casos institucionales, por tanto, deben enmarcarse de manera de cumplir con tal límite.

b) Federalismo

Los fallos judiciales que ordenan gastos estaduales en los casos institucionales afectan claramente el balance de poder entre el gobierno federal y los gobiernos estaduales. A pesar de que se prevé en la Constitución cierto poder federal sobre las actividades estaduales[149], la Corte Suprema ha sostenido que el concepto de federalismo de alguna forma protege la soberanía estadual frente al control federal[150]. La pregunta en los casos institucionales es si los tribunales federales han excedido los límites al poder federal permisible e invadido el área de soberanía protegida.

En el fallo "National League of Cities v. Usery[151]", la Corte se basó en el principio de federalismo para declarar inconstitucional la extensión del Congreso de la ley de estándares laborales justos[152] a los empleados estaduales y locales, reteniendo la extensión más allá del poder del Congreso bajo la cláusula de comercio porque desplazaba "la libertad de los Estados para estructurar operaciones integrales en áreas de funciones gubernamentales tradicionales[153]". La Corte enfatizó específicamente el impacto de la norma del Congreso sobre la habilidad de los Estados de asignar y controlar sus propios recursos

[146] THAYER, James B., *John Marshall*, Houghton Mifflin, Boston - Nueva York, 1901, p. 107.

[147] BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Bobbs-Merril, Indianapolis, 1962, p. 20 y *The morality of consent*, Yale University Press, New Haven, 1975, ps. 3/30. Por un comentario similar sobre los casos de integración escolar de Boston discutidos en la nota 277, ver LEWIS, Anthony, "The Boston Schools II", *New York Times*, 1976, p. 29.

[148] Ver notas 134-35 y 220-307.

[149] Constitución de Estados Unidos, art. VI.

[150] Ver "National League of Cities v. Usery" (1976); "Younger v. Harris" (1971).

[151] 426 US 833 (1976).

[152] 29 USC 201-19 (1970 y Supp. V 1974).

[153] 426 US 852.

financieros. La Corte señaló que una extensión de la ley de estándares laborales justos supondría aumentos obligatorios significativos en los presupuestos locales y estaduales, resultando en "la renuncia forzada a importantes actividades del gobierno[154]" para cumplir con los requisitos de la norma federal, y en el desplazamiento de las "políticas estaduales en relación a la manera en que ellos estructurarán la provisión de servicios gubernamentales requeridos por sus ciudadanos[155]". Estos efectos combinados "perjudicaban la habilidad de los Estados de funcionar efectivamente dentro del sistema federal[156]", y, por tanto, excedían el poder del Congreso. Así, "Usery" demuestra que el concepto de federalismo protege la asignación y administración de los recursos estaduales incluso del control directo del Congreso, al menos cuando éste está actuando bajo la cláusula de comercio, a pesar de la que el alcance de esa protección no es en manera alguna dilucidado en la opinión de la Corte. Muchas acciones del Congreso han tenido implicancias significativas en el presupuesto estadual, pero "Usery" no las cuestiona[157]. Aun así, "Usery" indica al menos que la administración estadual de sus recursos financieros es un interés protegido de alguna manera por la noción de federalismo, y que el alcance de la protección depende de los intereses federales involucrados[158]. Específicamente, "Usery" no decidió el alcance del poder del Congreso bajo la 14ª enmienda para redirigir la asignación de los gastos estaduales[159].

A pesar de que en "Usery" la Corte buscó delinear algunas áreas sustantivas de actividad estadual al resguardo del control del Congreso por la noción de federalismo, la mayoría de los casos en los que la Corte Suprema aplicó la doctrina del federalismo limitando el Poder Judicial federal se han centrado en la forma de intervención; estas decisiones están caracterizadas por una reticencia

[154] Ibíd., 154.

[155] Ibíd. La Corte distinguió "Fry v. United States" (1975), porque la aplicación de la Declaración sobre Estabilización Económica de 1970 a los Estados, sostenida en "Fry", no involucró un aumento en los presupuestos locales ni una restricción en la elección de los Estados en relación con la estructura de las operaciones de gobierno (426 US 853).

[156] 426 US 852.

[157] Ibíd., 852-855, distinguiendo las regulaciones federales en cuestión en "Fry v. United States" (1975) y "Unites States v. California" (1936).

[158] Ésta fue la lectura del juez Blackmun sobre la opinión (ibíd., 856), y su voto fue necesario para habilitar a la opinión de la Corte a convertirse en mayoría. Ver STEWART, Richard B., "Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy", *86 Yale Law Journal*, 1196, 1222-50 (1977). Para otras lecturas del caso, ver MICHELMAN, Frank, "States Rights and States Roles: Permutations of 'Sovereignity' in 'National League of Cities v. Usery'", *86 Yale Law Journal*, 1165 (1977); TRIBE, Laurence, "Unraveling national League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services", *90 Harvard Law Review*, 1065 (1977). Los profesores Michelman y Tribe sugieren que "Usery" avala una teoría de derechos individuales contra el gobierno por servicios esenciales, *86 Yale Law Journal*, 1181/91, *90 Harvard Law Review*, 1090; si cierta, la teoría implicaría un involucramiento masivo de la justicia federal en cuestiones del presupuesto. Ver "Maher v. Rohe" (1077).

[159] 426 US 852, nro. 17.

a permitir la interrupción o supervisión de la toma de decisiones locales por los tribunales federales. La principal aplicación de esta política es la doctrina conocida como abstención "Younger". Esta doctrina, basada en el fallo "Younger v. Harris[160]" y otros casos relacionados[161], niega a los tribunales federales el poder de suspender juicios criminales estaduales en curso, y al menos algunos juicios civiles[162], excepto en los casos más excepcionales. Esta política de contención federal se basa en parte en la concepción de que los procedimientos judiciales estaduales proveen un espacio alternativo adecuado para la resolución de cuestiones que buscan ser litigadas en tribunales federales[163]. Sin embargo, la Corte subrayó en el fallo "Younger": "una consideración aún más relevante, la noción de "paridad", esto es, el respeto por las funciones estaduales, el reconocimiento del hecho de que el país entero se compone de una unión de gobiernos estaduales separados, y el convencimiento de que el desempeño del gobierno nacional será mejor si a los Estados y a sus instituciones se los deja en libertad para llevar a cabo sus funciones específicas a su propia manera. Tal vez en ausencia de un término mejor y más claro para definirlo, muchos se refieren a este como "Nuestro federalismo", y todo aquel que esté familiarizado con los profundos debates que precedieron la existencia de nuestra Constitución federal deben respetar a quienes se mantienen leales a los ideales y sueños de "Nuestro federalismo[164]".

Estas dos razones para la abstención "Younger" pueden ser aplicables a un caso en particular, como, por ejemplo, una medida cautelar federal en un juicio criminal estadual. Puesto que tal medida cautelar interrumpiría el procedimiento judicial estadual que en sí mismo podría resolver las cuestiones federales, la intrusión federal en las operaciones del gobierno estadual es innecesaria e injustificada[165]. Pero en los fallos "O'Shea v. Littleton[166]" y "Rizzo v. Goode[167]", la Corte señaló que el énfasis de "Younger" en el federalismo tiene una viabilidad independiente de la existencia de un foro estadual judicial para decidir las presuntas cuestiones federales.

En el caso "O'Shea v. Littleton" los ciudadanos de Cairo, Illinois, alegaron la existencia de patrones y prácticas de discriminación racial en la administración de justicia criminal de la ciudad, que resultaban en fianzas más altas y penas más duras para los activistas negros y sus aliados. La Corte desestimó el reclamo por no configurar un "caso o controversia" en los términos requeridos

160 401 US 37 (1971).

161 Para una discusión del caso explicando la abstención de Young, ver "Developments in the Law-Section 1983 and Federalism", *90 Harvard Law Review*, 1133, 1274-1330 (1977).

162 Ver "Juidice v. Vail" (1977); "Huffman v. Pursue Ltd." (1975).

163 "Younger v. Harris" (1971); Bator, Shapiro, Mishkin y Wechsler, Hart & Wechler's The Federal Courts and the Federal System 183 (1977).

164 401 US 44.

165 Ver "Developments in the Law...", cit., ps. 1282/1284.

166 414 US 488 (1974).

167 423 US 362 (1976).

para la intervención de los tribunales federales de acuerdo al art. III[168]. La Corte no encontró ninguna amenaza o daño real o inmediato para los demandantes pues ninguno de ellos sufriría la discriminación alegada a menos que se sometieran a sí mismos al sistema de justicia criminal al violar una ley sin clara oposición. Una eventualidad tal fue considerada demasiado especulativa como para justificar la intervención judicial federal. En "O'Shea", sin embargo, a la Corte no le bastó con considerar al reclamo demasiado especulativo. Como una razón adicional para rechazarlo, la Corte citó las nociones de equidad, paridad, y federalismo propugnados en "Younger[169]". La Corte estableció que un recurso judicial para los patrones y prácticas de abuso en la justicia criminal local requerirían "una auditoría federal continua de los procedimientos estaduales criminales[170]", un monitoreo permanente de la operación del sistema estadual por parte de tribunales federales que resultaría en la intromisión en las operaciones cotidianas del sistema cada vez que se aleguen abusos. La Corte se negó a permitir un rol judicial semejante en la administración del sistema de justicia criminal estadual. Este resultado en "O'Shea" puede interpretarse como un mero reflejo de la inquietud de la Corte expresado en "Younger" respecto de que los tribunales federales no deberían intervenir en los procedimientos judiciales estaduales en curso. Un recurso judicial para las contravenciones alegadas en "O'Shea" requeriría una intervención semejante en el futuro, a pesar de que no hubieran procedimientos estaduales en curso al momento del litigio en cuestión. A diferencia de los demandantes en "Younger", sin embargo, los demandantes en "O'Shea" seguramente habrían carecido de una solución adecuada a nivel estadual si sus acusaciones sobre el sistema de justicia criminal local fueran ciertas. Por tanto, "O'Shea" superó a "Younger" al prohibir la interferencia judicial en los procedimientos de los tribunales estaduales, incluso cuando no pudiera esperarse de estos últimos la resolución de cuestiones que se procuraba fueran litigadas en los tribunales federales[171].

El fallo "Rizzo v. Goode[172]" dejó en claro que las inquietudes de la Corte sobre federalismo expresadas en "O'Shea" protegían más que los procedimientos judiciales estaduales. Los demandantes en "Rizzo", todos ellos residentes negros de Philadelphia, buscaban una solución a lo que sostenían se trataba de un patrón de mala conducta de la policía de esa ciudad. El tribunal de distrito, reconociendo la existencia de tales patrones y prácticas, emitió una orden judicial requiriendo la creación de nuevos métodos para lidiar con las quejas de los ciudadanos contra la mala conducta de la policía, incluyendo la recepción de denuncias por parte de "un individuo o cuerpo imparcial, apartado de las presio-

[168] 414 US 493/99.
[169] Ibíd., 499.
[170] Ibíd., 500.
[171] Ver Ibíd., 520-22; "Developments in the Law...", cit., p. 1300.
[172] 423 US 362 (1976).

nes de las cadenas de mando[173]". La Corte Suprema revocó esta orden, citando a "O'Shea" al expresar dudas sobre si los demandantes habían adecuadamente alegado que eran sujetos, a manos de policías desconocidos y no identificados, de un daño "real e inmediato[174]". Pero, al igual que en "O'Shea", la Corte no sólo consideró a los alegatos demasiado especulativos. De hecho, avanzó en la discusión sobre los límites al poder equitativo federal atribuible a los principios del federalismo, restringiendo el poder de los tribunales de distrito sobre la toma de decisiones ejecutivas a pesar de que ningún procedimiento estadual en curso podría hacerse eco de las demandas federales. La Corte rechazó la decisión del juez de distrito, que sostenía que los tribunales federales tenían el poder de supervisar el funcionamiento de los departamentos de policía locales[175]. Recalcando la vasta tarea que representaba al gobierno la conducción de sus propios asuntos internos, la Corte observaba:

> Los principios del federalismo, que juegan un rol tan importante en el gobierno de la relación entre los tribunales federales y los gobiernos estaduales, si bien inicialmente expuestos y hechos valer especialmente en casos donde se procuraba suspender una prosecución criminal en curso, no han sido limitados ni a esa situación ni tampoco al procedimiento criminal en sí mismo. Creemos que estos principios son aplicables, asimismo, toda vez que se busque una orden judicial, no contra la rama judicial del gobierno estadual, sino contra aquellos a cargo de la rama ejecutiva de una agencia de gobierno estadual o local como los aquí demandados[176].

"O'Shea" y "Rizzo" interpretan, por tanto, los principios del federalismo para salvaguardar la toma de decisiones locales de la supervisión judicial federal, una posición similar a la preferencia de una solución democrática a las cuestiones expresadas en "Warth" y "Richardson[177]". En efecto, "O'Shea" y "Rizzo" proveen esa protección en su forma más estricta, sugiriendo que el federalismo es una barrera absoluta frente al recurso judicial federal para las presuntas violaciones[178]. Pero una barrera semejante al Poder Judicial federal debe ser estrictamente interpretada a la luz del Poder Judicial federal establecido con el propósito de remediar violaciones estaduales, probadas, contra los derechos individuales[179]. Esencial a los resultados en "O'Shea" y "Rizzo" es el hecho de que la Corte no fue forzada a confrontar violaciones probadas a la 14ª enmienda; esto fue así pues la Corte no encontró controversias justiciables en ninguno de los casos. La 14ª enmienda en sí misma, no obstante, aumenta el poder federal

173 "Coppar v. Rizzo" (1973).

174 423 US 371/73.

175 Ibíd., 380.

176 Ibíd.

177 Ver notas 120-135.

178 423 US 380, 414 US 499; ver SHAPIRO, David L., "Mr. Justice Rehnquist: A Preliminary Review", *90 Harvard Law Review*, 293, 320 (1976).

179 Ver, por ejemplo, "Roe v. Wade" (1973); "Reynolds v. Sims" (1964); "Brown v. Board of Education" (1954).

sobre las actividades estaduales[180]; por tanto, casos como "Usery", que limitan el poder federal en virtud de la cláusula de comercio, y "O'Shea" y "Rizzo" que no involucran violaciones justiciables a la 14ª enmienda, no deberían excluir intervenciones de la justicia federal, como en los casos institucionales, en los que se constatan violaciones a la 14ª enmienda.

La mera existencia de una violación a la 14ª enmienda no significa, sin embargo, la eliminación de las restricciones al gobierno federal en su relación con los Estados. Incluso en casos donde se verificaron violaciones a la 14ª enmienda, la Corte ha dejado en claro que la forma de la solución, al menos, está afectada por las restricciones del federalismo[181]. Si, tal como "Usery" sugiere[182], la asignación presupuestaria es vital para la continuidad de la existencia independiente de los Estados, y si, como lo sugieren "O'Shea" y "Rizzo[183]", la continua supervisión por parte de la justicia federal del cumplimiento de las obligaciones del Estado invade impropiamente las responsabilidades estaduales, estas cuestiones no desaparecen simplemente en el contexto de la 14ª enmienda. Los principios del federalismo son aplicables aun en casos de violaciones a la 14ª enmienda para asegurar que los tribunales federales minimicen sus intromisiones en área de soberanía estadual. En ese sentido, los principios del federalismo deben ser considerados en la formulación de una solución en los casos institucionales.

c) La asignación de poder al interior del gobierno federal

La provisión constitucional sobre la división de poderes, estrictamente aplicable sólo en los casos de distribución de poder entre las tres ramas del gobierno federal[184], ha sido interpretada como una forma de restringir el Poder Judicial federal de una manera comparable con las restricciones establecidas en el contexto federal-estadual, anteriormente discutidas. En "Gilligan v. Morgan", la Corte[185] interpretó la doctrina de la cuestión política —una doctrina que limita el Poder Judicial a la luz de la separación de poderes[186]— como una restricción al Poder Judicial equitativo para supervisar las operaciones de las ramas políticas del gobierno federal. En "Gilligan", estudiantes de la Universidad del Estado de Kent, tras los disturbios y repercusiones de la confrontación de 1970, buscaron una sentencia declarativa y una orden judicial contra la Guardia

[180] Ver casos citados en nota 379.

[181] Ver, por ejemplo, "White v. Weiser" (1973); "Sixty-seventh Minnesota State Senate v. Beens" (1972).

[182] 426 US 385.

[183] En "O'Shea" la Corte consideró que se requeriría de un monitoreo judicial continuo de la performance del sistema local de justicia criminal, y que sería "inviable".

[184] Ver "Elrod v. Burns" (1976); "Baker v. Carr" (1962).

[185] 413 US 1 (1973).

[186] "Baker v. Carr" (1962).

Nacional de Ohio de manera de asegurar que su entrenamiento y dirección no promovieran el uso excesivo de la fuerza. A pesar de que la Corte podría haber desestimado el reclamo por otros motivos[187], se inclinó por la aserción de que la demanda suscitaba una cuestión política. Cualquier solución, aseguraba la Corte, necesitaría la "supervisión continua de un tribunal federal sobre el entrenamiento, armamento, y órdenes de la Guardia (Nacional), (...) abarcaría por tanto, áreas críticas de responsabilidad conferidas por la Constitución a las ramas legislativa y ejecutiva de gobierno[188]". La evaluación judicial de procedimiento y políticas alternativas para corregir los presuntos abusos excedería las competencias judiciales pues decisiones tan complejas y sutiles eran cuestiones discrecionales, apropiadamente conferidas a ramas del gobierno sujetas periódicamente a la rendición de cuentas y el escrutinio del electorado[189]". Dejando abierta la posibilidad de una resolución judicial en acusaciones específicas sobre conductas ilegales de personal militar, acusaciones que reducirían y enfocarían el rol judicial en próximas controversias, la Corte sostuvo que la demanda, en los términos en que estaba presentada, suscitaba una cuestión política no justiciable[190].

A la fecha, sólo unos pocos casos institucionales involucran órdenes judiciales federales sobre el mejoramiento de instalaciones federales[191], pero cualquier intento extensivo de disponer acciones ejecutivas o legislativas para mejorar operaciones federales, involucraría a los tribunales, al igual que "Gilligan", en la supervisión de cuestiones conferidas a la discreción de las ramas políticas de gobierno y suscitaría, por tanto, preguntas sobre los límites al Poder Judicial inherentes a la separación de poderes. De hecho, los límites al rol del Poder Judicial son tal vez más claramente comprendidos en el contexto federal; el Poder Judicial de requerir al Congreso que ejercite su poder de extraer dinero del Tesoro[192] o que el presidente "reasegure que las leyes sean ejecutadas fielmente[193]" de un modo prescripto por una orden judicial, parece claramente circunscripto a la discreción independiente de las otras ramas de gobierno en el ejercicio de sus poderes constitucionales. Así, los argumentos en pos de la expansión del Poder Judicial federal no llegan a apoyar la incursión judicial en el poder de las ramas coordinadas del gobierno federal[194].

[187] Cuatro jueces consideraron al caso discutible, 413 US 12; el juicio podría haber sido desestimado por "especulativo" bajo la doctrina de madurez tal cual empleada en "O'Shea v. Littleton" (1974) y "Rizzo v. Goode" (1976).

[188] 413 US 7.

[189] Ibíd., 10.

[190] Ibíd., 11-12.

[191] Ver casos citados en nota 19.

[192] Constitución de los Estados Unidos, art. I.

[193] Ibíd., art. II.

[194] Por ejemplo, el gobierno federal está excluido de la legislación propuesta sobre casos institucionales. Ver nota 386.

d) La undécima enmienda

La citada enmienda[195], apresuradamente aprobada para derribar la decisión de la Corte Suprema en "Chisholm v. Georgia[196]" sobre la susceptibilidad de un Estado de ser responsabilizado por su deuda en un tribunal federal, reafirmó la inmunidad de los Estados en juicios del ámbito privado, sin mediar el consentimiento del Estado, aplicable para juicios contra los Estados en tribunales federales[197]. Esta doctrina de inmunidad soberana ha sido invocada principalmente para restringir el Poder Judicial federal en el contexto de "Chisholm" —la presentación de una demanda privada contra el Tesoro público[198]. Y, por tanto, podría resultar relevante la determinación del alcance del Poder Judicial federal en la disposición de gastos estaduales en casos institucionales presentados por individuos privados. En el último período, sin embargo, la Corte Suprema desestimó en "Milliken v. Bradley[199]" la invocación de la undécima enmienda por parte de un Estado en su defensa frente a una orden judicial federal directa de destinar dinero para un fin determinado.

Comprender la decisión en "Milliken" requiere, por su parte, comprender el precedente de la undécima enmienda. Puesto que esta enmienda prohíbe al Poder Judicial federal hacer lugar a una demanda privada contra los Estados, la Corte advirtió que una lectura amplia de la enmienda restringiría severamente el Poder Judicial federal para proteger los derechos individuales contra una felonía del gobierno. Adoptó, por tanto, la ficción de que una acción contra un funcionario de gobierno no es una acción contra el Estado y, por ende, no está limitada por la inmunidad soberana[200]. Por consiguiente, la Corte infirió en "Ex parte Young[201]" que un intento por restringir la acción inconstitucional de un oficial del gobierno era sólo un límite al funcionario y no al Estado, y, por tan-

195 "El Poder Judicial de los Estados Unidos no será interpretado como extensivo a los litigios legales comenzados o presentados contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otros Estados, o por ciudadanos o sujetos de un Estado extranjero".

196 2 US (2 Dallas) 419 (1793).

197 La undécima enmienda ha sido interpretada como una clarificación de la intención del art. III de la Constitución, ver TRIBE, Laurence, "Intergovernmental Immunities in Litigation, taxation and Regulation: Separation of Powers Issues in Controversies About Federalism", *89 Harvard Law Review*, 683, 684-85 (1976). De la misma manera, a pesar del hecho de que la undécima enmienda en sí misma se aplica sólo a casos contra el Estado por ciudadanos de otros Estados o de Estados extranjeros, la Corte ha sostenido que la doctrina de inmunidad soberana protege al Estado contra juicios federales presentados por sus propios ciudadanos. "Hans v. Louisiana" (1890). La doctrina también protege al gobierno federal contra demandas no consentidas en los tribunales federales. Ver "Bator, Shapiro, Mishkin" y "Wechsler", Hart & Wechler's The Federal Courts and the Federal System 1339-51 (1977).

198 Ver TRIBE, Laurence, "Intergovernmental...", cit., ps. 686/88.

199 97 Supreme Court, 2749, 2761-62 (1977).

200 Ver "Osborn v. Bank of the United States", 22 US 738, 857 (1824). Ver JACOBS, Clyde E., "The eleventh amendment and sovereign immunity", Green Wood Press, Westport, Connecticut, 1974, ps. 99-105.

201 209 US 123 (1974).

to, no estaba vedado por la undécima enmienda. Pero tal como la Corte había reconocido antes[202], si se diera lugar a una demanda por el mero hecho de que el demandado es un funcionario y no el Estado en sí mismo, se daría por tierra con la doctrina de inmunidad soberana. Por este motivo, la Corte ha intentado determinar cuándo un juicio nominalmente contra un oficial gubernamental se trata realmente de un juicio contra el Estado, y, por tanto, prohibido por la undécima enmienda, y cuándo es nominal y efectivamente contra un funcionario, y consecuentemente admisible.

La delimitación no ha sido fácil. Por un lado, la Corte ha sostenido que una demanda privada por daños, cuando el monto establecido por la sentencia fuera pagado por el Estado, queda bloqueada por la inmunidad soberana incluso si los cargos fueran presentados nominalmente contra un funcionario de gobierno[203]. En este sentido, el caso testigo "Edelman v. Jordan[204]" sostuvo que la undécima enmienda impedía una demanda que procuraba recuperar retroactivamente beneficios de la Seguridad Social que el Estado había equívocamente negado a los demandantes, porque los pagos provendrían de los recursos generales del Estado. Por otro lado, la Corte en el fallo "Edelman" reconoció que no toda demanda con un impacto en el Tesoro público sería bloqueada por la undécima enmienda:

> Como en la mayoría de las áreas del derecho, la diferencia entre el tipo de solución impedido por la undécima enmienda y aquel permitido en "Ex parte Young" no será la misma que entre el día y la noche. La orden emitida en "Ex parte Young" no carecía totalmente de efectos sobre las arcas del Estado, puesto que la ley estadual que se conminó a hacer cumplir al fiscal general determinaba penalidades monetarias sustanciales para las vías ferroviarias que no se ajustaban a sus provisiones. En casos posteriores, este tribunal autorizó soluciones equitativas que probablemente hayan tenido mayor impacto sobre las arcas del Estado que las concedidas en "Ex parte Young".
>
> ... Pero las consecuencias fiscales para los presupuestos estaduales en estos casos eran el resultado necesario del cumplimiento de sentencias cuya naturaleza, de acuerdo a sus propios términos, era prospectiva. De manera de ajustar su accionar oficial a los mandatos del tribunal, los funcionarios deberían invertir dinero del presupuesto estadual, de otra manera, se les hubiera permitido continuar con su conducta previa. Este efecto secundario sobre el dinero público es una consecuencia permisible y a menudo inevitable del principio anunciado en "Ex parte Young", *supra*[205]".

"Milliken v. Bradley[206]" requirió de "Edelman" la interpretación de esta cita. En "Milliken", un tribunal de distrito federal ordenó a Michigan destinar

[202] "Governor of Georgia v. Madrazo" (1828). Ver JACOBS, Clyde E., "The eleventh...", cit., ps. 102/103.

[203] "Ford Motor Co. v. Department of Treasury" (1945).

[204] 415 US 651 (1974).

[205] Ibid., 667-68.

[206] *97 Supreme Court*, 2749 (1977).

dinero para apoyar programas específicos de educación con el fin de remediar la segregación inconstitucional en las escuelas públicas de Detroit. Un elemento crítico respecto de la cuestión de la undécima enmienda fue discernir si la corte en "Edelman" quiso decir que los efectos "secundarios" e "inevitables" sobre el Tesoro público no serían bloqueados por esta enmienda mientras que una orden directa contra el Tesoro sí lo sería, o, alternativamente, que una orden prospectiva no sería bloqueada, sin importar su efecto sobre el presupuesto público, pero que una orden retroactiva, como la presente en "Edelman", violaría la undécima enmienda. En "Milliken", la Corte adoptó esta última lectura, prospectiva-retroactiva, de "Edelman", confirmando, por tanto, la orden de la Corte de distrito que mandaba pagar por refuerzo escolar por ser decisión prospectiva, a pesar de su "impacto directo y sustancial en el presupuesto estadual[207]". Puesto que también son prospectivas, los fallos en los casos institucionales, por tanto, no serían bloqueados por la undécima enmienda según la interpretación en "Milliken".

Si la Corte en el caso "Milliken" hubiera aceptado, en cambio, la distinción directo-secundario presente en "Edelman", habría revocado la sentencia del tribunal federal con arreglo a la undécima enmienda; y presumiblemente los fallos en los casos institucionales habían sido igualmente inválidos. De hecho, que la Corte en "Milliken" se haya basado en la distinción entre órdenes prospectivas y retrospectivas es bastante irracional[208], y considerablemente menos plausible que una fundamentación basada en la distinción entre órdenes "secundarias" y "directas" contra el Tesoro público. Si la cuestión esencial bajo la undécima enmienda es si la demanda es "realmente" contra un funcionario de gobierno o contra el Estado, es difícil ver por qué es relevante el efecto prospectivo o retroactivo sobre el presupuesto. Si la sentencia afirmativa no requiere del funcionario demandado sino del Estado mismo, incluyendo a la Legislatura, la asignación de dinero, parece ser entonces un juicio contra el Estado aunque el dinero se destine al pago de demandas futuras o pasadas. Desde luego, es poco convincente sugerir que hasta incluso una orden negativa contra un oficial de gobierno no limita al Estado en sí mismo, pero la ficción de la que la demanda

[207] Ibíd., 2762.

[208] A pesar de que la Corte enfatiza la naturaleza prospectiva de la solución buscada (ibíd. 2762, nros. 21 y 22), no aclara por qué esa prospectiva importa. Sí dice que la solución en "Milliken", a diferencia de la solución de Edelman "no podría limpiar la pizarra de una sola pasada (ibíd., 2762), y no involucraba un raid de la ciudadanía por resarcimientos monetarios (ibíd., 2762, nro. 22). Estas explicaciones no serán tal vez más que reformulaciones de la distinción entre soluciones retrospectivas y prospectivas, pero podrían proveer una lógica para tal distinción.

Una solución retroactiva puede ser vista como el requerimiento inmediato del pago de fondos limitados —de "una sola vez"—, mientras que una solución prospectiva podría permitir el cumplimiento con el tiempo, dependiendo de las restricciones fiscales ("El mandato judicial, aquí introducido, no podría restablecer instantaneamente a las víctimas de la conducta ilegal a su condición previa", ibíd. 2762, nro. 21). Similar implicancia puede traducirse de "Edelman", 415 US, p. 666, nro. 11. Por otra parte, la Corte podría destacar que de "Milliken" no se derivan posibles pagos privados a personas, a pesar de que el destinatario del dinero sea una institución particular o local no es en absoluto clara. En ambos, "Milliken" y "Edelman", son las arcas del Estado las que se ven obligadas a desembolsar dinero a causa de una demanda privada.

es sólo contra el funcionario pierde toda credibilidad si se requiere de la acción afirmativa del Estado para cumplir con el fallo del tribunal. Por otro lado, si las restricciones sólo se aplican al funcionario y no se ordena ninguna acción afirmativa por parte del Estado, un impacto "secundario" e incidental en el Tesoro del Estado no volvería a la demanda una acción legal contra el Estado en sí mismo. El concepto mismo de efecto "secundario" implica que el Estado no está directamente involucrado en el juicio. En efecto, a diferencia de los fundamentos de la Corte basados en la distinción entre prospectivo y retroactivo, una distinción a propósito de la undécima enmienda fundada en la existencia o no de un mandato afirmativo sobre el presupuesto público, y no ya sobre un efecto monetario meramente incidental, es avalada tanto por antecedentes previos a dicha enmienda[209] como por las razones para la adopción misma de ella[210].

A pesar de la debilidad de la decisión en "Milliken" en su análisis sobre la undécima enmienda, el resultado del caso tiene mucho sentido, no sólo para el caso en particular, sino también para los casos institucionales. La dificultad de basarse en la undécima enmienda para obstruir mandatos de los tribunales federales sobre el Tesoro estadual reside en que las prohibiciones de la enmienda son absolutas, impidiendo al poder federal proveer soluciones bajo cualquier circunstancia. Tal rigidez es un estorbo para los ajustes en el balance de poder federal-estadual en casos constitucionales. En "Milliken", por ejemplo, la intromisión en la soberanía estadual a través de órdenes directas fue menor pues sólo había un monto trivial de dinero involucrado[211], mientras que la necesidad de esa intrusión para proteger los derechos federales era sustancial[212]. Puesto que el Estado ya había, de hecho, consentido el financiamiento de proyectos contra la segregación a un costo considerablemente mayor que el que estaba siendo litigado[213], impedir la provisión de soluciones judiciales, adicionales y necesarias, habría protegido la soberanía estadual sólo por una cuestión de prin-

209 El carácter inadmisible de las sentencias afirmativas fue originalmente enunciada en "Louisiana v. Jumel" (1883).

210 Los antifederalistas, desde luego, apoyaban a la enmienda como una protección para los Estados contra la interferencia federal injustificada. JACOBS, Clyde E., "The eleventh...", cit., p. 71, pero los federalistas también la apoyaban, pues reconocían la impracticabilidad de basarse en las soluciones judiciales como un medio de fortalecer el control nacional de los Estados. Hasta Alexander Hamilton argüía antes de la adopción de la Constitución misma, que los Estados no podrían ser demandados sin su consentimiento. *El federalista*, nro. 81, ps. 511/12 (B. Wright, 1961).

211 El costo, 5.8 millones de dólares, *97 Supreme Court*, p. 2764, era el 0,25% de los gastos en educación de Michigan en 1974. Ver Council of State Governments, *Book of the States*, 260-61 (1976-77).

212 Como el Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito notó, los efectos de la primera decisión de la Corte Suprema sobre el caso, "Milliken v. Bradley" (1974), ejecutando una solución interdistrital en pos de la integración escolar en el sistema educativo de Detroit, volvió a la eliminación de la segregación inconstitucional "extremadamente difícil (si no imposible)". "Bradley v. Milliken" (1976). Si la Suprema Corte hubiera desaprobado la solución en su segunda decisión, no habría habido solución aparente para la segregación inconstitucional.

213 *97 Supreme Court*, p. 2755, nro. 11, 2765.

cipios, y sin ninguna necesidad apremiante de hacerlo. Lo que es más, puesto que la distinción entre efectos directos y secundarios no es de modo alguno una definición en sí misma, y dado que el impacto financiero de estas dos órdenes puede ser a menudo equivalente, un prohibición llana de las órdenes directas que requieran de los Estados la ejecución de fondos simplemente engendraría ingenio judicial para arribar al resultado deseado de manera indirecta. Efectivamente, muchas sentencias judiciales presentadas en términos negativos tienen en realidad un impacto positivo sobre los fondos públicos, pero no están obstruidas por la undécima enmienda pues no son vinculantes en forma[214]. Sería más sensato distinguir órdenes permisibles por el alcance de su peso financiero o su naturaleza intrusiva, y no ya en función de su forma, pero el análisis de la undécima enmienda no permite a los tribunales hacerlo. Finalmente, decidir la admisibilidad de una disposición judicial federal sobre gastos gubernamentales en función de la undécima enmienda requeriría la aceptación de todo el derecho vinculado a esta última, con consecuencias bastante indeseables. Por ejemplo, la Corte decidió ya en 1890 que la protección de la undécima enmienda no comprende las subdivisiones políticas del Estado, como ciudades y condados[215]. Por tanto, estrictamente como una cuestión de la undécima enmienda, los tribunales federales podrían ordenar cualquier tipo de solución afirmativa contra las principales ciudades de este país, incluso si los Estados estuvieran exceptuados de tales soluciones. Aun así, en "Milliken" el efecto financiero de la orden judicial sobre Detroit fue considerablemente más serio que el impacto sobre el Estado[216]. A pesar de que uno esté tentado de argüir contra la continua viabilidad de esta extraordinaria anomalía del derecho de la undécima enmienda[217], la regla fue unánimemente reafirmada el pasado período[218].

A pesar de que el test retroactivo-prospectivo afirmado en "Milliken" permite a las órdenes, en los casos institucionales, resistir los embates de la undécima enmienda, por sí mismo no vuelve a las órdenes admisibles sin mayor análisis. La undécima enmienda es sólo una barrera a un disposición federal sobre el gasto estadual. Como se discute arriba, cualquier disposición de este tipo afectará varios e importantes intereses —federalismo, el proceso democrático,

[214] Ver "Goldberg v. Kelly" (1970), "Shapiro v. Thompson" (1969). Y ver también "Edelman v. Jordan" (1974) (desaprobando los pagos retroactivos hechos en Shapiro).

[215] "Lincoln County v. Luning" (1890).

[216] "Bradley v. Millien" (1976).

[217] El involucramiento del Estado en las finanzas de los gobiernos locales era prácticamente inexistente hacia 1890, mientras que hoy día el total nacional del los ingresos recaudados por los gobiernos locales aumenta un 62% gracias a la ayuda estadual (2 Advisory Common on Intergovernmental Relations, Significant Features Of Fiscal Federalism 1976-1977, p. 58 [1977]). Por tanto, cualquier impacto fiscal en los presupuestos locales inevitablemente tiene un impacto correspondiente en el Tesoro estadual. Asimismo, las protecciones del federalismo se aplican a ciudades tanto como a Estados, como la Corte dejó en claro en "Nacional League of Cities v. Usery" (1976).

[218] "Mt. Healthy School District Board of Education v. Doyle" (1977).

y, en algunos casos, la asignación de poder al interior del sistema federal—. En sus propias decisiones con efecto sobre el Tesoro público, la Corte Suprema ha reconocido la necesidad de adaptar cuidadosamente las órdenes judiciales federales a la luz de estos intereses[219]. Es el énfasis de la Corte Suprema sobre las limitaciones judiciales al modelar soluciones equitativas, sobre el cual este artículo se vuelca ahora.

IV. PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA Y LOS CASOS INSTITUCIONALES

La Corte Suprema ha confirmado al Poder Judicial federal en el establecimiento de cargas financieras adicionales a los gobiernos, particularmente en casos vinculados a los derechos de acusados criminales y aquellos donde se ordena la integración en escuelas públicas. También ha avalado otras órdenes significativas requiriendo, o volviendo insoslayable, la acción ejecutiva o legislativa, notablemente en los casos de escuelas y en los de redistribución de la representación legislativa. Al hacerlo, sin embargo, la Corte ha sido mucho más solícita de los intereses identificados en la parte III de este artículo que los tribunales federales inferiores en los casos institucionales. Como resultado, ninguna orden de tribunales federales aprobada por la Corte Suprema ha sido tan invasiva en la toma democrática de decisiones local como las órdenes en esos casos. La parte 1 de esta sección está diseñada para sustanciar estas aserciones comparando los casos de la Corte Suprema, incluyendo sus dos casos institucionales, con las órdenes de los tribunales inferiores en los casos institucionales. La parte 2 documentará luego el creciente reconocimiento de la Corte de la legitimidad del interés estadual en evitar aumentos en sus gastos, incluso cuando se lo embate con fundamentos constitucionales. Estas dos secciones proveerán la base para las modificaciones propuestas a las órdenes de los tribunales inferiores presentadas en la parte V de este artículo.

a) Acción gubernamental ordenada por la Corte Suprema

1. Acceso a la justicia

La primera expansión del Poder Judicial por la Corte Suprema para incluir la disposición de incrementos en los gastos del gobierno tuvo lugar en 1956 en "Griffin v. Illinois[220]". Los acusados criminales indigentes aseveraron en "Griffin" que la incapacidad de Illinois de proveerles con transcripciones de su juicio, necesarias para una apelación efectiva de la condena, violaba el debido proceso y las cláusulas de igualdad ante la ley de la decimocuarta enmienda. La

[219] Para una discusión de estos factores en "Milliken", ver notas 271-76.

[220] 351 US 12 (1956).

Corte Suprema asintió, sosteniendo que "(a) los acusados destituidos debe proveérseles recursos de apelación tan adecuados como los de aquellos acusados que tienen suficiente dinero para comprar transcripciones[221]".

Ninguna promulgación legislativa fue abatida en "Griffin". Ninguna norma proveyó transcripciones a los ricos pero no a los pobres; los ricos pagaron por sus propias transcripciones. El *quid* de la violación constitucional no era la acción, sino la inacción estadual ilegítima. Dado que fue la ausencia de un subsidio gubernamental adecuado para las transcripciones lo que se declaró inconstitucional[222], el único remedio posible para la violación constitucional era la creación por el Estado de un programa que pusiera tales transcripciones a disposición de los acusados indigentes. El Estado así lo hizo, a un costo anual de $ 250.000 dólares[223].

No es sorprendente que esta acción afirmativa surgiera del primer caso histórico de la Corte Suprema sobre la protección constitucional de los pobres. En la medida en que la protección constitucional de los pobres se basa en una noción de que el Estado tiene como deber el proteger a los pobres de ciertos peligros en una sociedad desigual[224], como el peligro de no ser efectivamente capaz de presentar una apelación, el Estado puede proteger a los pobres sólo gastando dinero. Así, cuando en 1963 en "Douglas v. California[225]" la Corte extendió su protección a los pobres requiriendo que se proporcionara asesoría en la apelación, el efecto del fallo de la Corte fue una vez más un incremento en los presupuestos gubernamentales en todo el país para la defensa de los indigentes.

La mayoría de los casos sobre discriminación de la riqueza, sin embargo, no disponen aumentos en los gastos del gobierno para la protección de los pobres[226]. En cambio, la protección constitucional más común de los indigentes es la exención de algunos de los cargos gubernamentales por ciertos de sus servicios, como los impuestos per cápita[227] o las tasas administrativas[228]. Tal res-

[221] Ibíd., 19.

[222] Illinois distribuyó transcripciones gratuitas sólo en casos capitales y en aquellos que suscitaban cuestiones constitucionales. En "Griffin", la Corte sostuvo que también se las requería en otros casos (ibíd., 14-15).

[223] ALLEN, Francis A., "'Griffin v. Illinois': Antecedents and Aftermath", *25 University of Chicago Law Review*, 151, 161, nro. 38 (1957).

[224] Ver MICHELMAN, Frank Y., "The Supreme Court 1968 Term - Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteeenth Amendment", *83 Harvard Law Review*, 7, 9 (1969); TRIBE, Laurence, "Unraveling national...", cit.

[225] 372 US 353 (1963).

[226] Por ejemplo, en "Tate v. Short" (1971), la Corte declaró inconstitucional una provisión de Texas que limitaba el castigo de ciertas ofensas al pago de una multa que, para aquellos incapaces de pagarla, se convertía en encarcelamiento. La Corte sostuvo que ese esquema discriminaba inconstitucionalmente contra los pobres, pero no aumentó las obligaciones financieras de los Estados. De hecho, el encarcelamiento de un indigente por no pagar multas "le achaca al Estado el costo de alimentarlos y acogerlo por el período de su reclusión" (ibíd., 399).

[227] Ver "Harper v. Virginia Board of Elections" (1966).

[228] Ver "Boddie v. Connecticut" (1971); "Smith v. Bennett" (1961); "Burns v. Ohio" (1959).

tricción a la elección del gobierno de los métodos de financiamiento de sus programas, que también tiene lugar, por ejemplo, cuando un impuesto estadual es invalidado por configurar una carga para el comercio interestadual[229], tiene un impacto significativamente menor en la discrecionalidad ejecutiva o legislativa que el requerimiento de un aumento en elementos específicos del presupuesto del gobierno. El gobierno, tal vez, tenga que reasignar la carga que representa el financiamiento de sus programas, pero no un mandato judicial de acción legislativa o ejecutiva. La invalidación de un método de recaudación es simplemente una declaración judicial tradicional de invalidez, involucrando sólo una restricción negativa a la discreción legislativa que de otra manera no sería revisada[230]. De todos los casos que involucran la protección de los indigentes, sólo dos clases de casos imponen un requerimiento afirmativo de acción legislativa: aquellos en la línea de "Griffin", que requieren el subsidio de transcripciones o sus equivalentes[231], y aquellos en la línea de "Douglas", que requieren la provisión de asesoría o su equivalente[232]. A la luz de su impacto afirmativo, la Corte Suprema ha limitado cuidadosamente la intervención en la toma de decisiones locales permitidas en estas dos clases de casos.

La particularidad de "Griffin" y "Douglas" reside en el hecho de haber requerido fondos adicionales para aspectos específicos de la provisión de una adecuada defensa criminal, pero supusieron sólo un paso moderado más allá del concepto general de que los Estados están obligados a proveer un juicio justo a cualquier precio, o enfrentar un revés de la Corte Suprema[233]. En efecto, "Griffin" y "Douglas" no revocaron una orden federal vinculante requiriendo acción estadual, sino que simplemente revocaron las decisiones de los tribunales estaduales interpretando los requisitos constitucionales para apelaciones criminales. Al igual que otras revocaciones de sentencias estaduales que puedan haber causado un incremento en los gastos locales, como las derogaciones rutinarias de las sentencias criminales, no involucraron órdenes directas de acción ejecutiva o legislativa. En "Griffin", la Corte reconoció el impacto vinculante implícito de su fallo, pero simplemente estableció que "(e)stamos seguros que el Estado proveerá reglas correctivas...[234]". La ausencia de confrontación con las autoridades

229 FREUND, Paul - HOWE, Mark - BROWN, Ernest, *Constitutional Law: cases and other problems*, Little Brown, Boston, 1977; "Development in the Law - Federal Limitations on State Taxation of Interstate Business", *Harvard Law Review*, vol. 75, nro. 5, marzo 1962, p. 953

230 Ver notas 114-17.

231 Por ejemplo, "Mayer v. City of Chicago" (1971); "Roberts v. Lavallee" (1967); "Draper v. Washington" (1963). Ver también "United States v. MacCollon" (1076) (transcripciones gratuitas no requeridas en procedimientos de hábeas corpus); "Britt v. North Carolina" (1971) (el Estado proveyó un sustituto adecuado de las transcripciones).

232 Por ejemplo, "Bounds v. Smith" (1977) (biblioteca de derecho para los reclusos de una prisión). Ver también "Ross v. Moffit" (1974) (asesoría no requerida en apelaciones discrecionales).

233 "Miranda v. Arizona" (1966); "Mapp v. Ohio" (1961).

234 352 US 20.

estaduales fue subrayada por el énfasis de la Corte en la considerable flexibilidad legislativa en la formulación de las acciones correctivas necesarias. Específicamente, la Corte no requirió que las transcripciones fueran adquiridas en caso que involucrara a un acusado indigente; sino que permitía a los Estados encontrar otros medios de proveer adecuados y efectivos recursos para la apelación[235].

El énfasis de la Corte en la flexibilidad local fue profundizado en más detalle en "Draper v. Washington[236]". Fuera de la provisión de transcripciones, los métodos para asistir a los indigentes en la preparación de una apelación serían aceptables, indicaba la Corte,

> Si elevan ante la Cámara de Apelaciones un reporte equivalente de los hechos en tela de juicio de los cuales surge el desacuerdo del apelante. Una declaración de hechos acordada por ambas partes, una declaración narrativa completa basada en las actas del jurado tomadas durante el juicio o en las notas no transcriptas del taquígrafo, pueden ser sustitutos adecuados, tan válidos como un transcripción. Además, en algunos casos, todas las transcripciones taquigráficas o parte de ellas no serán importantes en la consideración de la apelación, y en tales circunstancias no se requerirá del Estado que gaste sus fondos innecesariamente... (E)l hecho de que un apelante con dinero elija gastarlo incluyendo en las actas toda la transcripción no significa que el Estado deba malgastar sus fondos proveyendo lo que es innecesario para un adecuado recurso de apelación[237].

Similarmente, aunque "Douglas" requería asesoría de apelación, no impedía a los Estados la posibilidad de limitar sus gastos recurriendo, en la medida de lo posible, a abogados voluntarios[238]. La Corte ha limitado aún más el impacto de sus requisitos en materia de asesoría y transcripciones al reducir los tipos de procedimientos en los que deben ser proveídas. La Corte, por tanto, ha rechazado extender sus requerimientos de asesoría a las apelaciones discrecionales estaduales o las solicitudes de autos de avocación a la Corte Suprema[239], y ha limitado las situaciones que requieren transcripciones sosteniendo que no deben ser presentadas en los procedimientos federales de hábeas corpus[240].

En "Bounds v. Smith[241]", la Corte Suprema recientemente entendió en los casos de asesoría y transcripción al consentir la sentencia de un tribunal de

[235] Ibíd.

[236] 372 US 487 (1963).

[237] Ibíd., 495-96.

[238] "Douglas", al igual que "Griffin", no limitó la flexibilidad estadual en el cumplimiento de sus obligaciones en tanto se proveyera asesoramiento. El disenso en "Douglas" ha argüido, sin embargo, que requerir asesoramiento sería en sí mismo demasiado restrictivo de la flexibilidad estadual puesto que, a diferencia de los casos de transcripciones, no habían sustitutos adecuados. La Corte ha intentado, de hecho, encontrar la manera de incentivar sustitutos al asesoramiento pago, al menos en casos de hábeas corpus; "Johnson v. Avery" (1969).

[239] "Ross v. Moffit" (1974).

[240] "United States v. Malcolm" (1976).

[241] 97 Supreme Court (1977).

distrito obligando a Carolina del Norte a proveer una biblioteca legal para los prisioneros estaduales con el propósito de asegurar la protección del "derecho constitucional de acceder a la justicia" de los prisioneros[242]. "Bounds" constituyó un caso inusual de defensa a indigentes en tanto no involucraba la revisión de la interpretación de la Constitución de un tribunal estadual, sino de un fallo de un tribunal de distrito federal que disponía la acción estadual[243]. Pero la Corte enfatizó, al igual que en "Griffin", que los Estados deberían tener un amplio margen para evaluar los métodos empleados para proveer el requerido acceso constitucional, e incluso incentivó la "experimentación local[244]". De hecho, el sistema de biblioteca propuesto en "Bounds" fue sugerido por el Estado mismo, y era considerablemente menos extensivo —y caro— que aquel por el que los demandantes bregaban[245]. En "Bounds", la Corte reconoció que la viabilidad económica era un factor apropiado a considerar en la elección entre las alternativas posibles[246], y sugirió a otros Estados una amplia variedad de alternativas disponibles para el cumplimiento de su obligación constitucional, algunas de las cuales —como los abogados voluntarios o los estudiantes de derecho— no requerían gasto estadual alguno[247]. Por tanto, "Bounds" no amplió significativamente las demandas al Tesoro estadual ni limitó la flexibilidad del Estado para cumplir con ellas.

"Griffin, Douglas", y "Bounds", entonces, suponen una intrusión en la toma democrática de decisiones local considerablemente más limitada que los fallos en los casos institucionales. La Corte no diseñó una lista detallada de requerimientos que el Estado debía proveer, independientemente del costo, con el propósito de satisfacer los estándares constitucionales, como es comúnmente el caso en los casos institucionales[248], sino que enfatizó la flexibilidad y la experimentación local. La Corte no estableció estándares de calidad que necesitaran de la supervisión judicial continua de su cumplimiento: no requirió una clase mínima de transcripciones, ni un ratio mínimo de asesorías, ni una calidad mínima de bibliotecas —de hecho, ni siquiera una biblioteca—. La Corte simplemente articuló en términos generales los estándares constitucionales que las localidades deberían alcanzar y les permitió diseñar su acatamiento en función de las circunstancias y presupuestos locales. Tal enfoque evita la necesidad del control judicial de las funciones de los gobiernos locales para asegurar la observancia de los estándares judiciales. En síntesis, puesto que los costos vin-

[242] Ibíd., 1494.

[243] La Corte no tomó nota de esta distinción.

[244] Ibíd., 1500.

[245] Ibíd., 1493-94.

[246] Ibíd., 1496.

[247] Ibíd., 1499-50. Recientemente, una tribunal de distrito se negó a requerir al Estado la creación de una nueva biblioteca, pues consideró que ya había asistencia legal estadual a prisioneros adecuada a los requisitos de "Bounds v. Smith" (1977).

[248] Ver, por ejemplo, los casos citados en las notas 21 y 49-70.

culantes e insoslayables son relativamente bajos[249], estos casos probablemente causen un pequeño impacto en la administración democrática del gobierno, y dado que la intrusión judicial federal es limitada, apenas si se requieren ciertos controles injustificados de la toma de decisiones estadual.

2. Los casos de integración

La implementación de la decisión de la Corte Suprema en "Brown v. Board of Education[250]", declarando inconstitucional la segregación *de iure* en las escuelas públicas, produjo la más dramática confrontación entre el Poder Judicial federal y las autoridades locales y estaduales de los tiempos modernos. Pero una lectura cuidadosa de las decisiones de la Corte Suprema en este área demuestra sus esfuerzos por minimizar la interferencia judicial en la operación de los sistemas escolares locales. La base del enfoque de la Corte al hacer valer su decisión en "Brown" fue anunciada el año siguiente en "Brown II[251]":

> La implementación completa de estos principios constitucionales puede requerir la solución de varios problemas en escuelas locales. Las autoridades escolares tienen la responsabilidad primaria de elucidar, abordar, y resolver estos problemas; los tribunales deberán considerar si la acción de las autoridades escolares constituyen la implementación de buena fe de los principios constitucionales rectores...
>
> Al crear y efectuar (sus) sentencias, los tribunales serán guiados por principios equitativos. Tradicionalmente la equidad ha sido caracterizada por una flexibilidad práctica en el desarrollo de soluciones y por una facilidad de ajustar y reconciliar necesidades públicas y privadas. Estos casos llaman al ejercicio de estos atributos tradicionales del poder de la equidad...[252].

La preferencia de la Corte por la responsabilidad local en el diseño de la integración en los sistemas escolares, realizada de buena fe, su insistencia en la "flexibilidad práctica[253]" de los tribunales, y su requerimiento de "rapidez deliberada[254]", en vez de la ejecución inmediata de su mandato, reflejan su voluntad de permitir a los concienzudos consejos locales determinar la naturaleza y coordinación de la solución a la violación constitucional a la luz de las dificultades prácticas involucradas.

Por más de una década, sin embargo, la Corte revisó casos concernientes no ya a los intentos de acatamiento de buena fe, sino al desafío masivo al "mínimo requerimiento de 'Brown': el cese de la segregación a través del

[249] Ver nota 233.
[250] 347 US 483 (1954).
[251] 349 US 294 (1955).
[252] Ibíd., 299-300.
[253] Ibíd., 300.
[254] Ibíd., 301.

cumplimiento de la ley[255]". La Corte fue categórica en su falta de voluntad para confiar en que la toma de decisiones locales permitiera el rechazo a la integración[256]. En "Griffin v. Prince Edward County School Board[257]", por ejemplo, el condado había intentado evitar la integración cerrando sus escuelas públicas y financiando escuelas privadas para niños blancos. Con el propósito de reparar esta provocación, la Corte dijo que, "El Tribunal de Distrito puede, si es necesario para prevenir aún más la discriminación racial, requerir que los supervisores ejerciten su poder de recaudar fondos adecuados para reabrir, operar, y mantener sin discriminación racial un sistema escolar público en el condado de Prince Edward semejante al operado en otros condados de Virginia[258]".

Nada en la opinión de la Corte sugiere que el ejercicio de semejante intervención afirmativa en los asuntos locales sería apropiada, y menos rutinaria, en un caso en el cual la resistencia a un fallo de la Corte fuera menos absoluta. Más bien, la Corte en "Griffin", frustrada por cada obstrucción al mandato constitucional[259], sencillamente procuró dejar en claro que se requería a las localidades que ejercieran su poder para lograr la integración.

En 1968, la Corte consideró apropiado el Poder Judicial sobre una localidad que había adoptado un plan que pretendía cumplir con los requisitos de "Brown". En "Green v. Country School Board[260]", la Corte rechazó por inadecuada la apertura del sistema escolar del condado a todos los estudiantes sobre la base de la libertad de elección, sosteniendo que la abolición de la segregación en las escuela requería más que sólo poner fin a la segregación legal. "A los consejos escolares como el demandado, que operaran sistema duales", decía la Corte, "se les encomendó la tarea afirmativa de tomar todas las medidas necesarias para convertirse a un sistema unitario en el cual se eliminen las ramas y raíces de la discriminación racial[261]". Pero mientras que en "Green" la Corte dejó en claro que la integración debe incluir medidas afirmativas para desmantelar el sistema escolar segregado, no buscó alterar el rol de los tribunales federales ni el consejo escolar local, como se enuncia en "Brown II", en el diseño e implementación de esa integración. La cuestión era si el consejo escolar actuó de buena fe al proveer una solución "lo más pronto posible" y, de ser así, el tribunal federal aceptaría el plan como efectivo[262]. De hecho, dado que el condado de New Kent logró instaurar un sistema escolar integrado (el tema en litigio en "Green") a

[255] BICKEL, Alexander M., *The Supreme Court and the idea of progress*, Harper & Row, Nueva York, 1970, p. 126.

[256] Ver "Cooper v. Aaron" (1958).

[257] 377 US 218 (1964).

[258] Ibíd., 233. Este caso engendró el primer disenso de la Corte respecto de un caso de integración. Ver ibíd., 234.

[259] Ver ibíd., 226, 229.

[260] 391 US 430 (1938).

[261] Ibíd., 437-38.

[262] Ibíd., 439.

través de una nueva división en zonas de los patrones de asistencia escolar[263], no es de esperarse un nuevo desplazamiento judicial del poder local una vez que el estándar legal sea clarificado.

Tres años después, en "Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education[264]", la Corte procuró ahondar en la clarificación del rol apropiado de la justicia federal en los casos de integración. Mientras que la Corte intentó asegurar un amplio Poder Judicial federal en la creación de una solución para la segregación por "omisión[265]" de las autoridades escolares, reconoció que "había límites[266]" a ese Poder Judicial. Por lo tanto, analizó el fallo del tribunal de distrito en cuestión para determinar si era "razonable, viable y factible[267]". Al hacerlo, la Corte interviniente en "Swann" respaldó el poder del tribunal de distrito para invalidar la decisión del recalcitrante consejo escolar en la determinación de lo que era necesario para desmantelar el sistema dual, pero no requirió el cumplimiento inmediato a pesar del problema práctico involucrado. Como resultado, la Corte aprobó la orden del tribunal de distrito que disponía un incremento del transporte de escolares a escuelas públicas fuera de su zona mayor al que pretendía el consejo local, pero sólo tras considerar que las disposiciones del fallo se ajustaban "a la capacidad de la autoridad escolar[268]" y que los autobuses extra requeridos "podrían obtenerse fácilmente[269]". En términos de la estructura escolar, la Corte enfatizó la importancia de las decisiones estructurales respecto de la segregación escolar, pero notó, al mismo tiempo, la complejidad de los factores que el consejo escolar debía considerar antes de tomar una decisión semejante[270]. Consecuentemente, sólo requirió que los tribunales y los consejos escolares aseguraran que las políticas estructurales no perpetuaran ni establecieran un sistema dual, un requisito que dista de autorizar a un tribunal de distrito a ordenar una nueva estructuración escolar cuando sea que lo crea necesario para lograr la integración[271]. En efecto, debido a las características particulares del caso, la revisión de la Corte en "Swann" sobre el apropiado Poder Judicial federal en los casos de integración escolar es bastante limitada. No lidió con una orden del tribunal de distrito objetada por un consejo escolar por cuestiones de viabilidad y no ya de política, ni con un fallo relacionado al intento de un consejo escolar de cumplir "de buena fe" con los requerimientos para la integración.

263 Ver GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*..., cit., p. 725.

264 402 US 1 (1971).

265 Ibíd., 16.

266 Ibíd., 28.

267 Ibíd., 31.

268 Ibíd., 30.

269 Ibíd., 30, nro. 12.

270 Ibíd., 20-21.

271 Pero, comparar "Hamilton v. Landrieu" (1972) (La Corte dispuso la construcción de un nuevo hospital penitenciario).

Más recientemente, en "Milliken v. Bradley[272]", la Corte confirmó la sentencia de un tribunal de distrito que mandaba a Michigan proveer fondos para el refuerzo escolar, no sólo a partir de los fundamentos de la undécima enmienda discutidos antes[273], sino también como un ejercicio justo de discreción equitativa. Al hacerlo, la Corte enfatizaba la naturaleza limitada de la intervención judicial en la toma de decisiones locales. El Estado, que accedió a financiar proyectos considerablemente más caros que los que había presentado ante la Corte, apenas podía oponerse a una carga fiscal relativamente menor impuesta por la sentencia del tribunal de distrito sobre la base de la impracticabilidad o la inviabilidad[274]. Además, el Consejo de Educación de Detroit había propuesto el requerimiento de los elementos involucrados en el litigio mismo, e incluso había incentivado al tribunal de distrito a dictar esa sentencia, presumiblemente como un medio para obtener fondos estaduales para los ajustados presupuestos de las escuelas de la ciudad[275]. Así, "Milliken" no presentó un caso de excesiva, ni resistida intrusión en las operaciones del sistema escolar local. Al confirmar la orden del tribunal de distrito, la Corte pareció alejarse de su línea usual para distinguir los hechos en "Milliken" de un caso que invadió más seriamente la autoridad local:

> Tampoco encontramos otra razón para creer que en este caso se haya abusado del poder equitativo amplio y flexible del tribunal. El rol establecido de las autoridades escolares locales se mantuvo intacto, y el remedio ha sido efectivo...
>
> Tampoco el fallo anula los principios del federalismo. El tribunal del distrito no ha intentado reestructurar las entidades gubernamentales locales ni disponer un método o estructura particular de financiamiento local o estadual.
>
> ...El tribunal del distrito, en cambio, ha hecho cumplir adecuadamente las garantías de la decimocuarta enmienda en consistencia con nuestros propios argumentos, y de una manera que no atenta contra la integridad de la estructura ni de las funciones del gobierno local y estadual[276].

El efecto acumulativo de los casos de integración está lejos de autorizar la interferencia judicial federal ilimitada en la toma de decisiones locales para asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional. En efecto, veinticuatro años después de "Brown", los casos parecen demostrar un reconocimiento extraordinariamente paciente de la necesidad de responsabilidad local y de las restricciones prácticas que las localidades enfrentan para lograr la observancia del mandato constitucional. La confianza de la Corte en las nociones de "flexibilidad práctica", "rapidez deliberada", "viabilidad", y "practicidad", están en agudo contraste con los fallos dictados en los casos institucionales. Ningún

[272] *97 Supreme Court*, 2749 (1977).
[273] Ver notas 199-207.
[274] Ver *97 Supreme Court*, 2755, 2765, nota 211.
[275] Ver *97 Supreme Court*, 2764.
[276] Ibíd., 2761, 2763.

fallo de la Corte Suprema en los casos de integración escolar ha amenazado con cerrar las escuelas del Estado a menos que se cumpla inmediatamente con los estándares constitucionales independientemente del costo. En cambio, la Corte ha procurado consistentemente adjudicar a las autoridades locales la responsabilidad primaria en el diseño y la coordinación de la observancia, siempre que lo hicieran de "buena fe". Incluso cuando las autoridades locales estuvieron en infracción, la Corte ha tratado de limitar su rol judicial. A pesar de que los tribunales federales han revocado importantes políticas escolares para asegurar la observancia de la Constitución, sólo una pequeña porción de las políticas educativas ha sido reemplazada por órdenes judiciales. En ninguno de los fallos sobre integración, consentidos por la Corte, han invadido los tribunales el rol establecido de las autoridades locales en virtualmente cada aspecto fundamental de la política escolar, el rol casi ejecutivo de los tribunales federales inferiores en los casos institucionales[277]. Finalmente, por intrusivo que sea un fallo sobre integración, el rol judicial federal en la política educativa tiene un final. Toda vez que un distrito escolar ha logrado la integración, la Corte ha sostenido que el tribunal de distrito ha "cumplido su función acabadamente" y ya no son necesarios otros procedimientos[278]. En contraste, si las instituciones deben mantener un mínimo de servicios prescriptos constitucionalmente, ese mínimo, impuesto por los tribunales federales, durará a perpetuidad. Cada presupuesto futuro —de hecho, cada decisión administrativa relevante sobre mantenimiento, recursos humanos, o tratamiento en las instituciones— puede involucrar una supervisión judicial a efectos de determinar si la institución está manteniendo la cantidad y calidad de los servicios requeridos constitucionalmente. En términos del alcance y la duración del involucramiento de un tribunal federal en la administración del gobierno local, los casos institucionales —particularmente en vista de su insistencia en la observancia sin reparar en costos— excede el rol judicial aprobado por la Corte Suprema en los casos de integración.

3. Los casos de redistribución de la representación legislativa

A pesar de que los casos de redistribución de la representación legislativa no comprenden la asignación de recursos gubernamentales, son relevantes aquí pues involucran a los tribunales federales en una intervención dramática sobre la toma democrática de decisiones a nivel local. En "Reynolds v. Sims[279]", habiendo declarado inconstitucionales las distribuciones legislativas estaduales en cuestión, la Corte enfatizó que "la redistribución de la representación es primeramente un asunto reservado a la consideración y determinación legislativa, y que una solución

[277] Esto no quiere decir que los juzgados federales de primera instancia no han ejercido poderes comparables con aquellos ejercidos en casos institucionales y en casos de integración escolar no examinados por la Corte Suprema.

[278] "Pasadena Board of Education v. Spangler" (1976).

[279] 377 US 533 (1964).

judicial sólo es apropiada cuando la Legislatura no logra redistribuir las bancadas con arreglo a los requisitos constitucionales federales en tiempo y forma luego de haber tenido la oportunidad de hacerlo[280]". Más significativamente, la Corte no autorizó a los tribunales federales a disponer la acción legislativa afirmativa para promulgar un nuevo plan distributivo si la legislativa fallaba en su actuación. En cambio, sugirió la solución apropiada aprobando la decisión del tribunal del distrito, en ese caso, de emitir un plan temporario dependiendo de la acción legislativa, un plan "con un propósito reconocidamente provisional de manera de no usurpar la responsabilidad primaria de la Legislatura sobre la redistribución de la representación[281]". La Corte ha sostenido que un fallo judicial de un tribunal de distrito disponiendo la promulgación de un plan particular de redistribución de la representación era inaceptable, por cuanto limitaba "la libertad de elección para concebir sustitutos de un plan de redistribución de la representación que fue considerado inconstitucional[282]" del Estado.

La solución estándar para el fracaso legislativo en la redistribución se ha vuelto, entonces, la emisión de un plan provisional por parte de un tribunal federal[283]. Esto es, desde luego, un recurso extraordinario, pero es considerablemente más acotado que ordenar a la Legislatura que actúe, o forzar la acción legislativa presentando una opción —equivalente al cierre de las prisiones en los casos institucionales[284]— que no es viable. Por indeseable que sea para los legisladores competir como candidatos de distritos diseñados por la justicia, esta opción puede resultarles preferible a concebir una solución por ellos mismos. Incluso hoy en día algunas Legislaturas no han pasado un plan constitucional de redistribución de la representación[285]. La Corte ha sido capaz de adoptar la

[280] Ibíd., 586; ver "Maryland Comm'n for Fair Representation v. Tawes" (1964).

[281] 377 US 586.

[282] "Burns v. Richardson" (1966).

[283] La Corte Suprema nunca ha autorizado una orden judicial federal requiriendo acción legislativa, pero, al mismo tiempo, la Corte jamás ha indicado que una acción semejante sería errónea.

[284] Ver notas 87-91.

[285] Por ejemplo, la distribución legislativa en Mississippi fue invalidada en 1962, "Connor v. Johnson" (1966) y, después de que ninguna redistribución legislativa ocurriera, el tribunal de distrito adoptó su propio plan para las elecciones de 1967, "Connor v. Johnson" (1967). Un intento legislativo subsiguiente para la redistribución fue declarado inconstitucional, "Johnson v. Connor" (1971), por lo que el tribunal de distrito formuló una vez más un plan para las elecciones de 1971. Ese plan fue la base para las elecciones de 1971 por limitaciones de tiempo, a pesar de la decisión de la Corte Suprema, que declaraba que violaba estándares constitucionales. A pesar de esta decisión, la Legislatura adoptó con modificaciones menores el plan del tribunal de distrito de 1971 como permanente, una decisión aprobada por el tribunal de distrito, "Connor v. Waller" (1975), pero revocada por la Corte Suprema. Entonces, el tribunal de distrito formuló otro plan temporario para las elecciones de 1975 y, bajo otra orden de la Corte Suprema, "Connor v. Coleman" (1976), adoptó un plan para las elecciones de 1979. En el último período, en "Connor v. Finch" (1977), la Corte Suprema lo declaró inconstitucional y, en su decisión más reciente, instó al tribunal de distrito —no a la Legislatura— a diseñar expeditivamente un plan constitucionalmente aceptable. Ibíd., 1839.

opción de tener tribunales y no Legislaturas que produzcan y emitan planes de redistribución legislativa pues han podido hacerlo sin que los primeros parezcan estar promulgando legislación. A diferencia de los efectos de la legislación, el público no está regulado por la adopción de un plan de redistribución de la representación, ya que no tiene interés legal en las líneas que demarcan los distritos electorales, en tanto y en cuanto el sufragio en sí mismo no se vea perjudicado[286]; sólo los legisladores son el objeto de la acción judicial. De hecho, en vez de minar la naturaleza democrática de la legislación, una acción judicial de este tipo está diseñada para promover el control popular del gobierno[287]. Los tribunales se apartan aún más de la posibilidad de actuar como Legislaturas en tanto emiten sus planes sin siquiera enfrentar los tipos de presiones políticas y otras consideraciones que las Legislaturas deberían tener en cuenta; los tribunales sólo se basan en criterios matemáticos[288]. Así, los tribunales han sido capaces de asegurar una redistribución legislativa relativamente veloz de la manera menos invasiva posible en los intereses legislativos o democráticos.

Para limitar aún más la intervención judicial federal comprendida en la redistribución legislativa, la Corte Suprema ha limitado el poder de los tribunales de distrito incluso en la adopción de sus propios planes, al requerir que se evite la interferencia excesiva en las responsabilidades estaduales. En "Minnesota State Senate v. Beens[289]", por ejemplo, la Corte revocó la sentencia de un tribunal de distrito que procuraba, como parte de un plan de provisión de redistribución de la representación, reducir sustancialmente el número de senadores y representantes estaduales, sosteniendo que una reducción semejante anulaba una política estadual válida sobre el tamaño de la Legislatura. De similar manera, en "White v. Weiser[290]" la Corte revocó la sentencia del tribunal de distrito que ordenaba elecciones bajo un plan cuando otro, más aceptable para el Estado, también cumplía con los requerimientos constitucionales. La Corte señaló que "el tribunal de distrito no debía adelantarse ni reemplazar la labor legislativa ni interferir en las políticas del Estado más de lo necesario[291]".

Los casos institucionales no admiten un método comparable a la opción de generar soluciones judiciales en lugar de ordenar recursos legislativos. El dinero sólo puede ser recaudado por la Legislatura. Un intento judicial de imponer por sí misma un gravamen, a pesar de haber sido sugerido como solución una

[286] Ver "United Jewish Organizations of Williamsburg v. Carey" (1977).

[287] "Reynolds v. Simms" (1964).

[288] En el último período, la Corte enfatizó que los tribunales, a diferencia de la Legislatura, no tiene autoridad para reconciliar las políticas estaduales en pugna relativas a la distribución de las bancadas legislativas, por lo que deben ejercer su poder "circunspectamente" ("Connor v. Finch" [1977]). Esa circunspección es posible si se basa en criterios matemáticos ("Mahan v. Howell" [1973]).

[289] 206 US 187 (1972).

[290] 412 US 783 (1973).

[291] Ibíd., 795.

vez[292], jamás ha sido implementado; una acción semejante resulta completamente ajena como ejercicio del Poder Judicial. Imponer un impuesto —al igual que la redistribución del presupuesto[293]— supondría la promulgación judicial de legislación y requeriría la consideración judicial de todas las complejidades que son normalmente responsabilidad de la Legislatura. La confiscación y venta de propiedad estadual[294] tampoco resulta plausible, particularmente pues el uso de bienes de capital para financiar costos fijos decretados permanentes es un método inadecuado, e incluso irresponsable, de financiamiento gubernamental. A pesar de los intentos de un tribunal de distrito[295], la acción legislativa para encontrar el dinero necesario para costear las órdenes judiciales no puede ser evitada. Asimismo, la implementación de las órdenes, una vez que se ha obtenido el dinero, sólo puede ser llevada a cabo por el Ejecutivo. Asignar un tutor no sólo para supervisar la observancia sino para ejercer el Poder Ejecutivo de efectuarla, aunque fuera un ejercicio permisible del Poder Judicial, sólo podría ser un recurso temporario[296]. La administración de prisiones e instituciones mentales no puede ser removida de la rama ejecutiva de gobierno. Por lo tanto, de implementarse el mandato constitucional en los casos institucionales, los tribunales deben decidir cuán apropiadamente asegurar el ejercicio afirmativo de los poderes Legislativo y Ejecutivo en pos de ello.

4. Los casos institucionales en la Corte Suprema

A la fecha, la Corte Suprema se ha expedido sólo sobre dos casos que suscitan las cuestiones involucradas en los casos institucionales, y estas sen-

[292] En "Virginia v. West Virginia" (1918), Virginia ganó 12 millones de dólares contra West Virginia y solicitó a la Corte Suprema una sentencia que ordenara a la Legislatura de West Virginia recaudar los impuestos necesarios para pagar el juicio. La Corte analizó la cuestión de si debería dirigir y supervisar por sí misma la imposición del impuesto, sin contar con la acción de West Virginia, pero dejó la cuestión irresuelta. Decidió, en cambio, no intervenir en el caso, sino dar a la Legislatura tiempo para considerar la imposición de un gravamen, y dar también tiempo al Congreso, que también tenía poder de actuar, para considerar la legislación apropiada. Ibíd., 604-605. West Virginia pagó voluntariamente. Ver "Enforcement of Judicial Financing Orders: Constitutional Rights in Search of a Remedy", *59 Georgia Law Review*, 393, 395-99 (1970). En efecto, muchos tribunales han negado detentar el poder de imponer gravámenes. Ver, por ejemplo, "Jones v. Wittenberg" (1971), "Jones v. Metzger" (1972).

[293] La Corte sugirió en "Wyatt v. Aderholt" (1974) que un posible remedio podría ser prohibir a los "funcionarios estaduales la autorización de gastos para funciones estaduales no esenciales, alterando así el presupuesto estadual" ("Wyatt v. Aderholt" [1974], 1317).

[294] Esto, también, fue una sugerencia en "Wyatt v. Aderholt", cit.

[295] "Welsch v. Likins" (1974).

[296] El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito recientemente sostuvo que el rol apropiado de un tutor sería el de "observar y reportar sus observaciones a la Corte, sin autoridad para intervenir en las operaciones diarias de la prisión". "Newman v. Alabama" (1977) (énfasis en el original). De hecho, los tutores asignados a casos institucionales no han estado involucrados generalmente en la implementación de órdenes por ellos mismos, sino simplemente en la supervisión de esas órdenes, en nombre de la Corte. Ver "New York State Ass'n for retarded Children, Inc. v. Carey" (1976); "Davis v. Watkins" (1974). Ver nota 22.

tencias son importantes no por lo que deciden sino por lo poco que deciden. En "O'Connor v. Donaldson[297]", el demandante, que había sido involuntariamente internando en un hospital mental del Estado de Florida por casi quince años, alegó que los funcionarios de la institución lo habían privado inconstitucionalmente de su libertad al negarle el derecho al tratamiento. La Cámara de Apelaciones del Quinto Circuito presagió su histórica decisión ese mismo año en el fallo "Wyatt v. Aderholt[298]", y sostuvo que el demandante tenía "el derecho constitucional a recibir un tratamiento individual que le diera una oportunidad razonable de curarse o mejorar su condición mental[299]". Si tal derecho existiera, se requerirían cambios masivos en las instituciones, como demuestra "Wyatt[300]", a pesar de que el Quinto Circuito no lo requiriera porque el demandante, quien había sido externado de la institución, buscaba un resarcimiento por daños de parte de los funcionarios. La decisión de la Corte Suprema, sin embargo, evitó la crítica cuestión de si había un derecho al tratamiento. En cambio, la Corte enfatizó que no se había hecho esfuerzo alguno por curar la enfermedad de "Donaldson" y que él no era ni peligroso ni incapaz de sobrevivir en libertad. Es decir, no había una razón válida para privarlo de su libertad. Por tanto, "Donaldson" había iniciado acciones en virtud de la violación de sus derechos constitucionales simplemente porque se le había negado su libertad sin justificación. Puesto que, de acuerdo con la visión de la Corte, "Donaldson" podría y debería haber sido externado, no se suscitaron cuestiones vinculadas al derecho al tratamiento. Las obligaciones afirmativas, impuestas a las instituciones, sólo son necesarias para aquellos que no pueden ser externados.

En "Donaldson", por tanto, la Corte Suprema evitó cualquier indicio de responsabilidad financiera de parte del Estado e incluso evadió la promulgación de una doctrina constitucional que de otra forma ordenaría mayores gastos gubernamentales en las instituciones mentales. De hecho, como subrayando la estrechez de su posición, la Corte pareció alejarse de su línea usual al negar el efecto de la decisión de la Cámara de Apelaciones[301].

En "Estelle v. Gamble[302]" la Corte Suprema se expidió sobre un caso relativo a las condiciones carcelarias tan estrechamente como lo había hecho en "Donaldson". Estelle, un recluso de la prisión de Texas, alegó que ciertos funcionarios de la prisión no le habían brindado un tratamiento médico apropiado para las heridas sufridas en la cárcel, y los demandó por daños. La atención inadecuada brindada a Estelle puede haberse debido al hecho de que el sistema

[297] 422 US 563 (1975).

[298] 503 F2d 1305 (Quinto Circuito 1974).

[299] 493 F2d 507, 520 (Quinto Circuito 1974).

[300] Ver notas 21-33.

[301] "Por necesidad nuestra decisión, en ausencia de la expedición del Tribunal de Apelaciones, priva a la opinión de ese tribunal de efecto precedente, resultando la opinión y juicio de esta Corte como única ley de este caso", 422 US 577, nro. 12.

[302] 429 US 97 (1976).

penitenciario de Texas había contado, en diversas ocasiones, con sólo tres médicos para atender a 17.000 prisioneros[303], pero la Corte no sugirió ningún tipo de cuidado médico mínimo que fuera necesario brindar a los prisioneros como una cuestión de derecho constitucional. En cambio, sostuvo que un tratamiento médico inadecuado constituiría un castigo cruel, inusual e inconstitucional sólo si hubiera habido "indiferencia deliberada a las necesidades médicas de los prisioneros[304]". A pesar de los serios defectos en el tratamiento de Estelle, la Corte sostuvo que, aunque este último pudiera constituir una mala praxis médica bajo la ley de agravios del Estado, un tratamiento negligente no constituía una violación constitucional. Así, como en "Donaldson", "Estelle" articuló un estándar constitucional que no creó ninguna obligación sobre el Estado de mejorar sus instalaciones. La responsabilidad de los funcionarios estaduales, como cuestión constitucional, era simplemente no causar daños deliberadamente, deber que se cumplió a pesar de que la prisión no contaba con el personal necesario[305]. Sólo el juez Stevens, en disidencia, arguyó que un estándar constitucional semejante era inapropiado y que debería requerirse un estándar mínimo de asistencia médica[306].

La resistencia hasta la actualidad de la Corte Suprema a adoptar la línea de los tribunales federales inferiores al ocuparse de las insuficiencias en el nivel de atención provisto en las instituciones, podría explicarse por el hecho de que lo casos, de la manera en que se han presentado, no lo han ameritado[307]. Pero la Corte puede también haber evitado ese terreno por su reticencia a adoptar el tipo de soluciones afirmativas que los casos en primera instancia prevén.

b) La relevancia del costo en la toma de decisiones constitucionales

A pesar de que la Corte Suprema ha limitado el impacto afirmativo de sus recursos judiciales para evitar la excesiva interferencia judicial federal en la toma de decisiones locales[308], nunca ha abordado específicamente la importancia de limitar el impacto judicial en el presupuesto público en la delineación de soluciones judiciales apropiadas para las violaciones constitucionales. En los casos en los que se define el alcance de la protección constitucional provista por las cláusulas de debido proceso y equidad, sin embargo, la Corte ha lidiado directamente con la pro-

303 Ibíd., 110, nro. 2 (Stevens en disidencia).

304 Ibíd., 104.

305 Por la detención el reclamo fue desestimado. "Gamble v. Estelle" (Quinto Circuito 1977).

306 429 US, p. 116, nro. 13 (Stevens en disidencia).

307 "Estelle", por ejemplo, no requirió que la Corte decidiera que constituiría la "indiferencia deliberada" del Estado al fallar en financiamiento adecuado de las instituciones, o, de hecho, si ese sería el estándar adecuado en los casos institucionales. Si algún tipo de intento debiera ser probado antes de responsabilizar al Estado de las condiciones institucionales, varios de los casos institucionales no serían capaces de alcanzar ese estándar constitucional. Comparar "Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation" (1977) y "Washington v. Davis" (1976) con la nota 91.

308 Ver notas 220-307.

tección de los intereses económicos del gobierno, no sin algunas inconsistencias. En general, no obstante, este tipo de casos ha demostrado la voluntad de la Corte de reconocer el interés del gobierno por evitar incrementos en los gastos, incluso en la formulación de estándares constitucionales.

1. El procedimiento en los casos de debido proceso

El fallo "Goldberg v. Kelly[309]", que prescribió los procedimientos requeridos antes del cese de los pagos de la Seguridad Social, propició la primera oportunidad para que la Corte Suprema se expidiera sobre la relevancia del costo en la toma de decisiones constitucionales. Su declaración fue ambigua. Un año después de "Goldberg", la Corte lo interpretó en "Bell v. Burson[310]" como una negación del significado de un impacto en el Tesoro público[311]. Pero la Corte que intervino en "Goldberg", antes de definir los procedimientos requeridos por el debido proceso, buscó demostrar que "el Estado no carece de herramientas para minimizar... (el) incremento en los costos[312]". La Corte argüía que la utilización de recursos fiscales y administrativos dispuesta por sus requerimientos procedimentales podrían ser reducidos, entre otros métodos, a través de un uso hábil del personal. Por tanto, sólo tras reconocer el interés en la economía, la Corte, influenciada tal vez por lo que creía era el modesto alcance del impacto económico que disponía, consideró que los intereses que procuraba proteger superaban "claramente" la preocupación del Estado por el aumento en sus gastos[313]. Desde entonces, poca atención se ha prestado a este intento de análisis de costos en "Goldberg". En cambio, se ha hecho una lectura muy amplia del caso, como la disidencia del juez Burger, que advirtió que "las nuevas capas de protección procedimental pueden convertirse en un drenaje intolerable de los propios fondos destinados para alimentos, vestimenta, u otros bienes esenciales[314]".

En los años posteriores a "Goldberg", no obstante, la Corte mantuvo un enfoque dual sobre la cuestión de la carga fiscal. Citando a "Goldberg" para denigrar el significado de la cuestión en "Bell v. Burson", la Corte casi simultáneamente la reconoció, sin hacer alusión a "Goldberg", en "Richardson v. Perales[315]", un caso que limitaba la necesidad de médicos para atestiguar en audiencias sobre discapacidad. En "Richardson", la Corte afirmó que el costo de tal requerimiento, "a pesar de no ser decisivo", era un factor pragmático

[309] 397 US 254 (1970).
[310] 402 US 535 (1971).
[311] Ibíd., 540-41.
[312] 397 US 266.
[313] Ibíd.
[314] Ibíd., 284 (Burger en disidencia).
[315] 402 US 389 (1971).

que merecía mención[316]. En casos subsiguientes, donde los costos se juzgarían insignificantes, la Corte simplemente citó a "Goldberg" y "Bell v. Burson" para respaldar que "estos costos ordinarios no pueden superar el derecho constitucional[317]". Cuando los costos involucrados fueran significativos, sin embargo, como en la cuestión de si la asesoría legal era necesaria en las audiencias de libertad condicional, la Corte sería pragmática y omitiría referirse a "Goldberg":

> Ciertamente, el proceso de toma de decisiones será prolongado, y el costo financiero para el Estado —de la asignación de asesoría legal, de la asesoría para el Estado, de registros más amplios, y de la posibilidad de la revisión judicial— no será insustancial.
>
> En algunos casos, estas modificaciones en la naturaleza de la audiencia deben ser sostenidas y los costos afrontados... Pero el debido proceso no es tan rígido como para requerir qué intereses significantes en informalidad, flexibilidad y economía deben ser siempre sacrificados[318].

En los últimos años, el reconocimiento de la Corte del significado de los costos ha aumentado, y, en vez de intentar hacer una lectura estrecha de "Goldberg", virtualmente ha eliminado cualquier referencia al caso[319]. En cambio, se ha aceptado el énfasis del juez Burger en su disidencia en "Goldberg" a propósito de la compensación entre costos del programa y costos administrativos. Incluso en los casos que amplían la protección del debido proceso de los procedimientos, como "Goss v. López[320]", la Corte ha limitado los requerimientos procedimentales pues reconoció que requerimientos más estrictos podrían "al desviar recursos, costar más de lo que se ahorraría con la efectividad (de los programas)[321]". El creciente reconocimiento por parte de la Corte del impacto de sus decisiones relativas al debido proceso de los procedimientos sobre la asignación legislativa de recursos entre costos administrativos y costo del programa, puede apreciarse mejor en los dos casos más importantes sobre debido proceso de los procedimientos, "Mathews v. Eldridge[322]" e "Ingraham v. Wright[323]".

En "Matthews", la Corte decidió el alcance de los requerimientos procedimentales ordenados constitucionalmente antes del cese de los beneficios por discapacidad de la Seguridad Social, un punto vinculado a la cuestión en "Goldberg" sobre los requerimientos procedimentales requeridos antes de la terminación de los beneficios de los fondos públicos asistenciales. Al distinguir este último caso, la Corte sostuvo que no se requerirían vistas de causas previas para

316 Ibid., 406.

317 "Fuentes v. Shevin" (1972).

318 "Gagnon v. Scarpelli" (1973).

319 Una excepción reciente ocurrió en "Carey v. Population Services Int'l" (1977).

320 419 US 585 (1975).

321 Ibid., 583.

322 424 US 319 (1976).

323 430 US 651 (1977).

los beneficiarios por discapacidad, en parte pues el apremio económico tras la terminación y la necesidad de salvaguardas adicionales para asegurar la equidad y fiabilidad de la terminación eran menores para los beneficiarios por discapacidad que para los beneficiarios de los fondos asistenciales[324]. La Corte luego consideró un factor final, que catalogó como "interés público[325]", al determinar las salvaguardas apropiadas del debido proceso. Al hacerlo la Corte proveyó la más extensiva declaración, a la fecha, de la relevancia de mayores costos para los estándares constitucionales:

> La carga más visible (de una vista de causa previa) sería el mayor costo que resulta del aumento en el número de audiencias y el gasto de proveer beneficios a beneficiarios inelegibles a la espera de una decisión. Nadie puede predecir el alcance del aumento... Las partes presentan diversas estimaciones sobre los probables costos financieros adicionales. Sólo necesitamos decir que la experiencia en la constitucionalización de los procedimientos del gobierno sugiere que el costo adicional, en términos de cargas monetarias y administrativas, no sería insustancial.
>
> El costo financiero no tiene un peso decisivo en determinar si el debido proceso requiere una salvaguarda procedimental particular que preceda algunas decisiones administrativas.
>
> Pero el interés del gobierno, y por ende el del público, en conservar los escasos recursos financieros y administrativos, es un factor que debe ser sopesado. En algún punto, el beneficio de una salvaguarda adicional para el individuo afectado por una acción administrativa y para la sociedad en términos de mayores garantías de que la acción es justa, puede ser superado por el costo. Notablemente, el costo de proteger a aquellos a quienes el proceso administrativo preliminar ha identificado como susceptibles de ser encontrados indignos de ayuda puede al fin salir del bolsillo de quienes sí son dignos, en tanto los recursos disponibles para cualquier programa de asistencia social no son ilimitados[326].

La Corte pareció insinuar más en "Mathews v. Eldridge" cuando requirió que los costos fueran "sopesados", que en "Goldberg" cuando consideró que el ahorrar costos estaba "superado" por otros intereses. Los costos parecen ahora tener un mayor peso, pero la Corte no ha intentado definir cómo saber cuánto pesan o cómo ese peso puede compararse con otros intereses en pugna. Pero el hecho de que la importancia de las consideraciones sobre el ahorro de costos ha aumentado quedó demostrado en "Ingraham v. Wrights[327]".

En el fallo "Ingraham", la Corte, habiendo decidido que la protección contra el castigo corporal en las escuelas era un interés constitucionalmente protegido, sostuvo que la disponibilidad de recursos judiciales estaduales contra los castigos excesivos proveía una protección constitucionalmente adecuada de esos

[324] 424 US 335/47.
[325] Ibíd., 347.
[326] Ibíd., 347-48.
[327] 430 US 651 (1977).

intereses. En un claro alejamiento de casos previos[328], la Corte rechazó requerir cualquier procedimiento federal por cuanto consideró que cualquier ganancia incremental de un procedimiento semejante no justificaría su costo. Recurriendo al lenguaje de "Mathews", arriba citado, de que "en algún punto" la necesidad de salvaguardas sería superada por el costo, en "Ingraham" la Corte estableció que "en este caso ese punto se ha alcanzado[329]". El margen de error, a la luz de las salvaguardas existentes, era mínimo, dijo la Corte, pero la imposición de salvaguardas procedimentales "también supondrían una intrusión significativa en un área de responsabilidad primaria institucional[330]". Incluso la disidencia estuvo de acuerdo en que se debía alcanzar un balance, aunque consideró que el margen de error era mayor, y a la invasión en el proceso disciplinario "exagerada[331]". Así, la mayoría y la disidencia en "Ingraham" pareció discrepar no sólo en la importancia del costo de los procedimientos en la definición de los requerimientos constitucionales, sino también en cuáles serían los costos. Si, luego, "en algún punto" los costos son tales que afectan la definición de los requerimientos del debido proceso, uno podría esperar que, también "en algún punto", afectaran la naturaleza de los recursos judiciales apropiados para las violaciones del debido proceso. La razón de la relevancia del costo en cualquier caso es la misma: disponer mayores costos para el gobierno afecta la asignación de sus recursos finitos.

2. Los casos de igualdad ante la ley

La Corte Suprema también ha considerado el impacto potencial en los costos gubernamentales relevantes a sus casos de igualdad ante la ley. La Corte es generalmente reticente a revocar, recurriendo a los fundamentos de la igualdad ante la ley, cualquier decisión legislativa vinculada a la asignación de recursos gubernamentales[332]. Refiriéndose a la distribución de fondos de la asistencia social en "Dandridge v. Williams[333]", la Corte observó:

> (L)os complejos problemas económicos, sociales, e incluso filosóficos presentados por los programas públicos de asistencia social no son tarea de esta Corte... (L)a Constitución no otorga a esta Corte el poder de ser una alternativa a los funcionarios públicos a quienes se confió la difícil responsabilidad de asignar los limitados fondos públicos de asistencia social entre la miríada de potenciales beneficiarios[334].

[328] Ver ibíd., 696-97 (White en disidencia).

[329] Ibíd., 682.

[330] Ibíd.

[331] Ibíd., 700 (White en disidencia).

[332] La Corte enfatizó recientemente la peculiar deferencia dada a los juicios legislativos en materia de asignación presupuestaria. Ver "Matthewss v. De Castro" (1976).

[333] 397 US 471 (1970).

[334] Ibíd., 487.

Como parte de esta deferencia hacia la discreción legislativa en la asignación presupuestaria, la Corte ha reconocido que el deseo del gobierno de evitar un incremento del gasto puede explicar su decisión de excluir a algunas personas de los programas del gobierno. La legitimidad de su interés era, en parte, la base para el aval de la Corte en "Dandridge" al tope máximo de subsidios asistenciales de Maryland, a pesar de que encontró otras razones plausibles para la norma estadual[335]. Más significativamente, en "Geduldig v. Aiello[336]", frente a un ataque fundado en la igualdad ante la ley, la Corte confirmó la exclusión de los beneficios a embarazadas de un programa gubernamental de discapacidad, exclusión exclusivamente fundada en el deseo del gobierno de minimizar los costos del programa. El gobierno había creado un programa autosuficiente de discapacidad en "Geduldig", y su intención de evitar los subsidios, trasladar el aumento de los costos del programa a sus suscriptores, o reducir otros beneficios de manera de incorporar beneficios a las embarazadas era suficiente en sí misma, según la Corte, para justificar la exclusión de esos beneficios[337]. En esta misma línea, en "Weinberg v. Salfi[338]", la Corte confirmó la adopción por parte del Congreso de un criterio de elegibilidad como prerrequisito para percibir pensiones por viudez, considerando que la decisión legislativa era una válida "determinación sustantiva de que los recursos limitados no estarían bien utilizados si se tomaran decisiones individuales en cada caso[339]". Citando a "Geduldig", en el fallo "Salfi", la Corte avaló la determinación de ahorrar dinero sin requerir una justificación de la elección de ese método particular por sobre cualquier otro[340].

A pesar de que el interés del gobierno por limitar sus gastos es significativo en casos que demandan sólo una toma de decisión gubernamental "racional[341]", ese interés tiene menos peso cuando los esfuerzos por economizar afectan in-

335 Ver ibid., 486-87.

336 417 US 484 (1974).

337 Ibíd., 496. La Corte rechazó la opinión de que se requería un mayor examen alegando que la exclusión discriminaba a las mujeres en base al sexo. Ibíd., 496, nro. 20.

338 422 US 749 (1975).

339 Ibíd., 784.

340 Ibíd., 785.

341 La Corte no ha sostenido aún que el gobierno puede proteger sus fondos excluyendo al beneficio o beneficiario que elija, incluso en casos en los cuales la decisión del gobierno está sujeta sólo al escrutinio judicial para determinar su racionalidad. Pero en el último período, en "Ohio Bureau of Employment Services v. Hodory" (1977), la Corte, reconociendo el interés del gobierno por su integridad fiscal como una razón para negar beneficios de desempleo a los huelguistas, sugirió que la cuestión estaba aún abierta.

Está claro que la protección de la integridad fiscal del fondo (del seguro de desempleo) es una preocupación legítima del Estado. No necesitamos considerar si sería "racional" para el Estado proteger el fondo a través de medidas aleatorias, como la eliminación de la cobertura a todas las personas con un número impar de letras en sus apellidos. Aquí la limitación de la responsabilidad remite a las razones consideradas racionales anteriormente, y la necesidad de esta limitación incuestionablemente provee al interés legítimo del Estado requerido en la ecuación de igualdad ante la ley.

"Ohio Bureau of Employment Services v. Hodory" (1977), 431 US 471

tereses fundamentales o resultan en una asignación "sospechosa" de fondos, engendrando un mayor escrutinio judicial. En "Shapiro v. Thompson[342]", por ejemplo, la Corte invalidó el requisito de un año de residencia para recibir beneficios de la Seguridad Social como una violación inconstitucional al derecho de viajar. La Corte notó que el requisito de residencia estaba diseñado para inhibir, a quienes necesitaban ayuda, de ingresar al Estado, como un objetivo diseñado al menos en parte para limitar el impacto de los costos de la Seguridad Social en el Tesoro público. La Corte declaró:

> Reconocemos el interés válido de un Estado por preservar la integridad fiscal de sus programas. Puede legítimamente intentar limitar sus gastos, sea para la asistencia pública, la educación pública, o cualquier otro programa. Pero un Estado no puede lograr ese objetivo por medio de injustas distinciones entre clases de ciudadanos. No podría, por ejemplo, reducir el gasto en educación excluyendo a los niños indigentes de sus escuelas. De igual manera, en los casos ante nosotros, quienes apelan deben hacer más que mostrar que negar beneficios sociales a los nuevos residentes ahorra dinero. El ahorro de costos en materia de asistencia social no puede justificar una clasificación injusta[343].

En la misma línea, en "Memorial Hospital v. Maricopa County[344]", la Corte invalidó el requisito de un año de residencia como condición para la hospitalización, un requisito diseñado en parte para proteger el presupuesto público, a pesar de que aquí la Corte intentó demostrar que "los dichosos ahorros fiscales bien podrían ser ilusorios[345]".

"Shapiro" y "Maricopa County" indican, pues, que en casos que requieren escrutinio judicial especial, la Corte, a pesar de reconocer como una preocupación legítima el interés del gobierno por limitar sus gastos, no permitirá que ese interés sea determinante. El impacto de esos casos ha sido limitado, sin embargo, por dos hechos subsecuentes. Primero, "Maher v. Roe[346]", al confirmar la constitucionalidad del rechazo del gobierno a destinar fondos de Medicaid para abortos, estrechó la categoría de casos que requieren el escrutinio de una decisión gubernamental de limitar sus gastos. La Corte en "Maher" aplicó sólo un test de racionalidad al rechazo del gobierno a pagar por el ejercicio del derecho constitucional al aborto, infiriendo que tal reticencia a pagar por servicios disponibles en el sector privado no "penaliza" el derecho a obtener esos servicios[347]. La Corte distinguió entre "Shapiro" y "Maricopa County", diciendo que en esos casos el

[342] 394 US 618 (1969).

[343] Ibíd., 633.

[344] 415 US 250 (1974).

[345] Ibíd., 265. La disidencia comentaba: "A pesar de lo valioso que pueda ser una análisis calificado de costos... esta clase de juicios ha sido tradicionalmente conferida a las Legislaturas..." (ibíd., 287) (Rehnquist en disidencia).

[346] *97 Supreme Court*, 2376 (1977). Para una discusión más amplia de "Maher", ver notas 98-101.

[347] *97 Supreme Court*, 2382-83, 2385.

gobierno negó todos los fondos de la Seguridad Social a quienes ejercían sus derechos constitucionales, en vez de resistirse a pagar por el ejercicio del derecho en sí mismo. Así como el gobierno podía negarse a pagar boletos de autobús en los casos vinculados al derecho a viajar, la Corte argüía, podía resistirse a pagar por abortos[348]. Si está prohibido negar todos los beneficios sociales a quienes se hacen un aborto, esa prohibición penalizaría el ejercicio del derecho[349]. La Corte en "Maher" prosiguió hasta considerar racional que el gobierno excluyera los servicios de aborto y, a pesar de que no creía en la economía del gobierno como justificación, estaba claramente menos inclinada a examinar una decisión sobre el gasto que una decisión regulatoria[350]. El resultado en "Maher", luego, limita considerablemente la obligación del gobierno de proveer el financiamiento necesario para el ejercicio de derechos protegidos constitucionalmente.

La segunda, aún más significativa, limitación del alcance del escrutinio judicial en las decisiones sobre la asignación de fondos ha tenido lugar en aquellos casos que tratan la asignación "sospechosa" de fondos. Los casos que se ocupan del poder del gobierno para categorizar beneficiarios de fondos públicos por género e ilegitimidad sugieren que el interés del gobierno por economizar puede tener un peso más significativo que el reconocido en "Shapiro"; si el gobierno no procura excluir a un grupo del acceso a ciertos fondos públicos, como en el caso del derecho a viajar, sino que sólo diferencia a partir de criterios económicos el tratamiento que da al grupo afectado del que da a otros, la distinción puede ser avalada.

La negación absoluta de fondos a un sexo —como la negación absoluta a quienes han ejercitado su derecho a viajar— viola la cláusula de igualdad ante la ley, al menos si está basada en generalizaciones "arcaicas y sobredimensionadas" sobre las diferencias entre los sexos[351]. Luego, en "Weinberger v. Wiesenfeld[352]", la Corte tachó de inconstitucional la negación de beneficios de la Seguridad Social al viudo de una beneficiaria que le eran provistos a una viuda de un beneficiario[353]. Ni siquiera se avanzó en la presentación de argumentos sobre la necesidad del gobierno de limitar costos para justificar la exclusión de viudos varones. Tales argumentos, sin embargo, han sido presentados como un intento de justificar el requerimiento a una mujer de que pruebe la dependencia de su marido para poder calificar para los beneficios de un programa, aunque un hombre no debe probar la dependencia de su esposa. En "Frontiero v. Ri-

[348] Ibid., 2383, nro. 8.

[349] Ibíd.

[350] Comparar "Maher" con "Carey v. Population Services Int'l" (1977) (La Corte aplicó un convincente interés estadual al considerar inconstitucional una norma de Nueva York que regulaba la distribución y promoción de anticonceptivos).

[351] "Schlesinger v. Ballard" (1975).

[352] 420 US 636 (1975).

[353] Comparar "Weinberger v. Wiesenfeld" con "Califano v. Webster" (1977) (avalando la exclusión de varones del acceso a beneficios económicos sobre la base de que la exclusión estaba diseñada para compensar a las mujeres como grupo por la discriminación económica del pasado).

chardson[354]", la Corte invalidó esa diferenciación basada en el género por estar fundada en una distinción estereotipada entre los sexos. La pluralidad, sin embargo, a pesar de tratar al sexo como una clasificación sospechosa a los efectos de la igualdad ante la ley, sugería que el argumento económico, avanzado por el gobierno, podría haber cambiado el resultado de haberse presentado la evidencia suficiente:

> El gobierno no ofrece evidencia concreta, no obstante, tendiente a avalar su visión de que tal tratamiento diferencial ahorra al gobierno dinero alguno. Para satisfacer las demandas del estricto examen judicial, el gobierno debe demostrar, por ejemplo, que es realmente más barato otorgar mayores beneficios con respecto a todos los miembros varones, que determinar cuáles tienen derecho a esos beneficios y otorgar esos beneficios sólo a aquellos miembros cuyas esposas cumplen con el requisito de dependencia. Aquí, sin embargo, hay evidencia sustancial de que, si fueran evaluadas, muchas de las esposas no calificarían para los beneficios. Y a la luz del hecho de que la determinación de dependencia con respecto a los esposos de miembros mujeres está hecha sobre la base de declaraciones juradas, y no ya a través de los procesos más costosos de audiencias, la explicación del gobierno sobre el esquema estatutario es, cuanto menos, cuestionable[355].

Esta nueva proposición de que el ahorro real del gobierno pueda validar una clasificación sospechosa fue calificada por la declaración adicional de que, en cualquier caso, la sola conveniencia administrativa no podría justificar la clasificación basada en el sexo[356]. Pero en "Califano v. Goldfarb[357]", el precedente "Frontiero", reconociendo el interés del gobierno en la economía, fue reafirmado por cinco miembros de la Corte. "Goldfarb", como "Frontiero", invalidó, con argumentos fundados en la igualdad ante la ley, una diferenciación sexual que requería de un hombre, pero no de una mujer, que probara la dependencia real de su esposa. Cuatro declararon que "la única justificación concebible" para una clasificación semejante era que ahorra tiempo, dinero, y esfuerzos al gobierno; como en "Frontiero", dijeron, tal conveniencia administrativa no había sido verificada por el gobierno y, en todo caso, no justificaría la discriminación implicada[358]. Los cuatro disidentes discreparon, declarando que la conveniencia administrativa justificaría una clasificación fundada en el sexo en la asignación de fondos de la seguridad social siempre y cuando no se negara completamente a un sexo el acceso a los fondos y el interés del gobierno en la economía estuviera de hecho satisfecho por la clasificación[359]. El juez Stevens, a cargo del voto decisivo, estuvo de acuerdo con los disidentes en que la lógica de la convenien-

[354] 411 US 677 (1973).
[355] Ibíd., 689-90.
[356] Ibíd., 690-91.
[357] 430 US 199 (1977).
[358] Ibíd., 217.
[359] Ibíd., 234-38 y n. 7 (Rehnquist en disidencia).

cia administrativa podría justificar la distinción en cuestión, pero coincidió con el resto en que el interés del gobierno por la economía no quedaba satisfecho por la diferenciación en "Goldfarb[360]". Luego, la mayoría de la Corte en "Goldfarb" parece haber aceptado el precedente "Frontiero" que afirma que un ahorro real puede justificar al menos algunas clasificaciones fundadas en el sexo que afecten la dispersión de fondos públicos.

La posición del juez Stevens y los cuatro disidentes en "Goldfarb" es consistente con la posición de la Corte sobre las clasificaciones basadas en la ilegitimidad, como ellos mismos reconocieron[361]. A pesar de que la Corte declaró inconstitucional la exclusión de una clase de beneficios, ilegítimos, compensatorios para trabajadores[362] o beneficios de la Seguridad Social[363], en "Mathews v. Lucas[364]" confirmó una provisión que exceptuaba a todos menos a un grupo específico de niños ilegítimos de una prueba de dependencia real. Declarando que ahorrando el gasto de las determinaciones individualizadas para algunos casos justificaba la clasificación, la Corte confió en la noción "Frontiero" sobre el peso a otorgar a semejante argumento económico: En los casos del más estricto examen, tales aproximaciones deben ser avaladas al menos demostrando que cada dólar "perdido" por el gobierno en los beneficiarios es compensado por un dólar "ahorrado" en los gastos administrativos ahorrados.

"Frontiero v. Richardson", 411 US 689 (opinión de la mayoría). "Bajo el estándar de revisión apropiado aquí, sin embargo, la materialidad de la relación entre las clasificaciones estatutarias y la probabilidad de la independencia que ellos acertadamente reflejan no necesitan ser 'científicamente corroboradas'. Tampoco, en ningún caso, creemos que se requiere al Congreso sopesar las cargas de índole administrativa en términos de dólares "gastados", ignorando las cantidades relativas dedicadas a usos administrativos y no ya a la "asistencia social[365]".

El análisis sobre la igualdad ante la ley en "Frontiero-Goldfarb-Lucas" presumiblemente no signifique que cualquier clasificación "sospechosa", fuera de la negación absoluta de fondos, puede ser defendida si de hecho ahorra dinero al gobierno. Algunas clasificaciones son más sospechosas que otras; cualquier clasificación racial, por ejemplo, bien puede ser inválida independientemente de cuáles sean las justificaciones económicas[366]. Pero el hecho de que la Corte otorgue peso al interés en la economía, incluso en casos que tratan

[360] Ibíd., 219-22 (Stevens en concurrencia).

[361] Ibíd., 226-27 (Stevens en concurrencia); 236-38 (Rehnquist en disidencia).

[362] Ver "Weber v. Aetna Cas. & Sur. Co", 406 US 164 (1972).

[363] Ver "Jiménez v. Weinberg" (1974).

[364] 427 US 495 (1976).

[365] Ibíd., 509-10.

[366] Uno puede dudar, por ejemplo, si sería constitucional una clasificación de beneficiarios basada en criterios raciales para determinar la expectativa de vida a los efectos de fijar pensiones. Ver comentario, SYDLASKE, Janet, "Gender Classifications in the Insurance Industry", *Columbia Law Review*, vol. 75, nro. 7, noviembre 1975, ps. 1381, 1393-95.

con clasificaciones basadas en sexo e ilegitimidad —y aún más peso cuando la mera racionalidad es el estándar de revisión[367]—, demuestra que la Corte, en su análisis sobre igualdad ante la ley, y sobre procedimiento y debido proceso, considera la escasez de los fondos del gobierno como un factor que afecta la definición de los derechos constitucionales. Tal posición socava la proposición sobre la que tantas veces se ha descansado en los casos institucionales, que sostiene que los recursos inadecuados son irrelevantes para la puesta en vigor de los derechos constitucionales[368]. Si el costo repercute en la definición de los derechos constitucionales, la relevancia del costo no debería desaparecer una vez que se compruebe la existencia de esos derechos. En efecto, es menos restrictivo de la libertad personal tomar en cuenta el costo al determinar el método apropiado de hacer cumplir los derechos protegidos, que negar su existencia por completo porque es muy costoso reconocerlos. Es posible que la Corte reconociera la importancia del costo al remediar las violaciones constitucionales en "Califano v. Goldfarb[369]". El costo estimado de pagar beneficios de la Seguridad Social a todos los varones dependientes sin prueba de dependencia, como fue el caso de todas las mujeres dependientes, fue de 411 millones de dólares; el costo de establecer procedimientos de tal manera que todos los beneficiarios, varones y mujeres, tuvieran que establecer su dependencia se estima en 1.000 millones de dólares[370]. La Corte en "Goldfarb" fue cuidadosa al no ordenar ninguna alternativa, a pesar de que un remedio normal para la subinclusión sería extender el beneficio a aquellos excluidos, o negársela a todos los afectados[371]. La Corte, al no especificar recurso alguno, dio al Congreso la máxima libertad posible para cumplir con los derechos constitucionales a partir de los recursos disponibles[372]. Esta clase de flexibilidad es la que los casos institucionales requieren.

V. EL ALCANCE DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL PRESUPUESTO EN LOS CASOS INSTITUCIONALES

a) Cuando el Congreso actúa

Las órdenes actuales de los juzgados federales de primera instancia que disponen mayor gasto gubernamental en los casos institucionales carecen de una autorización explícita del Congreso. Si esta última se obtuviera, el poder de los juzgados federales, en estos casos, se fortalecería. El Congreso no puede,

367 Ver notas 336-40.

368 Ver nota 71.

369 430 US 199 (1977).

370 "Jablon v. Secretary of HEW" (1975).

371 "Welsh v. United States" (1970) (Harlan en concurrencia).

372 Ver, por ejemplo, HR 6857, 95° Congreso, 1ª sesión (1977) (proponiendo que se eliminaran requerimientos especiales de dependencia para el acceso a beneficios de seguros de esposos y viudos).

desde luego, extender el Poder Judicial más allá del conferido por el art. III[373], pero podría autorizar una acción judicial que de otra manera presentaría "complejas preguntas sobre la idoneidad de las cuestiones libradas a la decisión de la justicia[374]". La mayoría de las quejas sobre la interferencia judicial injustificada en la toma democrática de decisiones no sobrevivirían una decisión explícita del Congreso autorizando la acción judicial en cuestión[375]. Las inquietudes sobre la invasión judicial de la responsabilidad de las otras ramas del gobierno federal son sosegadas por la invitación directa a los tribunales, por parte de esas ramas, a asumir esa responsabilidad[376]. De la misma manera, las preocupaciones sobre las restricciones judiciales a la toma democrática de decisiones disminuyen si la acción judicial es requerida por las ramas de gobierno que rinden cuentas a nivel político. En efecto, tras la promulgación parlamentaria de un estatuto, la única razón restante para imponer una restricción serían las limitaciones impuestas por la doctrina del federalismo —aplicables tanto al Congreso como a la justicia—. Sin embargo, incluso esa inquietud sería aplacada por la autorización parlamentaria de la acción judicial federal. Pues a pesar de que el federalismo es un límite constitucional al poder parlamentario, configura una barrera menor para la acción parlamentaria que para la acción judicial, en tanto "los Estados y sus intereses como tales, están representados en el Congreso pero no los tribunales federales[377]". Esta capacidad de los Estados de ser oídos en la resolución parlamentaria de las políticas nacionales no legitima toda acción parlamentaria que regle a los Estados[378], pero es particularmente relevante cuando el Congreso intenta definir el alcance del Poder Judicial en la imposición de la decimocuarta enmienda. Dado que esa enmienda está específicamente diseñada como un límite federal a la autoridad estadual[379]. Sólo una rama del gobierno federal puede determinar el alcance de su restricción a la autoridad de los Estados. La decisión es mejor tomada por el Congreso, influenciado por los representantes

373 "Marbury v. Madison" (1803).

374 SCOTT, Kenneth, "Standing in the Supreme Court. A Functional Analysis", *86 Harvard Law Review*, 645, 684 (1973).

375 Sólo una decisión parlamentaria, no la inacción, dará al tribunal el apoyo popular adecuado para su afirmación de poder, ver TRIBE, Laurence, "Intergovernmental...", cit. en nota 197, p. 696; de la misma manera, la Corte es menos reticente a conceder la legitimación activa para demandar una vez que el Congreso ha autorizado el escrutinio judicial. SCOTT, Kenneth, "Standing...", cit. en nota 374, ps. 686/687.

376 Desde luego, el mero consentimiento unánime de las tres ramas de gobierno no puede redefinir la distribución constitucional de poder. Ver "Buckley v. Valeo" (1976). Pero el consentimiento puede proveer una fuente de poder cuando la responsabilidad no está explícitamente asignada en la Constitución misma. Ver "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer" (1952) (Jackson en concurrencia).

377 MISHKIN, Paul, "Some Further Last Word on Erie. The Thread", *87 Harvard Law Review*, 1682, 1685 (1974); ver TRIBE, Laurence, "Intergovernmental...", cit. en nota 197, p. 695, nro. 71.

378 Ver "National League of Cities v. Usery" (1976), notas 151-59.

379 "Fitzpatrick v. Bitzer" (1976); "Ex Parte Virginia", 100 US 339, 346-48 (1879).

de los Estados, pero ejerciendo su poder constitucional federal. En efecto, la Constitución explícitamente otorga al Congreso el poder de hacer cumplir la decimocuarta enmienda[380]. Una sentencia judicial del alcance del Poder Judicial en la imposición de la decimocuarta enmienda no sólo sería irrestricta por la participación de los Estados sino también inapropiadamente autocomplaciente; de hecho, semejante autodefinición de poder entraría en conflicto con la norma constitucional, puesto que la Constitución generalmente otorga al Congreso el poder de definir la jurisdicción de los tribunales federales[381]. Por lo tanto, el Congreso, con poder sobre los Estados y los tribunales, es el foro más apropiado para la resolución de conflictos entre el Poder Judicial federal de hacer cumplir la decimocuarta enmienda, y los intereses de los Estados en el sistema federal[382].

La Corte Suprema ha reconocido que el poder parlamentario bajo la decimocuarta enmienda concede al Congreso autoridad sobre los límites impuestos al Poder Judicial federal en la protección de la soberanía estadual. En "Fitzpatrick v. Bitzer[383]", la Corte sostuvo que el Congreso tenía, bajo la decimocuarta enmienda, el poder para autorizar demandas por daños contra los Estados, acciones que, no mediando una promulgación del Congreso, serían obstruidas por la undécima enmienda. El Congreso podría hacer caso omiso de la limitación de la undécima enmienda y autorizar el impacto judicial sobre los fondos estaduales, afirmaba la Corte, pues la decimocuarta enmienda sancionó la intrusión del Congreso en "las esferas de autonomía antes reservadas a los Estados[384]". A pesar de que los límites a los tribunales federales en los casos institucionales no son atribuibles a la undécima enmienda sino a las restricciones al Poder Judicial[385], el poder del Congreso para autorizar la acción judicial en los casos institucionales parecería no ser menor que su poder para pasar por alto la undécima enmienda.

Un proyecto autorizando acciones judiciales a nivel federal contra los Estados en los casos institucionales está de momento pendiente de aprobación en el Congreso[386]. Su foco, sin embargo, parece ser más la autorización al fiscal

[380] Constitución de Estados Unidos, XIV Enmienda.

[381] Constitución de Estados Unidos, art III; "Ex Parte McCardie", 74 US (7 Wall.) 506 (1889); "Sheldon v. Sill" (1850).

[382] El rol del Congreso en la resolución de cuestiones de imposición de la decimocuarta enmienda es más grande que su rol en la interpretación de su alcance. Una interpretación judicial de la Constitución no está sujeta al control parlamentario; de hecho, la interpretación parlamentaria está sujeta al escrutinio judicial. Comparar "Katzenbach v. Morgan" (1966) con "Oregon v. Mitchell" (1970). Pero el Congreso puede denegar el Poder Judicial para emitir órdenes en casos específicos, ver "Lauf v. E. G. Shiner & Co." (1938) (disputas laborales), a menos, tal vez, que el remedio se interprete como parte de un mandato constitucional en sí mismo. Ver Nota, "The Nixon Busing Bills and Congressional Power", *81 Yale Law Journal*, 1542 (1972).

[383] 427 US 445 (1976).

[384] Ibíd., 455.

[385] Ver notas 220-307.

[386] Ver HR 2439, 95º Congreso, 1ª sesión (1977). El proyecto ha originado considerable controversia. Comparar "States Attack Carter Plan to Let Federal Officials Sue for Inmates", *New*

general para iniciar o intervenir en tales actos —un tribunal federal sostuvo que no tenía tal poder de hacerlo[387]— que el abordaje de los recursos judiciales apropiados para resolver violaciones constitucionales. De hecho, a pesar de que el proyecto autoriza las órdenes judiciales "u otras disposiciones preventivas[388]" en demandas privadas contra los Estados, prohíbe al fiscal general presentar una demanda a menos que certifique que los funcionarios estaduales "han tenido un tiempo razonable para corregir" las violaciones[389]. Presumiblemente, los tribunales no podrían permitir a los Estados en demandas privadas. Pero, la definición de "tiempo razonable" para el cumplimiento es la causa de dificultades en los casos institucionales. La cantidad de tiempo razonable para corregir las violaciones depende de la cantidad de dinero disponible para hacerlo. Hasta que el Congreso determine la medida en que quiere que los tribunales determinen la cantidad de dinero que los Estados deben destinar al acatamiento, es improbable que se fortalezca la autoridad de los tribunales para lidiar con los casos institucionales.

b) En ausencia de la acción del Congreso

En ausencia de acción parlamentaria, el ejercicio del Poder Judicial federal para remediar las condiciones constitucionalmente inadecuadas en las instituciones gubernamentales debería ajustarse, para permitir la flexibilidad animada por la Corte Suprema, en "Griffin" y "Douglas" y los casos subsiguientes[390], a la luz de los problemas de "practicidad", "viabilidad" y "factibilidad" reconocidos por la Corte Suprema en los casos de integración[391]. Esto debería hacerse, como el Quinto Circuito ha empezado a reconocerlo en sus recientes decisiones, en casos institucionales[392], para evitar la invasión judicial excesiva en la toma democrática de decisiones involucrada en los fallos, tal como se los presenta hoy en día[393]. Una política de limitación semejante es característica de la jurisdicción de la equidad[394]. Como dijera la Corte en el contexto de la integración:

York Times del 2/5/1977, p. 20 (indicando la fuerte oposición al proyecto de la Asociación Nacional de Fiscales Generales) con "A Federal Law Urged to Aid State Inmates", *New York Times* del 15/5/1977, p. 18 (reportando que la Asociación Estadounidense de Magistrados urgía la promulgación). Ver "States's Rights v. Victims'Rights", *New York Times* del 8/5/1977, p. 18 (editorial).

387 "United States v. Salomon" (1976).

388 HR 2439, 95° Congreso, 1ª sesión § 3 (1977).

389 Ibíd., § 4.

390 Ver notas 233-49.

391 Ver notas 250-78.

392 Ver "Miller v. Carson" (5° Circuito, 1977); "Newman v. Alabama" (5° Circuito, 1977); "Morales v. Turman" (5° Circuito, 1977). Ninguna de estas decisiones, sin embargo, requiere el grado de impedimento judicial aquí promovido.

393 Ver notas 112-48.

394 Ver, por ejemplo, BICKEL, Alexander M., cit. en nota 147, ps. 249/251; Dobbs, cit. en nota 91, ps. 62-64 (1973).

> En el ámbito de la adjudicación constitucional como en los demás ámbitos, las soluciones equitativas son una mezcla especial entre lo que es necesario, lo que es justo, y lo que es factible. "Tradicionalmente, la equidad ha sido caracterizada por la flexibilidad práctica en el diseño de sus soluciones y por la facilidad de ajustar y reconciliar necesidades públicas y privadas", "Brown v. Board of Education".
>
> (...)
>
> En la equidad, como en ningún otro ámbito, los tribunales evitan la rigidez absoluta y miran a las necesidades y realidades prácticas inevitablemente involucradas en la reconciliación de intereses en pugna, no obstante todos ellos tengan raíces constitucionales[395].

La principal realidad práctica que los tribunales deben reconocer al modelar sus soluciones en los casos institucionales es que el dinero es una limitación. No pueden persistir en su insistencia de estricta observancia independientemente del dinero disponible[396], pues los límites en los recursos del gobierno no son menos aplicables en el tribunal que fuera de él. La Corte Suprema reconoce esta realidad, como lo demuestran sus casos sobre procedimiento y debido proceso, e igualdad ante la ley[397]. Un reconocimiento de la finitud de los fondos del gobierno no permite que éste rechace el cumplimiento de derechos constitucionales porque[398] es demasiado caro hacerlo. La cuestión, en los casos institucionales, no es si se observará la Constitución —de eso no deberían haber dudas— sino los tiempos involucrados en lograr esa observancia. Dada la miríada de demandas por los recursos limitados del gobierno, sólo se puede asignar anualmente cierta cantidad de dinero para un nuevo gasto, sin importar cuán intensa sea la necesidad de él[399]. Una decisión judicial que establezca la inconstitucionalidad de las condiciones institucionales requiere que se dé con el dinero para corregirlas, pero el monto a ser destinado cada año es una decisión legislativa, que debe ser aceptada por la justicia si, en palabras de los casos de integración racial, se toma "de buena fe[400]". Un tribunal no puede sopesar las demandas en pugna por recursos del gobierno para determinar cuándo puede destinarse a las instituciones, no debería intentar forzar a la Legislatura a recaudar el dinero necesario sin tener en cuenta las consideraciones en conflicto. El impacto judicial

[395] "Lemon v. Kurtzman" (1973). Ver también "International Bhd of Teamsters v. United States" (1977).

[396] El 5º Circuito parece dar cuenta de la realidad de los recursos limitados. "(R)econocemos que es más simple ordenar la reforma penitenciaria que pagar por ella" ("Pugh v. Rainwater" [Quinto Circuito, 1977]).

[397] Ver notas 308-372.

[398] En "Watson v. City of Memphis" (1963), un caso sobre la integración en las instalaciones municipales de recreación, la Corte sostuvo que "es obvio que la vindicación de derechos constitucionales concedidos no puede depender de cualquier teoría que sostenga que es más barato negarlos que pagar por ellos". "Watson v. City of Memphis" (1963), 537. El argumento presupuestario en "Watson" estaba tan poco respaldado por datos fácticos que parecía frívolo. Ver ibíd.

[399] Ver nota 142.

[400] "Green v. County School Bd." (1968); "Brown v. Board of Education" (1955).

en el presupuesto es aceptable sólo si la Legislatura retiene su discrecionalidad para recaudar y asignar dinero[401], discrecionalidad limitada por la necesidad de cumplir con la orden judicial pero no eliminada por ella. Los requerimientos judiciales sobre gastos deben, sucintamente, cumplir con el test de viabilidad, y la viabilidad es, en primera instancia, un juicio legislativo, sujeto al requerimiento de que el intento de la Legislatura para observar los estándares constitucionales es de buena fe. Si la justicia permite a la Legislatura este tiempo para lograrlo, se minimizará la interferencia con la toma democrática de decisiones, a tal punto que las confrontaciones entre los poderes Judicial y Legislativo se volverán improbables.

La justicia también debe reconocer que las sentencias contienen cientos de especificaciones que el Ejecutivo debe implementar que son impracticables. La justicia no puede decidir, efectivamente, cuántas enfermeras registradas o metros cuadrados por paciente son los requeridos constitucionalmente[402]. Asimismo, este nivel de detalles necesita de la supervisión judicial federal continua de la administración de las instituciones del Estado; la justicia debe intervenir para asegurarse si el plan se está llevando a cabo. Pero las instituciones estaduales son demasiado complejas como para ser administradas a través de órdenes judiciales; hay demasiadas variables a considerar y comprender[403]. No es una opción para el tribunal nombrar a un tutor que tome esas decisiones[404]. La administración básica debe ser dejada en manos del Ejecutivo, a quien se ordena observar la Constitución, y se le permite la flexibilidad para hacerlo en tanto proceda de buena fe. La insistencia de un tribunal federal en la observancia literal de su propio esquema debería reconocerse como potencialmente capaz de socavar, y también de reforzar, la habilidad del ejecutivo de mejorar las condiciones de los pacientes institucionalizados. Las decisiones que disponen el mejoramiento de las instalaciones de hospitales mentales pueden desviar el dinero necesario para externar pacientes y proveerles atención ambulatoria. Una nueva prisión ordenada por la orden de un tribunal puede ser un sustituto indeseado para las instalaciones pequeñas de base comunitaria. La Corte Suprema ha reconocido estas complejidades en la administración penitenciaria en términos que bien podrían ser aplicados a la administración de todas las instituciones:

[401] Ver FRIENDLY, Henry J., "The 'Law of the Circuit' and All That", *46 ST John's Law Reviews*, 1972, ps. 409-410 (arguyendo que, dados los recursos finitos, los tribunales deben tomar lo que son, en realidad, decisiones politicas que impactan en el gasto estadual).

[402] Ver "Morales v. Turman" (1977). Para el desarrollo de la visión de que los tribunales poseen autoridad constitucional y capacidad práctica para determinar tales cuestiones, ver Comentario, "Confronting the Conditions of Confinement: An Expanded Role for the Courts in Prison Reform", *12 Harvard CR-CL Law* Review, 367 (1977); "Implementations problems in institutional reform litigation", cit. en nota 2; Comentario, "Wyatt v. Stickney and the Right of Civilly Committed Mental Patient to Adequate Treatment", cit en nota 21, p. 1367.

[403] Ver "The Wyatt case: implementation of a judicial decree ordering institutional change", cit. en nota 21.

[404] Ver nota 296.

> Tradicionalmente, los tribunales federales han adoptado una actitud poco comprometida con la administración de las prisiones. En parte, esta política es el producto de varias limitaciones al alcance del examen federal de las condiciones en las institucionales penales estaduales. Más fundamentalmente, esta actitud se desprende de percepciones complementarias sobre la naturaleza de los problemas y la eficacia de la intervención judicial...
>
> Basta con decir que los problemas en las prisiones de Estados Unidos son complejos y ríspidos, y más puntualmente, no son directamente susceptibles de ser solucionables con una sentencia. La mayoría requiere experiencia, planeamiento comprensivo, y el compromiso de recursos, todo lo cual está peculiarmente dentro de la competencia de las ramas legislativa y ejecutiva de gobierno. Por todas esas razones, la justicia no cuenta con las herramientas necesarias para lidiar con estos problemas, crecientemente urgentes, de reforma y administración penitenciaria. El reconocimiento judicial de ese hecho refleja no más que un saludable sentido de realismo[405].

Este "saludable sentido de realismo" sugiere que la justicia debería abandonar sus intentos por supervisar la implementación ejecutiva de los estándares constitucionales a través de una definición en gran detalle de éstos. En cambio, los tribunales deberían adoptar sus requerimientos en la forma de estándares constitucionales generales y permitir suficiente flexibilidad ejecutiva para habilitar a los Estados a diseñar su implementación.

Puede argüirse que un estándar de "buena fe" semejante sería insignificante e inefectivo y que sólo una orden detallada y cronometrable, implementada para supervisión judicial y requiriendo la observancia estricta sin importar el impacto financiero, podría logra los resultados deseados. Sin embargo, esto no es necesariamente así. Si, por ejemplo, un tribunal decidiera que la Constitución requiere la "provisión de atención médica básica a todos los pacientes de la institución", requeriría entonces que el Estado realice un plan indicando (1) qué hará en la organización de la institución en cuestión, para cumplir con tales estándares, y (2) cómo, y durante qué período de tiempo, implementará su plan. La justicia retendría, entonces, el poder de examinar y criticar la particularización por el Estado del estándar constitucional, pero su consentimiento obedecerá a la aceptación generalizada de lo que constituye una atención mínimamente adecuada[406]. De hecho, el tribunal puede evitar decidir si los ingredientes precisos del plan conducirán a una atención constitucionalmente adecuada tratando de provisional al plan del Estado. Si el plan hace mejoras sustanciales en las condiciones al presente indefendible, el tribunal no necesitará bendecirlo como constitucional. El tema fundamental no es qué debe hacerse para completar el trabajo, sino cómo puede iniciarse ese trabajo. Una vez que se den los primeros

[405] "Procunier v. Martínez" (1974); "Jones v. North Carolina Prisioner's Labor Union" (1977).

[406] Ver The Wyatt case: implementation of a judicial decree ordering institutional charge", cit. en nota 21, p. 1367.

pasos, el plan puede, y sin duda lo será, alterarse en la medida en que se susciten problemas en su implementación y cambien los criterios sobre el tipo de atención necesaria. Es la dirección y envergadura del cambio lo que importa, no los detalles de plazos, personal, y planeamiento. Estos detalles no deberían volverse competencia de la justicia.

Es un error asumir que el Poder Judicial para asegurar que los Estados implementen los cambios necesarios tan rápido como puedan deriva del detalle de las órdenes judiciales y del tenor de la intervención en el proceso democrático local. La cooperación general con los contenidos de las órdenes judiciales en los casos institucionales a la fecha[407] es, en cambio, una consecuencia del uso de la principal herramienta de disciplina de la justicia: su poder de deslegitimar públicamente el mantenimiento de condiciones intolerables en las instituciones. El poder de declarar inconstitucional a las condiciones es un arma potente, como quedó demostrado no sólo por los casos institucionales sino también por aquellos que involucran presidentes[408] y al Congreso[409]. La indiferencia hacia las condiciones institucionales se vuelve imposible gracias a la orden judicial, públicamente anunciada, de terminar con las execrables condiciones; su orden de que se tomen medidas arma al movimiento de reforma para alcanzar el resultado político deseado[410]. En efecto, es esta clase de obediencia voluntaria la que busca la justicia, no una confrontación con el Poder Ejecutivo o el Legislativo. Pero si el poder de los tribunales descansa principalmente en su declaración de que las condiciones existentes son ilegítimas, deben tener cuidado de dictar sentencias que vuelvan excusable al incumplimiento, y por tanto legítimo. La posibilidad de cumplimiento es socavada, no fortalecida, por sentencias detalladas que no logran reconocer los límites al proceso político. Si los tribunales ordenan a legisladores y ejecutivos hacer más de lo posible, invitan a la entendible e inevitable resistencia más que al acatamiento; esa resistencia da lugar a más órdenes, y la consecuente confrontación no llevará a mejores instituciones, sino a la crisis política[411].

Si los tribunales invitan a la confrontación, enfrentarán un impedimento práctico para la efectivización de sus órdenes más importante que cualquiera de

[407] Ver nota 92.

[408] "United States v. Nixon" (1974); "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer" (1952).

[409] "Powell v. Cormack" (1969).

[410] Ver LUCAS, Jo Desha, "Of Ducks and Drakes: Judicial Relief in Reapportionment Cases", *38 Notre Dame Law*, 401, 1963, ps. 413-14.

[411] Una de las maneras a través de las cuales los tribunales evitan tales confrontaciones es la emisión de sentencias declarativas, y no ya órdenes en contra de funcionarios. Este enfoque ha sido incentivado en nombre del federalismo por la Corte Suprema, ver "Doran v. Salem Inn Inc." (1975); Nota,"The Supreme Court", 1973 Term, *88 Harvard Law Review*, 41, 211 NN. 48-49 (1974); pero el *quid* de los casos institucionales no es la naturaleza coercitiva de la solución sino la intrusión al requerir a la Legislatura una acción ejecutiva. Un requerimiento bajo al forma de una sentencia declarativa, antes que una orden judicial, sólo reduciría modestamente el grado de confrontación.

los anteriormente mencionados. Estas órdenes judiciales no podrán ejecutarse. Sólo la Legislatura puede proveer los fondos necesarios, y sólo el Ejecutivo puede administrar ese dinero[412]. La justicia no puede apresar a la Legislatura a menos que recaude o asigne los fondos necesarios, ni detener a un funcionario del Ejecutivo para asegurar la implementación de un programa gubernamental. La justicia, en última instancia, carece del poder para forzar a los gobiernos de los Estados a actuar. A menos que los tribunales estén dispuestos a hacer lo que ningún funcionario responsable haría —cerrar las instituciones, y liberar a presos, enfermos mentales, e internos riesgosos, etc.— si la justicia no está dispuesta a jugar el "juego de la gallina" con los funcionarios estaduales, como deberían, tendrían que aceptar que estas órdenes se cumplirán, si acaso se cumplen, voluntariamente, sin mediar una acción ejecutiva federal que las imponga. El reconocimiento de este límite práctico al Poder Judicial no impide a los tribunales hacer cumplir la Constitución. Sólo los restringe a su poder real, y no a su poder imaginario. "La autoridad de los tribunales —que no detentan frente al presupuesto ni a la espada— en última instancia yace en la confianza pública sostenida en el tiempo en su sanción moral[413]".

Puede objetarse que el proceso que sugiero tomará años, y el resultado será, mientras tanto, que los Estados continuarán violando los derechos constitucionales con impunidad. Efectivamente, el cumplimiento llevará tiempo. Pero, como la Corte lo reconoció en los casos de integración, a pesar de que la insistencia en la imposición de los derechos constitucionales no pueda transigirse, una vez que la dirección está determinada y es inalterable, la realización de ese cumplimiento puede ser lenta[414]. Tal anuencia entre los requerimientos de principio y la conveniencia que gobierna los esfuerzos de las ramas políticas para lograrlo no es nueva; Alexander Bickel lo expresaba mejor cuando describía lo que llamó "tensión lincoliana[415]". Lincoln, notó Bickel, se oponía a la esclavitud por cuestión de principios pero reconocía los límites en una sociedad democrática que imponía la consecución inmediata de su abolición. La enseñanza de vida de Lincoln, escribió Bickel, "Es que los gobiernos íntegros producto del consentimiento de los gobernados a menudo implican la definición de fines fundados en principios, y la práctica del arte de lo posible al procurar alcanzarlos. El hecho duro de una institución aciaga como la esclavitud y las dificultades prácticas duras que se interpusieron en el camino de su repentina abolición jus-

[412] Ver notas 292-96. Los intentos judiciales para nombrar a un *Ombudsman* o a un comité para administrar la implementación de las sentencias judiciales han sido rechazados por el Quinto Circuito como inadmisibles ("Miller v. Carson" [Quinto Circuito, 1977]; "Newman v. Alabama" [Quinto Circuito, 1977]).

[413] "Baker v. Carr" (1962) (Frankfurter en disidencia). "Tal sentimiento debe ser nutrido", agregó, "por la completa separación de la Corte, de hecho y en apariencia, de los enredos políticos, y por la abstención a meterse a sí misma en la choque de las fuerzas políticas en los acuerdos políticos". Ibíd. (Frankfurter en disidencia).

[414] Ver notas 253-54.

[415] BICKEL, Alexander M., nota 147, p. 65.

tificaron una miríada de transigencias que no implicaron abandonar el objetivo. El objetivo en sí mismo —el principio— tenía sentido sólo como un absoluto, y como tal debía ser mantenido. Como tal, tenía un vasto valor educacional, ejercía su influencia crucial sobre la tendencia de la política prudencial. Pero las componendas convenientes también continuaron siendo necesarias, principalmente porque una solución radicalmente íntegra colisionaría con los prejuicios generalizados, que ningún gobierno fundado en el consenso podría desestimar, en la misma medida en que tampoco podría sacrificar por ellos sus objetivos[416]".

Que la consecución inmediata de un objetivo constitucional no es posible, "no es nada de lo que enorgullecerse. Es un hecho desagradable cuya solución no puede quedar en el ámbito de los deseos. No sirve a ningún objetivo noble y que valga la pena simplemente hacer la vista gorda[417]". De este modo, la Corte en los casos de integración, como Lincoln en el tema de la esclavitud, reconocen la dificultad práctica para volver a resistir el deseo principal.

Evitar el establecimiento de una agenda judicialmente impuesta, junto a un detallado estándar mínimo de instalaciones y asistencia, no será fácil. Las condiciones son inaceptables, el proceso gubernamental lento, y los estándares constitucionales, una necesidad urgente. Una solución rápida al problema es casi irresistible. Hay una inclinación humana, a la cual los jueces son susceptibles al igual que el resto de nosotros, a intentar eludir las dificultades propias del proceso gubernamental y demandar acción inmediata. Pero, como dijo un juez disidente en un caso institucional, "(u)n juez federal reorganizando el sistema penal o educativo de un Estado es como un hombre dándole caramelos a sus nietos. Siente un alto grado de satisfacción personal al hacerlo, pero no tiene responsabilidad por los resultados[418]". La responsabilidad por los actos de gobierno en una democracia sólo puede residir en las ramas políticas del gobierno.

¿Pero qué si el Estado no hace nada? ¿Qué si presenta un plan inadecuado o arguye que las condiciones vigentes son satisfactorias? ¿Qué si el Estado argumenta que le gustaría hacer más, pero no tiene dinero para hacerlo? Si estas preguntas sugieren la falta de acatamiento de buena fe —si el Estado no está intentando cumplir con los estándares constitucionales— la justicia no estaría peor si hubiera detallado requerimientos obligatorios que el Estado desafió. Los tribunales no pueden por sí solos forzar la acción estadual; las ramas ejecutivas y legislativas federales deben hacerlo. Si el Congreso y el presidente deben alguna vez resolver un conflicto entre la autoridad judicial federal y los Estados, la justicia estará en una mejor posición si sus órdenes son moderadas, prácticas, y viables que si los Estados pueden reclamar que los tribunales ordenan más de lo que es posible hacer. Incluso si los tribunales no entienden que el dinero es una limitación, el Congreso y el presidente lo saben. Dado que el Congreso tiene

[416] Ibíd., 68.

[417] Ibíd., 69.

[418] "McRedmond v. Wilson" (2º Circuito, 1976) (Graanfeiland en disidencia).

el poder de limitar la autoridad judicial así como también el poder de imponer la decimocuarta enmienda[419], está en el interés de la justicia — y en el de aquellos que buscan mejoras en las condiciones de las instituciones — asegurar que cualquier decisión parlamentaria que defina el poder de la justicia se haga en los términos más defendibles para los tribunales. Puesto que cualquier confrontación entre el Poder Judicial federal y la autoridad estadual puede ser resuelta sólo en el Congreso, en el análisis final la potestad presupuestaria del Poder Judicial no se extenderá más allá de lo que una decisión democrática permita.

[419] Ver notas 377-82.

LAS POTESTADES PRESUPUESTARIAS DEL CONGRESO*

Por KATE STITH**

I. RESUMEN

Resulta sorprendente que, a pesar de su importancia, las facultades del Congreso sobre la determinación del presupuesto reciban escasa atención por parte de los ámbitos académicos. En este trabajo la profesora Stith, a partir del análisis de la estructura constitucional, de la historia y de la práctica, desarrolla una teoría general de las facultades fiscales del Congreso. Arriba a la conclusión de que el régimen fiscal que contiene la Constitución impone tanto una obligación al Congreso como un límite al Poder Ejecutivo: éste no puede recaudar o gastar fondos que no hayan sido presupuestados de modo explícito por un acto legislativo, y al Congreso le atañe el deber constitucional de limitar el monto y la duración de cada delegación de gastos asignada al Ejecutivo. La profesora Stith analiza formas de delegación de gastos que entran en conflicto con el régimen constitucional, especialmente las autorizaciones para recibir donaciones, a través de las cuales el Congreso permite a las agencias federales recaudar y gastar contribuciones privadas sin control legislativo posterior. Otro tipo de delegaciones "indirectas[1]", tales como las utilizadas para prestaciones sociales y los fondos revolventes también entran en conflicto con la obligación de controlar el monto y la duración de los gastos públicos, impuesta al Congreso

* Título original: "Congress' Power of the Purse", en The Yale Law Journal, vol. 97, nro. 7, ps. 1343/1396, 1988. Traducción al español realizada por Martín Aldao, Investigador adscripto, Instituto de Investigaciones A. L.Gioja-Conicet, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Versiones previas de este trabajo se presentaron en el taller de docentes de la Facultad de Derecho de Yale y en el taller de Derecho y Economía de la Universidad de Toronto. La autora agradece a los participantes de ambos por sus comentarios. Considera que se encuentra particularmente en deuda por sus consejos y comentarios con los siguientes colegas, que leyeron borradores y versiones preliminares de este trabajo: Bruce Ackerman, Akhil Amar, Owen Fiss, Paul Gewirtz, Jospeh Goldstein, Paul Kahn, Harold Koh, Jerry Mashaw, George Priest, Roberta Romano y Peter Schuck.

** Profesora asociada de Derecho, Facultad de Derecho de Yale. B.A. 1973, Darthmouth College, M.P.P., 1977, J.D., 1977, Universidad de Harvard.

[1] [N. del T.] El término original, fundamental en el desarrollo del artículo es *backdoor spending*. Para la traducción se utilizó el término "gasto indirecto".

por la Constitución. Finalmente la autora propone que la GAO[2] juegue un papel más amplio en la vigilancia y aplicación de las facultades presupuestarias del Congreso.

El programa encubierto de apoyo a los Contras evadió el mecanismo de control más importante que la Constitución impone al Poder Ejecutivo; el presidente sólo puede autorizar la financiación de un programa si logra convencer al Congreso para que presupueste los fondos[3].

Entre los deberes —y también entre los derechos— de esta Cámara, ninguno es tan importante como el que la Constitución le impone sobre el control del erario público[4].

La Constitución atribuye al Congreso el control sobre los fondos públicos: "Ninguna cantidad será retirada del Tesoro público si no es como consecuencia de asignaciones autorizadas por ley...[5]". Esta facultad legislativa se encuentra a la base de nuestro ordenamiento constitucional. Sin embargo, casi no existen trabajos académicos relativos al rol constitucional y la importancia de las facultades del Legislativo relativas al presupuesto, o respecto del modo en que las facultades presupuestarias exclusivas del Congreso se relacionan con otras facultades constitucionales atribuidas al Congreso o al presidente, o bien que den cuenta de los ámbitos en los cuales dichas facultades pueden ser desarrolladas y aplicadas[6]. Tampoco se ha considerado que el Congreso podría estar violando sus deberes constitucionales al no ejercer un control efectivo sobre los gastos del Gobierno federal[7].

[2] [N. del T.] "General Accounting Office". En la traducción se mantuvieron las siglas en inglés para evitar confusiones.

[3] Informe del Comité del Senado sobre la asistencia militar secreta a Irán y a la oposición nicaragüense y del Comité de la Cámara de Diputados para la investigación sobre venta de armas a Irán, S. Rep. nro. 100-216, H. R. Rep. nro. 100-433, 100th Cong. 1st Sess 18 (1987) [De aquí en adelante *Irán-Contras Report*].

[4] *19 Annals of Cong.*, 1330 (1809) (comentario del dip. J. Randolph).

[5] Constitución de los Estados Unidos, art. 1, § 9, cl. 7.

[6] Para un análisis riguroso de algunos de estos temas ver FISHER, Louis, *Presidential Spending Power*, Princeton University Press, Princeton, 1975. Ver también, TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1988, 257 (teniendo en cuenta la escasez de trabajos académicos sobre las limitaciones constitucionales a los gastos del Ejecutivo). La reseña más completa de las primeras tensiones entre el Congreso y el Ejecutivo respecto de las facultades fiscales es WILMERDING, Lucius, *The Spending Power: a history of the efforts of Congress to control expeditures*, Yale University Press, New Haven, 1943.

[7] Los constitucionalistas han dado generalmente por sentado que el Congreso tiene la facultad exclusiva de interpretar e implementar el principio presupuestario, y por ende no tuvieron en cuenta la posibilidad de que éste pudiera estar incumpliéndola. Ver, entre otros, CORWIN, Edward, *The Constitution and What it Means Today*, 14ª ed., Princenton University Press, Princenton, 1978, ps. 133/134; WILLOWGHBY, Westel, *The Constitutional Law of the United States*, 2ª ed., Baker, Voorchis & Co., Nueva York, 1929, p. 105. En contrario ver GOLDWIN, Robert - SCHAMBRA, William - KAUFMAN, A. (eds.), *Constitutional Controversies*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1987, p. 95 (sugieren que ciertos aspectos de la práctica presupuestaria del Congreso podrían estar violando cuando menos el espíritu de la cláusula constitucional).

Este trabajo se resume en la siguiente tesis: la Constitución presupone una distinción entre la esfera pública y la esfera privada, y somete la expansión de la primera a la autorización del Poder Legislativo. Los requisitos para la determinación del presupuesto reflejan e implementan, simultáneamente, estas opciones constitucionales fundamentales. Al especificar las actividades en las que pueden utilizarse fondos públicos la Legislatura define los alcances del Gobierno federal.

De esta interpretación del rol estructural de la determinación del presupuesto pueden deducirse los siguientes principios: en primer lugar, el principio del erario público, según el cual todo dinero recaudado por cualquier órgano del Gobierno, al margen de su origen, pasa a formar parte del erario público; en segundo lugar, el principio del control sobre el presupuesto, que prohíbe cualquier uso de fondos públicos sin autorización legislativa. Ambos principios son complementarios, el primero define todas las formas de recaudación fiscal y el segundo toda forma de gasto público legítimo por parte del Gobierno federal.

Estos dos principios imponen severas limitaciones al Poder Ejecutivo. Ningún órgano del Gobierno federal puede utilizar fondos públicos —ya sean de origen público o privado—, sin la respectiva autorización legislativa. Aun en los casos en que el gasto en cuestión no implique una erogación para el Tesoro nacional —por ejemplo, si los fondos provinieran del sector privado o de otras fuentes no gubernamentales—, la Constitución exige su aprobación por parte del Congreso. Todo dinero percibido por el Gobierno federal debe ser "depositado" en el Tesoro, y todo gasto realizado en nombre de los Estados Unidos debe haber sido presupuestado por vía legislativa.

Los principios del erario público y del control sobre el presupuesto imponen también una obligación al Congreso. Éste tiene no sólo la facultad, sino el deber de controlar los gastos del Gobierno federal. Si el Congreso admite el uso del erario público por parte del Ejecutivo sin el presupuesto legislativo correspondiente, entonces este último debe determinar los alcances y naturaleza de la esfera pública, especialmente en aquellas áreas que de por sí implican un alto grado de discrecionalidad por parte de la administración. Cuando el Congreso crea formas de gastos públicos permanentes o abiertos, que en los hechos escapan a la revisión y limitación legislativa, no ejerce sino que abdica de las facultades que le impone la Constitución. En ese sentido afirmo que no toda autorización legislativa para el uso de fondos públicos califica como "asignaciones (...) autorizadas por ley" en el sentido en que las establece la Constitución.

En la actualidad el Congreso crea múltiples formas de autorización de uso de fondos públicos por fuera del proceso de autorización de las partidas presupuestarias, muchas de las cuales no se encuentran determinadas en el monto o el tiempo[8]. No todas son, sin embargo, constitucionalmente sospechosas, puesto que el Congreso puede limitarlas a través de la legislación de fondo o de instan-

[8] Ver notas 175 a 179.

cias de revisión periódicas, aun en los casos en que la forma de los gastos no se encuentre previamente determinada. Lo que define la constitucionalidad de un gasto público determinado no son los términos utilizados por el Congreso, sino la determinación explícita del monto apropiado por parte de este último.

En la primera sección se desarrolla una teoría general de las facultades fiscales del Congreso y se afirma que los principios del erario público y del control sobre las partidas presupuestarias se encuentran presupuestos en nuestro ordenamiento constitucional. En la segunda sección se analiza el modo en que el Congreso ha interpretado y aplicado los requisitos para toda forma de gasto público en dos marcos legales sancionados en el siglo XIX y a principios del siglo XX: la Ley de ingresos varios[9] y la Ley Anti-Déficit[10]. En la tercera sección se sostiene que, bajo ciertas circunstancias, la autorización legislativa permanente o indefinida otorgada por fuera del marco del control legislativo del presupuesto entra en conflicto con obligaciones constitucionales básicas atribuidas al Congreso. En la cuarta sección se sugieren los motivos por los cuales el Poder Judicial no sería el ámbito adecuado para verificar el cumplimiento de estas obligaciones constitucionales, especialmente respecto del Congreso, y se propone que el Poder Legislativo clarifique y refuerce el rol de instituciones tales como la GAO en la implementación de las potestades legislativas sobre los fondos públicos.

II. EL PRESUPUESTO EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

a) Los prerrequisitos constitucionalmente exigidos para la actividad del Gobierno federal

La Constitución establece la existencia de un Gobierno federal limitado, cuyo alcance depende, fundamentalmente, de la autorización legislativa. Este postulado expresa una posición fundamental que atraviesa toda nuestra estructura constitucional[11]. Las agencias o actividades del Gobierno federal que caigan por fuera de la autorización legislativa deben quedar reducidas a un mínimo[12].

Más aún, la enumeración de las facultades legislativas, desarrollada en la sección octava del primer artículo de la Constitución y en otras secciones[13],

[9] 31 USC, § 3302 (b) (1982) (de aquí en adelante todas las referencias al USC corresponden, salvo indicación en contrario, a la edición de 1982 [N. del T.]).

[10] 31 USC, §§ 1341-1351.

[11] Ver HART, Henry, "The Relations Between State and Federal Law", *54 Colum. L. Rev.*, 1954, ps. 489, 449/504. Respecto de la limitación del ámbito político como una premisa fundamental del pensamiento político occidental (conf. WOLIN, Sheldon, *Politics and Vision*, Little Brown, Boston, 1960, ps. 290, 302, 353/354).

[12] La Constitución dispone de modo directo la existencia de muy pocas instituciones gubernamentales e impone (o presume la necesidad de) muy pocas obligaciones gubernamentales que requieran de gastos, al menos fuera del área de las relaciones exteriores. Ver notas 33 y 34.

[13] Aun cuando la citada disposición es la principal fuente de las facultades del Poder Legislativo, otras disponen facultades adicionales. Ver art. III, § 2, cl. 2 (respecto de la facultad de

impone límites tanto de fondo como procedimentales a la expansión de la esfera del Gobierno federal. No sólo los actos del Congreso deben estar explícitamente permitidos por la Constitución (límite de fondo), sino que además deben ser realizados bajo la forma de una ley (límite procedimental[14]). Las facultades legislativas enumeradas, en combinación con el art. II delimitan el alcance de la autoridad gubernativa de la rama operativa del Gobierno federal, esto es, el Ejecutivo[15]. Excepto en los casos en que la Constitución atribuye facultades al presidente de modo directo[16], toda potestad del Ejecutivo[17] debe ser creada por ley. Los múltiples requisitos impuestos a las actividades del Gobierno federal constituyen controles al ejercicio de poder político, y reflejan el presupuesto fundamental según el cual éste debe ser reflexivo y limitado[18].

La noción de un Gobierno federal "limitado" no implica la idea de que éste debe ser reducido, o bien que el Ejecutivo o el Congreso deben restringirse en

---

regular la jurisdicción en apelación de la Corte Suprema), el art. IV, § 1 (respecto del poder de dar fe absoluta y crédito), el art. IV, § 3 (respecto de la facultad de admitir nuevos Estados), el art. V (respecto de la ratificación de enmiendas constitucionales). Ver también las enmiendas XIII, XIV, XV, XIX, XXIII, XXIV y XXVI (respecto de las facultades de implementación de los derechos garantizados).

[14] El proceso legislativo requiere la participación de las dos Cámaras y la elevación al presidente. Ver "INS v. Chadha", 426 US 919, 945/51,1983.

[15] Al referirme al Ejecutivo como la rama "operativa" del Gobierno federal me refiero simplemente a que es aquella que realiza actos en nombre del gobierno. Por supuesto que tanto el Legislativo como las Cortes enumeradas en el art. III ejercen el gobierno, pero tanto uno como las otras deben delegar necesariamente la implementación de sus actos de gobierno. Aun cuando los tres poderes integran el gobierno de los Estados Unidos, únicamente el Ejecutivo posee la "espada", necesaria para garantizar la aplicación efectiva de la ley. Ver también, nota 199 (respecto de aquellos departamentos que, cuando no se encuentran bajo el control del presidente, integran la rama ejecutiva del gobierno).

[16] Ver, por ejemplo, nota 34. En contraste con la clara y amplia enumeración de facultades que caracteriza a las disposiciones constitucionales referidas al Poder Legislativo en el art. I, la enumeración de las facultades presidenciales del art. II resulta especialmente vaga y se refiere, principalmente, a los aspectos formales —casi ceremoniales— que caracterizan al liderazgo presidencial.

[17] Ver en la Constitución los art. II, § 1, cl. 1 (respecto del Poder Ejecutivo), el art. II, § 3 (respecto de la obligación de cuidar la ejecución puntual de las leyes). Esta disposición no debe ser entendida como una facultad distinta otorgada al presidente. Ver nota 39.

[18] La revisión dispuesta por el art. III, aun cuando no constituye un requisito para su legitimidad, también supone un control sobre el ejercicio del poder por parte del ejecutivo. Si la Constitución dispone que la actividad del gobierno debe ser realizada por el presidente electo, con la autorización del Congreso, también afirma que cualquier acción de gobierno debe ser revisable por una instancia judicial, lo que resulta consistente desde ambas perspectivas. Desde un punto de vista puramente procedimental, el Poder Judicial puede ser visto simplemente como otra forma de control sobre el ejercicio del poder político. Ver WOOD, Gordon, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1969, ps. 449, 453, 462 y 552. Por otro lado, desde la perspectiva de la teoría de la democracia, las Cortes tienen la función de corregir las interpretaciones "incorrectas" de la voluntad popular. Ver ARROW, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, Wiley, Nueva York, 1951; RIKER, William, *Liberalism against Populism: a Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W. H. Freeman, San Francisco, 1982; COLEMAN, Jules - FEREJOHN, John, "Democracy and Social Choice", *97 Ethics*, nro. 1, 1986, ps. 19/20.

su ejercicio constitucional del gobierno; implica, en un sentido más profundo, que el Gobierno federal no es otra cosa que un subconjunto incluido dentro del conjunto más amplio de las actividades que se realizan en el cuerpo político[19].

Implícita en la decisión de establecer un Gobierno federal "limitado", capaz de crecer sólo a través de las decisiones graduales, reflexivas y coordinadas de los poderes políticos, se encuentra una visión de la acción gubernamental que de algún modo se enfrenta a la contemporánea inclinación a considerar la omisión como una forma de acción[20]. Las facultades para modificar las relaciones sociales y económicas de la Nación, otorgadas por la Constitución al Congreso, no pueden, por sí mismas, producir tales alteraciones. Que el Congreso o el presidente se encuentren investidos para actuar no es suficiente, y en orden a modificar las relaciones sociales y políticas deben ejercer ese poder[21].

Un obstáculo adicional que enfrenta cualquier intento de aumentar el ámbito de competencia del Gobierno nacional radica en el costo que la actividad del Gobierno federal trae casi siempre aparejado, en la medida en que cualquier medio de financiarlo debe estar constitucionalmente autorizado. La Constitución no requiere que todas las formas de ejercicio del Gobierno nacional se encuentren en cabeza del Ejecutivo; en este sentido el Congreso puede ejercer sus facultades constitucionales sin recurrir necesariamente a delegaciones para actuar en nombre de los Estados Unidos[22]. Sin embargo, toda actividad realizada por el Ejecutivo —todas las acciones realizadas para y en el nombre de los

[19] La concepción de "actividad federal" en la estructura original de la Constitución se encuentra vinculada a la noción de "acción estatal", aunque sin llegar a identificarse con ésta, en la primera, la octava, la decimocuarta y la decimoquinta enmiendas. Ver además el art. I, § 9 (comentado en la nota 30) y las enmiendas XIX, XXIV y XXVI. Tanto la idea de un gobierno federal limitado, como la exigencia de condiciones para el ejercicio de la "acción estatal" reflejan las restricciones constitucionales impuestas al ejercicio del gobierno, e implican que no toda condición social dentro del cuerpo político constituye, a los fines del derecho constitucional, una política pública. Ambas se distinguen, sin embargo, en la medida en que tienen diferentes funciones dentro del entramado constitucional: La noción de "acción estatal" desarrollada en, entre otras disposiciones, la decimocuarta enmienda, define el alcance de las libertades individuales. La noción de actividad federal en la redacción original de la Constitución es, por otro lado, el corolario de la presunción a favor de las actividades no federales.

[20] Ver SUNSTEIN, Cass R., "Constitutionalism After the New Deal", *101 Harvard Law Review*, 1987, ps. 421, 501/504.

[21] El que nuestra estructura constitucional atribuya un carácter primario a la actividad privada y estadual, y secundario a la actividad del gobierno federal, no excluye a éste de la responsabilidad política que pudiera corresponderle, ya sea por omisiones o acciones en el ejercicio de sus funciones. Respecto del "adomercimiento" en el ejercicio de la facultad de regular el comercio según el art. I, § 8, cl. 3 de la Constitución, conf. "CTS Corp. v. Dynamics Corp." y la jurisprudencia ahí citada. Esta distinción tampoco excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, las disposiciones estructurales de la Constitución exijan la actividad del Congreso o del gobierno federal. Ver nota 33.

[22] El Congreso tiene la facultad de ejercer actos de gobierno que no implican ni costos ni actividad por parte del Gobierno federal. Por ejemplo, la legislación federal puede requerir el pago de impuestos a instituciones estaduales, o bien la regulación de diversas formas de actividad privada (por ejemplo, en materia de contaminación).

Estados Unidos— debe encontrarse autorizada y financiada de acuerdo con la letra de la Constitución.

b) El lugar de las facultades presupuestarias del Congreso en la estructura constitucional

Mientras que la sección octava del primer artículo enumera las facultades del Poder Legislativo, el principio, contenido en la sección novena, referente a las disposiciones presupuestarias no puede ser considerado una facultad propiamente dicha. Por el contrario, es en realidad la explicitación de una facultad que le había sido previamente otorgada.

La facultad de disponer el presupuesto atribuida al Poder Legislativo tiene su fuente en la sección octava del art. I de la Constitución. La noción de legislación "necesaria y adecuada" para desarrollar "todas (...) las facultades atribuidas por esta Constitución al Gobierno de los Estados Unidos" incluye el poder de utilizar fondos públicos en actividades federales autorizadas[23].

La sección octava del art. I también otorga al Congreso la facultad inversa: la potestad de impedir todo uso de fondos públicos no autorizado por éste. Esto es, aun cuando no hubiera una cláusula de estas características en la Constitución, el Congreso aun tendría la facultad de crearla a través de una ley, que dispusiera exactamente lo mismo que la cláusula contenida en la novena sección del art. I, haciendo exclusiva la facultad legislativa de disponer sobre las asignaciones presupuestarias. Si el Congreso no pudiera impedir la extracción de fondos del Tesoro, entonces las facultades de imponer tributos[24] y tomar préstamos[25], sólo le corresponderían de modo formal, puesto que el Ejecutivo podría forzarlo a ejercerlas mediante el simple aumento del gasto público. Si éste fuera el caso, entonces las facultades legislativas enumeradas en la sección octava del art. I serían compartidas por el presidente, tanto en su función ejecutiva como en su función legislativa.

Si la facultad de determinar las asignaciones presupuestarias tiene su origen en la sección octava del art. I, entonces aquello que dicha disposición pro-

[23] Respecto de la interpretación de los términos "necesaria y adecuada" como la facultad del Congreso para elegir de modo discrecional los medios más adecuados para ejercer sus facultades ver "McCulloch v. Maryland", 17 US (4 Wheat.) 316, 1819, ps. 419/421. Ver también, "Executive Impoundement of Appropriated Funds: Hearings Before de Subcomm. On Separation of Powers of the Senate Comm. On the Judiciary", 92d Cong. 1st Sess. 143, 1971: "Las facultades positivas del Congreso —aquellas a las que efectivamente hace referencia la frase 'asignaciones autorizadas por ley'— son las enumeradas en la octava sección, por supuesto, del art. I..." (comentario del profesor Alexander Bickel); ver, también WILLOUGHBY, Westel, *Constitutional...*, cit., p. 98; respecto de la inclusión de la facultad del Legislativo para limitar los poderes "auxiliares" atribuidos por la Constitución al presidente en el marco del principio de "necesariedad y adecuación", conf. ALSTYNE, Van, "The Role of Congress in Determining Incidental Powers of the President and of the Federal Courts", *40 Law & Contemp. Probs.*, 1976, ps. 102, 116/118.

[24] Constitución de los Estados Unidos, art. I, § 8, cl. 1.

[25] Constitución de los Estados Unidos, art. I, § 8, cl. 2.

híbe resulta fundamental para determinar los alcances de ésta: el Congreso no puede optar por no exigir la asignación por ley antes de que se efectúe el gasto. Si la Constitución prohíbe tan estrictamente toda posibilidad de asignar fondos públicos al Ejecutivo[26], entonces el ejercicio de la potestad presupuestaria por parte del Congreso constituye un imperativo estructural[27].

La interpretación según la cual no se trata de una atribución positiva de facultades[28] o bien de una extensión de otras potestades legislativas[29] sino, antes bien, de una condición o limitación para el ejercicio del Poder Legislativo[30] se

[26] En la medida en que el ejercicio de las facultades presupuestarias por parte del Ejecutivo privaría de sentido el resto de los poderes fiscales puestos en cabeza del Legislativo, éste no podría admitirlas. Desde esta perspectiva el principio referido a las asignaciones presupuestarias es en realidad una "disposición aclaratoria", que confirma el mandato constitucional implícito según el cual sólo el Congreso (incluso al presidente en su rol legislativo) puede disponer de los fondos públicos. En la medida en que ante la ausencia de una disposición constitucional necesaria y adecuada, el Congreso tiene la facultad de sancionar todas las leyes necesarias y adecuadas requeridas para el ejercicio de sus facultades; el principio referido a las asignaciones presupuestarias no es otra cosa, entonces, que la explicitación de esta facultad. Conf. "McCulloch v. Maryland", 17 US, ps. 420/421.

[27] El análisis estructural puede implicar también otros imperativos constitucionales. Ver, en general, BLACK, Charles, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969; GEWIRTZ, Paul, "The Courts, Congress and the Executive Policy-Making: Notes on Three Doctrines", *40 Law & Contemp. Probs.*, summer 1976, ps. 46, 48 (respecto de la deducción del sistema de frenos y contrapesos a partir del rol del Congreso como fuente fundamental de las políticas públicas); "The Political Safeguards of Federalism: The role of the States in the Composition and Selection of the National Government", *54 Colum. L. Rev.*, 1954, p. 543 (respecto de la inferencia estructural según la cual la máxima autoridad en materia de intervención federal en los Estados es el Congreso y no la Corte Suprema).

[28] Respecto de que la ubicación de la cláusula de leyes "necesarias y adecuadas" al final de la sección octava del art. I implica que éstas constituyen una atribución de facultades y no una limitación de las mismas, conf. "McCulloch v. Maryland", 17 US, ps. 419/420.

[29] En este aspecto la cláusula referida a las asignaciones presupuestarias difiere estructuralmente de la que se refiere a las leyes "necesarias y adecuadas", "cuyos términos apuntan a aumentar (...) los poderes atribuidos al gobierno", conf. "McCulloch v. Maryland", 17 US, 420. La facultad legislativa de determinar las asignaciones presupuestarias constituye un aspecto de su autoridad para promulgar todas las leyes que resulten necesarias y adecuadas para el ejercicio de sus facultades constitucionales; los requisitos impuestos, por otro lado, constituyen un límite a las facultades del Gobierno federal.

[30] Las proscripciones de leyes que impliquen la condena, sin juicio previo, de una persona o grupo de personas [*bill of attainder*] y de la aprobación de leyes *ex post facto*, son otras limitaciones impuestas a las facultades del Congreso que se encuentran en la sección novena del art. I. de la Constitución de los Estados Unidos, § 9, cl. 3. Ver AMAR, Akhil, "A Neo Federalist View of Article III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction", *65 B.U.L. Rev.*, 1985, ps. 205, 225/229. Aun cuando se ha reconocido que el resto de la novena cláusula del art. IX impone límites al Poder Legislativo, los comentaristas afirman generalmente que el principio presupuestario sólo limita las facultades del Ejecutivo. Ver, por ejemplo, WILLOUGHBY, Westel, *Constitucional...*, cit., ps. 104/106 y CORWIN, Edward, *The Constitution...*, ps. 133/137.

Cuando la cuestión de la posición de los requisitos presupuestarios en la novena sección no es el núcleo, sí constituye un aspecto más del argumento estructural desarrollado en este trabajo. Ver notas 11 a 27 (respecto de los presupuestos estructurales de la Constitución); notas 23 a 31 (respecto de las relaciones entre la facultad de determinar el presupuesto y el resto de las facultades legislativas); notas 32 a 40 (respecto de la facultad de determinar el presupuesto y los poderes constitucionales del presidente); notas 65 a 67 (respecto de la relación entre los principios de

apoya en la ubicación de los requisitos para las asignaciones presupuestarias en la sección novena y no en la octava del art. I. Los requisitos para la disposición presupuestaria no sólo funcionan como una condición *a priori* de toda acción del Ejecutivo, sino también como una condición *a posteriori* de las directivas del Legislativo. En función de estos requerimientos es posible afirmar que no basta con que el Congreso oriente a las agencias federales hacia el bien común, ni tampoco que se limite a enumerar las acciones autorizadas al Ejecutivo. Para que el Ejecutivo actúe de modo tal que se cumplan los objetivos de gobierno formulados por el Legislativo, es preciso que éste autorice, positiva y explícitamente, el uso de los fondos necesarios para tal fin.

Aun cuando los requisitos para la asignación del presupuesto no constituyen propiamente una facultad del Legislativo, puede resultarnos, sin embargo, útil concebirlos como una "facultad". La exigencia de control legislativo sobre los fondos federales es una fuente de autoridad del Congreso sobre la rama operativa del Gobierno federal. Esta potestad, que el Congreso debe ejercer sobre las entidades federales y sus actividades, es análoga a la "potestad de gasto" [*spending power*] que posee, de modo condicional, sobre los Estados y otras entidades no federales —y que por ende puede o no ejercer— en orden a satisfacer el principio constitucional del bien común[31]. En cada caso la posibilidad de condicionar el uso de fondos autorizados es una fuente de poder sobre los destinatarios.

Los límites a las facultades de asignación presupuestaria del Congreso se derivan de limitaciones —y obligaciones del Gobierno— dispuestas en otras partes del texto constitucional. En este sentido la primera enmienda impone límites a todas las facultades del Gobierno[32], dentro de las cuales está incluida la facultad de asignación del presupuesto. Resulta también significativo que el Congreso se encuentre obligado a proveer los fondos públicos necesarios para llevar a cabo los mandatos constitucionales, tanto respecto del Gobierno en ge-

informe y rendición de cuentas y el de disposición presupuestaria). La ubicación de los requisitos presupuestarios en la sección novena es consistente, sin embargo, con el doble objetivo de los redactores de la Constitución, de limitar, por un lado, las facultades del Ejecutivo y el poder del Gobierno federal en su conjunto, por el otro. Ver WOOD, Gordon, *The Creation...*, cit., p. 157 (respecto de la desconfianza de los redactores ante el ejecutivo), íd., p. 376 (respecto de su desconfianza del gobierno).

[31] El término "potestad de gasto" tal como es utilizado en la jurisprudencia de la Corte Suprema alude a la facultad del Legislativo de destinar fondos en orden a proveer el bienestar general y la defensa común, enumerados en la sección octava del art. I. Ver, por ejemplo, "Penhurst State School & Hosp. v. Halderman", 451 US 1, 1981, ps. 15/18, modificado sobre otras bases en 456 US 89 (1984). Los requisitos para la disposición del presupuesto se aplican a cualquier gasto de fondos federales, ya se trate de la mencionada "potestad de gasto" o de cualquier otra facultad constitucional. En ocasiones los comentaristas confunden uno y otro término, y utilizan el término "potestad de gasto" para referirse a la "facultad de asignación de partidas" y viceversa. Ver, por ej., WILLOUGHBY, Westel, *Constitucional...*, cit., ps. 98/99 y 104/105.

[32] Ver "Buckley v. Valeo", 424 US 1, 13-14 (1946), *per curiam*.

neral[33] como de aquellos que recaen independientemente en cabeza del presidente. Por ejemplo, en el ámbito de las relaciones exteriores, el Congreso estaría contraviniendo la Constitución si se negara a autorizar los fondos necesarios para recibir embajadores extranjeros o firmar tratados[34]. Aun cuando le corresponde al Congreso el control sobre los fondos públicos, no puede ejercerlo de modo que contravenga directamente el mandato constitucional[35].

El principio de asignación de partidas presupuestarias restringe al mismo tiempo la facultad presidencial de realizar gastos en nombre de los Estados Unidos a aquellos que hayan sido debidamente asignados por el Congreso. En el caso de que el presidente crea que el Congreso ha contravenido la Constitución al no proveer los fondos requeridos para una actividad particular, éste carece de toda facultad para retirar, por sí mismo, los fondos del Tesoro público[36]. Realizar un gasto en ausencia de la asignación de recursos requerida, constituye

[33] Algunos mandatos constitucionales, tales como el de realización periódica de censos, implican de modo directo el uso de fondos públicos, conf. Constitución de los Estados Unidos, art. II, § 2, cl. 1. Otras provisiones constitucionales pueden requerir, en circunstancias particulares, el uso de fondos públicos. Por ejemplo, el principio de igual protección puede demandar el uso de fondos públicos en orden a expandir el alcance de legislación protectoria de derechos sociales; ver, por ejemplo, "Califano v. Wescott", 442 US 76, 1979. "Califano v. Goldfarb", 430 US 199, 1977, al menos hasta que —y a menos que— el Congreso modifique el derecho de modo tal que se evite la vulneración del principio de igual protección. Ver, también, "Milliken v. Bradley", 433 US 267 1977 (respecto de la obligación impuesta a un Estado de solventar los costos de un programa de mejora educativa).

[34] Ver Constitución de los Estados Unidos, art. II, § 2, cl. 1 (respecto de la facultad presidencial de recibir embajadores; conf. íd., art. II, § 2, cl. 2) (respecto de la facultad de firmar tratados).

Otro ejemplo de facultad presidencial es el indulto, conf. íd., art. II, § 2, cl. 1, en este caso la facultad de determinar las asignaciones presupuestarias no da al Congreso la de denegar o dirigir la de indulto del presidente. Ver "United States v. Klein", 80 US (13 Wall) 128, ps. 147/148, 1871 (el Congreso no puede interferir con la facultad de indultar); ver "Hart v. United States", 118 US 62, 1886 (dicha facultad no altera la potestad presupuestaria del Congreso, y por ende éste puede rechazar partidas presupuestarias destinadas a pagar indemnizaciones a los perdonados).

[35] Ver "United States v. Lovett", 328 US 1946, ps. 303, 313/314. El Congreso no puede vulnerar el derecho de defensa a través de las facultades de asignación presupuestaria; ver 41 Op. Att'y Gen. 507, 1960, 41 Op. Att'y Gen. 230, 1955; 4 Op. Off. Legal Counsel 731, 1980 (todos respecto de la prohibición impuesta al Congreso de ejercer sus facultades presupuestarias de modo que vulneren otros mandatos constitucionales); ver "Buckley v. Valeo", 424 US 1, 132, 1976 (respecto de la misma prohibición impuesta al Congreso, aun en los casos en que se le atribuya plena autoridad legislativa).

[36] Si un tribunal determinase que la negativa a asignar fondos por parte del Congreso es inconstitucional, se esperaría que el Legislativo se allane a esta decisión y asigne las partidas requeridas. Si el Congreso persiste en su posición, no obstante, la Corte no tiene más autoridad que el presidente para ordenar la asignación de recursos. Ver "Reeside v. Walker", 52 US (11 How.) 272, 1850, ps. 290/291; "National Ass'n of Regional Councils v. Costle", 546, F.2d 583, 589 (D.C. Cir., 1977). Por otro lado, los tribunales federales sí poseen la facultad constitucional de ordenar directamente operaciones fiscales en orden a efectivizar garantías constitucionales. Ver "Jenkins v. Missouri", 855 F.2d 1295 (afirma el derecho del tribunal de distrito a imponer a las autoridades locales la emisión de bonos y el aumento de los impuestos sobre la propiedad en orden a solventar medidas antidiscriminatorias); ver FRUG, Gerald, "The Judicial Power of the Purse", *126 U. Pa. L. Rev.* 715, 1978 (respecto de la discusión sobre la facultad de los tribunales federales para requerir la realización de gastos a los Estados); ver también, íd., 750 (donde se insinúa que el Poder Judicial no impone lo suficiente la obligación de asignar partidas del Congreso).

un exceso en sus facultades. Por supuesto, ante una emergencia, el presidente puede decidir que la realización del gasto se encuentra justificada en principios constitucionales más fundamentales que el de asignación legislativa de partidas presupuestarias[37]. El proceso constitucional necesario para resolver este tipo de situaciones, así como también aquellas en las que el Congreso deniegue la asignación de fondos para actividades inherentes a las tareas del Ejecutivo, es de naturaleza política[38].

Aun cuando el Congreso no alcance a impedir completamente el ejercicio de las facultades constitucionales del presidente, ésta no es sino una restricción marginal de las potestades del Congreso sobre el uso del Tesoro público y sobre el resto de sus facultades legislativas. El deber del presidente de cumplir[39] normas infra constitucionales (tratados y leyes), se encuentra plenamente sujeto a la regulación legislativa. El Congreso retiene, entonces, importantes facultades restrictivas respecto del presidente a través del principio de asignación legislativa del presupuesto, siempre y cuando estos frenos no impidan al Ejecutivo la realización de sus deberes constitucionales indispensables[40].

c) El rol constitucional de las facultades presupuestarias

En general las asignaciones presupuestarias son concebidas como la especificación de un monto de dinero que debe ser destinado a una agencia o actividad del Gobierno federal, mientras que el rango de actividades que puede

[37] Por ejemplo, frente al estallido de la guerra civil, el presidente Lincoln autorizó el gasto de dos millones de dólares de fondos públicos, a cuenta de futuras asignaciones. "Esta acción no tiene fundamento alguno en la ley, pero al realizarlo, así como también al realizar otros actos, Lincoln creía haber salvado al gobierno de ser derrocado". WILMERDING, Lucius, *The Spending...*, cit., p. 14. Tal como lo explica Wilmerding: "Existen ciertas circunstancias en las que la leyes de la necesidad y de la autopreservación imponen la *salus populi* por sobre la ley escrita. Por cierto que el funcionario que se vea forzado a actuar en función de este fundamento superior se arriesga a ser juzgado con la vara de la división constitucional de poderes, pero es su puesto el que lo pone en la obligación de tomar este riesgo" (p. 12).

[38] Los procesos políticos contemplados en la Constitución incluyen las elecciones y el juicio político. Conf. 41 Op. Att'y Gen. 507, 526,1960. ("Es posible que, bajo el principio de asignación presupuestaria legislativa, el Congreso se niegue a asignar fondo alguno para la implementación de las leyes, sin importar lo esencial que pueda ser el gasto para el bienestar del país. El remedio, en ese caso, sería político").

[39] Constitución de los Estados Unidos, art. II, § 3. Ver TIEFER, Charles, "The Constitutionality of Independent Officers as Check son Abuses of Executive Power", *63 B. U. L. Rev.*, 59, 90, 1983. (Respecto de la interpretación del principio de "cumplimiento fiel" no como la expansión de las facultades del presidente sino como un medio para "restringirle cualquier posibilidad de (...) suspender (...) la aplicación de las leyes").

[40] Ver ALSTYNE, Van, "The Role...", cit., p. 119 (sólo el Congreso, en función del principio de necesidad y adecuación de las leyes, tiene la facultad de "determinar y permitir el ejercicio de facultades incidentales (pero no indispensables) del [Poder] Ejecutivo"); ver BLACK, Charles, *Structure...*, cit., ps. 79/90 (sobre las facultades del Congreso para restringir las presidenciales a través de la legislación).

ser financiado se encuentra determinado en otras leyes[41] (o en condiciones o *riders*[42] incluidas en las leyes de presupuesto mismas). Si bien ésta es una descripción adecuada de la práctica legislativa, oscurece la importancia de las potestades fiscales del Congreso. Las "asignaciones" requeridas por la Constitución no se limitan a la mera determinación de montos de dinero, sino que incluyen también la especificación de las facultades, actividades y propósitos —lo que podríamos denominar "objeto"— para los cuales los fondos asignados pueden ser utilizados. Ya sea que la exigencia constitucional de la autorización legislativa para la utilización de fondos públicos provenga fundamentalmente de una preocupación respecto de potenciales actos de corrupción o negligencia en el gasto público, o bien de una desconfianza, de naturaleza política, respecto de un Ejecutivo que no se encuentre controlado en este sentido por el Congreso, los requisitos para la asignación de las partidas aseguran que un Poder Legislativo que decide el tamaño y contenido del presupuesto federal, decide también la magnitud y el contenido del Gobierno federal[43].

Toda asignación puede ser pensada, entonces, como la concesión de una suma fija, sujeta a ciertas restricciones. Estas restricciones, o condiciones de uso, operan como prescripciones legislativas que sujetan al brazo operativo del Gobierno. En ocasiones las condiciones para el uso de los fondos pueden aparecer en la misma ley de presupuesto. Por ejemplo, una ley de asignación de partidas puede disponer que "ninguna de las asignaciones contenidas en la presente norma podrá ser utilizada (...) con fines de publicidad o propaganda...[44]". También es posible que la normativa presupuestaria disponga que la agencia que recibe los fondos deba destinarlos a cierta actividad, o bien utilizarlos sólo bajo ciertas condiciones[45]. A menudo las leyes de presupuesto incorporan otras nor-

[41] Ver US Gen. Accounting Office, Office of Gen. Counsel, *Principles of Federal Appropriations Law*, 2-11 a 2-13, 2-22 a 2-25 y 2-38 a 2-44 (1982) [de aquí en adelante GAO *Principles*]. Usualmente dicha legislación es orgánica o bien hace posible legislación que crea una nueva agencia o actividad federal. Ver nota 45 (Ley Integral de Empleo y Entrenamiento de 1973); nota 46 (Ley del Servicio Voluntario Doméstico de 1973). En ocasiones se designa este tipo de legislación con el equívoco nombre de "autorización de asignaciones". Ver nota 137.

[42] Con el término *rider* se alude usualmente a condiciones no directamente vinculadas con la legislación presupuestaria —ver GROSS, Bertram, *The Legislative Struggle*, Mc Graw Hill, Nueva York, 1953, p. 221— y tienen, por ende, una connotación negativa. Ver, p. ej., "Bengzon v. Secretary of Justice", 299 US 410 y 415, 1937.

[43] El alcance efectivo del Gobierno federal depende de la amplitud de actividades financiadas por una específica asignación de partidas presupuestarias. De ser autorizado el ejecutivo podría, por ejemplo, imponer regulaciones que impliquen un costo significativo para entidades privadas y gobiernos estaduales. De todos modos toda actividad del Ejecutivo implica un costo —incluso la promulgación de leyes, la imposición de tarifas y la supervisión de la aplicación de las leyes—. Si el Congreso no autoriza la promulgación de ciertas normativas, las agencias federales no pueden utilizarlas para ampliar su poder regulativo.

[44] Ley de Asignaciones Presupuestarias para el Departamento de Trabajo y Salud, Educación y Bienestar, año fiscal 1979, pub. L. nro. 95-480, § 407, 92 Stat. 1589, 1978.

[45] Ver ley del 1/10/1981, pub. L. nro. 97-51, § 101 (a) (1), (3), 95 Stat. 958, 958-59, 1981 (expirada el 20/11/1981), incorpora H. R. Rep. nro. 251, 97th Cong. 1st Sess, 2-3 (1981) (continúa

mas de modo explícito, en particular leyes que disponen la creación de nuevas agencias o programas federales, o bien que impliquen una delegación particular de facultades[46]. Más aún, toda normativa presupuestaria incorpora, de hecho, toda la normativa dispuesta por la legislación de aplicación general[47].

El concepto de "asignación presupuestaria", tal como fuera desarrollado a lo largo de los siglos en Inglaterra[48] y adoptado luego por las colonias[49], siempre implicó una doble limitación, tanto en el monto como en el objeto. La supremacía del Legislativo respecto del Tesoro público implica "el derecho a disponer los modos en que el dinero asignado puede ser utilizado[50]", lo que tiene todavía más importancia en el marco de un régimen de división de poderes. Nuestra Constitución adopta esta comprensión de la asignación presupuestaria. Tal como lo explicara Alexander Hamilton: "Ningún dinero puede ser gastado sino es de acuerdo con un *objeto*, una *cantidad* y de un *origen* que haya sido previsto por ley[51]". La extensión o el "monto" de los fondos modifica y determina el "objeto" financiado[52]. Una de las primeras disposiciones del Congreso

---

la asignación de fondos para el Departamento del Trabajo "para los gastos necesarios en orden a efectivizar la Ley Integral de Empleo y Entrenamiento de 1973 (...) Siempre que, ningún monto de cualquier otra partida podrá ser utilizado para proveer servicios alimentarios en o para los centros de los Cuerpos de Trabajo").

[46] Para un ejemplo ver la asignación presupuestaria destinada al programa ACTION, para el año fiscal de 1977. Ver Ley de Asignaciones Presupuestarias para el Departamento de Trabajo y Salud, Educación y Bienestar, año fiscal 1977, pub. L. nro. 94-439, 90 Stat. 1418, 1434 (1976).

[47] Ver "TVA v. Hill", 437 US 153, 174-188 (1978) (toda asignación de fondos para proyectos se encuentra sujeta a la legislación general, incluyendo la Ley de Especies en Peligro).

[48] Ver TASWELL-LANGMEAD, Thomas, *English Constitutional History*, Sweet & Maxwell, Londres, 1946, ps. 192 y 217 (respecto de los intentos del Parlamento en orden a limitar la "prerrogativa real" de gastar a voluntad).

[49] LABAREE, Leonard, *Royal Government in America*, Yale University Press, New Haven, 1930, ps. 269/305; BROWNE, Vincent, *The Control of the Public Budget*, Yale University Press, New Haven, 1949, p. 16.

[50] BERGER, Raoul, *Executive Privilege*, 1974, p. 113 (2 HALLAM, Henry, *Constitutional History of England*, J. Murray, Londres, 1884, p. 357). La idea según la cual los montos asignados deben ser utilizados de acuerdo con los fines para los cuales fueron presupuestados constituye una pieza fundamental de nuestro ordenamiento democrático. En Inglaterra se registraron tempranamente destituciones de agentes públicos por el uso inapropiado de fondos. Ver en "Staff of the Impeachment Inquiry, House Comm. on the Judiciary", 93d Cong. 2nd Sess., *Constitutional Grounds for Presidential Impeachment* 5, 7 (Comm. Print 1974); BERGER, R. *Impeachment*, Harvard Univesity Press, Cambridge, Mass. 1973, ps. 70/71. (Howell's State Trials 89, 1386,1816) (destitución del canciller del rey); 8 Howell's State Trials 127 (1816) (destitución del procurador de la Marina, 1680).

[51] "Explanation", 11/11/1795, en HAMILTON, A., *Works* 122, 128 (H.C. Lodge, 1885) (la bastardilla es de Hamilton). El pasaje citado fue extraído de la respuesta de Hamilton a una carta anónima en la que se criticaba su desempeño como secretario del Tesoro. Ver *Control of Federal Expenditures, A Documentary History*, 130, nro. 62 (F. Powell, 1939); ver *The Federalist*, nro 78, 465 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961) ("La Legislatura no sólo tiene el poder sobre el presupuesto, sino que también prescribe las reglas por las cuales se regulan los deberes y derechos de cada ciudadano").

[52] Desde el Primer Congreso, las leyes de presupuesto siempre han incorporado o especificado limitaciones particulares respecto de los objetos de financiación; el Congreso nunca se ha

destinada a implementar el principio de asignación legislativa del presupuesto[53] codifica explícitamente la noción de limitaciones en el objeto del gasto en las asignaciones presupuestarias. La legislación vigente requiere que "todas las asignaciones deben ser aplicadas a los objetos a las que han sido asignadas, excepto en los casos en que la ley disponga otra cosa[54]". Otra disposición dispone que los montos asignados deben ser utilizados dentro del período de tiempo que haya sido determinado por el Congreso[55].

La determinación del objeto, del plazo, así como también del monto autorizado para cada asignación presupuestaria garantiza, por un lado, que el Tesoro público no contraerá deudas sin autorización legislativa, y por otro que toda actividad realizada en nombre de los Estados Unidos será autorizada por el Congreso. Las limitaciones en cuanto al monto de los fondos asignados a cada partida pueden reflejar, entonces, algo más que una mera restricción presupuestaria: bien pueden implicar una estimación por parte del Congreso respecto del valor de la actividad presupuestada[56], o pueden reflejar una posición negativa del Congreso respecto del mayor uso del Tesoro público que pretende el Ejecutivo[57].

---

limitado a establecer un mero "techo" de gastos genérico. De todos modos la primera asignación presupuestaria dividió la suma total ($ 639.000) en apenas cuatro puntos, en la ley del 29/9/1789, 1 Stat. 95, "esta temprana dependencia del Tesoro [respecto del uso específico de los fondos] en la falta de preparación y de tiempo de los legisladores [del Primer Congreso]". Ver BROWNE, Vincent *The Control...*, cit., p. 35. Ver más adelante la sección III para un mayor análisis de la obligación impuesta al Congreso de definir tanto el objeto como el monto del gasto.

[53] Ley del 3/3/1809, 2 Stat. 535. La mencionada disposición tuvo su origen en el argumento, primero formulado por Alexander Hamilton y más tarde por miembros del gabinete del presidente Jefferson, según el cual el Ejecutivo no estaba forzado a seguir rigurosamente cada detalle de la asignación presupuestaria. Ver WILMERDING, Lucius, *The Spending...*, cit., ps. 22/23 y 73/76. Ninguno, sin embargo, llegó al punto de afirmar que el presidente podría descartar cualquier limitación en el objeto de las asignaciones. Ver íd., ps. 20/49.

[54] 31 USC, § 1301 (a). La Ley Anti-Déficit también recepta el principio de limitación en el objeto. Ver nota 159.

[55] 31 USC, § 1502. La Constitución dispone explícitamente que las asignaciones destinadas al ejército no pueden exceder los dos años, conf. "Constitución de los Estados Unidos", art. I, § 8, cl. 12; la noción de límite temporal se encuentra además implícita en la noción de asignación, puesto que de otro modo la determinación del monto y del objeto careceria de sentido. Desde el primer Congreso las asignaciones destinadas al Ejecutivo han sido presupuestadas, usualmente, una vez por año.

[56] Cuando el Congreso asigna un monto determinado a una agencia o actividad estatal específica no sólo puede estar diciendo "Esto es lo máximo que el Fisco puede afrontar en este momento", sino también "Esto es lo que vale la actividad en cuestión", o bien "Una actividad gubernamental que exceda este monto no debe ser considerada socialmente deseable en este momento".

[57] El Congreso puede decidir ejercer el gobierno a través de vías que no impliquen la financiación del Gobierno federal o de acciones que éste deba llevar adelante (ver nota 22). Por ejemplo, el Congreso puede requerir a las empresas privadas la provisión de un seguro de salud, en lugar de financiarlo a través de las arcas públicas. O bien el Congreso podría eliminar el Sistema de Seguridad Social, reemplazándolo por la contribución directa de empleadores y trabajadores a un fondo privado de retiro que reproduzca la distribución y los beneficios del Sistema de Seguridad Social. Ver también, HART, Henry, "The Relations...", cit., ps. 525/530 (respecto de los modos en que el Congreso puede utilizar la legislación estadual en orden a cumplir objetivos del Gobierno federal).

A pesar de los numerosos prerrequisitos estructurales impuestos a las actividades federales y a su financiamiento[58], el presupuesto para el Gobierno federal ha crecido más que la población o que la actividad económica tomada en su conjunto[59]. El crecimiento de la planta orgánica del Gobierno federal ha sido, por su parte, mucho más lento[60]. Desde mediados del siglo XX la adquisición de bienes y servicios por el Gobierno federal ha crecido de modo proporcional respecto del producto bruto interno[61], y la planta de personal del Gobierno federal ha crecido mucho menos respecto del producto bruto interno o del total de gastos del Gobierno federal[62]. Mientras que bajo un sistema de control popular sobre la bolsa podría tender a un crecimiento del gasto y un aumento del déficit[63], podría

[58] Además de los requisitos exigidos para las asignaciones presupuestarias, existen también otros estructurales para el crecimiento del Gobierno federal. Ver texto a notas 11-18.

[59] Ver *Office of Management and Budget, Budget of the United States Government, Fiscal Year 1989*, Historical Tables, Table 1.2, 1988. (De aquí en adelante Presupuesto 1989) (los gastos del Gobierno federal crecieron, en relación con el producto bruto interno del 10% en 1940 al 23% en 1987). Comparar con Historical Tables, Table 6.1 (la decuplicación del total de gastos federales desde 1940) con *Economic Report for the President for Fiscal Year 1988*, Table B-30 (1988) (aumento de un 85% en la población para el mismo período). Para un análisis general del tema ver KIMMEL, Lewis, *Federal Budget and Fiscal Policy: 1789-1958*, Brookings Institution, Washington, 1959.

[60] Ver *Economic Report for the President, Fiscal Year 1988*, Table B-40, 1988. (El número de empleados del Gobierno federal apenas se ha triplicado desde 1940). En los últimos años el grueso de los aumentos registrados en el presupuesto federal se debieron a programas de transferencia del ingreso. Ver Presupuesto 1989 (nota 59), Historical Tables, Table 16.1 (muestra que la proporción de impuestos redistributivos ha crecido de 1/5 en 1957, a casi 2/5 en 1987 del total de gastos federales).

[61] Ver Presupuesto 1989 (nota 59), Historical Tables, Table 16.2 (La adquisición de bienes y servicios por parte del Gobierno federal fue de un 8,2% del producto bruto interno en 1951 y de un 8,5% en 1987).

[62] Comparar *Economic Report for the President for Fiscal Year 1988*, Table B-40, 1988 (crecimiento de un 50% de la planta del gobierno federal entre 1951 y 1987), íd., Table B-2 (crecimiento de más del 200% del producto bruto interno para el mismo período) y Presupuesto 1989 (nota 59) Historical Tables, Table 6.1 (respecto del crecimiento del total de gastos federales en un 250% para el mismo período).

[63] Algunos teóricos de la elección pública sostienen que el requerimiento de autorización legislativa respecto del presupuesto no opera como un control efectivo sobre el aumento en el gasto público o en el défici fiscal. Ver BUCHANAN, James - TULLOCK, Gordon, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor (Mich.), 1962; BORCHERDING, Thomas, *Budgets and Bureaucrats: The Sources of Governmenth Growth*, Duke University Press, Durham (North Carolina), 1977; BUCHANAN, James - WAGNER, Richard, *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, Academic Press, Nueva York, 1977, ps. 173/176. Sin embargo, las premisas sobre las que se asientan estos trabajos —la existencia de una previa conciencia "moral" respecto del balance de los presupuestos, reemplazada luego por una tendencia creciente hacia el aumento del gasto y de la deuda pública— han sido cuestionadas. Ver STEIN, Herbert, "The Decline of Budget-Balancing Doctrine", en BUCHANAN, James - WAGNER, Richard (eds.), *Fiscal Responsability in Constitutional Democracy*, Martinus Nijhoff, Social Science Division, Boston, 1978, ps. 35/53 (niega la declinación de la doctrina del presupuesto balanceado luego de 1929); ver EISNER, Robert - PIEPER, Paul, "A New View of the Federal Debt and Budget Deficits", *74 Am. Econ. Rev.*, 11, 1984 (muestra la declinación del valor real de la deuda pública desde la Segunda Guerra Mundial); STITH, Kate, "Rewriting the Fiscal Constitution: The Case of Gramm-Rudman-Hollings", *76 Calif. L. Rev.*, 593, 1988, ps. 622/623.

sostenerse que una estructura constitucional diferente —sin separación entre el Poder Ejecutivo y la autoridad de gastos— podría haber conducido a un aumento todavía mayor del personal del Gobierno federal, así como también de las pretensiones de éste sobre las capacidades productivas de la Nación. Más aún, como se sugiere más adelante en este trabajo, el reciente aumento en los gastos federales puede haberse debido, en parte, no gracias a las facultades presupuestarias del Congreso, sino al incumplimiento del deber constitucional impuesto a éste respecto del ejercicio de contralor sobre los gastos del Gobierno federal[64].

d) Los principios del Tesoro público y del control sobre las partidas presupuestarias.

Como se mostró más arriba, las asignaciones presupuestarias no se limitan a especificar montos de dinero, sino que definen el carácter, la extensión y el alcance de las actividades gubernamentales autorizadas. Si el Ejecutivo pudiese evadir las restricciones impuestas por el Congreso en la legislación presupuestaria —ya sea a través de medios privados de financiación, de la reasignación de partidas o bien a través de la venta de bienes y servicios públicos— se estaría contraviniendo el principio constitucional fundamental que atribuye al Congreso la facultad de determinar qué acciones pueden ser llevadas a cabo en nombre de los Estados Unidos.

Las agencias federales no pueden recurrir a fuentes de financiamiento diferentes a las asignadas por el Congreso porque sus acciones se encuentran autorizadas sólo hasta el monto de dichas asignaciones. De acuerdo con esto, una agencia federal no puede, sin autorización legislativa, recurrir a fondos privados puesto que carece de autorización para llevar adelante las actividades que requerirían dichos fondos. Esta restricción se aplicaría también en el caso de que los fondos no asignados fueran utilizados para financiar actividades similares o idénticas a las permitidas en el presupuesto.

De modo similar el requisito de asignación legislativa del presupuesto impide al Ejecutivo la reasignación de fondos dentro del marco de éste. Una transferencia de este tipo implicaría una doble violación de las prescripciones legislativas, puesto que se estaría aumentando una asignación al mismo tiempo que se reduce otra. Del mismo modo, una agencia federal tiene prohibida la venta de activos, de bienes o de servicios públicos con el objetivo de financiar actividades adicionales; una operación de este tipo contravendría tanto los términos de la asignación destinada a la actividad original, como así también los términos de la asignación destinada a la asignación adicional a financiar.

Estas dos conclusiones, derivadas del principio de asignación legislativa del presupuesto pueden resumirse en dos principios de gobierno. En primer

[64] Ver notas 197-208 (varias formas de "gastos indirectos" pueden implicar una abdicación de la potestad del Congreso sobre la caja).

lugar, el principio del Tesoro público: todos los fondos pertenecientes a los Estados Unidos —cualquiera sea su fuente, el modo en que han sido adquiridos, o la forma que tomen (dinero, propiedad inmaterial o activos físicos)— son dineros públicos, sujetos por ende a control y rendición de cuentas públicas. Este principio implica que todos los fondos recibidos por los Estados Unidos pasan a integrar el Tesoro, para usar los términos de la Constitución. El Tesoro incluye no sólo los ingresos originados en los impuestos, sino también cualquier préstamo sobre el crédito de los Estados Unidos, cualquier ingreso resultante de la venta de bienes o servicios públicos y cualquier donación al Gobierno. En segundo lugar, el principio de control sobre las partidas presupuestarias: todos los gastos realizados sobre el Tesoro público deben ser precedidos de una "asignación autorizada por ley". Tomados en su conjunto, ambos principios prescriben que no puede realizarse gasto alguno en nombre de los Estados Unidos sino es a consecuencia de una asignación legislativa.

Entendidos de este modo, los requisitos constitucionales exigidos para la asignación del presupuesto se complementan con el principio de "declaración y rendición de cuentas" contenido en la misma cláusula de la Constitución, que dispone la obligación del Gobierno federal de "publicar regularmente una declaración y rendición de cuentas de los egresos e ingresos de todos los *fondos públicos*[65]". Ambos principios imponen al Congreso la responsabilidad de rendir cuentas al público de todos los gastos efectuados por el Gobierno federal. Los requisitos para la asignación de partidas disponen que todo gasto gubernamental debe contar con autorización legislativa. El principio de declaración y rendición de cuentas provee, por su parte, de los medios para hacer efectiva la exigencia de que todo gasto se encuentre debidamente autorizado. El principio de asignación se refiere a "dinero (...) retirado del Tesoro", mientras que el principio de declaración y rendición de cuentas se refiere a "los ingresos y egresos de fondos públicos". Si existiesen "fondos públicos" que pudieran ser utilizados sin su previo depósito en el "Tesoro", entonces diferiría el alcance de estas disposiciones constitucionales[66] complementarias. De aquí que, en función de la coherencia del texto constitucional, ambos deben ser comprendidos como sinónimos[67].

[65] Constitución de los Estados Unidos, art. I, § 9, cl. 7 (la bastardilla es de la autora).

[66] La naturaleza complementaria de ambas disposiciones no surge sólo de su ubicación y redacción, sino también de sus más amplias funciones dentro de la estructura general de la Constitución. Sin el principio de declaración y rendición de cuentas, el Poder Ejecutivo, a través de sus agencias, podría evadir las limitaciones en el objeto y en el monto, dispuestas por el principio de asignación legislativa del presupuesto. Ver *19 Annals of Cong.*, 1330-31 (1809) ("A menos que la Cámara evalúe si el gasto excede el monto asignado, o bien si fue mal utilizado —esto es, si fue utilizado para un objeto distinto de aquel para el cual fue asignado—; a menos que nosotros realicemos esta tarea, nuestro control sobre los fondos públicos sería meramente nominal, una sombra vacía") (declaración del dip. J. Randolph). Ver también, WILMERDING, Lucius, *The Spending...*, cit., ps. 199 y ss. ("The Effort to Control After Expenditure").

[67] El alcance equivalente de ambos principios no implica necesariamente que éstos cubran la totalidad de los gastos públicos. Por ejemplo, éste podría limitarse a los fondos recaudados a través de los impuestos y de los créditos tomados por el gobierno. No obstante, el principio de

Se sigue del principio de asignación legislativa del presupuesto que toda "producción" del Gobierno debe estar autorizada por el Poder Legislativo, aun en los casos en que dichas actividades adicionales, por ejemplo estar financiadas a través de donaciones, no impliquen un costo real para el Tesoro[68]. La exigencia de asignación legislativa del presupuesto no se encuentra entonces limitada a aquellos casos en que el Congreso invoque las facultades de imponer tributos u otra potestad coactiva.

A pesar de su carácter absoluto los principios del Tesoro público y de la asignación legislativa del presupuesto tienen un alcance limitado. En primer lugar sólo se extienden a aquellos fondos que, de acuerdo con la ley, pertenecen a los Estados Unidos[69]. Bajo los principios de nuestra Constitución el Congreso no puede disponer de aquellos fondos que no pertenezcan a los Estados Unidos[70]. Existen, sin embargo, varias formas a través de las cuales el dinero privado puede pasar a integrar el Tesoro público[71].

En segundo lugar, y vinculado con el punto anterior, estos principios se aplican sólo a aquellos gastos realizados en nombre de los Estados Unidos[72], esto es, únicamente a los gastos realizados por el Gobierno federal, y no aquellos

---

declaración y rendición de cuentas se refiere, de un modo mucho más amplio, a "*gastos* de fondos públicos" (la bastadilla es de la autora). Sería por cierto extraño que la Constitución requiriese rendiciones de cuentas respecto de sólo algunos de los gastos realizados por el Ejecutivo.

[68] De este modo los requisitos de asignación presupuestaria alcanzan a todos los fondos recibidos que sean después utilizados en nombre de los Estados Unidos, aun en el caso de que los fondos hayan sido transferidos directamente del donante al beneficiario.

[69] Por ejemplo, en el caso de pagos en exceso de los impuestos nos hallamos frente a fondos que, si bien han sido recibidos por el gobierno de los Estados Unidos, no le pertenecen legalmente; por este motivo esta clase de fondos puede ser devuelta sin que medie autorización legislativa. Ver 13 Op'Att'y Gen. 439 (1871). De este modo, aun cuando el Congreso ha sancionado una partida permanente destinada a la devolución de pagos en exceso, no era necesario que lo hiciese. Ver 31 USC, § 1322, también, 4B. BITTKER, Boris, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1981, ps. 112/156. De modo similar, los fondos en depósitos judiciales tampoco pertenecen a los Estados Unidos. Ver 60 Com. Gen. 15, 26 (1980) (los fondos depositados en una agencia federal no caen bajo el alcance del Régimen de Ingresos Varios. En ninguno de estos casos el Tesoro público se ve afectado).

A la inversa, el principio del control legislativo del presupuesto no exige la reasignación de los fondos que hubiesen sido devueltos al gobierno en razón de un pago fiscal excesivo. Ver GAO *Principles*, cit., ps. 5/66.

[70] Aun cuando en algunos casos pueda resultar difícil determinar si ciertos fondos integran o no el Tesoro público, estaríamos frente a un problema que ni es inusual, ni tampoco necesariamente difícil de resolver. Ciertamente una labor de estas características debe realizarse en la aplicación del 18 USC, § 641, que prohíbe genéricamente cualquier clase de sustracción de "dinero o bienes *de los Estados Unidos*" (la bastardilla es de la autora). Conf. "United States v. Pindexter", nro. 80-0080 (DDC archivado el 16/3/1988) (alegando una violación a dicha norma).

[71] Por ejemplo, el Congreso podría crear un impuesto; una entidad privada podría realizar una donación a favor de los Estados Unidos; el gobierno podría recibir fondos de la venta de bienes o servicios públicos o de contratos pactados con particulares; o bien en calidad de dividendos de inversiones. En todos estos casos, de acuerdo con el principio del control legislativo del presupuesto, los fondos requieren de una ley que autorice su utilización.

[72] Aun cuando, al igual que en los casos mencionados en la nota 70, ésta pueda resultar una cuestión difícil de determinar, no por ello se trata de un problema nuevo o irresoluble. Ver nota 95.

realizados por terceros, aun cuando se utilicen fondos provistos por el Gobierno. Así, el pago inicial de un programa de becas financiado por el Gobierno de los Estados Unidos debe ser autorizado por el Congreso, pero no se requiere autorización legislativa para que el beneficiario, dentro de los términos del programa, haga uso de los fondos. Si bien éste estaría utilizando fondos provistos por el Gobierno federal, éstos ya no formarían parte del Tesoro público, a lo que se suma que el beneficiario tampoco estaría actuando en nombre del Gobierno federal[73].

Estas limitaciones intrínsecas a los principios del Tesoro público y del control legislativo del presupuesto reflejan la premisa constitucional según la cual el ejercicio del gobierno debe ser limitado[74]. El término "el Tesoro" no se refiere a todas las rentas gubernamentales así como el término "Gobierno federal" no se refiere a todo potencial ejercicio del gobierno. Por el contrario, con el término "el Tesoro" —o "fondos públicos", para utilizar los términos del principio de declaración y rendición de cuentas— se alude únicamente a aquellos recursos que, a través de un procedimiento constitucional, han sido transferidos al Gobierno.

De este modo, cuando el Gobierno desperdicia oportunidades de obtener fondos adicionales —a través de impuestos, donaciones u otros medios— el Congreso no tiene facultades —ni de asignación ni de control— sobre ellos. Así como la inacción legislativa puede llegar a ser un método de gobierno tan efectivo como el ejercicio positivo del Poder Legislativo[75], del mismo modo las "deducciones impositivas[76]" pueden distribuir recursos y afectar la distribución de los ingresos del mismo modo que el gasto público. Aun cuando el Congreso, por cuestiones de conveniencia decida dar el mismo tratamiento a las deducciones impositivas que a los gastos del Gobierno[77], este tratamiento no es exigido por el texto constitucional. Aun cuando la creación de "lagunas" impositivas es, de acuerdo con el art. I, una facultad del Poder Legislativo[78], los fondos que

[73] Por lo tanto, si el beneficiario transgrediese los términos de la beca, no caería bajo el régimen del 18 USC, § 641 (ver nota 70), a menos que la intención fraudulenta fuese previa al cobro de los fondos. Por supuesto, depende de los términos del programa, la conducta del beneficiario podría constituir un fraude u otro tipo de delito.

[74] Ver texto a notas 11-21.

[75] Ver nota 21 (en términos políticos la inacción del Congreso puede ser considerada como un acto omisivo).

[76] Conf. SURREY, Stanley, "Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures", *78 Harv. L. Rev.*, 705, 1970; Presupuesto 1989, cit., 6d-9 ("Los gastos deducibles se definen como aquellos que, por disposición legal, quedan sujetos a quitas especiales, exenciones o deducciones impositivas"). Para un panorama general ver GRAETZ, Michel, *Federal Income Taxation*, 2ª ed., Foundation Press, Nueva York, 1988, ps. 40/56.

[77] Ver nota 266.

[78] En la medida en que los "gastos deducibles" son considerados excepcionales, y que la mayoría han sido establecidos por leyes específicas, en los hechos han sido sancionados del mismo modo que el resto de la legislación relativa al gasto público. De este modo pueden ser derogados tanto de modo directo, como a través de la derogación del impuesto en sí mismo. Ver GRAETZ, Michel, *Federal...*, cit., p. 53.

constituyen las deducciones impositivas no pertenecen a los Estados Unidos, y el efectivo gasto de éstos es realizado por personas privadas y entidades no gubernamentales, y no en el nombre de los Estados Unidos[79].

El alcance del requisito de asignación legislativa del presupuesto sería mucho más amplio si la Constitución, en lugar de asentarse sobre los presupuestos de un ejercicio limitado del poder político, se asentara sobre su inversa; esto es, que toda actividad tiene un carácter político y gubernamental a menos que el Congreso decida lo contrario. Desde esta última perspectiva, todos los recursos pertenecerían al Gobierno hasta, y a menos que, el Gobierno transfiriese dichos fondos a entidades no gubernamentales. En este caso el estatus de las deducciones impositivas —de hecho, de toda renta no percibida— sería muy diferente[80]. El que las deducciones impositivas no se encuentren sujetas al control legislativo no constituye un descuido de los redactores de la Constitución, una incapacidad de entender las nociones de costo de oportunidad o de subsidios indirectos, por el contrario, es una consecuencia directa de uno de los principios fundamentales de nuestro orden constitucional.

e) La facultad de denegar partidas

La virtud de limitar el ejercicio del Poder Ejecutivo a través del presupuesto radica en que estos límites pueden ser impuestos en todo momento, a través de los canales institucionales normales[81], evitando conflictos e investigaciones posteriores para cada caso en particular[82]. Los límites impuestos a través de la asignación de partidas presupuestarias restringen toda acción y actividad guber-

[79] Del mismo modo, los costos generados por la regulación de entidades no gubernamentales tampoco caen bajo el régimen de las asignaciones, no obstante lo cual el Congreso puede decidir darles el mismo tratamiento. Ver LITAN, Robert - NORDHAUS, William, *Reforming Federal Regulation*, Yale University Press, New Haven, 1983, ps. 133/158. (Discusión respecto de la regulación a través del presupuesto).

[80] Del mismo modo, si toda actividad social fuese considerada primordialmente gubernamental, entonces la noción de "actividad estatal" tendría otra relevancia constitucional. Ver WOLIN, Sheldon, *Politics...*, cit., ps. 353/354 (contraste entre sociedades basadas en lo privado y sociedades totalitarias que tornan omnipresente lo político, convirtiéndolo en el principal referente de la existencia).

[81] Me refiero tanto a los agentes específicos de cada agencia como a la Oficina de Administración y Presupuesto, que se encarga de controlar el uso de las asignaciones y el desarrollo del presupuesto dentro del Ejecutivo. Ver MOSHER, Frederick, *A Tale of Two Agencies*, Lousiana State University Press, Baton Rouge, 1984, ps. 99/123. Esta tarea la cumple también, en cierto grado, la GAO. Ver texto a notas 228-49.

[82] Por supuesto que la efectividad de un sistema es siempre imperfecta, como quedó demostrado en las audiencias por el caso "Irán-Contras", *Iran-Contras Report*, cit., 405-07 (violaciones a la primera enmienda Boland); íd., 411-14 (uso no autorizado de donaciones). Es interesante notar, sin embargo, que las actividades dirigidas por el Lt. Col. Oliver North fueron desarrolladas por fuera de los canales administrativos de la CIA, al punto que los fondos eran "lavados" antes de ser utilizados. Ver *Iran-Contras Report*, cit., 31-58 (cese de operaciones por parte de la CIA a partir de la sanción de la segunda enmienda Boland y la posterior financiación "clandestina" de operaciones por el NSC); ver también 117-36 (cap. "Keeping 'USG Fingerprints'

namental, y en la medida en que sean respetados por el Ejecutivo constituyen una forma de control, de bajo costo y efectivo, del legislativo sobre el presidente. En el caso de que el Ejecutivo se aparte de las políticas dictadas por el Legislativo, le queda a éste la posibilidad de controlarlo a través de la asignación de recursos[83].

En ciertas áreas sensibles, sin embargo, el Congreso se ha mostrado renuente a la hora de controlar presupuestariamente las actividades del Ejecutivo[84]. Recién después de la Segunda Guerra Mundial el Congreso ha aplicado de modo consistente sus facultades de control presupuestario en materia de política exterior[85]. Durante la guerra de Vietnam, y luego del fracaso de una declaración meramente política respecto de las operaciones norteamericanas en Camboya[86], el Congreso se vio forzado a denegar los fondos requeridos por el Ejecutivo en orden a controlar sus actividades[87].

La limitación en el "objeto", utilizada en el caso de Camboya —y a la que se volvió a recurrir una década más tarde—, con el propósito de limitar el apoyo bélico norteamericano a la oposición en Nicaragua (los Contras) es una herramienta política extremadamente efectiva. Consiste en la denegación de cualquier clase de fondos para un fin específico[88]. Una denegación de fondos generalmente implica la prohibición del uso de partidas presupuestarias para una

---

Off the Contra Operation: 1984-1985") y 137-53 (cap. "Keeping 'USG Fingerprints' Off the Contra Operation: 1986").

[83] La primera enmienda Boland (ley del 21/12/1982, pub L. nro. 97-377, § 793, 96 Stat. 1865) prohibe la utilización de fondos asignados para derrocar al gobierno de Nicaragua, la segunda (ley 12/10/1984, pub. L. nro. 98-473, § 8066, 98 Stat. 1837, 1935) prohíbe a toda agencia que realice tareas de inteligencia el uso de cualquier clase de fondos en apoyo a los Contras.

[84] Para un análisis general del papel del Congreso en el control de la política exterior, y en particular del caso "Irán-Contras", ver KOH, Harold, "Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affaires: Lessons of the Iran-Contra Affair", *97 Yale L.J.*, 1255, 1988.

[85] Ver NOBLEMAN, Eli, "Financial Aspects of Congressional Participation in Foreign Relations", *289 Annals*, 145, 1953. La mayoría de los casos se dan en el ámbito de la asistencia internacional, sancionada según la facultad general de usar fondos públicos del Congreso. Ver nota 31 y texto. Ver, por ej., Ley de Seguridad Recíproca (1954, pub. L. nro. 83-665, ch. 937, § 105 [b] [1], Stat. 832, 835) y Leyes de Asistencia Internacional (1961, pub. L. nro. 87-195, § 620, 75 Stat. 444-45 y 1963, pub. L. nro. 88-205, 77 Stat. 386, codificada en 22 USC, § 2370 [a] [2], primera enmienda Hickenlooper).

[86] Ley del 1/7/1973, § 108, 87 Stat. 130-34.

[87] Ley del 17/11/1971, § 601 (a), 85 Stat. 423, 430 (enmienda Mansfield); ver también pub. L. nro. 92-156, § 501 (a), 85 Stat. 423, 427 (en las aclaraciones Fullbright afirma, entre otras cosas, que "la ley no puede ser interpretada de modo tal que impida el retiro seguro y ordenado de las tropas del Sudeste Asiático..."). Para un análisis de estas disposiciones ver EAGLETON, "The August 15 Compromise and the War Powers of Congress", *18 St. Louis U.L.J.*, 1, 1973. Note "Presidential Power to Make War", *7 Ind. L. Rev.*, 900, 1974.

[88] Ver nota 83 (enmiendas Boland). Se ha sostenido, sin embargo, que la segunda enmienda Boland no alcanza al Consejo Nacional de Seguridad de la Casa Blanca (ver *Iran-Contras Report*, 489-99, informe de la minoría). Si el objetivo era prohibir toda clase de financiamiento para un objeto determinado hubiese sido deseable una redacción menos descriptiva de las agencias alcanzadas por la norma (que permiten una interpretación restrictiva de ésta), tales como la referencia a "las agencias envueltas en actividades de inteligencia" en la segunda enmienda Boland.

actividad que de otro modo podría ser realizada por el Ejecutivo[89]. Cuando el Congreso decide rechazar una asignación presupuestaria no se está limitando a afirmar que el Tesoro no puede afrontar tal o cual gasto. En nuestro orden constitucional, el Congreso, al sancionar una limitación de esta clase, está tomando una decisión política respecto del alcance de las facultades del Ejecutivo.

Esta limitación niega al Ejecutivo los medios para llevar adelante dicha actividad, puesto que, casi invariablemente, los sueldos y otros costos fijos suelen provenir, también casi invariablemente, de partidas legislativamente autorizadas[90]. Al actuar en nombre de los Estados Unidos, los agentes del Gobierno se encuentran sujetos a todas las limitaciones impuestas al presupuesto. Por esto, ningún empleado público —incluido el presidente— puede utilizar ni un minuto de su tiempo en servicio para solicitar fondos privados (ya sean para ser utilizados por el Gobierno como por terceros) para financiar una actividad a la que le hayan sido explícitamente negadas las asignaciones presupuestarias correspondientes[91].

Aun cuando el Congreso conceda a una agencia la autorización para utilizar donaciones u otros fondos ajenos al Tesoro nacional[92], esta autorización no se extiende a aquellas actividades para las cuales todo tipo de asignaciones hayan sido rechazadas. En el marco de los términos establecidos por la acción legislativa que rechaza las asignaciones, un órgano estatal no podría utilizarlos para llevar adelante la actividad prohibida si ésta implicase el recurso a partidas asignadas (incluidos los fondos asignados para sueldos públicos), aun cuando sólo fuese para administrar los fondos donados[93]. En términos sencillos, cada término de la limitación se aplica a cada centavo asignado en el presupuesto. A menos que el Congreso se proponga autorizar explícitamente el uso de "do-

[89] Ver 5 Op. Off. Legal Counsel, 180 (1981) (incluso existen restricciones presupuestarias superpuestas con restricciones orgánicas, como en el caso del *lobbying* para la Agencia de Servicios Comunitarios [Community Services Agency]). Ver también nota 97.

[90] Los costos administrativos de casi la totalidad de las actividades gubernamentales se financian a través de alguna de las trece asignaciones anuales realizadas por el Congreso. Ver COLLENDER, Stanley, *The Guide to the Federal Budget*, Urban Institute Press, Washington DC, 1987, p. 44. Existen normas específicas que prohíben el aumento de los salarios públicos a través de otros fondos que no sean éstos. Ver, por ej., 18 USC, § 209 (proscribiendo la suplementación de toda compensación salarial otorgada por el gobierno para actividades propias de éste). A esto se suma una disposición de la Ley Anti-Déficit que prohíbe la prestación de servicios no remunerados a los empleados del gobierno. Ver nota 152 y texto a notas 149-54.

[91] Como ya fuera mencionado, el Congreso faltaría a sus deberes al negar los fondos requeridos por el presidente para cumplir con sus funciones constitucionales. No obstante, esta situación no le da al Ejecutivo la facultad de utilizar los fondos denegados. Ver texto a notas 36-40.

[92] Ver texto a nros. 126-36.

[93] En el caso en que el Congreso autorice el funcionamiento de un fondo revolvente (ver texto a notas 116-23), es posible que los salarios requeridos sean financiados a través del mismo fondo y no con partidas presupuestarias. No obstante, en la medida en que esta clase de fondos constituyen una "asignación permanente" (ver texto a notas 169-74), resultarían alcanzados por una prohibición general de financiamiento. En este sentido, la doctrina de los "fondos no apropiados" (Ley Tucker, 28 USC, §§ 1491-1508) (nota 171) puede conducir a interpretaciones equivocadas.

naciones" para financiar actividades no incluidas en el presupuesto, ninguna agencia puede invocar la "autorización de dádivas" para evadir las limitaciones en el "objeto" dispuestas por el Legislativo.

No se trata de imponer la forma por sobre el fondo; la forma (una limitación en las asignaciones) y el fondo (una limitación en las facultades del Ejecutivo) son perfectamente congruentes. Supongamos, por caso, que el Congreso autoriza una partida para el Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS) [Department of Health and Human Services] y dispone al mismo tiempo que "ninguno de los fondos por ésta asignados" puede ser utilizado para financiar actividades o programas de planificación familiar. Una disposición de este tipo vedaría a todo personal de la HSS la administración o cualquier otra forma de gestión de las actividades excluidas de la autorización[94]. Aun cuando un empleado de esta repartición pudiese conseguir, con algunas llamadas telefónicas, los fondos necesarios para financiar estas actividades, no podría hacerlo durante su horario de trabajo o en su calidad de agente del Gobierno[95].

En resumen, no existen excepciones, por mínimas que sean, respecto de las limitaciones dispuestas en la asignación presupuestaria, así como tampoco hay excepciones al requisito de asignación legislativa del presupuesto. Las asignaciones para las agencias federales, así como las condiciones impuestas a los programas de gastos de entidades no federales[96], constituyen fuentes fundamentales de las facultades de contralor del Legislativo sobre el Ejecutivo, puesto que el uso de cualquier suma de fondos públicos se encuentra condicionada por las políticas prescriptas por el Congreso[97], en este sentido el Ejecutivo carece de facultades para financiar la actividad prohibida, ya sea con fondos públicos como privados[98]. Al poner las facultades presupuestarias en cabeza del

[94] El ejemplo se refiere a actividades domésticas que no requieren del presidente más que la aplicación de la ley.

[95] Aun cuando pueda resultar difícil determinar si un agente está actuando en nombre propio o del gobierno no se trata de una pregunta imposible de contestar. Algunos criterios relevantes pueden ser la realización de la actividad en horario de servicio, el uso de papelería oficial (adquirida con fondos públicos), la invocación de su función gubernamental o bien la pretensión explícita de estar actuando en representación de los Estados Unidos. Este tipo de controles debería realizarse de modo rutinario, entre otros, en los casos de conflicto de intereses. Ver, por ej., 1 Op. Off. Legal Counsel, 20 (1977).

[96] Ver texto a nota 31.

[97] Podría preguntarse si la no asignación resulta equivalente a la denegación explícita de fondos. La respuesta sería negativa en caso que la actividad estuviese comprendida dentro de otras actividades para las cuales se han autorizado los fondos; por ejemplo, no se requiere del Congreso una enumeración exhaustiva de todas las actividades potencialmente implicadas en la "asistencia familiar". Por el contrario, la omisión sería equivalente a la denegación explícita de fondos en caso que la actividad no estuviese comprendida en ninguna otra actividad autorizada. Éste sería el caso si se omitiese la partida correspondiente a la "asistencia familiar" en el presupuesto de la HHS. Por supuesto, el alcance de las actividades autorizadas es una cuestión de interpretación de la ley.

[98] Ver además, TRIBE, Laurence, "Reagan Ignites a Constitutional Crisis", *N.Y. Times*, 1987, A31, col. 2 (la enmienda Boland se aplica a "los ingresos gubernamentales destinados a pa-

Congreso, la Constitución lo hace responsable de las actividades desarrolladas por el Ejecutivo.

III. EL CONTROL DEL PRESUPUESTO: MARCO LEGISLATIVO

La implementación por parte del Congreso del requisito de asignación legislativa del presupuesto es, en buena parte, consistente con la teoría constitucional desarrollada en la sección I. Dos clases de normativas ponen de manifiesto la interpretación hecha por el Congreso de la relevancia constitucional de la asignación legislativa de los fondos públicos: las leyes de presupuesto (u otras normas que autoricen otros medios de financiación) y aquellas que podríamos denominar leyes "marco". Al análisis de estas últimas está dedicada esta sección. Si bien las leyes marco no constituyen en sí mismas autorizaciones para realizar gastos de fondos públicos, establecen estándares y reglas, generalmente de naturaleza procesal, ampliamente aplicables a las asignaciones presupuestarias. Esta normativa general provee el marco operativo para la asignación y utilización del presupuesto y gobiernan tanto la asignación legislativa como la ejecución de éste por el Ejecutivo[99]. Sin un adecuado análisis, tanto uno como otro[100], resulta imposible alcanzar una correcta interpretación y aplicación de la legislación presupuestaria.

Dos normas marco sancionadas en el siglo XIX y a principios del XX —la Ley de Ingresos Varios[101] y la Ley Anti-Déficit[102]— resultan de particular importancia para comprender la interpretación y aplicación de los requisitos constitucionales para la asignación del presupuesto realizada históricamente por el Congreso. Al igual que las primeras normas marco, que disponían que los fondos presupuestados sólo podían ser utilizados para los "objetos" para los cuales habían sido asignados[103], las Leyes de Ingresos Varios y Anti-Déficit tenían por objeto paliar un problema crónicamente padecido por el Congreso durante el

---

gar los salarios y gastos de los agentes de inteligencia —tal como la recolección de fondos— [en tanto los utilicen en apoyo de los Contras]").

[99] A partir del análisis de la legislación presupuestaria de 1921 y de 1974 Kenneth Dam ha identificado ambas disposiciones como constitucionales (con "c" minúscula). Ver DAM, Kenneth, "The American Fiscal Constitution", *44 U. Chi. L. Rev.*, 1977, ps. 271, 272 y 278/282. (Analizan la normativa presupuestaria de 1921 y de 1974).

[100] A las normas identificadas por Dam pueden agregarse otras disposiciones que precisan los términos utilizados en la legislación presupuestaria (31 USC, § 1511 [a]); que permiten establecer reglas de interpretación (31 USC, § 1301 [d]); que limitan las condiciones bajo las cuales puede ser utilizada una determinada partida presupuestaria (31 USC, § 1501); o bien que cancelan autorizaciones para gastos (99 Stat. 1037 del Presupuesto de 1985, Ley "Gramm-Rudman-Hollings"). Para un estudio del desarrollo histórico de este marco normativo ver Stith (nota 63).

[101] Ley del 3/3/1849, ch. 110, 9 Stat. 398 (31 USC, § 3302 [b]).

[102] Ley del 3/3/1905, ch. 1484, § 4, 33 Stat. 1214 (31 USC, §§ 1341 a 1351). Hasta principios del siglo XX que se sanciona la Ley Anti-Déficit, la regla que se encuentra en esta norma ya figuraba en numerosas disposiciones del siglo XIX. Ver notas 139/40.

[103] Ley del 3/3/1809, 2 Stat. 535 (31 USC, § 1301 [a]). Ver texto a nota 54.

siglo XIX; esto es, asegurar que el Ejecutivo no obligase al Tesoro nacional por encima de las asignaciones presupuestarias legislativamente dispuestas[104].

La Ley de Ingresos Varios dispone que todo agente de los Estados Unidos "que reciba dinero para el Gobierno, cualquiera sea su fuente", debe depositar estos fondos en el Tesoro nacional[105]; y articula así el principio del Tesoro público: toda suma en poder del Gobierno federal debe ser considerada una renta pública, y por ende queda sujeta al control público a través de los mecanismos dispuestos por la Constitución. La Ley Anti-Déficit, por otro lado, articula el principio del control legislativo del presupuesto: ningún fondo público puede ser utilizado si no es de acuerdo con las asignaciones dispuestas por el Poder Legislativo. Tal como se encuentra actualmente reglamentado, el contenido de esta norma prohíbe a toda agencia federal "realizar o autorizar gastos u obligaciones que excedan las asignaciones dispuestas en el presupuesto...[106]". La ley de Ingresos Varios se encuentra limitada, sin embargo, por ciertas formas de autorizaciones "abiertas" de gastos; la Ley Anti-Déficit se encuentra, a su vez, limitada por una aplicación estrecha de las prohibiciones que ella dispone.

a) La Ley de Ingresos Varios y sus excepciones

La ley del 3/3/1849 que dispone que todos los fondos "recibidos por las aduanas, la venta de tierras fiscales y de cualquier otra clase de fuente, *para el uso de los Estados Unidos*, debe ser abonada en el Tesoro de los Estados Unidos...[107]", recibe el anodino y poco revelador nombre de "ingresos varios" porque abarca todos los ingresos públicos no mencionados en otras categorías. Tal como se encuentra actualmente reglamentado en la sección 3302 del título 31 del Código de los Estados Unidos ("Dinero y finanzas"), la norma dispone que cualquier "oficial o agente del Gobierno que reciba dinero *para el Gobierno*, cualquiera sea su fuente, debe depositarlo en el Tesoro...[108]".

[104] Ver L. Wilmerding, cit. en nota 6. Si bien Wilmerding reconoce el papel jugado por la Ley Anti-Déficit en el control presupuestario, pasa por alto la relevancia de la Ley de Ingresos Varios.

[105] 31 USC, § 3302 [b].

[106] 31 USC, § 1341 (a) (1) (A).

[107] 9. Stat. 398 (la bastardilla es de la autora). Esta disposición fue recodificada, de modo abreviado, bajo la sección 3617 de los Estatutos Revisados de 1873 y refiriéndose a los fondos "recibidos de cualquier fuente para el uso de los Estados Unidos...". Ver notas 105 y 108.

[108] 31 USC, § 3302 (b) (la bastardilla es de la autora). La frase "para el uso de los Estados Unidos" fue eventualmente resumida a: "para uso del Gobierno", con el objeto de evitar palabras innecesarias.

La subsección (a) del § 3302, que requiere que los fondos sean retenidos hasta tanto se los deposite en el Tesoro, utiliza el término "dinero público" en lugar de "dinero para el Gobierno". Ésta es, a su vez, una derivación de una disposición previa a la Ley de Ingresos Varios, del 6/8/1846 y, aparentemente, utiliza el término "dinero público" en el mismo sentido en que la Ley de Ingresos Varios utiliza el término "dinero para el Gobierno". Ver texto a notas 65 a 67.

De acuerdo con los requisitos dispuestos en esta norma, todos los fondos pertenecientes a los Estados Unidos —recibidos "para el uso de los Estados Unidos" o "del Gobierno"— pasan a integrar el Tesoro público. Y por ende, todos y cada uno de estos recursos deben ser depositados en el Tesoro federal, desde el cual deben ser legislativamente asignados para su uso[109]. De este modo, una agencia federal no puede evitar el control legislativo disponiendo directamente de fondos recaudados por los agentes fiscales. Más aún, una agencia gubernamental no puede aumentar el monto de sus asignaciones a través de contribuciones de entidades no gubernamentales o de cualquier otra clase de fuente ajena a la legislación presupuestaria correspondiente. Cualquiera de los fondos recibidos por un agente gubernamental debe ser depositado en el Tesoro[110]. En este sentido la legislación de ingresos varios articula y aplica[111] el principio del Tesoro público.

El aspecto más importante de esta disposición no radica, no obstante, en el requisito general que impone respecto de todas las rentas públicas, sino más bien en las excepciones que, en diversas oportunidades, el Congreso ha dispuesto respecto de este principio. Estas excepciones autorizan expresamente a ciertas agencias gubernamentales a utilizar fondos públicos sin el previo depósito en el Tesoro, eximiéndolos por ende de la autorización legislativa. Existen tres grandes clases de excepciones a los requerimientos dispuestos en la Ley de Ingresos Varios. En primer lugar, aquellas que autorizan a las agencias a retener ciertas clases de recaudaciones, en segundo lugar, aquellas que autorizan la creación de "fondos revolventes", y en tercer lugar, las "autorizaciones para recibir donaciones", atribuidas a ciertas agencias.

El Congreso permite a ciertas agencias utilizar los fondos que recauden a través de sus actividades (en ocasiones denominados "reembolsos"[112]), sin ver-

[109] Ver Cong. Globe, 30th Cong. 1st Sess, 475 (1848) (el dip. Toombs dijo: "Esta ley se propone incluir en el Tesoro público todos los fondos disponibles, de modo tal que sólo puedan ser utilizados con la correspondiente autorización legislativa, de acuerdo con lo que dispone la Constitución. De este modo se evitan los problemas generados por la disposición de dos o tres millones sin autorización legislativa").

[110] Que la Ley de Ingresos Varios debe ser interpretada en el sentido de que los fondos deben ir al Tesoro y no directamente a la asignación presupuestaria de la agencia que los recibe, ya fue afirmado por el antecesor del controlador general (el controlador del Tesoro) en 1916: "[La Ley de Ingresos Varios] no dispone que los fondos deben ser asignados a una partida del Tesoro. Por el contrario, en mi opinión, dispone que los fondos deben ir al Tesoro, desde el cual deben ser asignados por el Legislativo... Si el Congreso hubiera querido que los fondos fueran directamente asignados a la agencia, habría utilizado otros términos", 22 Comp. Dec. 379, 381 (1916) (citado en *GAO Principles*, cit., 5-64).

[111] La Ley de Ingresos Varios dispone dos tipos de sanciones civiles: destitución del cargo y multa por el monto de los fondos no depositados. Ver 31 USC, § 3302 (d) (1982). Aun cuando la norma no dispone sanciones penales, resulta aplicable la prohibición genérica de sustraer fondos gubernamentales dispuesta en 18 USC, § 641 (1982), comentada en la nota 70. Respecto de las sanciones penales dispuestas en la Ley Anti-Déficit ver 31 USC, § 1350 (1982).

[112] La Agencia de Administración y Presupuesto se refiere a estos fondos como "recaudaciones compensatorias, acreditadas en cuentas de partidas o fondos" (oponiéndolas a las

se obligadas a atravesar el procedimiento legislativo correspondiente[113]. En este caso, las recaudaciones no son registradas como ingresos del Gobierno federal, sino dentro de las partidas específicas asignadas a la agencia[114]. Habitualmente estos fondos se suman a los que hayan sido asignados presupuestariamente, no obstante lo cual el Congreso puede disponer, a través de la ley de presupuesto, un tope máximo a la cantidad de gastos que pueden financiarse de este modo[115].

Los fondos revolventes constituyen una clase dentro de las autorizaciones para recaudar, y, en general, se utilizan para financiar emprendimientos gubernamentales de naturaleza comercial, tal como los programas de créditos: si bien la inversión inicial a través de la cual se constituyen este tipo de fondos proviene, en general, de una asignación presupuestaria legislativamente autorizada, se espera que la actividad en cuestión se sostenga a sí misma a través de las ganancias que pueda generar[116].

Los fondos revolventes y otras formas similares de recaudación han sido autorizados por el Poder Legislativo para financiar ciertas actividades desde los comienzos de la Nación[117]. Muchos fueron autorizados durante —e inmedia-

---

acreditaciones directas a las cuentas de ingresos de las agencias). Ver Presupuesto 1989, cit., 6e-14 a 6e-15. La GAO se refiere a estos fondos como "reembolsos": "Los reembolsos son sumas recibidas por la venta de bienes o servicios, ofrecidas al Tesoro público o bien a otra cuenta gubernamental, y que cuentan con autorización legislativa para su acreditación directa", 62. Comp. Gen. 70, 73 (1982).

[113] Muchas agencias se encuentran autorizadas para recaudar tarifas cuando los servicios prestados redundan en beneficio de individuos particulares. Ver Ley de Asignaciones de Agencias Independientes de 1952, 31 USC, § 9701 (1982); "New England Power Co. v. Federal Power Comm'n", 467 F2d 425, 428 (D.C. Cir., 1972). *aff'd*, 415 US 345 (1974). Ver, también, 48 Comp. Gen. 24 (1968) (en el que se construye de modo amplio el régimen de cobro a usuarios). Existen además otras autorizaciones para cobrar tarifas, ver 19 USC, § 1451 (1982) (Para el servicio aduanero, por ejemplo). En ocasiones el régimen de autorización admite la acreditación directa de las tarifas, en ocasiones se exige su acreditación bajo el régimen de los ingresos varios. Confrontar el régimen para la autoridad vial (38 USC, § 5009) con el régimen aplicable a los arrendamientos realizados por el Departamento de Defensa (10 USC, § 2667).

[114] Ver Presupuesto de 1989, cit., 6e-15 ("Los desembolsos provenientes de las asignaciones o de la cuenta del fondo son cuantificados a partir del total de gastos menos las recaudaciones compensatorias"). Este régimen difiere del aplicable a la mayoría de los ingresos públicos. Todas las rentas fiscales, así como tambien ciertas formas específicas de ingresos (regalías provenientes de la explotación *s.f.-zorree* de petróleo) son acreditadas en cuentas de ingresos, y deben por lo tanto ser asignadas antes de poder ser utilizadas. Ver íd., 6e-14 a 6e-15 (Los "ingresos públicos", así como también gran parte de los "ingresos compensatorios" son acreditados como ingresos públicos).

[115] Íd. 6e-15 ("Las recaudaciones compensatorias acreditadas en cuentas de partidas o de fondos se encuentran disponibles para [ser utilizadas] para los fines determinados por la ley sin necesidad de nueva acción legislativa. No es inusual, sin embargo, que el Congreso imponga limitaciones al tipo de deudas que pueden ser financiadas de este modo").

[116] Ver GAO *Principles*, cit., 5 a 57; Presupuesto de 1989, cit., 6e-14 a 6e-15 (todas las leyes que disponen la creación de fondos revolventes autorizan la acreditación directa de las recaudaciones a la cuenta de gastos).

[117] El primer fondo revolvente de carácter permanente fue creado para financiar el funcionamiento de la Oficina de Correos. Ver ley del 20/2/1792, ch. 7. 1 Stat. 232. En su versión

tamente después de— la Primera Guerra Mundial, a fin de evitar los retrasos e incertidumbres generados por el proceso legislativo[118]; y durante el período del *New Deal* el número de esta clase de fondos así como también de las corporaciones gubernamentales destinadas a administrarlos creció notoriamente[119]. A menudo han sido comparados con "reyes medievales [que] viven por sí mismos[120]", y a pesar de la cantidad de fondos de revolventes y de corporaciones administradoras que han sido establecidos[121] —incluidas algunas empresas públicas extremadamente grandes[122]—, resulta difícil precisar la magnitud de los fondos de los que disponen[123].

---

original la Ley de Ingresos Varios reconocía explícitamente la existencia de este fondo. Ver ley del 3/3/1849, ch. 110, 9 Stat. 398. En las codificaciones posteriores se eliminó la referencia expresa a la Oficina de Correos. Otro fondo revolvente temprano fue establecido por ley del 3/3/1828, ch. 101, 4 Stat.131 (autoriza al presidente para disponer de barcos puestos fuera de servicio para la construcción de nuevas naves, "ya autorizadas, o bien a ser autorizadas por ley"); ver, también, ley del 10/10/1846, ch. 178, § 5, 9 Stat. 102, 104 (creando un fondo revolvente a partir del legado de Jane Smithson) (actualmente codificada en 20 USC, § 53).

[118] Ver, p. ej., ley del 9/7/1918, ch. 143, 40 Stat. 845, 850 ("las recaudaciones provenientes de cualquier [venta de material de guerra] deben ser acreditadas a la partida a través de la cual [fueron adquiridos]"), Ley de Transporte de 1920, ch. 91, 41 Stat. 456, 459 (autorizando a la ICC para crear fondos revolventes); ley del 21/3/1918, ch. 25, § 12, 40 Stat 451, 457 a 458 (crea un fondo revolvente para el financiamiento de ferrocarriles puestos temporalmente bajo la órbita del Gobierno federal). El secretario del Tesoro, Carter Glasé, puso de manifiesto que dichas disposiciones carecían de limitaciones para los montos, y quedan, por lo tanto, sujetas al Ejecutivo y no al Legislativo. Ver Departamento of the Treasury, *Annual Report*, 126 (1919).

[119] Ver WALSH, Annmarie, *The Public's Business: The Politics and Practices of Government Corporations*, The MIT Press, Cambridge MA, 1978, ps. 26/36; WILMERDING, Lucius, *The Spending...*, ps. 187/195.

[120] WILMERDING, Lucius, *The Spending...*, cit., p. 187; ver también CARO, Robert, *The Power Broker: Robert Moses and the Fall of New York*, Knopf, Nueva York, 1974, ps. 615/636. Moses atribuyó a las corporaciones públicas "no sólo las facultades propias de las grandes corporaciones privadas, sino también algunas de las facultades propias de un Estado soberano... un nuevo cuarto poder... que podría fácilmente quedar fuera del control de los otros tres" (ps. 623/624). La clave del poder conseguido por Moses radicaba en su independencia respecto de los procedimientos presupuestarios de la ciudad y del Estado. "Si quería rehacer la ciudad, iba a tener que hacerlo sin el dinero público. Pero, de retener indefinidamente las rentas públicas, conseguiría los fondos" (p. 620).

[121] Algunas, tal como el que corresponde a la Corporación Federal de Seguros de Depósitos, son de gran magnitud; otro, tales como los fondos revolventes destinados al financiamiento de comisarías y bases militares no. La mayoría de los programas de préstamos directos del Gobierno federal son financiados a través de fondos revolventes. Ver GAO *Principles*, cit., 5-75.

[122] Ver Presupuesto de 1989, app. pt. IV (en el que se registran ingresos y desembolsos de "empresas financiadas por el gobierno", entre las que se cuentan la *Studen Loan Marketing Association*, la *Federal National Mortgage Association* y los bancos de la *Farm Credit Administration* y del *Federal Home Loan*).

[123] No existe, ni en los documentos presupuestarios del presidente, ni en los del Congreso, una lista completa de los fondos revolventes y del resto de las actividades públicas autorizadas para recaudar. En ambos grupos de documentos tales programas aparecen intercalados con información correspondiente a otras actividades gubernamentales. Ver Presupuesto de 1989, app. pt. I (muestra recaudaciones netas y algunos fondos revolventes, intercalados entre asignaciones presupuestarias y otras autorizaciones para realizar gastos). S. Doc. nro. 21, 98th Cong. 1st. Sess,

La tercera y más reciente excepción al requisito de depósito en el Tesoro de todo fondo público es la autoridad para recibir donaciones. No es necesario que el Congreso sancione una ley para que el Gobierno de los Estados Unidos, como un todo (el Tesoro), pueda recibir regalos, puesto que el Gobierno tiene la facultad inherente de aceptar donaciones voluntarias provenientes de entidades privadas[124]. En cualquier caso, esta disposición confirma que dichos regalos deben ser recibidos en nombre del Gobierno como un todo, y no en el de la agencia o actividad a la que en cada caso pudiese estar destinado. Según la Ley de Ingresos Varios, aun las contribuciones condicionales (donaciones destinadas a una actividad específica o bien regalos en especie que no pueden ser puestos a la venta), recibidas por los Estados Unidos, deben ser depositadas en el Tesoro. A su vez, se requiere, entonces, la autorización legislativa para "retirar" el regalo del Tesoro y utilizarlo para financiar aquella actividad a la que estaba destinado[125].

Durante el siglo XX, y especialmente desde el *New Deal*, el Congreso ha concedido numerosas autorizaciones para recibir regalos y donaciones a diversas agencias federales[126]. Amparadas en esta excepción, las agencias gubernamentales autorizadas se encuentran exentas de la obligación de depositar los valores condicionados recibidos (destinados específicamente a la agencia o bien a la actividad desarrollada por ésta) en el Tesoro, pudiendo, por lo tanto, hacer uso de esta suma (hasta el monto donado) sin necesidad de contar con la autorización legislativa correspondiente. Los términos de las autorizaciones para donaciones varían, desde aquellas que facultan genéricamente a la agencia a recibir cualquier tipo de regalo[127] hasta las que sólo autorizan la aceptación

---

pts. II y III, 999 a 1024 (1985) (para el listado de todas las "asignaciones permanentes" para los años fiscales 1983 y 1984).

[124] Ver "United States v. Burnison", 339 US 87, 90 (1950) ("La práctica ininterrumpida, desde la fundación del gobierno, ha sancionado [la aceptación de las donaciones]"). Ver AMAR, Akhil, "Of Sovereignty and Federalism", *96 Yale L.J.*, 1425, 1432-37 (1987) (donde el gobierno es definido como una corporación con facultades de control).

[125] Ver H.R. Rep. nro. 2019, 83d Cong., 2d Sess. 1-2 (1954) (respecto de la Ley de Ingresos Varios): bajo la legislación actual, el gobierno se encuentra facultado para recibir donaciones incondicionadas, en cuyo caso los fondos pasan a integrar el Tesoro público para ser utilizados en la financiación de los gastos del Gobierno. En el caso de donaciones con fines específicos, sin embargo, no se encuentra autorizado, en la medida en que todos los fondos (o los bienes) que ingresan al Tesoro deben acreditarse en la cuenta de Ingresos Varios, a la espera de su asignación presupuestaria.

[126] Ver "Story v. Snyder", 184 F.2d 454, 461 a 163 (D.C. Cir.) (Apéndice en el que se enumeran las autorizaciones para gastos dispuestas por el Congreso), cert. Den., 340 US 866 (1950); carta del controlador general al presidente de la Comisión de Límites a las Autorizaciones Contractuales y Delegadas, Comisión del Senado para el Poder Judicial: Revisión de fondos donados a agencias federales (24/9/1980) [de aquí en adelante GAO *Letter*] (informe inédito en el que se registran autorizaciones para recibir donaciones de cuarenta y una agencias federales).

[127] Ver, p. ej., Ley del Servicio Público de Salud, ch. 373, 58 Stat. 682, 709, § 501 (a) y (b) (1944) (codificado en 42 USC 300cc (a)-(b)) (autorizando al Servicio Público de Salud para recibir donaciones y utilizarlas "en la operación del Servicio y el cumplimiento de sus funciones").

de ciertos tipos específicos de donaciones[128]. En cualquier caso esta excepción autoriza a las agencias federales a utilizar las contribuciones recibidas, que se suman a los fondos legislativamente asignados, exceptuándolas del requisito de depósito en el Tesoro que alcanza al resto de los ingresos varios[129].

La autorización para recibir regalos relativa al apoyo de las actividades de defensa del Gobierno es probablemente la más abierta e indeterminada de todas. Sancionada temporariamente en 1942[130], y de modo definitivo en 1954, esta disposición faculta al secretario del Tesoro para "aceptar o rechazar en nombre de los Estados Unidos cualquier donación de dinero u otras formas de propiedad personal intangible, que tenga como condición su aplicación a algún propósito defensivo[131]". La ley dispone a continuación que el Secretario del Tesoro "debe asignar el dinero a la partida presupuestaria que considere a su juicio más adecuada a los propósitos de aquellos que la donaron...[132]".

Con la sanción de esta norma el Congreso faculta por primera vez al Ejecutivo para recibir y disponer de donaciones condicionadas en un área central tal como la defensa nacional. Con anterioridad a esta disposición el Congreso había otorgado al Ejecutivo facultades similares, pero para actividades secundarias y específicas tal como el mantenimiento de la Biblioteca del Congreso[133]. En este marco, todo otro dinero donado al Gobierno debería permanecer "depositado" hasta tanto el Congreso autorízase su utilización a través de una ley[134]. Desde

[128] Ver 46 Comp. Gen. 689, 689 a 691 (1967).

[129] En 1980 la GAO produjo un informe detallado de los ingresos por donaciones de 41 agencias federales. En el mismo se informaba que el total de ingresos provenientes de donaciones para el año fiscal de 1979 llegaba a los 26 millones. Sin embargo, el informe no pretendía ser exhaustivo, dada la variedad de autorizaciones existenes, los diversos requisitos de rendiciones de cuentas y la falta de voluntad del Congreso en la exigencia de un control comprensivo de dichas cuentas. Ver GAO *Letter*, cit. (nota 126), ver también nota 165.

[130] Ver Ley de Facultades durante la Segunda Guerra Mundial de 1942, ch. 199, § 1101, 56 Stat. 176, 183 a 184.

[131] 50 USC, § 1151.

[132] 50 USC, § 1154. En 1946 el Congreso sancionó una disposición similar respecto de las donaciones "realizadas a favor del Departamento [de Estado]", Ley del Servicio Exterior de 1946, § 1021, 60 Stat. 999, 1031 (codificado y ordenado en 22 USCA, § 2697 (West Supp. 1988)); ver también notas 165 y 205.

[133] Ley del 3/3/1925, ch. 423, 43 Stat. 1107 (codificado y ordenado en 2 USC, §§ 154 a 163) (autoriza a la Junta Directiva del Fondo de la Biblioteca del Congreso a aceptar donaciones destinadas a ésta); ver, también, ley del 16/7/1935, ch. 375, § 2, 49 Stat. 477 (fondo de financiamiento para parques nacionales), revocada en Pub. L. nro. 90-209, § 2, 81 Stat. 656 (1967); ley del 9/7/1941, ch. 284, § 5, 55 Stat. 581, 581 a 582 (fondo de financiamiento para los archivos nacionales); ley del 7/11/1941, ch. 469, § 2, 55 Stat. 760, 760 a 761 (fondo de financiamiento para el Hospital Saint Elizabeths de Washington DC), revocada en pub. L. nro. 98 a 621, 98 Stat. 3380 (1984). Estas disposiciones autorizaban el uso de los fondos para un fin particular, no estando los donantes autorizados a imponer con posterioridad condiciones más específicas.

[134] Ver 11 Comp. Gen. 335, 356 (19/3/1932) (un legado a favor del Hospital Naval no puede ser utilizado sin autorización legislativa específica). En contrario ver "Varney v. Warehime", 147 F.2d 238 (6th Cir.) cert. den., 325 US 882 (1945) (los "fondos fiduciarios" recibidos por una agencia no requieren su depósito en el Tesoro) (decisión cuestionada en nota 146). Se puede agregar que tanto el controlador general como el procurador general han emitido numerosas opiniones en

1950, sin embargo, el Congreso ha otorgado a numerosas agencias la facultad de utilizar donaciones condicionadas para los fines para los cuales fueran creadas, sin necesidad de requerir autorización legislativa expresa[135].

De hecho, al menos un organismo —la Agencia de Información de los Estados Unidos— se encuentra expresamente autorizado para solicitar fondos de entidades no gubernamentales para sus actividades, sin necesidad de previa autorización legislativa[136].

Las autorizaciones legislativas[137] para recaudar, para gestionar fondos de rotación y para aceptar donaciones condicionadas, determinan los contornos operativos de la Ley de Ingresos Varios. En la sección III se analiza en qué medida dichas excepciones entran en colisión con el principio del erario público.

b) La Ley Anti-Déficit

Así como la Ley de Ingresos Varios define los alcances del Tesoro público, la Ley Anti-Déficit define los alcances del gasto público. Las dos disposiciones fundamentales contenidas en esta norma —la prohibición de generar déficit y de utilizar servicios voluntarios— tuvieron por objeto responder a los endeu-

---

las que sostienen que el Gobierno no se encuentra autorizado a recibir donaciones que requieran posterior autorización legislativa. Ver, por ej., 10 Comp. Gen. 395 (1931) (rechaza la autorización para recibir un monumento); 21 Op. Att'y Gen. 537 (1897) (rechaza la autorización para aceptar la construcción de una capilla católica en West Point); 30 Op. Att'y Gen. 527 (1916) (rechaza la autorización para aceptar una donación del lugar de nacimiento del presidente Cleveland).

[135] Ver nota 129; Op. Comp. Gen. B-149711 (20/8/1963) (listado de autorizaciones legislativas para aceptar donaciones) (inédito), citado en GAO *Principles*, cit., 5-83; ver, también, 31 USC, § 1321 (a) (listado de "fondos fiduciarios").

Una disposición autoriza al secretario del Tesoro para recibir donaciones expresamente destinadas a la reducción de la deuda pública. Aun cuando dichas donaciones son formalmente "condicionadas", producen los mismos efectos que las donaciones incondicionadas; tales fondos constituyen una forma de ingresos varios. Ver 31 USC, § 3113.

[136] 22 USC, § 2455 (f) ("Los Gobiernos extranjeros, las organizaciones internacionales y los individuos particulares, empresas, asociaciones, agencias y todo otro grupo deben ser alentados a participar... y realizar contribuciones ya sea bajo la forma de fondos, bienes o servicios que el presidente se encuentra autorizado para aceptar, en la medida en que sean utilizados para cumplir los propósitos aquí descriptos").

[137] El lector no debe confundirse por el uso del término "autorización". Con éste se designa, simplemente, el permiso legislativo. El término "autorizado" no se refería a las denominadas "autorizaciones para distribución", que constituyen una forma particular de legislación y tienen poco que ver con el régimen presupuestario constitucional. La autorización para realizar gastos dados a una determinada agencia se encuentra limitada al monto asignado, y no al monto definido por cualquier "autorización para distribución". Esta clase de disposiciones son sancionadas de acuerdo con la reglamentación interna de la Legislatura y del Senado, las cuales requieren que ningún dinero puede ser asignado si no fue previamente autorizado para su distribución. Ver BROWN, Wm., "Constitution, Jefferson's Manual, and Rules of the House of Representatives", H.R. Doc. nro. 398, 96th Cong., 2d Sess. 528 a 544 (1981) (Regla XVI [2]); "Senate Comm. On Rules and Admin., Senate Manual", S. Doc. nro. 1, 96th Cong., 1st Sess. 14 a 15 (1979) (Regla XVI [2]). De este modo, los montos mencionados en las "autorizaciones para distribución" constituyen comunicaciones internas del Congreso, y no se encuentran dirigidas a las agencias federales a las que estuviesen destinados los fondos. Ver GAO, *Principles*, cit. nota 41, 2-11 a 2-13.

damientos "forzados", generados por ciertas agencias federales, a través de los cuales se contravenían los límites impuestos por el Legislativo a cada actividad y agencia del Gobierno federal[138].

1. La prohibición de generar déficit

El Congreso dispone por primera vez la prohibición expresa al Ejecutivo de incurrir en gastos que excedan las asignaciones presupuestarias en 1820[139]. En 1870 esta disposición —aplicable a las principales agencias federales— se ve extendida a todas las agencias federales[140], y es reforzada con sanciones penales en 1905. Ambas disposiciones proscriben todo gasto de las agencias federales que exceda las asignaciones presupuestarias dispuestas por el Congreso[141]. En su formulación actual —título 31 del Código de los Estados Unidos— prohíbe "... [a] todo agente o empleado de los Estados Unidos... [el] incurrir en deudas o autorizar gastos que excedan el monto fijado en la asignación presupuestaria...[142]". A continuación el texto prohíbe explícitamente la realiza-

[138] El término "forzado" aparentemente se refiere a aquellas agencias que efectivamente "fuerzan" al Congreso a sancionar partidas suplementarias con el fin de solventar resultados deficitarios. Ver WILMERDING, Lucius, *The Spending...*, cit., p. 137; Comp. Gen. 369 y 372 (1980). El término resulta equívoco en la medida en que sugiere el ejercicio de la fuerza a través de la ley. Ver texto a notas 160-64. Legislación marco más reciente se dirige contra el anverso del problema: asegurándose que las agencias públicas utilizan la totalidad de los fondos asignados. Ver nota 243.

[139] Ley del 1/5/1820, ch. 52, § 6, 3 Stat. 567, 568 ("[N]ingún contrato podrá ser pactado de aquí en adelante ni por el secretario de Estado, ni por el secretario del Tesoro, así como tampoco por el Departamento de Guerra o por la Armada, a menos que exista una ley que lo autorice, o bien que caiga bajo una asignación presupuestaria que autorice su realización...").

[140] Ley del 12/7/1870, ch. 251, § 7, 16 Stat. 230, 251 ("[S]erá considerado fuera de la ley el accionar de cualquier departamento del Gobierno que implique, durante el año fiscal, cualquier gasto que exceda los montos establecidos para ese período por el Congreso, o bien que impliquen al Gobierno en cualquier obligación futura que exceda los montos mencionados").

[141] Íd., La Ley del 3/3/1905, ch. 1484, § 4, 33 Stat. 1214, 1257-58, dispone que "ningún departamento del Gobierno podrá gastar, durante cada año fiscal, suma alguna que exceda las asignaciones dispuestas por el Congreso para ese año, así como tampoco implicar al Gobierno en obligaciones para el pago futuro de dinero en exceso de dichas autorizaciones, a menos que el contrato o la obligación se encuentren autorizadas por ley".

[142] 31 USC, § 1341 (a) (1). La sanción penal se encuentra codificada en 31 USC, § 1350. Aparentemente no se han realizado procesos de esta clase, aunque sí ha tenido un efecto disuasivo. Ver, p. ej. *New York Times*, 30/9/1980, A18, col. 1 (citando las declaraciones de un funcionario ante la negativa del Congreso a sancionar nuevas asignaciones fiscales: " [El permitir el funcionamiento continuo del gobierno] nos pone en una situación muy seria, se está violando la Ley Anti-Déficit, una ley penal. Las consecuencias son tremendas"). Se ha informado que la Asesoría Independiente en el caso "Irán-Contras" consideró la posibilidad de aplicar esta figura. Ver. CROVITZ, Gordon, "Walsh is Above the Law", *Wall St. J.*, 15/3/1988, 34, col. 4; ver, también, *Iran-Contras Report*, cit., 412-14 y 412 (sugiere que ciertas actividades de apoyo a los Contras contravenían esta disposición). La acusación, sin embargo, no contenía nada al respecto. Ver Acusación, "United States v. Poindexter", nro. 88-090 (DDC archivado el 16/3/1988); ver además nota 70.

ción de contratos gubernamentales en función de asignaciones futuras "a menos que hayan sido autorizados por ley[143]".

De este modo se previene el endeudamiento público en la medida en que exceda lo previsto por el Congreso en el presupuesto. El objetivo de esta norma era prevenir el endeudamiento de agencias federales a cuenta de asignaciones futuras, que constituía una práctica habitual en el siglo XIX[144]. La necesidad de cubrir dichas deudas forzaba al Congreso a sancionar asignaciones suplementarias[145]. Esta proscripción le permite al Congreso asegurarse que sus facultades sobre "la caja" no resulten desnaturalizadas a través del endeudamiento no autorizado del Ejecutivo.

Resulta notable, sin embargo, que las profundas implicaciones de la prohibición de generar déficit no hayan sido explícitamente desarrolladas, ni por el Congreso, ni por el Ejecutivo, ni por la doctrina. Esta prohibición articula el principio del control legislativo sobre el presupuesto, y prohíbe cualquier gasto que exceda los montos dispuestos en las partidas correspondientes, aun en los casos en que no se requiera la sanción de partidas suplementarias[146]. Sin embargo, tanto el procurador general como el auditor general [Comptroller General] han interpretado de modo restrictivo ambas prohibiciones en informes consultivos relativos a la legalidad de esta clase de gastos[147]. La primera se ha visto reducida a la prohibición de obligar a futuro al Tesoro por montos que excedan

[143] 31 USC, § 1341 (a) (1) (B): "[Un empleado público no puede] implicar... (al) Gobierno en contratos u obligaciones de pago de dinero con anterioridad a la sanción de la asignación presupuestaria, a menos que se encuentre autorizado por ley".

[144] Ver 17 Annals of Cong. 852 (1807) (dec. del dip. J. Randolph): [E]n el caso de que un jefe de departamento necesite dinero, puede realizar las compras a crédito, bajo el compromiso del banco y del comprador de que el crédito ha sido tomado para el servicio del gobierno... En este caso, aun cuando el dinero ha salido del banco permanece, en términos legales, aún en el Tesoro, hasta que el Congreso sancione la partida correspondiente, cuando puede ser utilizado para cubrir el crédito, queda convertido en un gasto oficial.

[145] Ver 59 Comp. Gen. 371, 372 (1980) ("La Ley Anti-Déficit fue sancionada como resultado del constante desfile de solicitudes de asignaciones suplementarias... El Congreso estaba cansado de recibir solicitudes que no podía, de buena fe, rechazar...").

[146] Existe una única autorización que contraría esta interpretación. Ver "Varney v. Warehime", 147 F.2d 238 245 (6th Cir.), cert. den., 325 US 882 (1945). Esta poco convincente interpretación afirma que el principio de las asignaciones legislativas, y, por la tanto, también la Ley Anti-Déficit, alcanza sólo los gastos realizados con fondos "originados en impuestos, aduanas, etc.", y no así a las tarifas y gravámenes impuestos en ejercicio de las facultades reglamentarias del gobierno (mucho menos a las donaciones realizadas a favor del Gobierno). Ver, también, LACOVARA, Philip, "A Watergate Counsel Reflects: What Laws Apply to Iran Deal?", *Legal Times*, 1987, 15, col. 3 ("resultaría un exceso" aplicar la Ley Anti-Déficit, en la medida en que los fondos desviados de la venta de armas a los Contras no crearon nuevas obligaciones para el Tesoro).

[147] Según el art. II, § 2 de la Constitución, el procurador general se encuentra obligado a prestar opiniones legales al presidente. A partir de la Ley Judicial de 1789, § 35, 1 Stat. 92 le fue extendida esa facultad respecto de los directivos de las agencias que integran la rama ejecutiva. Ver 28 USC, §§ 511-512. Tradicionalmente algunas de estas opiniones eran publicadas en *Opinions of the attorney general*. Entre 1977 y 1981 se publicaron numerosas opiniones firmadas por el asistente del procurador general en *Opinions of the Office of Legal Counsel*. A mediados de 1988 se publicó un volumen que contiene las opiniones del año 1982. Ver texto a notas 236-41.

las partidas asignadas en el presupuesto; la segunda a la mera proscripción, de carácter patrimonial y no político, del financiamiento de actividades gubernamentales a través de la aceptación de donaciones o la venta de bienes y servicios públicos sin autorización explícita del Poder Legislativo[148].

2. La prohibición de utilizar servicios voluntarios

La ley que prohíbe la generación de déficit proscribe también el uso de servicios voluntarios por parte del Gobierno federal. Sancionada en 1884 y reforzada en la ya mencionada ley de 1905, en su formulación actual dispone que las agencias federales no pueden aceptar "servicios voluntarios ofrecidos al Gobierno", ni emplear "servicios personales que excedan los previstos en la ley", excepto en los casos de emergencia que impliquen la pérdida de vidas humanas[149].

Tanto el auditor general como el procurador general han interpretado de manera curiosa esta disposición. Así afirman que la práctica histórica del Poder Legislativo mostraría que la preocupación del legislador no se refería al servicio voluntario en sí, sino a la posibilidad de que la aceptación de estos servicios pudiera generar obligaciones patrimoniales, y por ende demandas contra el Congreso[150].

Es desde esta perspectiva que han llegado a la conclusión de que la prohibición de aceptar servicios voluntarios no alcanza a los servicios voluntarios propiamente dichos, es decir, aquellos que no puedan generar obligaciones para el Tesoro[151]. Pero esta interpretación implicaría que, de no llegar el Congreso a sancionar oportunamente la Ley de Presupuesto, los empleados

[148] Ver, p. ejemplo, 17 Op. Att'y Gen. 592 (1883); 59 Comp. Gen. 294 (1980); 46 Comp. Gen. 1, 3 (1967); cf. 5 Op Off. Legal Counsel 126 (1981) (autorizan a la administración de Reagan a utilizar donaciones privadas para complementar los fondos asignados a las actividades de transición presidenciales; sin referencias ni a la Ley Anti-Déficit ni a la Ley de Ingresos Varios). Uno de los escasos dictámenes de la Procuración General en los que se reconoce la relevancia de la legislación anti-déficit respecto del aumento de las asignaciones a través de donaciones es 15 Op. Att'y Gen. 209 (1877), comentada en nota 163 y texto.

[149] 31 USC, § 1342. La versión original de la prohibición de utilizar servicios voluntarios fue sancionada como cláusula anexa a una asignación suplementaria de fondos urgente, del 1/5/1884, ch. 37, 23 Stat. 15, 17 ("de aquí en adelante ninguna repartición o funcionario de los Estados Unidos aceptará la prestación de servicios voluntarios para el Gobierno o empleará personal en exceso de lo autorizado por ley, excepto... en casos de emergencia..."). Al ser incluida en la Ley Anti-Déficit de 1905 la prohibición quedó redactada del siguiente modo: "Ninguna repartición o funcionario de los Estados Unidos aceptará la prestación de servicios voluntarios para el Gobierno o empleará personal en exceso de lo autorizado por ley, excepto en casos de emergencia que impliquen la pérdida de vidas humanas o la destrucción de propiedad". Ley del 3/3/1905, ch. 1484, § 4, 33 Stat. 1214, 1257.

[150] Ver, p. ej. Op. Off. Legal Counsel 1, 8 (1981); 4 Op. Off. Legal Counsel 16, 17 (1980); nota 151.

[151] Ver, p. ej., 26 Comp. Gen. 956, 958 (1947); 54 Comp. Gen. 560 (1975); 30 Op. Att'y Gen. 51 (1913).

públicos deberían suspender sus tareas (salvo casos de emergencia), a la espera de la eventual asignación presupuestaria por parte del Legislativo[152]. Por otro lado, si un voluntario no pudiese sostener una demanda por servicios prestados contra el Gobierno —por ejemplo, si renunciase explícitamente a todo derecho adquirido—, quedaría exento de la proscripción[153]. En efecto, esta prohibición ha sido interpretada habitualmente como una autorización para recibir donaciones, y, por ende, como una excepción a la Ley de Ingresos Varios, que permite la "adquisición" (y uso) de servicios personales cuanto éstos resulten realmente gratuitos[154].

c) La Ley "Anti-Déficit" y el principio de control sobre las partidas presupuestarias

Aun cuando es cierto que el principal problema que buscaba resolver el Congreso con la Ley Anti-Déficit era la generación de obligaciones futuras a nombre del Tesoro y no autorizadas por ley —y es en este estrecho sentido que ha sido interpretado por el auditor general y por el procurador general—, el texto de la norma es más amplio, e implica la operativización del principio del control legislativo sobre el presupuesto, así como la Ley de Ingresos Varios operativiza el principio del Tesoro público.

Tal como fuera formulada por primera vez, la prohibición de generar déficit prohíbe "a cualquier departamento del Gobierno incurrir, durante el año fiscal, en gastos que excedan los montos asignados por el Congreso para ese año...[155]". La prohibición de generar gastos en ausencia de la autorización legislativa correspondiente no podría ser más clara. La formulación actual de la norma, aunque menos precisa, de todos modos admite una interpretación amplia que implique la prohibición de realizar cualquier tipo de gasto no autorizado. Así, la primera frase proscribe "la realización o autorización de gastos que excedan los montos autorizados en las asignaciones presupuestarias[156]".

En este sentido, la frase "a menos que hayan sido autorizadas por ley" no debe ser interpretada como la prohibición genérica de realizar gastos que excedan los autorizados, sino a la redundante, pero más estrecha, prohibición dispuesta en la segunda frase del texto. Ésta prohíbe a los agentes federales "obligar" a los Estados Unidos, a través de contratos futuros, por encima de los

[152] Ver 5 Op. Off. Legal Counsel 1 (1981).

[153] Ver *GAO Principles*, cit., 5-31 a 5-33 (1982).

[154] En contrario ver CROVITZ, Gordon, "Walsh...", cit. (sugiere que los servicios legales prestados por el Prof. Laurence Tribe en concepto de investigación independendiente en el caso "Irán-Contras" contravenía la prohibición de servicio voluntario dispuesto por la Ley Anti-Déficit). Si resultaba evidente que los servicios del Prof. Tribe eran prestados de modo gratuito no existía, de acuerdo con la interpretación predominante, conflicto alguno con la normativa.

[155] Ver nota 140.

[156] Ver nro. 142.

montos previstos, "a menos que [éstos] hayan sido autorizados por ley[157]". Esta excepción dispuesta en la norma se limita a reconocer en el Congreso la facultad de autorizar esta clase de endeudamientos para ciertas actividades específicas (no así el retiro de los fondos). Sin embargo, del reconocimiento de la facultad del Congreso para autorizar obligaciones a futuro en nombre del Tesoro no se sigue el debilitamiento del principio del control legislativo sobre el presupuesto, según el cual ningún empleado del Gobierno federal puede utilizar fondos o endeudar al Tesoro por encima de los montos autorizados por el Congreso.

Análogamente, de la interpretación literal de la prohibición del servicio voluntario se puede deducir la proscripción de todo servicio voluntariamente prestado que exceda lo dispuesto por el Congreso (excepto los casos de emergencia). Al igual que la prohibición de generar déficit, esta proscripción parece integrar el más amplio principio del control legislativo sobre el presupuesto. El Gobierno no puede aceptar servicios no autorizados, en tanto todos los recursos disponibles para el Gobierno —todos los "factores de producción" que intervienen en la actividad gubernamental—, requieren la autorización del Congreso. Por cierto, la segunda prohibición contenida en la Ley Anti-Déficit parece ser una especificación, en lo que respecta a los servicios personales, tanto del principio del Tesoro público como del principio del control legislativo sobre el presupuesto. Por sus características, los servicios personales constituyen "ingresos" no monetarios, y por ende no depositables en el Tesoro, al mismo tiempo que "gastos" no asignados por el Congreso. En este sentido, la proscripción del servicio voluntario funcionaría como una prohibición específica de "recaudar" y "gastar" servicios personales.

Aun cuando la prohibición de generar déficit operativiza un principio cuyo alcance es mayor que el de dicha ley[158], éste no resulta de ningún modo inconsistente con la ley. Los déficits "forzados" generados durante el siglo XIX, se debieron a la incapacidad del Congreso para hacer funcionar el control legislativo sobre el presupuesto como un límite político a las actividades del Ejecutivo. De aquí que la Ley Anti-Déficit disponga claramente la autorización legislativa como requisito genérico para todas las asignaciones, esto es, que el Ejecutivo sólo puede utilizar los fondos del Tesoro en la cantidad y para los objetivos para los que fueron asignados por el Congreso[159]. Con la sanción de la Ley Anti-

[157] Ver nota 143 (codificación actual); y nota 141 (segunda cláusula de la Ley Anti-Déficit de 1905).

[158] La Ley de Ingresos Varios articula el principio del Tesoro público, cuyo alcance también excede las circunstancias particulares que condujeron a su sanción. La norma requiere que tanto las donaciones como todo otro ingreso gubernamental sea depositado en el Tesoro, aun cuando no hay indicios de que el legislador hubiese estado particularmente preocupado por las donaciones.

[159] El auditor general ha reconocido que la Ley Anti-Déficit proscribe el gasto público en ciertos casos en los cuales no necesariamente se producen déficits forzados. Ver Comp. Gen. 422 (1984) (La prohibición contenida en la ley Anti-Déficit alcanza también a la transferencia de fondos entre partidas para financiar gastos que excedan los autorizados).

Déficit el Congreso reconoce que los gastos que excedan las partidas presupuestarias, impliquen o no una erogación para el Tesoro, constituyen una amenaza para los valores constitucionales fundamentales. Un análisis pormenorizado de estos déficits "forzados" revela que éstos constituyen sólo una de las consecuencias generadas por la incapacidad del Congreso para cumplir con el mandato constitucional que le impone la responsabilidad de controlar preventivamente los gastos realizados en nombre de los Estados Unidos.

Estas obligaciones no eran, en su mayoría, de carácter legal, sino más bien moral o político; por lo que las promesas de pago no autorizadas que excedieren los fondos asignados por el Congreso no necesariamente hacían a los Estados Unidos pasibles de ser demandados. De este modo, si una agencia gastase o comprometiese una determinada partida por encima de los montos dispuestos por el Legislativo, los Estados Unidos no se verían forzados a cumplirlas, al menos no en sede judicial[160]; así como tampoco los Estados Unidos tienen la obligación legal de pagar las deudas contraídas en su nombre cuando éstas excediesen la cantidad autorizada por el Congreso.

No obstante, como desde sus inicios ha reconocido el Congreso, aun ante la ausencia de una obligación legal propiamente dicha, subsiste en cabeza del Gobierno la obligación "moral" de cumplir todas las deudas contraídas[161]. Los individuos que contratan con un agente del Gobierno de los Estados Unidos, y en la medida en que éste pretenda actuar en su nombre, esperan una compensa-

[160] Ver, por ej., 59 Comp. Gen. 369 (1980) (sin obligación legal). Por regla general el soberano no puede ser obligado a través de actos no autorizados de sus agentes. Ver, por ej., "Heckler v. Community Serv. Of Crawford County, Inc.", 467 US 51, 60 nro. 11 (1984); "Schweiker v. Hansen", 450 US 785, 788-90 (1981) (*per curiam*); "Federal Crop. Ins. Corp. v. Merrill", 332 US 380, 384-85 (1947); "Phelps v. Federal Emergency Management Agency", 785 F.2d 13, 17-19 (1st Cir., 1986); "Cinciarelli v. Reagan", 729 F.2d 801, 807-08 (D.C. Cir., 1984); "National Treasury Employees Union v. Reagan", 663 F.2d 239, 249 (D.C. Cir., 1981); "Doe v. Civietti", 635 F.2d 88, 96 2d Cir., 1980). Nada en estos casos sugiere que la "autoridad aparente" sea suficiente para la aplicación de la regla. Ver, también, FENSTER, Herbert - VOLTZ, Christian, "The Antideficiency Act: A Constitutional Control Gone Astray", *11 Pub. Cont. L.J.*, 155 (1979). En contrario ver 4 Op. Off. Legal Counsel 16, 19 (1980) (sugiriendo, sin referencias ni explicación, que aun cuando el Congreso no haya sancionado la legislación presupuestaria, la autoridad aparente de funcionarios públicos califica para la aplicación de la regla).

[161] Ver, p. ej., 15 Annals of Cong. 1063 (1806) ("aquellos que desembolsan el dinero son como un niño insolente, que sabe que su abuelo será permisivo, y excede los montos permitidos a voluntad") (comentario del dip. J. Randolph); 35 Annals of Cong. 816 (1819) ("¿[D]ónde radica la diferencia entre retirar dinero del Tesoro y realizar un gasto no autorizado que coloca al Congreso en la obligación moral de cubrirlo? La diferencia, afirma, era sólo nominal") (comentario del dip. Clay); SHERMAN, John, *Recollections of Forty Years in the House, Senate and Cabinet: An Autobiography*, Werner, Chicago, 1895, p. 155 ("Otra conducta abusiva por parte de las agencias del Ejecutivo radicaba en la costumbre de realizar contratos sobre asignaciones futuras, por lo tanto ilegales, y obligando al Congreso bien a sancionarlos, bien a contravenir la fe pública"); 39 Cong. Rec. 3687 (1905) ("Según la ley pueden realizar los gastos deficitarios, y el Congreso puede negarse a autorizarlos; pero una vez realizados es muy difícil que el Congreso se niegue a hacerlo") (comentario del dip. Hemenway).

ción[162]. De modo similar, aquellos que otorgan un préstamo al Gobierno esperan que se les pague, aun cuando no tengan el "derecho" a exigirlo en sede judicial. Efectivamente, resulta plausible pensar que, aun cuando un ciudadano presta un servicio o un monto al Gobierno, sabiendo que carece de garantías legalmente exigibles, éste espere que el Congreso, en el siguiente año fiscal, autorice los fondos requeridos para compensarlo. Como lo explicó el procurador general en 1877, "la[s] contribución [es] voluntaria[s]" destinadas a un fin gubernamental "parecerían tener la forma de un contrato... [Y] ciertamente pondrían al Gobierno... en la obligación moral de realizar todos... los esfuerzos necesarios a fin de que los donantes sean pagados por el Congreso[163]". Las obligaciones morales y políticas que las prescripciones de la Ley Anti-Déficit busca prevenir no pueden ser legalmente revocadas, puesto que no son de naturaleza legal[164].

Más todavía, en el caso de que el reembolso no sea esperado por el prestador, o bien resulte políticamente inviable (si éste se negase a recibirlo), el Congreso o los agentes del Gobierno pueden sentirse obligados a ofrecerles otra clase de beneficios[165]. La posibilidad de que se generen actos de corrupción, conflictos de intereses, favoritismo o tratamientos diferenciales indebidos en el ejercicio de la Administración Pública, aumenta notablemente cuando los ciudadanos tienen la posibilidad de hacerle "favores" al Gobierno, y más todavía cuando una compensación monetaria resulta imposible[166].

El fin específico que dio origen a la sanción de la Ley Anti-Déficit (evitar el endeudamiento fiscal), no debe oscurecer el hecho de que esta norma articula e implementa el mandato constitucional según el cual toda utilización de fondos públicos debe estar sujeta a la correspondiente autorización del Congreso. Todo gasto no autorizado implica, entonces, una extensión de los alcances del Poder Ejecutivo que evade el control legislativo ordenado por la Constitución.

[162] Ver, p. ej., 59 Comp. Gen. 369, 372 (1980) (Los Estados Unidos podrían tener el compromiso "moral" de cubrir el déficit producido por Australia según el acuerdo de cooperación).

[163] 15 Op. Att'y Gen. 209, 211 (1877). Esta opinión se sustentaba en la anterior versión de la Ley Anit-Déficit (1870), que no aconsejaba la aceptación de donaciones a favor del Ejército cuando el Congreso no hubiera aprobado oportunamente el presupuesto.

[164] Ver, también, "United States v. Realty Co.", 163 US 427, 437-40 (1896) (afirma que el Congreso tiene la facultad de asignar dinero para cubrir demandas que el Gobierno federal se encuentre moralmente obligado a pagar, aun cuando no exista obligación legal).

[165] Ver investigación del embajador norteamericano en Suiza, Subcom. de Operaciones de Inteligencia, Com. de Asuntos Exteriores, Cámara de Rep., 100th Cong., 1st Sess. (10/3/1987) (audiencias relativas a la acusación de abuso y conflicto de intereses en la solicitud y uso de donaciones por parte del embajador); *New York Times*, 8/1/1987, A12, col. 4 (citando la preocupación del Departamento de Estado respecto de que ciertos contribuyentes pudiesen creer que sus donaciones los hacían acreedores de beneficios especiales).

[166] Ver p. ej., *Iran-Contras Report*, cit., 391 (remitiéndose al testimonio de Robert McFarlane, ex asesor de Seguridad Nacional, según el cual la aceptación de donaciones de extranjeros para financiar a los contras nicaragüenses "creaba expectativas de recibir favores secretos en compensación").

IV. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA ASIGNACIÓN DE PARTIDAS PRESUPUESTARIAS

Los principios del Tesoro público y de control legislativo sobre el presupuesto, tomados en conjunto, dan sentido a los requisitos impuestos por la Constitución para la sanción del presupuesto. El primero define al Tesoro público —o el "Tesoro"— al que hace referencia el texto constitucional en la medida en que abarca todos los recursos recibidos por los Estados Unidos. El segundo prohíbe toda utilización de Tesoro público —entendido en este sentido amplio— que carezca de la correspondiente autorización legislativa.

Hemos visto que ambos mandatos constitucionales se han plasmado en la legislación a través de las Leyes de Ingresos Varios y Anti-Déficit. Ahora bien, el que cada autorización particular para utilizar fondos no contravenga los requisitos impuestos a la ejecución del presupuesto por la Constitución, depende de cuán fielmente interprete el Congreso estas normas marco. Las excepciones autorizadas por ley, ¿deben ser interpretadas como desviaciones de los mandatos constitucionales, o bien como aplicaciones de éstos? ¿Existen autorizaciones que, por su grado de indeterminación, constituyen una contravención y no una aplicación del principio de control legislativo sobre el presupuesto?

Como se muestra en el primer apartado de esta sección, las autorizaciones para gastos son usualmente interpretadas como "asignaciones" en el sentido constitucional. En el segundo apartado se muestra en qué medida esta perspectiva formalista resulta inadecuada: las autorizaciones "indeterminadas", exentas de control legislativo posterior, diluyen los principios del Tesoro público y del control legislativo sobre el presupuesto; y no toda autorización puede ser inmediatamente asimilada a una "asignación (...) autorizada por ley", en los términos en que lo manda la Constitución.

a) Las autorizaciones legislativas como "asignación de partidas"

Cuando el Congreso dispone una excepción a los requerimientos generales contenidos en la Ley de Ingresos Varios, ésta se encuentra redactada de tal modo que los fondos en cuestión son tratados como una "asignación". Por ejemplo, la norma que autoriza al secretario del Tesoro a utilizar con discrecionalidad fondos suplementarios para fines de defensa nacional[167] dispone: "*tales fondos han sido presupuestariamente asignados* y deben ser utilizados a los fines de la asignación a la cual [han] sido atribuidos[168]". Algunas de las normas

[167] Ver notas 131-132 y texto.

[168] 50 USC, § 1154 (la bastardilla es de la autora); ver también 22 USCA, § 2696 (d) (West Supp. 1987) (disponiendo que las donaciones aceptadas por el Departamento de Estado (ver nota 132) "son por lo tanto asignadas"); 3 USC, § 1321 (dispone que "[l]as sumas acumuladas en estos [específicos] fondos [fiduciarios]... se encuentran asignadas para ser utilizadas de acuerdo con los términos establecidos en los mismos").

relativas a los fondos revolventes se encuentran redactados en estos términos[169], y las autorizaciones legislativas para el uso de tarifas y otros ingresos suelen utilizar el término "asignaciones[170]". En la práctica, el uso de este término no es necesario, en tanto el Congreso se proponga, con claridad, el permitir o prescribir el gasto; el procurador general ha sostenido incluso que las normas que autorizan la creación de fondos revolventes constituyen en sí autorizaciones para el uso de los fondos[171].

Desde este punto de vista, cada vez que el Congreso autoriza a una agencia para recibir y utilizar donaciones, tarifas u otros ingresos —sumados a las asignaciones específicas que le atribuye el presupuesto—, ésta autorización constituiría una asignación de fondos "permanente[172]" o "indeterminada[173]". La utilización de estos ingresos, sumados al uso de los fondos presupuestariamente

[169] Ver, p. ej. 40 USC, § 756 (c) (el dinero recibido por el Fondo de Suministros Generales de la Administración General de Servicios "es reasignado a los fines de dicho fondo"); ley del 9/7/1918, ch. 143, 40, Stat. 850 ("[los fondos recibidos] deberán ser puestos inmediatamente a disposición de los propósitos determinados por la asignación presupuestaria original").

[170] Ver, p. ej., 31 USC, § 1321 ("asignación" permanente de los ingresos de determinado fondo fiduciario).

[171] Ver, p. ej., 33 Op. Att'y Gen. 316, 319-20 (1922) (la ICC puede utilizar los fondos pagados por los ferrocarriles de acuerdo con la Ley de Transporte de 1920, ch. 91, § 422 [10], 41 Stat. 456, 490); 51 Comp. Gen. 506 (1972) (la Institución Smithsoniana puede hacer uso de los ingresos comerciales obtenidos de acuerdo con el 20 USC, § 53, ver nota 117).

La interpretación según la cual los fondos revolventes son de hecho "asignados" no resulta del todo consistente con una curiosa regla elaborada por la Corte de Reclamaciones, conocida como la doctrina de los "fondos no asignados". De acuerdo con esta doctrina las demandas patrimoniales contra entes autárquicos (como los fondos revolventes) no pueden ser sostenidas de acuerdo con la Ley Tucker (28 USC, §§ 1491-1508), en los casos en los que la ley de creación del ente no contemple el financiamiento presupuestario. Ver "Hughes Aircraft Co. v. United States", 524 F.2d 889 (Ct. Cl., 1976). El fundamento de esta doctrina radicaría en que allí donde el Congreso disponga la autarquía del ente, y elimina la posibilidad de que los Estados Unidos respondan por daños patrimoniales (de acuerdo con la Ley Tucker) relativos al funcionamiento de la entidad. Pero si el Congreso considera que los fondos de entidades autárquicas deben ser considerados como "asignaciones" en los términos de la Ley Anti-Déficit y de los principios constitucionales de asignación presupuestaria, entonces la doctrina de los "fondos no asignados" es, en el mejor de los casos, una denominación equivocada, y en el peor una limitación injustificable de las pretensiones de los demandantes. Ver, también, "United States v. General Elec. Corp.", 727 F.2d 1567, 1570 (Fed. Cir., 1984); "L'Enfant Plaza Property Inc. v. United States", 668, F.2d 1211, 1212 (Ct. Cl., 1982) (sugiriendo la débil base doctrinaria de la doctrina y limitando su aplicación a aquellos fondos revolventes para los cuales el "Congreso ha prohibido legislativamente el financiamiento presupuestario"). Por supuesto, la relevancia de una prohibición de este tipo es relativa, puesto que el Congreso puede optar por ignorarla y asignar de todos modos los fondos. Conf. STITH, Kate, "Rewriting...", cit., ps. 623/625 (la estrategia de Gramm-Rudman-Hollings consistía en imponer una prohibición similar por fuera del Congreso).

[172] Ver GAO *Principles*, cit., 2-5 (1982) (una asignación permanente "es aquella que, una vez aprobada, se encuentra siempre disponible y no requiere de sucesivas autorizaciones legislativas"). Por supuesto, la asignación es tan permanente como puede serlo una ley, y puede ser derogada por el Congreso en cualquier momento.

[173] De no haber un monto máximo definido, la asignación (sea o no permanente) es denominada "indeterminada". Ver US Gen. Accounting Office, *A Glossary of Terms Used in the Federal Budget Process*, 43 (3d., 1981) [De aquí en adelante GAO *Glossary*]. Una asignación puede ser, al mismo tiempo, permanente e indeterminada.

asignados, no violaría la prohibición de exceder las partidas asignadas[174] establecida en la Ley Anti-Déficit, puesto que los fondos suplementarios ya habrían sido autorizados por las normas que autorizan dichos gastos.

Existen, además de los fondos revolventes, donaciones y otras excepciones a la Ley de Ingresos Varios, otras asignaciones permanentes o indeterminadas, utilizadas para una variedad de gastos gubernamentales. Por ejemplo, el pago de intereses sobre la deuda pública ha sido autorizado de modo permanente e indeterminado desde 1847[175]; los programas de asistencia social son habitualmente financiados a través de asignaciones permanentes de fondos especiales o de ingresos del Tesoro[176]; numerosas obligaciones contractuales (como, por ejemplo, los subsidios destinados a viviendas) también son financiados con asignaciones permanentes e indeterminadas[177]. Más aún, muchas de las más indeterminadas y extensas autorizaciones para gastos son aprobadas por fuera del mecanismo presupuestario —y usualmente se las denomina gastos "indirectos[178]"—. En total, más de la mitad de las autorizaciones para gastos, contenidas en cada ley de presupuesto, deriva de legislación sancionada por Congresos anteriores, incluidas muchas asignaciones permanentes[179].

En los casos en que el Congreso dispone autorizaciones "indirectas" para gastos, lo relevante no es el uso del vocabulario de las asignaciones presupuestarias para autorizar el retiro de fondos del Tesoro. Aun cuando el Congreso puede, en términos formales, "asignar" pagos de intereses de la deuda pública, de prestaciones sociales o de obligaciones contractuales contraídas en nombre de los Estados Unidos, las variables relevantes desde el punto de vista fiscal radican en el monto de la deuda, los criterios para la asignación de las prestaciones y el monto de los contratos[180]. El Congreso incluso reconoce eso. En todos estos

[174] 31 USC, §, 1341 (a) (1) (A), citado en texto a nota 142.

[175] Ley del 9/2/1847, ch. 7, 9 Stat. 123 (actualmente codificada en 31 USC, § 3123).

[176] Ver, p. ej., 42 USC, §§ 401-423 (Seguridad Social).

[177] Ver, p. ej., 31 USC, §§ 1301, 1305 (pagos habitacionales). Existe también una asignación permanente e indeterminada para financiar actividades de inteligencia, 50 USC, § 403f (a), aun cuando en la práctica las asignaciones presupuestarias relativas a dichas actividades se encuentran sujetas a revisiones y controles periódicos, ver "Halperin v. CIA", 629 F.2d 144, 160 (D.C. Cir., 1980).

[178] Ver, p. ej., 31 USC, §§ 1301, 1305 (pagos habitacionales). Existe también una asignación permanente e indeterminada para financiar actividades de inteligencia, 50 USC, § 403f (a), aun cuando en la práctica las asignaciones presupuestarias relativas a dichas actividades se encuentran sujetas a revisiones y controles periódicos, ver "Halperin v. CIA", 629 F.2d 144, 160 (D.C. Cir., 1980).

[179] Ver Presupuesto de 1989, cit., 6g-17 (muestra los montos del presupuesto disponibles sin necesidad de mayor actividad del Congreso); id., 6d-2 (similar).

[180] Ver, p. ej., H.R. Rep. nro. 803, 98th Cong., 2d. Sess. 8 (1983) (sugiere "que sea aprobada una asignación presupuestaria permanente e indeterminada" para el pago de ciertos subsidios habitacionales; teniendo en cuenta que aun cuando "[n]ormalmente las asignaciones constituyen el principal medio de control que posee el Congreso sobre el total de las deudas públicas... éste no resulta necesario puesto que los fondos requeridos para financiarlos han sido previamente autorizados").

casos es justo decir que estas asignaciones —a través de las cuales el Congreso autoriza formalmente la utilización de fondos públicos— son concebidas por el Congreso como meros actos administrativos o de perfeccionamiento[181]. Cuando el Congreso define los alcances materiales de un programa de gastos "indirectamente autorizado" decide, fundamentalmente[182], el nivel de gastos que considera apropiado. Análogamente, en el caso de las prestaciones sociales —aun cuando el Congreso no disponga de asignaciones permanentes y, por el contrario, sancione las asignaciones correspondientes anualmente— en la práctica tiende a tratar estas partidas como si fueran decisiones ya tomadas por el Ejecutivo[183].

De este modo, la función constitucional de "asignar las partidas por ley" sólo es realizada en la instancia de creación de este tipo de programas. Aun en los casos en que el Congreso no imponga límites en el monto o en la duración de éstos, ejerce de modo implícito, esta función. Por ejemplo, al momento de aprobar una excepción al Régimen de Ingresos Varios, el Congreso puede usualmente prever los montos de las potenciales donaciones y recaudaciones. Y en los casos en que una estimación de este tipo resulte imposible, el Congreso estaría decidiendo que el monto de los fondos autorizados para dicha actividad debe depender de su éxito económico o bien de su capacidad para atraer donaciones.

De todos modos resulta cuanto menos dudoso que cada autorización de esta clase —permanente, indeterminada o subrepticia— cumpla realmente la función de una "asignación autorizada por ley", en los términos en que lo establece la Constitución. La única forma de someter estas prácticas a un efectivo control legislativo consistiría en exigir a la agencia en cuestión una rendición periódica de ingresos, que se debitarán de los montos anualmente asignados para dicha actividad[184].

De hecho, todo mecanismo que escapa al control legislativo impuesto por el procedimiento de aprobación de la legislación presupuestaria[185] eximiría a la

[181] Usualmente se denomina a estas asignaciones como "liquidables". Ver STITH, Kate, "Rewriting...", cit., p. 606.

[182] Aun cuando el Congreso determine el monto de los beneficios y el criterio de aplicación de éstos, no puede prever el monto total que se requiere para su financiamiento. Por ejemplo, el monto necesario para financiar un programa federal de subsidio al desempleo dependerá de la tasa de desempleo. Más aún, la agencia administradora del programa puede retener facultades que alteren el alcance del programa. Ver WEINSTEIN, Jack, "Equality and the Law: Social Security Disability Cases in the Federal Courts", *35 Syracuse L. Rev.*, 897, 914, 917, 1984.

[183] Ver Staff of the House Comm. On the Budget, 99 Cong., 2d Sess. *The Congressional Budget Process: A General Explanation*, 163-64 (Comm. Print 1986) [de aquí en adelante *Budget Process*]; Presupuesto de 1989, cit., 2b-16 a 2b-19.

[184] Generalmente el Congreso no ha sido capaz de imponer un control como éste sobre las autorizaciones para recibir donaciones. Ver GAO *Letter*, cit.; GAO *Principles*, cit., 5-83; nota 269. Sin embargo, el Congreso sí ha sancionado limitaciones en el monto para cierto tipo de recaudaciones. Ver nota 115.

[185] A las autorizaciones para gastos indirectos (nota 169), las asignaciones "secretas" destinadas a programas de armas también evaden el control legislativo y la rendición de cuentas. Estos programas habrían aumentado en un 800% durante la década del 80. Ver WEINER, Tim, "A growing 'Black Budget' Pays for Secret Weapons, Covert Wars", *Phil. Inquirer*, 8/2/1987, 1, col.

actividad gubernamental de que se trate, de todo control y capacidad de redeterminación, y establece además un precedente (procedimental y político) a favor de estas prácticas[186]; lo cual explica porqué los impulsores de estos programas buscan estas formas de financiamiento[187]. Por supuesto, el costo ("de oportunidad") es el mismo que el de una asignación regular[188]. Pero en los casos en que se trata de fondos autofinanciados, el Congreso puede estar moviéndose sobre la ilusión (política o psicológica) de que el gasto en cuestión no afecta al presupuesto, y por ende no es ni responsable ni debe dar cuenta de él.

b) Los límites constitucionales a la facultad de determinar los gastos públicos

Si las funciones presupuestarias del Congreso, tal como las define la Constitución, tienen el objetivo de asegurar que el Poder Legislativo determine los alcances del Ejecutivo, entonces le cabe al Congreso la responsabilidad de definir con claridad la autorización para realizar gastos otorgada a cada agencia gubernamental[189], ya tenga la forma de una excepción a la Ley de Ingresos Varios[190], de prestaciones sociales u otra forma de autorizaciones "indirectas" para gastos[191], de otras formas ajenas al proceso formal de asignación de partidas presupuestarias[192], o bien de "Ley de Presupuesto" propiamente dicha[193]. Como mínimo, toda autorización para realizar gastos debería ser realizada de modo

---

1; MORRISON, David, "Pentagon Top Secret 'Black' Budget Has Skyrocketed Turing Reagan's Years", *Nat'l J.*, 1/3/1986, p. 492; ver también notas 203 y 274 y texto.

186 Ver WALSH, Annmarie, *The Public's...*, cit.; BENNET, James - DILORENZO, Thomas, "Underground Government" (1983) (denuncian la pérdida de control público sobre la autonomía de las autoridades); ver notas 119/20 y texto.

187 Ver, por ej., WILSON, "Broadcasters' Aid Hits Pothole", *Nat'l J.*, 19/12/1987, p. 3219 (analiza los esfuerzos de las entidades nacionales de telecomunicaciones para convencer al Congreso de crear un nuevo fondo fiduciario a través de una asignación permanente).

188 Por ejemplo, cuando una recaudación compensatoria es retenida por el ente recaudador se impide la aplicación de dichos fondos a otros programas o bien a la reducción del déficit público.

189 Ver "National Cable Television Ass'n v. United States", 415 US 336 (1974), "FPC v. New England Power Co.", 415 US 345 (1974) (interpretando la Ley de Asignaciones Presupuestarias para Agencias Independientes de 1952 (nota 113) en orden a limitar las facultades de una agencia para imponer tarifas sobre servicios gubernamentales). En contrario ver nota 208/10 y texto (la regla no requiere de la doctrina de no delegación).

190 Por ejemplo, una ley otorga a una agencia autorización para recibir donaciones, ver notas 126/36 y texto.

191 Por ejemplo, autorizaciones para solicitar crédito, contratar o dar crédito, ver notas 175/78 y texto.

192 Por ejemplo las asignaciones permanentes destinadas al pago de intereses de la deuda pública, 31 USC, § 3123, ver nota 175 y texto, para actividades de inteligencia, 50 USC, § 403f (a), ver nota 177.

193 En la actualidad el Congreso sanciona regularmente trece leyes presupuestarias cada año, y durante cuatro de los últimos cinco años las trece han sido sancionadas como un paquete. La treceava incluye el financiamiento de la mayoría de los programas federales discrecionales.

explícito por el Congreso y debería[194], explícita o implícitamente, establecer límites en el monto y la duración de las autorizaciones.

Esto no implica que el Congreso no pueda "asignar" fondos de modo indeterminado. Por sí misma la forma de la autorización no necesariamente nos indica que se trate de una "asignación debidamente autorizada por ley", en los términos en que lo exige la Constitución. Ciertamente, en algunos casos el carácter indeterminado de la autorización puede venir exigido por la naturaleza de la actividad que debe financiarse[195]. Por ejemplo, el Congreso puede decidir que una actividad particular —como el servicio de correos— debe sostenerse a sí misma, y que su extensión debe quedar sujeta a las fuerzas del mercado. O bien el Congreso puede crear un fondo de depósito a partir de la recaudación generada por ciertos impuestos, con el objetivo de redistribuir el ingreso de un sector de la población a otro[196]. También puede asignar fondos de modo indeterminado para programas de prestaciones sociales, para el pago de intereses sobre la deuda pública o bien para la cancelación de deudas contraídas en función de autorizaciones para contratar o tomar créditos previamente otorgadas. En cada uno de estos casos la forma legal que tome la autorización es irrelevante, puesto que se trata de obligaciones surgidas de actos legislativos que las preceden. En estos casos la fuente legal de las autorizaciones debe buscarse en la legislación de fondo que dispone las prestaciones sociales, o bien que autoriza las contrataciones públicas[197]. Son estas autorizaciones "indirectas" las que constituyen, en los términos de la Constitución, los verdaderos actos de asignación del presupuesto, y, por ende, las que deben ser confrontadas con los criterios propuestos en este trabajo.

Las autorizaciones "indirectas" se adecuan al principio constitucional que atribuye al Congreso el control sobre el Tesoro público, en la medida en que éste defina con claridad la actividad que puede ser financiada, el tiempo durante el cual se autoriza el financiamiento, el monto total —ya sea de modo explícito o implícito— que puede ser utilizado, y que ésta se encuentre sometida a un con-

---

El Congreso también sanciona asignaciones "suplementarias" durante el año fiscal. Ver *Budget Process*, cit., 10-14, 163.

[194] Se propone el requerimiento de "afirmación explícita". El Congreso ya ha impuesto este requisito para las asignaciones directas del Tesoro. Ver 31 USC, § 1301 (d) ("Una ley puede ser interpretada como una asignación de fondos del Tesoro... sólo si la ley *afirma explícitamente que se está haciendo una asignación...*") (la bastardilla es de la autora).

[195] Ver FREEDMAN, James, "Delegation of Power and Institutional Competence", *43 U. Chi. L. Rev.*, 307, 315, 1978. (El principio constitucional de no delegación afirma que el Congreso no debe abdicar de sus facultades constitucionales, pero la delegación puede ser apropiada si se trata de una decisión de política legislativa); BARBER, Sotirios A., *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*, University of Chicago Press, Chicago, 1975, p. 41. ("El Congreso puede delegar si se trata de una delegación instrumental y no sustitutiva de sus facultades").

[196] Ver 42 USC, §§ 401-423 (1982 y Supp. 1986) (fondo fiduciario de Seguridad Social). Otras rentas públicas específicas pueden adecuarse a contribuyentes y beneficiarios. Ver, por ej., 23 USC, §§ 101-157 (fondo fiduciario de autopistas).

[197] Ver notas 179/83 y texto.

trol periódico por parte del Legislativo. Sin embargo, el Congreso desnaturaliza los principios del Tesoro público y del control legislativo sobre el presupuesto cuando autoriza gastos sin establecer límites en los montos y plazos, o bien cuando no ejerce un control periódico sobre la utilización de éstos[198].

Resulta particularmente importante que, en aquellas áreas donde el Ejecutivo[199] posee de por sí un particular poder sobre la orientación de las políticas públicas y los modos en que son implementadas, el Congreso imponga límites claros en el monto y la duración de las autorizaciones para el uso de los fondos. En estos casos el "objeto" de la financiación se torna necesariamente amplio, y por ende en la definición de los "montos" y "plazos" radica la única herramienta que le permite al Legislativo ejercer un control efectivo sobre el Ejecutivo. En las áreas de política exterior[200] y procuración federal[201] se da por sentado que el Congreso no puede circunscribir detalladamente las facultades del Ejecutivo ni las estrategias adoptadas para la implementación de las políticas públicas, mucho menos ejercer un control pormenorizado de cada una de las acciones

198 Ver texto a notas 43-57. Una limitación en el tiempo implica que la asignación no debe ser permanente, aunque no necesariamente deba limitarse a un año fiscal, como usualmente se ha hecho, ver notas 55 y 103. Presupuestos bianuales, trianuales o quinquenales cumplirían los requisitos legales respecto del control legislativo del presupuesto, excepto para los gastos militares, que requieren ser renovados cada dos años, ver nota 55.

199 Utilizo el término "ejecutivo" para referirme a cualquier agencia gubernamental encargada de la ejecución de la ley, sea o no facultad del presidente el remover a sus directivos. Ver nota "In Defense of Administrative Agency Autonomy", *96 Yale L.J.*, 787, 1987. (Sostiene que el Congreso posee facultades para crear entidades ejecutivas sustancialmente autónomas).

200 Ver, p. ej., "Goldwater v. Carter", 617 F.2d 697 (D.C. Cir.), anulado con otros argumentos, 444 US 996 (1979). La limitación bianual impuesta por la Constitución a las asignaciones militares (art. I, § 8, cl. 12) pone de manifiesto el rol fundamental que el control presupuestario en áreas libradas al presidente tenía para los constituyentes.

201 La jurisprudencia reciente en materia de división de poderes sostiene que la Procuración constituye una función nuclear del Ejecutivo. Ver, p. ej., "Morrison v. Olson", 108 S. Ct. 2597, 2620-22 (1988); íd. 2626-27 (disidencia del juez Scalia); "Heckler v. Chaney", 470 US 821, 823 (1985); "United States v. Batchelder", 442 US 114, 125-26 (1979); "United States v. Nixon", 418 US 683, 693 (1974). Esta caracterización resulta equivocada. La Constitución no menciona sino de modo indirecto la Procuración Federal en el requisito de acusación ante el Gran Jurado de la Quinta Enmienda. Además los procuradores realizan muchas funciones que se asemejan y se vinculan a las del Poder Judicial. Ver "Morrison v. Olson", 108 S. Ct. 2614 nro. 20, 2620-21. Ver nota, "The Proposed Court-Appointed Special Prosecutor: In Quest of a Constitutional Justification", *87 Yale L.J.*, 1692, 1704-11 y nro. 55 (1978). En cualquier caso, no existe imperativo alguno que nos permita asumir que la Procuración Federal, en tanto atribuida al presidente, constituye una *actividad* presidencial, a diferencia del indulto, específicamente atribuido al presidente por la Constitución. Ciertamente, el Congreso ha creado numerosas agencias "independientes" dotadas de notables funciones de aplicación de la ley, entre las que se cuentan la Comisión de Comercio Federal y la Comisión de Cambio.

Sin embargo, en aquellas áreas en que el presidente posee facultades inherentes, la Procuración Federal no resulta susceptible de control legislativo específico. La prescripción legislativa del ejercicio de las facultades discrecionales de procuración produciría serios conflictos en materia de debido proceso. Ver también art. II, § 9, cl. 3 de la Constitución; nota "The Bounds of Legislative Specification: A suggested Approach to the Bill of Attainder Clause", *72 Yale L.J.*, 330, 347, 1962. ("Este principio... constituye una prohibición amplia... [que] obliga a la Legislatura a... delegar la aplicación [de mandatos legislativos] a otros tribunales").

realizadas: aquellos funcionarios que se desempeñan en estos ámbitos poseen, entonces, un alto grado de discrecionalidad. En todas las áreas que, por la estructura misma de la Constitución, quedan libradas a la discrecionalidad del Ejecutivo[202] le corresponde a éste la responsabilidad fundamental en la determinación del cómo y el cuándo de la presencia del Gobierno federal. Al no fijar límites ni en los montos ni en los plazos —se trate de fondos revolventes, autorizaciones para recibir donaciones u otros modos indeterminados de financiamiento público[203]— el Congreso está renunciando a su función de controlar las acciones del Ejecutivo, y, por ende, las del Gobierno[204].

En los casos en que la discrecionalidad del Ejecutivo viene dada por la estructura misma de la Constitución, las autorizaciones para recibir donaciones y regalos constituyen los modos más cuestionables de autorización[205]. En tanto

[202] En aquellos casos en que la discrecionalidad atribuida al Ejecutivo no provenga del texto o la estructura de la Constitución, sino de la necesidad de desarrollar eficientemente una tarea iniciada por el Congreso (regulación del servicio postal o de la exploración del espacio) la revisión legislativa no resulta tan crucial, puesto que el Congreso puede ejercer sus facultades de control a través de la regulación y determinación del "objeto" de la financiación.

[203] Ver, p. ej., 50 USC, § 403f (a) (asignación permanente e indeterminada para actividades de inteligencia, ver nro. 175). Del mismo modo, las asignaciones para el desarrollo de armas secretas (nro. 183), aun cuando no sean, en términos formales, ni permanentes ni indeterminadas, también evaden el control legislativo. Por supuesto que la Constitución permite al Congreso sancionar el presupuesto de modo tal que no se vulnere la seguridad nacional, y así lo ha hecho desde el nacimiento de la Nación. Ver, p. ej., ley del 1/7/1790, 1 Stat. 128, 129; ley del 9/2/1793, 1 Stat. 300, 301 hoy codificada en 31 USC, § 3526 (e), ver también, "United States v. Richardson", 418 US 166, 178, nro. 11 (1974); "Halperin v. CIA", 629 F.2d 144 (D.C. Cir., 1980). Se ha alegado, sin embargo, que el presupuesto "negro" destinado a armamento ha aumentado de modo considerable en los últimos años, sujeto a escasa o ninguna revisión por parte del legislativo. Ver WIENER, Tim, "Agrowing...", cit.; ver también, US Gen. Accounting Office, *Special Acces Program* 6-7 (1988) (sumario no clasificado) [de aquí en adelante GAO *Special Acces Program Study*] (La GAO ha sido incapaz de determinar el monto total de financiamiento destinado a armamento militar secreto desde 1981, así como tampoco la cantidad de programas en curso).

[204] Ver *Iran-Contras Report* (nota 3), 411-14 (pone de manifiesto la pérdida de control del legislativo en los casos en que el Ejecutivo recurre a fondos no gubernamentales para financiar actividades encubiertas); ver, también, Comisión del Senado para el Estudio de Operaciones Gubernamentales relativas a Actividades de Inteligencia, S. Rep. nro. 755, 94th Cong. 2d. Sess. Book 1, 205 (1976) ("Informe del Comité Church") ("Se ha temido que los beneficios [derivados de operaciones de fondos revolventes privados] fueran utilizados para proveer de financiamiento secreto para operaciones encubiertas, evitando de este modo, a través de un proceso de financiamiento 'indirecto', el escrutinio del Ejecutivo y del Congreso").

[205] Ver, p. ej., 50 USC, §§ 1151-1154 (donaciones para propósitos de defensa); 22 USC, § 2455 (f) (contribuciones recibidas por la Agencia de Información de los Estados Unidos); 22 USC, § 2697 (West Supp. 1988) (donaciones en beneficio del Departamento de Estado). Luego de que se realizaran acusaciones respecto del uso inapropiado de ciertas contribuciones (ver nota 165), la autorización para recibir donaciones atribuida al Departamento de Estado fue enmendada en 1987 de tal modo que prohibiese gastos "para fines de representación en las misiones de los Estados Unidos, excepto en los casos en que se adecuaran a las condiciones aplicables a los fondos asignados", ley del 22/12/1987, pub. L. nro. 100-204, § 125, 101 Stat. 1331, 1341 (enmendando el 22 USC, § 2697 [b]); ver también nota 166.

la agencia esté en condiciones de recibir donaciones[206], el Congreso pierde todo control efectivo sobre sus alcances. Cuando la condición impuesta a los fondos donados es amplia —por ejemplo, para "defensa de los Estados Unidos"—, el órgano que los recibe queda en posición de poder orientar los fondos hacia actividades que no han sido expresamente autorizadas por el Congreso. El donante podría, también, restringir las condiciones, especificando las actividades a las que están destinados los fondos, por ejemplo, para fines de defensa en el Golfo Pérsico. En ambos casos, sin embargo, en los que el Congreso carece de un control efectivo sobre los propósitos y facultades de la agencia beneficiaria de los fondos, la autorización indeterminada para el uso de éstos permite que individuos privados —sólo sujetos a la discrecionalidad del Ejecutivo[207]— definan los alcances de la actividad gubernamental e influencien la orientación de las políticas de Estado[208]. En estas áreas, especialmente sujetas al arbitrio del Ejecutivo, las autorizaciones para utilizar fondos que no fueron previamente depositados "en el Tesoro" —y que por ende no quedan sujetos a los requisitos constitucionales correspondientes— resultan particularmente incompatibles con nuestros principios constitucionales.

Los criterios propuestos aquí no implican una revigorización de la doctrina de la "no delegabilidad[209]" ni tampoco exigen una redacción detallada (ítem por

[206] Parece elemental suponer que un funcionario, de tener la oportunidad de aumentar sus recursos presupuestarios, la aproveche. Ver "Budgets and Bureaucrats: The Sources of Government Growth" (T. Borcherding, 1977).

[207] El control del Ejecutivo puede resultar especialmente inadecuado en áreas especialmente libradas a la discrecionalidad de éste, puesto que pueden carecer de los controles burocráticos internos necesarios. Ver *Iran-Contras Report*, cit., 117-53; nota 165 (respecto del uso inadecuado de fondos donados en el Departamento de Estado); nota 204 (cita del informe del Comité Church); WIENER, Tim, "Agrowing...", cit. ("el 'presupuesto negro' puede ser mucho más vulnerable a la posibilidad de trabajos de mala calidad, sobrefacturación y fraude por parte de los contratistas"); GAO *Special Acces Program Study*, cit., 7-9 (concluye que los procedimientos de supervisión del Pentágono resultan inadecuados).

[208] Por supuesto, el que todas las contribuciones al gobierno estuvieran sujetas al control de asignaciones presupuestarias podría hacer que los donantes volcasen los fondos a entidades no gubernamentales dedicadas a los propósitos que desean financiar. En este caso, las donaciones no vulneran la estructura constitucional, siempre y cuando las donaciones se realizaran a entidades no estatales y no fuesen utilizadas en nombre de los Estados Unidos. Ver también texto a notas 90-98 (los funcionarios públicos no pueden solicitar contribuciones destinadas a financiar actividades no gubernamentales si a éstas les ha sido negada la financiación a través del presupuesto). Los principios del Tesoro público y del control legislativo sobre el presupuesto tienen sus límites; se aplican, por definición, únicamente a los fondos pertenecientes a los Estados Unidos y a los gastos realizados en nombre de éstos. Ver texto a notas 69-72. Si el Congreso quisiese regular el financiamiento privado de fondos privados, tiene los medios para hacerlo, por ejemplo, a través de la regulación del comercio exterior y del control indirecto del gasto privado a través de exenciones y privilegios impositivos.

[209] La aplicación jurisprudencial del más amplio principio de no delegabilidad (ver "Carter v. Carter Coal Co.", 298 US 238 (1936); "Schechter Poultry Corp. v. United States", 295 US 495 (1935); "Panamá Ref. Co. v. Ryan", 293 US 388 (1935) no ha sido muy utilizada, aun cuando existen ocasionales referencias judiciales a estos conceptos. Ver, por ej., "Goldwater v. Carter", 444 US 996, 1000, nro. 1 (1979) (opinión dividida); "American Textile Mfrs Inst. v. Donovan", 452 US 490, 534-44 (1981) (disidencia del juez Rehnquist); "National Cable Television Ass'n v.

ítem) del presupuesto[210]. Los prerrequisitos constitucionales a los que se encuentra sujeta la actividad del Gobierno no exigen la aprobación particularizada de cada gasto y actividad del Ejecutivo por parte del Legislativo[211]. Tampoco le prohíben de modo absoluto, al Congreso, que autorice al Ejecutivo a utilizar voluntarios, donaciones o bien que la definición de los límites de la actividad gubernamental pueda quedar en manos del mercado. Lo que sí proscribe el presupuesto constitucional de un Gobierno federal limitado[212] por el control del Legislativo —especialmente a través de las asignaciones presupuestarias[213]—, es que el Congreso delegue, de modo ligero, en el Ejecutivo, la facultad de determinar la magnitud, alcance y carácter de la actividad federal. Allí donde el Congreso no determine con claridad los objetivos y actividades públicas que pueden ser financiadas y, cuando esto no fuera posible, no imponga límites efectivos al monto y duración de las financiaciones, estaría abdicando de una de sus principales responsabilidades constitucionales.

V. LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LOS REQUISITOS PARA LA ASIGNACIÓN DEL PRESUPUESTO

En las secciones anteriores se ha afirmado que los requisitos presupuestarios constituyen tanto una directiva para el Congreso como un límite al Poder Ejecutivo. Éste vulnera los principios de control legislativo sobre el presupuesto y del Tesoro público cuando utiliza fondos no asignados por el Poder Legislativo. Éste,

---

United States", 415 US 336, 342 (1974). Para comentarios académicos proponiendo su reaplicación, ver BARBER, Sotirios A., *The Constitution...*, cit., ps. 36-51; ELY, John, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, ps. 133/134; GEWIRTZ, Paul, *The Court...*, cit., ps. 49-65; MCGOWAN, "Congress, Courts and Control of Delegated Power", *77 Colum. L. Rev.*, 1119, 1977; ver también, SUSSTEIN, Cass R., "Interest Groups in American Public Law", *38 Stan. L. Rev.*, 29, 86, 1986 (mayor revisión judicial en orden a promover valores neo-madisonianos); LOWI, Theodore, *The End of Liberalism*, W.W. Norton, Nueva York, 1979, ps. 97/126 (analiza el aumento de la autoridad regulatoria durante el siglo XX).

[210] En épocas anteriores esta clase de legislación era, sino completamente efectiva, si un medio habitual a través del cual el congreso regulaba los gastos del Ejecutivo. Ver STITH, Kate, "Rewriting...", cit., ps. 609/612; FISHER, Louis, *Presidential...*, cit., ps. 36/38, 59.

[211] El argumento presentado es consistente con una más amplia delegación (o definición) de facultades y autorizaciones de "objetos". Ver, también, MASHAW, "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions", *I.J. Law, Econ. & Organ.*, 1985, ps. 81, 86/87, 95/99 (sostiene que lejos de diluir las posibilidades de control público, la delegación las aumenta). Las normas propuestas se refieren sólo a las autorizaciones legislativas para gastos, y no a la creación o regulación de las facultades de las agencias que integran el Ejecutivo. Ciertamente este argumento resulta completamente compatible con una amplia delegación de facultades, no sólo en aquellas áreas en que ésta sea constitucionalmente requerida, sino también en aquellas en que el Congreso posee el total control regulatorio. Más aún, los requisitos propuestos no son de aquellos que el Congreso se encuentra menos preparado para manejar que los órganos del Ejecutivo. Más importante, a diferencia de la genérica doctrina de la "no delegabilidad", éstos no implican necesariamente la revisión judicial. Ver texto a notas 250-260.

[212] Ver texto a notas 11-21.

[213] Ver texto a notas 26-35.

a su vez, está transgrediendo dichos principios cuando autoriza gastos de modo indeterminado, en particular en aquellas áreas en las que el Ejecutivo tiene de por sí un alto grado de discrecionalidad en la determinación de los gastos.

De este modo queda abierta la cuestión de cómo se le pueden aplicar de modo efectivo ambos principios constitucionales al Ejecutivo y, cuando corresponda, al Legislativo. Como se explicará en esta sección, esta tarea no puede ser delegada —al menos no completamente— en el Poder Judicial, y le corresponde al Congreso identificar las instituciones y los mecanismos que le permitan efectivizar su poder sobre "la caja".

a) Imposición de límites al Ejecutivo

Es cierto, por supuesto, que la Constitución atribuye al Legislativo la responsabilidad sobre las asignaciones presupuestarias[214], pero en ocasiones les cabe a los tribunales la tarea de exigir al Ejecutivo el cumplimiento de las limitaciones presupuestarias impuestas por el Congreso. En los casos en que éste ha definido con claridad el monto que puede ser destinado a cierta actividad, o bien ha prohibido expresamente el financiamiento de otra, los tribunales pueden resolver si el Ejecutivo ha cumplido o no con dichas limitaciones[215].

Al enfrentar este tipo de cuestiones, sin embargo, los tribunales suelen decidir no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión[216], en especial en aquellas áreas en las que el Ejecutivo ejerce una influencia significativa[217]. Aun en los

[214] Ver "Reeside v. Walker", 52 US 11 How.) 272, 290-91 (1850); Hart's Case, 16 Ct. Cl. 459, 484 (1881) ("[E]l control absoluto del dinero de los Estados Unidos se encuentra en el Congreso, y el Congreso es responsable por el ejercicio de esta enorme facultad sólo ante el pueblo"), aff'd, 118 US 62 (1886); conf. "Baker v. Carr", 369 US 186, 217 (1962) ("del texto constitucional se desprende con claridad que se trata de cuestiones que debe resolver un poder político...").

[215] Ver, p. ej. "TVA v. Hill", 437 US 153 (1977) (las asignaciones destinadas a la TVA se encuentran sujetas a las limitaciones en el objeto surgidas de la Ley de Especies Amenazadas); "UAW v. Donovan", 746 F.2d 855, 859-63 (D.C. Cir., 1984) (la legislación presupuestaria autoriza a la Secretaría del Trabajo a distribuir una suma fija entre diversos programas de entrenamiento), cert. den., 474 US 825 (1985); "Ramírez de Arellano v. Weinberg", 745 F.2d 1500, 1510-11 (D.C. Cir., 1984) (sosteniendo que el Ejecutivo, al operar un campo de entrenamiento para militares salvadoreños en Honduras usurpaba las facultades legislativas y presupuestarias atribuidas por la Constitución al Congreso) anulado y devuelto, 471 US 1113 (1985) (puesto a reconsideración a partir de la sanción de nueva legislación presupuestaria y del retiro del ejército de los Estados Unidos de la tierra del demandante); "City of Los Angeles v. Adams", 556 F.2d 40 (D.C. Cir., 1977) (sosteniendo que la Secretaría de Transporte no ha cumplido los límites impuestos en la asignación presupuestaria).

[216] Ver, p. ej., "Phelps v. Reagan", 812 F2d 1293 (10th. Cir., 1987) (el contribuyente carece de legitimación para impugnar el uso de fondos asignados a la designación del embajador en el Vaticano); "Dickosn v. Ford", 521 F.2d 234 (5th. Cir.) (*per curiam*) (el contribuyente carece de legitimación para impugnar las facultades otorgadas al presidente bajo la Ley de Ayuda de Emergencia de 1973 para destinar fondos del presupuesto a la ayuda de Israel), cert. den., 424 US 954 (1975).

[217] Ver "Goldwater v. Carter", 444 US 996, 1002-03 (1979) (opinión dividida); ver también "Holtzman v. Schlesinger", 484 F.2d 1307 (2d Cir., 1973) (sostiene, entre otros puntos, que la impugnación de la guerra de Vietnam es una cuestión no justiciable), cert. den., 416 US 936 (1974), "Americans United for Separation of Church and State v. Reagan", 786 F.2d 194 (3d Cir.)

casos en que se han presentado particulares para exigir el cumplimiento de las limitaciones presupuestarias[218], los tribunales les han negado la legitimación para demandar[219]. A la inversa, en los casos en que los particulares pudiesen cuestionar el acatamiento por parte del Ejecutivo de dichas limitaciones[220], éstos podrían optar por no hacerlo. Más aún, la vía judicial puede no ser la forma más efectiva de exigir el cumplimiento de las prescripciones legislativas en materia de financiamiento de programas federales.

No obstante, en los casos en que el Poder Judicial carece de la capacidad de reconstruir y exigir el cumplimiento de los requisitos presupuestarios, la teorización constitucional en esta materia no se reduce a un mero ejercicio académico. Tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo organizan sus asuntos y definen sus respectivas competencias en función de la interpretación de las normas constitucionales. El procurador general, en particular, emite regularmente dictámenes y opiniones[221] respecto de las limitaciones presupuestarias y

(el incremento de relaciones diplomáticas con el Vaticano no es materia de revisión judicial), cert. den., 107 S. Ct. 314 (1986); "Crockett v. Reagan", 720 F.2d 1355 (D.C. Cir., 1983) (la impugnación de la asistencia militar al Salvador por parte de un miembro del Congreso no es una cuestión justiciable), cert. den., 467 US 1251 (1984).

[218] Los beneficiarios de fondos federales no necesariamente se encuentran incentivados a cuestionar el incumplimiento, por parte del Gobierno federal, de las limitaciones presupuestarias dispuestas para esos fondos. De aquí que muchas de las demandas sobre el tema se vean impulsadas por los competidores de los beneficiarios, contribuyentes, individuos perjudicados por el programa en cuestión, o bien por miembros del Congreso opuestos al programa. Ver notas 217, 220, 253-54.

[219] En orden a presentarse frente a un tribunal del art. III, el demandante debe mostrar la existencia de un daño real, indemnizable y originado en la acción impugnada. "Valley Forge Christian College v. Americans United for the Separation of Church and State", 454 US 464, 472 (1982); ver, por ej., "Sierra Club v. Morton", 405 US 727 (1971) (demanda ambiental en la cual el interés del demandante fue considerado demasiado general, atenuado o vago para conferir legitimación); "International Primate Protection League v. Institute for Behavioral Research Inc.", 799 F.2d 934 (4th Cir., 1986) (similar), cert. den., 107 S. Ct. 1624 (1987), "Enos v. Marsh", 769 F.2d 1363 (9th Cir., 1986) (similar); "Animal Lovers Volunteers Ass'n v. Weinberger", 765 F.2d 937 (9th Cir., 1985) (similar); ver, también, nota 258.

[220] Existen variadas circunstancias en las cuales personas o entidades perjudicadas por programas de gastos federales pueden tener legitimación para impugnar la legalidad de los gastos realizados por el Ejecutivo. Ver, p. ej., "Ramírez de Arellano v. Weinberg", 745 F.2d 1500, 1515-20 (D.C. Cir., 1984) (los ciudadanos americanos propietarios de tierras en Honduras poseen legitimidad para impugnar la utilización de esas tierras por parte del Gobierno de los Estados Unidos para instalar campos de entrenamiento), anulado y devuelto con otros argumentos, 471 US 1113 (1985); "B. K. Instruments Inc. v. United States", 715 F.2d 713 (2d Cir., 1983) (los ofertantes frustrados poseen legitimación para impugnar contrataciones federales); "Spencer, White & Prentice Inc. v. EPA", 641 F.2d 1061 (2d Cir., 1981) (igual); "Hayes Int'l Corp. v. McLucas", 509 F.2d 247 (5th Cir.) (igual), cert. den., 423 US 864 (1975); "Seanwell Laboratories Inc. v. Shaffer", 424 F.2d 859 (D.C. Cir., 1970 (igual); ver, también, "Duke Power Co. vs Carolina Envtl. Study Group Inc.", 438 US 59 (1978); "United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures", 412 US 669 (1973); "Oregon Envtl. Council v. Kunzman", 817 F.2d 484 (9th Cir., 1987); "Montgomery Envtl. Coalition v. Costle", 646 F.2d 568 (D.C. Cir., 1980).

[221] Ver nota 147.

de las prerrogativas presidenciales respecto del gasto público[222]. A su vez, estas opiniones no se han limitado a respaldar las pretensiones del Ejecutivo, de tiempo en tiempo han rechazado las pretensiones de agencias federales, así como también han venido a resolver conflictos respecto de las autorizaciones para gastos[223]. A excepción del auditor general, los agentes federales se han mostrado siempre reticentes a desobedecer las directivas emanadas del procurador[224]. Aun cuando las opiniones del procurador general no poseen, formalmente, el peso de las decisiones jurisdiccionales, "la práctica muestra claramente que son tomadas como mucho más que meras recomendaciones y, como consecuencia, que ejercen una poderosa influencia práctica al momento de proveer de reglas de funcionamientos a los agentes administrativos[225]". Estas opiniones han jugado un rol crítico en áreas usualmente atribuidas a los tribunales[226], así como también en aquellas circunstancias en que la controversia ha sido considerada no justiciable[227].

La aplicación de la legislación, relativa a las asignaciones presupuestarias, es también una responsabilidad del auditor general, al que le cabe un importante

[222] Por ejemplo, en los cinco volúmenes de opiniones editados por el Departamento de Justicia en entre 1977 y 1981 (ver nota 147) se registran veintisiete opiniones directamente vinculadas a la legalidad de los gastos propuestos. Ver 1-4 Op. Off. Legal Counsel (1977-1981).

[223] Ver, p. ej., Op. Att'y Gen. 209 (1877) (deniega al Ejecutivo la autoridad para financiar al ejército con fondos privados ante la negativa presupuestaria del Congreso); 4 Op. Off. Legal Counsel 16 (1980) (la Comisión de Comercio Federal debe dejar de funcionar si el Congreso no ha sancionado las partidas correspondientes de modo oportuno); 5 Op. Off. Legal Counsel 1 (1981) (si el Congreso no ha sancionado, con anterioridad al inicio del año fiscal, muchas, pero no todas las operaciones de las agencias afectadas deben cesar); Office of Legal Counsel, "Memorandum Re Presidential Authority to Impound Funds Appropiated for Assistance to Federally Impacted Schools" (1/12/1969), citado en BARRON, Jerome - DIENES, C. Thomas, *Constitutional Law: Principles and Policy*, Michie Co., Charlottesville, p. 284 (1983) (memorándum del entonces asistente del procurador general Rehnquist concluye que el presidente no posee facultades propias para embargar fondos).

En una opinión reciente, especialmente interesante, de la Oficina de Asesoría Legal respecto de la constitucionalidad de ciertas limitaciones presupuestarias ("Enmienda Baxter") se buscaba evitar que el Departamento de Justicia, a través del asistente del procurador general Baxter, llevara ante la Corte Suprema un argumento anti-monopolio que había sido archivado con anterioridad. La Oficina no llegó a afirmar la inconstitucionalidad de la limitación, aunque sí sugirió que se podría estar vulnerando el deber presidencial de "aplicar" la ley ("Memorandum for William F. Baxter" [2/12/1983]).

[224] Ver BATOR, Paul - MISHKIN, Paul - SHAPIRO, David - WECHSLER, Herbert, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 1973, p. 74; MANSFIELD, Harvey, *The Comptroller General*, Yale University Press, New Haven, 1939, p. 104 (el auditor general "utiliza las opiniones del procurador general del modo en que los tribunales utilizan la jurisprudencia extranjera, citándola si coinciden, distinguiéndola si se oponen"); ver además texto a nota 237.

[225] NEALON, Rita W., "The Opinion Function of the Federal Attorney General", *25 N.Y.U.L. Rev.*, 825, 842 1950; ver, también, RHODES, Irwin S., "Opinions of the Attorney General Revived", *64 A.B.A.J.*, 1978, ps. 1374, 1375.

[226] Ver CUMMINGS, Homer - MCFARLAND, Carl, *Federal Justice*, 1937, p. 90; NEALON, Rita W., "The Opinion...", cit., ps. 834/847; BATOR, Paul *et. al.*, *Hart...*, cit., ps. 70/74.

[227] Ver, por ej., "Hawaii v. Gordon", 373 US 57, 58 (1963) (rechaza la demanda del Estado de Hawaii contra los Estados Unidos por haberse negado a demandar; la opinión menciona el análisis de la demanda por parte del procurador general).

rol en la revisión del cumplimiento de las limitaciones presupuestarias por parte del Ejecutivo, así como también respecto de la legalidad de los gastos propuestos. El auditor general se encuentra en una posición única, independiente tanto respecto del Congreso como del Ejecutivo[228]. Hasta la sanción de la Ley de Presupuesto de 1921, en la que se dispuso la creación de la GAO[229], a cargo del auditor general, la labor de control sobre las cuentas del Ejecutivo había sido ejercida por el Departamento del Tesoro. Desde sus inicios en 1789[230], al Departamento del Tesoro, a diferencia de otras agencias dependientes del Ejecutivo, se le han atribuido numerosas responsabilidades especiales frente al Congreso[231]. Entre estas tareas, asignadas a oficinas específicas dentro del Departamento, se cuentan la realización de auditorías independientes sobre los programas desarrollados por el Gobierno federal, así como también el control de los desembolsos y retenciones de fondos[232]. Sin embargo, para el comienzo del siglo XX, las facultades de remoción de funcionarios del presidente habían reducido notablemente la efectividad del Departamento en tanto instancia de verificación del cumplimiento de las directivas presupuestarias emanadas del Congreso[233].

[228] La norma original de 1921 disponía que el auditor general debía ser designado por el presidente con acuerdo del Senado. En 1980 fue modificada de modo que el presidente debe seleccionar al auditor de entre una lista de trece personas provista por los presidentes de las dos Cámaras; se mantuvo, no obstante, el acuerdo del Senado como requisito. 31 USC, § 703 (a) (1)-(3). El auditor general sólo puede ser destituido a través de juicio político o bien "con causa" por resolución conjunta, íd. § 703 (c) (1).

En "Bowsher v. Synar", 106 US S. Ct. 3181 (1986), la Corte Suprema definió al auditor general como funcionario del "Poder Legislativo" porque debe ser removido por ley (íd., 3191). Sin embargo, en los hechos, el auditor siempre ha contado con un alto grado de independencia. Ver íd., 3123 (disidencia del juez White) ("el efecto práctico de la remoción legislativa del auditor general no consiste en sujetarlo al Poder Legislativo, sino en hacer de éste uno de los funcionarios más independientes dentro de la estructura del Gobierno federal"). Íd., 3216, nro. 1 (disidencia del juez Blackmun) ("El auditor general no es el Congreso, ni un órgano de éste; al margen del mecanismo de designación, es un funcionario de los Estados Unidos, designado por el presidente" (citando "Buckley v. Valeo", 424 US 1, 128, nro. 165 (1976) (*per curiam*); ver, también, F. Mosher, cit. en nota 81, p. 158 ("Todos los auditores generales han atesorado y defendido su independencia, no sólo respecto del presidente, sin también del Congreso").

[229] Ley de Presupuesto y Contabilidad de 1921, ch. 18, 42 Stat. 20 (codificado y enmendado en diversas secciones del 31 USC).

[230] Ley del 2/9/1789, ch. 12, 1 Stat. 65.

[231] Por ejemplo, la Ley de Creación del Departamento del Tesoro requiere que el secretario responda a todas las preguntas del Congreso y que le informe de sus actividades. Ver íd. 65-66. Como afirma un académico: "En contraste, el Primer Congreso impuso una obligación legal de obediencia a los secretarios de Asuntos Exteriores [ley del 27/7/1789, ch. 4, § 1, 1 Stat, 28] y de Guerra [ley del 7/8/1789, ch. 7, § 1, 1 Stat. 49] en lo que respecta al desempeño de las tareas encomendadas por el presidente de los Estados Unidos. No impuso una obligación de esta clase al secretario del Tesoro.", TIEFER, Charles, "The Constitutionality...", cit., p. 72 (citando la ley del 27/7/1789, ch. 4, § 1, 1 Stat. 28).

[232] Ver TIEFER, Charles, "The Constitutionality...", cit., ps. 70/76 y fuentes citadas. El control del Fisco recaía, dentro del Tesoro, en el auditor, "el antepasado del auditor general moderno". MOSHER, Frederick, *The GAO: The Quest for Accountability in American Government*, Westview Press., Boulder Cdo., 1979, p. 25.

[233] Ver íd. 48-51 (explicando la urgencia en la creación del GAO).

Al transferir las tareas de auditoría a un funcionario independiente del presidente, y sólo removible por ley, y "con causa[234]", el Congreso buscaba reforzar el control sobre el Ejecutivo en materia de directivas presupuestarias[235]. El auditor general tiene las facultades de revisión de los registros del Ejecutivo y de decisión sobre las autorizaciones —o denegaciones— de pagos[236]. Al ejercer sus facultades de contralor sobre los gastos realizados por el Gobierno federal, el auditor general está realizando funciones cuasi ejecutivas y cuasi judiciales, puesto que puede autorizar o denegar los pagos de acuerdo con su interpretación de las directivas presupuestarias emanadas del Poder Legislativo[237]. Cuando no está del todo claro el carácter vinculante[238] de los dictámenes emitidos por el auditor general, éstos pueden llegar a influenciar en los planes de gasto público proyectados por el Ejecutivo[239]. Y cuando estas recomendaciones no obligan, en términos legales, a los tribunales[240], éstos le han atribuido siempre una especial relevancia[241].

A pesar de su peso, hoy en día la GAO no asegura —o siquiera pretende asegurar— el cumplimiento integral de la legislación presupuestaria por parte

234 31 USC, § 703 (e) (1); ver, también, nota 228.

235 31 USC, § 703 (e) (1); ver, también, nota 228.

236 Ver, por ej., 31 USC, §§ 716-717 (facultades del GAO para investigar y analizar el gasto de fondos públicos); 31 USC, § 3523 (a) ("Salvo excepciones expresas dispuestas por ley, el auditor general debe auditar las transacciones financieras de cada agencia"; 31 USC, § 3526 (a) ("El auditor general debe fijar todas las cuentas del Gobierno de los Estados Unidos y supervisar el cobro de todas las deudas que certifique como apropiadamente debidas al Gobierno"); 31 USC, § 3702 (a) (salvo disposición en contrario... el auditor general debe fijar todas las pretensiones de y contra el Gobierno de los Estados Unidos").

237 Además de las auditorías, *a posteriori*, el auditor general puede emitir opiniones relativas a gastos propuestos pero todavía no realizados. Ver, por ej., "Matter of Customs Serv. Reimbursement for Aditional Personnel at Miami Int'l Airport", 59 Com. Gen 294 (1980) (concluye que el servicio aduanero no puede recaudar contribuciones de comerciantes de la zona en orden a suplir el financiamiento lento e inadecuado del Servicio Nacional de Aduanas).

238 Comparar "United States ex rel Skinner & Eddy Corp. v. McCarl", 275 US 1, 4 n. 2 (1927) y "United States v. Standard Oil Co.", 545 F.2d 624, 637-38 (9th Cir., 1976), con "S & E Contractors Inc. v. United States", 406 US 1, 11-12 (1972) (voto del juez Douglas).

En la Ley de Presupuesto y Contabilidad de 1921 el Congreso dispuso que sería obligatoria para el Ejecutivo la presentación de los balances presupuestarios con la certificación del auditor general. Ley de Presupuesto y Contabilidad de 1921, ch. 18, § 304, 42 Stat. 20, 24. La redacción actual dispone que "Al momento de cerrar una cuenta del Gobierno la certificación por parte del auditor general resulta definitoria para el Ejecutivo..."), 31 USC, § 3526 (d) (1982). No resulta para nada claro, sin embargo, que el Congreso le atribuya al auditor facultades de certificación previas a la realización de la auditoría. Ver MOSHER, Frederick, *The GAO...*, cit., ps. 209/214, 240/41.

Recientemente, al conferir al auditor la facultad de revisar la legalidad de los beneficios contractuales pactados por el Gobierno, el Congreso ha dispuesto que el auditor sólo puede "recomendar" determinado accionar a una agencia. 31 USC, § 3554 (b) (2) (1982 & Supp. 1986).

239 Ver F. Mosher (nro. 230) 298-304; Morgan (nro. 233) 1291-95.

240 Ver "United States ex rel. Brookfield Constr. Co. v. Stewart", 234 F2d 94 (D.D.C. 1964); GAO *Principles* (nro. 39) 1-3 a 1-4; Morgan (nro. 233) 1300-03.

241 Ver, p. ej., "Wheelabrator Corp. v. Chafee", 455 F2d 1306, 1316 (D.C. Cir., 1971); "United States ex rel. Brookfield Constr. Co. v. Stewart", 234 F. Supp. 94, 99-100 (D.D.C. 1964). En contrario ver "Intercity Broadcasting v. Cardenas", 554 F. Supp. 42, 47-52 (D.D.C. 1982).

del Ejecutivo. Ni sus facultades ni sus deberes de auditoría son lo suficientemente comprensivos, e incluso algunas agencias federales se encuentran fuera de su alcance[242]. Más aún, la constitucionalidad de la legislación que la faculta a ejercer acciones legales tendientes al cumplimiento de la Ley de Control de Secuestros[243] de exigir acceso a los registros públicos y de hacer cumplir los pedidos de informes dispuestos por los tribunales[244], así como de seguir un contrato gubernamental en función de una denuncia[245], ha sido cuestionada por la Suprema Corte en "Bowsher v. Synar[246]". En esta decisión la Corte sostuvo que las funciones del auditor general eran de naturaleza "legislativa" y por ende la aplicación y verificación del cumplimiento del derecho vigente caía fuera de sus competencias.

Hasta tanto el Congreso no resuelva el estatus constitucional de la GAO[247], así como también el rol que le cabe en la verificación del cumplimiento de las

[242] Ver MOSHER, Frederick, *The GAO...*, cit., p. 298 (señalando que las auditorias realizadas por la GAO son esporádicas); ps. 153/62 (discutiendo el cambio de orientación de la GAO desde 1950); US Gen. Accounting Office, *Annual Report For FY 1984* app. 1 (la GAO realizó menos de 700 auditorías durante 1984).

[243] Ley de Presupuesto y Control de Embargos de 1974, § 1016 USC, § 687 (enmendado en 1984 y 1987). La Ley de Control de Embargos, 2 USC, §§ 681-687 (1982 & West Supp. 1987) constituye un esfuerzo significativo por parte del Congreso en orden a implementar el principio del control legislativo sobre el presupuesto. La ley se refiere a la posibilidad de que el Ejecutivo pueda no utilizar los fondos asignados por el Congreso, y dispone que el Congreso debe aprobar las retenciones de fondos propuestas. Ver, "New Haven v. United States", 809 F.2d 900, 902-04, 906-08 (D.C. Cir., 1987); ver, también, Ley de Reafirmación de Presupuesto Balanceado y de Control de Emergencia del Déficit de 1987, pub. L. nro. 100-119, § 206 (a), 101 Stat. 754, 785 (enmendando 2 USC, § 684 para eliminar la posibilidad de veto por una sola Cámara de ciertas retenciones de fondos asignados).

[244] Ley de la Oficina de Contabilidad Nacional de 1980, pub. L. nro. 96-226, § 102, 94 Stat. 312 (codificado y enmendado en 31 USC, § 716 [b]).

[245] Ley de Competencia Contractual de 1984, pub. L. nro. 98-369, § 1741 (a), 98 Stat. 494, 1200-01 (codificado en 31 USC, § 3553 (c) (1982 & Supp. 1986).

[246] 478 US 714 (1986).

[247] Comparar "Ameron Inc. v. United States Army Corps. of Eng'rs", 787 F.2d 875, 885 (3d Cir., 1986) (sosteniene, con anterioridad a Synar, que el auditor general no es una rama del Legislativo) con "Ameron Inc. v. United States Army Corps. of Eng'rs", 809 F.2d 979 (3d Cir., 1986) (sosteniendo, con posterioridad a "Synar", que la mínima violación del principio de división de poderes puede ser ignorada), cert. ot., 108 S. Ct. 1218 (1988). Ver nota "The Role of the Comptroller General in Light of Bowsher v. Synar", *87 Colum. L. Rev.*, 1539, 1987. Ver, también, nota "In Defense...", cit., p. 811 y nro. 154 (cuestiona la constitucionalidad de la Ley de Competencia Contractual a partir de "Synar").
Aun antes de "Synar" el Departamento de Justicia había cuestionado la constitucionalidad de estas normas. Ver "Staats v. Lynn", nro. 75-0551 (D.D.C. archivado el 15/4/1975), discutido en WILLIAMSON, Thomas, "The GAO Goes to Court: The Impoundment Case", *GAO Rev.*, 1976, ps. 55, 63 (notando que "Lynn", el único caso en el que la GAO recurrió a la vía judicial por la Ley de Control de Embargos, fue desestimado una vez que los fondos fueron liberados); H. R. Rep. nro. 425, 96th Cong. 1st Sess. 7 (1979) (señalando el argumento del Departamento de Justicia según el cual las disposiciones de la ley de creación de la GAO de 1980 que permiten la exigencia judicial de los pedidos de informes serían inconstitucionales "en la medida en que constituyen 'actos ejecutivos', impropios por lo tanto del Congreso y de la GAO en tanto órganos legislativos"); afirmación del presidente al promulgar H.R. 4171, 20 Weekly Comp. Press. Doc. 1037

directivas presupuestarias, no será posible desarrollar una estrategia coherente que permita una implementación efectiva de los principios constitucionales que deben regir la práctica presupuestaria. Debe definirse si, además de los deberes de investigación, revisión e información al Congreso[248], los dictámenes de la GAO son de carácter consultivo o vinculante para el Ejecutivo, así como también si posee o no legitimación procesal para demandar judicialmente al Ejecutivo por sus incumplimientos en esta materia. Si los dictámenes del auditor fuesen vinculantes, y la GAO tuviese legitimación procesal, entonces el Congreso debería revocar la disposición que autoriza la remoción del auditor general "con causa[249]".

b) Imponiendo límites al Legislativo

El Poder Judicial nunca ha exigido al Congreso el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la práctica presupuestaria. Si el Congreso posee, como lo ha afirmado la Corte Suprema hace ya más de un siglo, una facultad "absoluta" para interpretar y aplicar la legislación presupuestaria[250], entonces toda acción judicial en este sentido sería infructuosa, puesto que toda autorización para gastos emanada del Legislativo sería, por definición, constitucional[251]. En "United States v. Richardson", referido a partidas asignadas a la CIA[252], la Corte Suprema afirmó que el Congreso posee facultades "plenarias" respecto de la aplicación de la Ley de Informes y Rendición de Cuentas[253]. Sobre la base de este precedente, la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia rechazó otro cuestionamiento

(18/7/1984) (sosteniendo que la disposición, contenida en la Ley de Competencia Contractual, que autoriza a impugnar licitaciones, "sería un intento inconstitucional de delegar en el auditor general deberes y responsabilidades que en nuestro esquema constitucional sólo pueden ser realizadas por agentes del Ejecutivo"). Comparar *OMB Bulletin*, nro. 85-8 (17/12/1984) (indicando a los directivos de agencias ejecutivas el hacer caso omiso de las pretensiones de la GAO para suspender contratos de acuerdo con la Ley de Competencia Contractual) con GRESSMAN, Eugene, "Take Care, Mr. President", *64 N.C.L. Rev.*, 381 (1986) (afirmando que dicha directiva constituye un acto explícitamente ilegal).

[248] Ver nota 270 y texto (rol de la GAO en la asistencia al Congreso para el cumplimiento de los requisitos presupuestarios).

[249] Ver nota 234.

[250] Ver jurisprudencia citada en nota 214.

[251] Si el Congreso tiene plenos poderes para interpretar los mandatos constitucionales, aquéllos significan lo que el Congreso dice que significan. Conf. "Albernaz v. United States", 450 US 333, 344 (1981) (la excepción de cosa juzgada no se aplica a la aplicación legislativa de sanciones; "la cuestión relativa a qué sanciones resultan constitucionales es en realidad la cuestión relativa a qué sanciones ha querido imponer el Congreso"); ver, también, "Arnett v. Kennedy", 416 US 134 (1974) (voto del juez Rehnquist); "Bishop v. Wood", 426 US 341 (1976) (empleando argumentos similares respecto de intereses relativos a la libertad y a la propiedad en relación con el principio del debido proceso).

[252] Ver nota 177.

[253] "United States v. Richardson", 418 US 166, 178, nro. 11 (1974) (5-4) ("Está claro que el Congreso tiene plenos poderes para exigir cualquier informe o rendición de cuentas que considere necesario en función del interés público").

respecto de las prácticas presupuestarias de la CIA[254]. En el fallo, la Corte sugiere que las facultades del Congreso para interpretar la cláusula séptima de la sección novena del art. I de la Constitución —que incluyen los principios constitucionales que rigen la práctica presupuestaria— son "plenarias", y, por ende, los tribunales carecen de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad[255].

Es claro que los tribunales no se encuentran en la mejor posición para resolver respecto de cómo deben implementarse los requisitos constitucionalmente impuestos a la práctica presupuestaria —por ejemplo, qué rol le concierne a las agencias federales en la formación del presupuesto, qué tan específicas deben ser las asignaciones o bien qué formas deben guardar las autorizaciones para gastos[256]—. Por otro lado, los tribunales sí podrían actuar en los casos en que el Congreso haya definido con claridad los "objetos" del financiamiento público, así como los límites de montos y tiempo de éstos[257]. No obstante, los tribunales pueden invocar los argumentos de la "legitimación procesal[258]" o bien de las "cuestiones políticas[259]" para evitar pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la legislación presupuestaria. En este sentido existen poderosas razones de prudencia para evitar la injerencia de los tribunales en los casos en que no exista conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo respecto de la interpretación y aplicación de las directivas presupuestarias[260].

254 "Harrington v. Bush", 553 F.2d 190 (D.C. Cir., 1977) (denuncia de un senador respecto del uso de fondos secretos para financiar actividades no autorizadas por parte de la CIA).

255 Íd., 194, nro. 7 (apoyándose en Hart's Case, 16 Ct. Cl. 459, 484 (1881), aff'd, 118 US 62 (1886); "United States v. Richardson", 418 US 178, nro. 11; ver, también, "Halperin v. CIA", 629 F.2d 144, 154-62 (D.C. Cir., 1980) (sosteniendo que el principio de informe y rendición de cuentas no crea un *standard* de judiciabilidad respecto de la revelación de gastos de inteligencia).

256 Para un análisis del modo en que el Congreso ha cubierto estos vacíos legales ver STITH, Kate, "The Rewriting...", citado.

257 Que la Constitución atribuya al Congreso las facultades presupuestarias no implica que éste sea el único que puede interpretar el principio del control legislativo del presupuesto. No es así para las limitaciones dispuestas en las secciones octava y novena del art. 1°. Ver nota 30; ver "Powell v. McCormack", 395 US 486, 518-48 (1969) (límites impuestos al Congreso respecto de la interpretación y aplicación de la sección quinta del art. 1°).

258 Los requisitos enumerados en la nota 219 pueden ser imposibles de cumplir en tanto no exista un remedio judicial adecuado frente al incumplimiento por parte del Congreso de sus deberes presupuestarios. Conf. "Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop the War", 418 US 208, 216 (1974) (el carácter de "ciudadano" no otorga legitimación en ausencia de un daño concreto); "United States v. Richardson", 418 US 166, 174-80 (1974) (el contribuyente no tiene legitimación para cuestionar la aplicación de la ley de informes y rendición de cuentas). Akhil Amar ha sostenido que toda la doctrina de la "legitimación" se asienta sobre una incorrecta comprensión del rol constitucional de los tribunales (AMAR, Akhil, "Of Sovereigny...", cit.).

259 La doctrina de las cuestiones políticas, recién articulada de modo acabado por la Corte Suprema en "Baker v. Carr" (369 US 186, 217 (1962)), ha sido fraccionada en tres: "i) ¿Debe la Corte resolver sobre cuestiones atribuidas por la Constitución a alguno de los otros poderes?; ii) ¿Se vería forzado el tribunal a avanzar sobre cuestiones que exceden el conocimiento judicial?; iii) ¿Existen consideraciones de prudencia que aconsejan la no intervención judicial?, "Goldwater v. Carter", 444 US 996, 998 (1979) (fallo por su voto del juez Powell).

260 Ver "Goldwater v. Carter", 444 US 996 (fallo por su voto del juez Powell) ("El Poder Judicial no debe decidir en conflictos relativos a las facultades de los Poderes Ejecutivo y Legisla-

El que los tribunales no vayan a pronunciarse, en el futuro cercano, respecto de la constitucionalidad de las prácticas presupuestarias del Legislativo no implica, sin embargo, que esta cuestión pueda o deba ser ignorada. Las normas constitucionales que merecen la atención de la academia no se reducen a aquellas que son efectivamente articuladas por el Poder Judicial[261].

Si se trata de cuestiones políticas no judiciables, entonces con mayor razón los poderes políticos deben implementar legislativamente los principios constitucionales que rigen el poder del Congreso sobre la "caja". El Congreso puede y debe desarrollar mecanismos institucionales suplementarios que le permitan efectivizar sus directivas presupuestarias. En este sentido, los criterios expuestos en este trabajo —esto es, que la legislación presupuestaria debe establecer con claridad los objetos, los montos máximos y la duración de la financiación pública— proporcionan una regla y unos estándares de daño y reparación que pueden ser, cuanto menos, legislativamente considerados.

De hecho, la legislación más reciente en materia de proceso presupuestario —la Ley de Control del Presupuesto y de Secuestros de 1974[262] y la Ley Gramm-Rudman-Hollings[263]— reflejan una comprensión del papel constitucional de la legislación presupuestaria que coincide con la propuesta en este

---

tivo a menos que ambos se encuentren en un *impasse* constitucional"); ver, también, ELLIOTT, Donald, "Regulating the Deficit After 'Bowsher v. Synar", *4 Yale J. On Reg.*, 1987, ps. 317, 332/336 (sostiene que el caso no estaba "maduro" al no existir conflicto entre el Congreso y el presidente); nota: "The Balanced Budget Amendment: An Inquiry Into Appropiateness", *96 Harv. L. Rev.*, 1983, ps. 1600, 1612/1619 (aun cuando ni la doctrina de la legitimación ni la de las cuestiones políticas impiden el tratamiento jurisdiccional de casos relativos a la violación de la enmienda a la Ley de Presupuesto Balanceado, la actuación judicial tendría consecuencias desastrosas); BORK, Robert, "Would a Budget Amendment Work?", *Wall St. J.*, 4/4/1979, 20, col. 4, (similar).

[261] Ver "Missouri K. & T. Ry. v. May", 194 US 267, 270 (1904) (voto del juez Holmes) ("debe recordarse que las Legislaturas constituyen, al igual que los tribunales, los guardianes definitivos de las libertades y bienestar del pueblo"); ver SAGER, Lawrence, "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms", *91 Harv. L. Rev.*, 1978, p. 1212 (sostiene que el valor y extensión intrínseco de las normas constitucionales excede su aplicación por los tribunales); FISS, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *5 Phil. & Pub. Aff.*, 1976, ps. 106, 175/177 (las instituciones no judiciales pueden interpretar las necesidades de la Constitución de un modo diferente o más amplio que los tribunales); BREST, Paul, "A Conscientious Legislator's Guide to Consitutional Interpretation", *27 Stan. L. Rev.*, 1975, ps. 585, 587 (el Congreso debe darle un "enorme peso" a la interpretación judicial de la Constitución); LINDE, "Judges, Critics, and the Realist Tradition", *82 Yale L. J.*, 227, 1972 (critica la idea según la cual la ley es lo que los jueces dicen que es); ver, también, BREST, Paul, "Constitutional Citizenship", *34 Clev. St. L. Rev.*, 1, 23, 1986 (pone de manifiesto la importancia de la "participación ciudadana en el discurso y la toma de decisiones constitucionales"); *Constitutional Controversies*, cit., ps. 95/96 (Dip. Panetta, discute los procedimientos presupuestarios del Congreso: "En última instancia, somos responsables ante el público. El público debe decir si realizamos, o no, nuestro trabajo de acuerdo con lo que manda la Constitución").

[262] Pub. L. nro. 93-344, 88 Stat. 297 (1974) (codificado y enmendado en diversas secciones de 2, 31 y 42 USC).

[263] La Ley de Presupuesto Balanceado y Control de Déficit de Emergencia de 1958, pub. L. nro. 99-117, 99 Stat. 1037, enmendada por la Ley de Reafirmación de Presupuesto Balanceado y de Control de Emergencia del Déficit de 1987, pub. L. nro. 100-199, 101 Stat. 754 (a ser codificada y enmendada en diversas secciones de 2, 31 y 42 USC).

trabajo: esto es, que el control de las asignaciones presupuestarias es tanto un límite constitucional fundamental para el Ejecutivo, así como también un deber constitucional para el Congreso[264]. De acuerdo con esta legislación la Oficina de Presupuesto del Congreso provee una estimación de los costos implicados por la legislación que otorga autorizaciones para gastos[265], dentro de la cual se incluyen también aquellas disposiciones que no son formalmente presupuestarias, así como también las que disponen excepciones a la Ley de Ingresos Varios[266]. De acuerdo con los procedimientos dispuestos en la Ley de Presupuesto de 1974, se ha regularizado la determinación de límites en los montos y la duración de ciertas autorizaciones para recaudar[267], y se han desarrollado obstáculos procesales que dificultan el establecimiento de fondos revolventes. Otras formas de "autorizaciones indirectas", incluso legislación sobre prestaciones sociales, se han visto sujetas a un mayor escrutinio por parte del Legislativo[268].

El Congreso, no obstante, puede hacer más. Podría someter a las nuevas autorizaciones para recibir donaciones al mismo tipo de control legislativo que se aplica ahora a otras formas de autorización indirecta y permanente de gastos[269]. Podría alentar a la Agencia para que tome un rol más preponderante en

[264] Ver también *Constitucional Controversies*, cit. en nota 7, ps. 95/96 (sugerencia del dip. Panetta acerca de que varios tipos de gastos indirectos "escapan a los mecanismos de control que constituyen el alma de nuestro sistema democrático").

Se ha sugerido que la creación de la "autorización para secuestros" a través de la Ley Gramm-Rudman-Hollings implica una pérdida de control para el Legislativo en la medida en que implica una delegación de las facultades presupuestarias del Congreso. Ver, p. ej., "The Supreme Court, 1985 Term-Leading Cases", *100 Harv. L. Rev.*, 100, 230, n. 82, 1986. De hecho las disposiciones contenidas en Gramm-Rudman-Hollings constituyen un intento por aumentar el control del Congreso sobre la "caja", y limita aún más las facultades de distribución del presidente (para el caso de los secuestros) que la legislación presupuestaria convencional. Ver STITH, Kate, "Rewriting...", cit., ps. 643/650, 660/661 y n.370 (explica porqué dicha norma resulta consistente con las obligaciones presupuestarias dispuestas por los principios presupuestarios).

[265] Ver SCHICK, Allen, *Congress and Money*, Urban Institute, Washington DC, 1980, ps. 131/165 (análisis de los orígenes, la estructura y las funciones de la Oficina de Presupuesto del Congreso con anterioridad a la sanción de Gramm-Rudman-Hollings).

[266] Ciertamente, la Ley de Presupuesto de 1974 llega incluso a exigir al presidente que acompañe junto al proyecto de presupuesto un informe de las reducciones impositivas. 31 USC, § 1105 (a) (16). Este informe, sin embargo, tiene una función meramente informativa, careciendo el Congreso de facultades de asignación sobre las reducciones impositivas. Ver también texto a notas 76-79.

[267] Ver Ley de Presupuesto de 1989, cit. en nota 59, 6e-15 ("no es inusual que el Congreso disponga limitaciones respecto de las deudas que pueden ser financiadas con estas [recaudaciones acreditadas a las partidas o a los fondos]").

[268] Ver 2 USCA §§ 651-652 (West Sup. 1987). Un resumen de los cambios introducidos por la Ley de Presupuesto de 1974 en las disposiciones originales de Gramm-Rudman-Hollings puede ser encontrado en *Budget Process*, cit. en nota 183.

[269] La Ley de Presupuesto de 1974 excluye explícitamente las autorizaciones para recibir donaciones de gran parte de las limitaciones procedimentales aplicables a las nuevas formas de gastos indirectos. Ver 2 USC, § 651 (d) (3) (B).

el control de las formas indeterminadas o abiertas de financiamiento público[270]. Podría implementar con mayor firmeza la Ley de Informe y Rendición de Cuentas, complementaria de los principios presupuestarios[271]. Ni los documentos emitidos por el presidente, ni aquellos elaborados por el Congreso adoptan un sistema unificado y accesible para el registro de las donaciones, de los ingresos provenientes de los fondos revolventes o de las recaudaciones acreditadas directamente sobre los montos asignados[272]. El presupuesto, tal como es redactado, tampoco advierte con claridad los costos a largo plazo que genera cada nuevo programa financiado de modo indirecto. Teniendo en cuenta la relevancia que le atribuye la Constitución al control legislativo periódico sobre el uso de los fondos públicos, el Congreso debería contar con toda la información referente a las obligaciones generadas por estas formas de financiamiento. Finalmente, y en función de la facultad que poseen ambas Cámaras para regular su propio funcionamiento[273], el Congreso podría imponer límites procesales más estrictos en el tratamiento de formas permanentes, indeterminadas o automáticas de autorizaciones para gastos[274]. En tanto la implementación de limitaciones procesales a este tipo de "asignaciones indirectas" depende del arbitrio de cada Cámara, reglas más duras y claras, que dificultasen su tratamiento, estarían reforzando

[270] La GAO ya posee facultades para realizar este tipo de controles así como también para emitir informes periódicos respecto de las lagunas que puedan existir en la legislación relativa al control del presupuesto. Ver, por ej., GAO, *Letter*, cit. en nota 126; Comptroller Gen., US Gen. Accounting Office, *Report to the Congress, Funding Gaps Jeopardize Government Operations* (1981); Carta del auditor general dirigida al presidente de la Comisión Legislativa relativa al Poder Judicial (11/9/1984) (respecto del cumplimiento, por parte del Ejecutivo, de la primera "Enmienda Bolland" al restringir el apoyo a los contras nicaragüenses). Gramm-Rudman-Hollings ordena a la GAO la realización de un estudio a largo plazo de todas las formas de asignaciones permanentes y de gastos indirectos. Pub. L. nro. 99-117, § 214, 99 Stat. 1037 (1985) (codificada en 2 USC § 654 [Supp. 1986]).

[271] Constitución de los Estados Unidos, art. I, § 9, cl. 7 (ver notas 65-67 y texto).

[272] Ver Ley de Presupuesto de 1986, cit. en nota 59, app. Pts. I y IV; S. Doc. nro. 21, 98th Cong. 1st Sess. (1985) (asignaciones, estimaciones presupuestarias, etc.); notas 123 y 126.

[273] Constitución de los Estados Unidos, art. I, § 5.

[274] La Ley de Presupuesto de 1974, modificada por Gramm-Rudman-Hollings, le exige al Congreso la consideración de todos los ingresos y los gastos en relación unos con otros, dificulta la creación de nuevas formas de mecanismos permanentes de financiamiento, sujeta gran parte de las autorizaciones para gastos realizadas por fuera de la normativa presupuestaria a un control anual por parte del Congreso ("reconciliación"), crea nuevos requisitos procedimentales para la consideración de toda legislación relativa al presupuesto e impone una limitación general al déficit presupuestario federal. Sin embargo siguen existiendo mecanismos que permiten evadir los nuevos requisitos. Ver, por ej., nota 269; *Budget Process*, cit. en nota 183; STITH, Kate, "Rewriting...", cit., partes II y IV.

El Congreso se ha negado a establecer, ya sea por ley o por regulación interna de las cámaras, procedimientos de control sobre el creciente "presupuesto negro", ver notas 183 y 203; Maroni, "Special Access Programs and the Defense Budget: Understanding the 'Black Budget'" (Servicio de Investigación del Congreso, 10/2/1988). En 1987 el Congreso sancionó normas que podrían darle un mayor control sobre los programas secretos de armamento. La Ley de Autorización de Defensa Nacional, años fiscales 1988 y 1989, Pub. L. nro. 100-180, §§ 1131-1133, 101 Stat. 1019, 1150-1153 (a ser codificada en 10 USC, § 119).

"Irán-Contra[5]" y en numerosas leyes de presupuesto[6]. Esta teoría no sólo trata sobre la responsabilidad fiscal, sino que ve al poder de control presupuestario como un veto legislativo omnipresente sobre la acción presidencial, y fomenta así lo que la profesora Stith llama "la genialidad de limitar las actividades del Poder Ejecutivo a través del control presupuestario...[7]".

La teoría de la profesora Stith acerca del poder de control presupuestario es defectuosa por una cantidad de razones. El capítulo II de este artículo examina el texto y la historia de la cláusula constitucional presupuestaria y muestra que el texto de dicha cláusula es más ambiguo de lo que comúnmente se cree, así como también que la defensa histórica de una interpretación de la cláusula como un veto legislativo de la actividad presidencial es, en el mejor de los casos, dudosa. Una lectura más acabada de los registros históricos muestra que la cláusula presupuestaria tenía más bien la intención de asegurar la responsabilidad fiscal y la rendición de cuentas. El capítulo III sostiene, en directa contraposición con la teoría de la profesora Stith, que el presidente, sin violar la Constitución ni la ley, puede disponer fondos del Tesoro si el Congreso no le asignó las partidas mínimas necesarias para cumplir con los deberes y ejercer las prerrogativas que el art. II de la Constitución le asigna al presidente. No defiendo la originalidad de mi autoría, dado que la teoría que aquí elaboro ha sido preanunciada de una forma u otra por los presidentes y sus procuradores desde la presidencia de George Washington[8]. Luego, el capítulo IV explora los princi-

[5] [NT]: el caso Irán-Contra fue un escándalo político ocurrido en Estados Unidos, que salió a la luz en noviembre de 1986, durante la administración de Reagan, cuando se descubrió que importantes funcionarios estadounidenses acordaron vender armas a Irán (que en ese momento sufría un embargo armamentístico) para asegurar la liberación de ciertos rehenes y, a su vez, financiar con su producido a los "contras" nicaragüenses.

[6] Ver más abajo el texto que acompaña a las notas 27-35, 196-238.

[7] STITH, Kate, *supra* nota 2, p. 1360. Una articulación similar, aunque menos ambigua, de esta teoría de la cláusula presupuestaria se encuentra en FISHER, Louis, "How Tightly Can Congress Draw the Purse Strings?", *8 Am.J.Int'L L.*, 758, 1989. Louis Fisher es un especialista en separación de poderes del Servicio de Investigaciones Parlamentarias y colaboró en la preparación del *Informe Irán-Contra*. La profesora Stith también introduce un "principio del Tesoro público", que afirma que "todas las sumas recibidas de cualquier fuente por cualquier parte del gobierno son fondos públicos". STITH, Kate, *supra* nota 2, p. 1345. Si bien no concuerdo con todas las conclusiones a las cuales la profesora Stith arriba a partir de esta idea, acepto su validez general.

[8] A lo largo de este artículo, me baso (como lo hace la profesora Stith en "Congress' Power of the Purse") en la autoridad de las opiniones publicadas de los procuradores generales o de la Oficina del secretario Legal General (OSG) del Departamento de Justicia (así como también en los mensajes de veto de los presidentes, que generalmente están preparados o al menos revisados por la OSG). Algunos académicos constitucionalistas creen que estas opiniones son insustanciales o que adolecen de objetividad, y consecuentemente merecen poco peso en el análisis doctrinario. Ver, v.gr., WEISBURD, Arthur, "The Executive Branch and International Law", *41 Vand.L.Rev.*, 1205, 1231 (1988). Estoy en desacuerdo por dos razones. Primero, estas opiniones representan interpretaciones oficiales de la Constitución de uno de los tres poderes del Gobierno federal. Por lo tanto, deberían tener un peso considerable cuando el Departamento de Justicia interpreta las facultades del presidente bajo el art. II. Su probable parcialidad, que es totalmente predecible, no limita su utilidad.

Segundo, estas opiniones generalmente son precursoras de teorías que la Corte toma ulteriormente, como muestro en el cuerpo de mi argumento. Dado que la Corte no llega a opinar sobre mu-

pios limitantes que restringen el poder implícito del presidente de gastar los fondos públicos bajo esta teoría. Y el capítulo V demuestra cómo el Congreso ha intentado utilizar la potestad presupuestaria para imponer condiciones inconstitucionales al desempeño por parte del presidente de sus deberes constitucionales y al ejercicio de sus prerrogativas. Se mostrará que estos esfuerzos, en caso de resultar exitosos, socavan la búsqueda de los constituyentes de un Poder Ejecutivo unificado.

El capítulo VI aduce que la profesora Stith lee la cláusula presupuestaria tan ampliamente que podría reemplazar al Poder Ejecutivo unificado por uno dividido, tragándose así el principio de separación de poderes. El capítulo VII examina la excepción con la cual la profesora Stith propone curar la ausencia de un principio limitante en su "Principio de control presupuestario". Ella argumenta que la necesidad podría justificar el gasto de fondos públicos por parte del presidente en ausencia de partidas asignadas. Sin embargo, yo sostengo que esta justificación basada en la necesidad podría incentivar el gasto ilegal por parte del presidente.

En conclusión, sostengo que el principio fundamental que yace en la Constitución —la separación de poderes— exige un Poder Ejecutivo unificado, y que un Poder Ejecutivo unificado no puede tolerar intrusiones parlamentarias que, bajo el pretexto de resguardar las arcas públicas, denieguen al presidente los fondos necesarios para cumplir con sus obligaciones y ejercer las prerrogativas que le confiere el art. II.

II. El probable significado de la cláusula presupuestaria

El objetivo más plausible de la cláusula presupuestaria es lograr la eficiencia en la producción de bienes públicos por el Gobierno federal e imponer el deber de rendición de cuentas en materia fiscal sobre el Congreso y el presidente. El pueblo tiene derecho a saber quién gastó, cuánto dinero público se gastó, y para qué propósito. El juez Joseph Story, al escribir sus *Commentaries on the Constitution of the United States* en 1833, sostuvo esta interpretación de la cláusula presupuestaria: "El objeto aparece a simple vista. Es asegurar la regularidad,

---

chos de los problemas de la separación de poderes, en vez de delegar esta tarea en los miembros del Congreso, aquéllos terminan siendo resueltos políticamente antes que judicialmente. Conf. "Barnes v. Kline", 759 F.2d 21 (D.C.Cir., 1985) (los miembros de la Cámara de Representantes deben desafiar la amenaza de veto del presidente). Por otro lado, los procuradores generales pueden emitir opiniones consultivas sobre cuestiones de separación de poderes relativamente rápido. Estas opiniones forman un conjunto valioso de precedentes, aun cuando no sean creados judicialmente.

Uno tampoco puede ignorar que muchos miembros de la actual y de la anterior Corte (los jueces Renquist, Scalia, Jackson, y Thurgood Marshall, por ejemplo) sirvieron en altos cargos del Departamento de Justicia antes de ser nombrados en la Corte. Otros jueces, como John Marshall, fueron secretarios de gabinete antes del nacimiento del Departamento de Justicia; y de hecho el juez Taft fue anteriormente presidente. Me gusta pensar que debido a que estos abogados del Poder Ejecutivo habían tenido gran conocimiento sobre controversias constitucionales el presidente y el Senado les pidieron que comenzaran a publicar sus opiniones en los US Reports.

la puntualidad, y la fidelidad en la erogación del dinero público[9]". Ciertamente, el juez Story reconoció que la cláusula presupuestaria involucra la separación de poderes, en tanto que "el Ejecutivo tendría un poder ilimitado sobre el Tesoro de la Nación" en ausencia de la cláusula, y así "aplicaría todos sus recursos dinerarios a su gusto y placer[10]". Sin embargo, el foco principal del juez Story parece haber estado en la promoción de una "absoluta honestidad" en la erogación de los fondos públicos y en la prevención de la "liberalidad y el despilfarro[11]".

Recientemente, se puso de moda caracterizar a la cláusula presupuestaria como una prerrogativa del Congreso —a saber, la "potestad presupuestaria". Los antecedentes parlamentarios de la década pasada contienen literalmente cientos de referencias a esta frase durante los debates sobre la asignación de fondos[12]—. Hay un sentido, sin embargo, en el cual la "potestad presupuestaria" deviene en un concepto tautológico a medida que uno lo interpreta más abiertamente. Durante la Convención Constituyente de 1787, James Wilson de Pennnsylvania observó: "Guerra, Comercio, y Utilidad fueron los grandes objetivos del Gobierno general. Todos ellos están conectados con el dinero[13]". Hablando de dinero en un sentido amplio, David Hume escribió en la época de la Revolución Americana:

> El dinero no es, precisamente hablando, uno de los aspectos del comercio; sino sólo el instrumento mediante el cual los hombres han acordado facilitar el intercambio de un bien por otro. No es parte del motor del comercio: es el aceite que provee al motor de un movimiento más suave y más simple[14].

Decir que se necesita "dinero" (que es lo mismo que decir que hacen falta recursos escasos de capital y trabajo) para administrar el Gobierno nacional, es declarar lo obvio e ignorar por qué dichos insumos son necesarios —a saber, para producir a través de la acción colectiva ciertos bienes públicos que los sujetos privados que actúan individualmente no podrían producir—. De esta manera, se fuerza el argumento al decir que porque se necesita dinero para producir bienes públicos, el Congreso está facultado para regular la producción de cada

[9] STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Carolina Academic Press, Durham N.C., 1833, § 681, p. 486 (R. Rotunda & J. Nowak (eds.), 1987).

[10] Íd., este tema puede encontrarse en la historia de la potestad presupuestaria del Parlamento en Inglaterra. EINZIG, Paul, *The control of the purse*, Secker & Warburg, Londres, 1959, ps. 82/83.

[11] STORY, Joseph, *Commenataries...*, cit., § 681, ps. 486/487.

[12] V.gr., 135 Cong. rec. S949 (diario del 31/1/1989); 134 Cong. rec. S11, 198 (diario del 9/8/1988); 133 Cong. rec. S10, 663 (diario del 24/7/1987); 132 Cong. rec. H4853 (diario del 24/7/1986); 131 Cong. rec. H9551 (diario del 31/10/1985).

[13] MADISON, James, *Notes of debates in the federal Convention of 1787*, p. 445, 1840 (ed. 1966).

[14] HUME, David, "Of Money", *Essays: moral, political, and literary*, 1777, p. 281 (E. Miller, rev. ed. 1987); conf. SCHUMPETER, Joseph, *History of economic analisis*, Oxford University Press, Nueva York, 1954, p. 277. (El dinero cumple "el rol modesto de un dispositivo técnico que ha sido adoptado para facilitar transacciones" que involucran bienes y servicios).

uno de ellos. El Poder Judicial necesita dinero para resolver casos y controversias, o el presidente para negociar tratados, pero la necesidad de ciertos insumos de capital y trabajo para la producción de dichos bienes públicos no trae como consecuencia un poder del Congreso para restringir o dirigir el ejercicio de la discrecionalidad del Poder Judicial o del presidente en el curso de sus respectivas funciones constitucionales.

Esta parte analiza el texto y la historia de la cláusula presupuestaria para corregir la equívoca interpretación creada por el dicho popular de la "potestad presupuestaria" del Congreso. Como muestra la sección 1 seguidamente, las referencias a los "hilos del presupuesto" halladas en los debates de la Convención Constituyente de 1787[15], y en los debates subsiguientes ocurridos en los Estados al ratificar la Constitución, tal como se demostrará en la sección 3[16], abona la conclusión de que la interpretación actual de "potestad presupuestaria" es exagerada. Este registro histórico, como mínimo, rebate cualquier argumento de que los constituyentes tuvieron la intención de dotar al Congreso de una amplia "potestad presupuestaria". Este argumento es reforzado por la sección 2, que revisa el plan, rechazado por los constituyentes, de un tesoro asignado al Congreso; esto provee más soporte histórico para la idea de que el Congreso no goza de control exclusivo sobre los fondos públicos. Finalmente, la sección 4 examina la historia de la cláusula de presupuesto durante la presidencia de George Washington y descubre que, lejos de ser una fuente de veto parlamentario, la cláusula presupuestaria tenía la intención de ser, y lo fue inicialmente, una herramienta para la responsabilidad fiscal.

a) El texto y la historia de la cláusula presupuestaria

La cláusula presupuestaria aparece en la sección 9 del art. I de la Constitución, la misma sección que enumera varias limitaciones en el uso del Poder Legislativo federal como, por ejemplo, las prohibiciones para dictar leyes que habiliten condenas sin juicio previo o para dictar leyes *ex post facto*. Ninguna de las estipulaciones en la sección 9 otorga facultades afirmativas al Congreso; por el contrario, las facultades específicas del Congreso aparecen en la sección 8. Por ello, como consecuencia de una simple interpretación de consistencia interna del art. I, la cláusula presupuestaria debería ser vista como una limitación adicional al Poder Legislativo. No puede ser proyectada como una ampliación del poder parlamentario a expensas del pueblo, de los Estados, o del resto de las

[15] Ver, p. ej., MADISON, James, *Notes...*, cit., ps. 444/445 (tales referencias a los hilos del presupuesto público son generalmente, como en este caso, hechas en el contexto de la recaudación de fondos públicos); ver también *infra* el texto que acompaña las notas 28/34.

[16] Ver MAIN, Jackson, *The antifederalists: critics of the Constitution 1781-1788*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1961, ps. 143/146 (donde se detallan las preocupaciones anti-federalistas junto con las enmiendas presentadas en las convenciones estaduales de ratificación); ver también *infra* el texto que acompaña las notas 70-79.

reparticiones del Gobierno federal. Asimismo, la restricción de que "ninguna cantidad podrá extraerse del Tesoro si no es como consecuencia de asignaciones autorizadas por ley", representa algo salido del lenguaje menos específico de los artículos de la Confederación, que estipulaban: "Los Estados Unidos reunidos en el Congreso tendrán autoridad para (...) determinar las sumas de dinero necesarias a ser recaudadas para el servicio de los Estados Unidos, y para asignar y aplicar las mismas para sufragar los gastos públicos...[17]". A la luz de este contexto, la "potestad presupuestaria" del Congreso, bajo la Constitución, podría ser descripto más precisamente como el "deber de proteger el presupuesto".

El lenguaje de la cláusula presupuestaria y otras estipulaciones de la Constitución confirman esta interpretación. El Congreso tiene la facultad de obtener ingresos a través de contribuciones, impuestos, derechos y consumos[18]. Asimismo, tiene la facultad de "contraer empréstitos a cargo del crédito de los Estados Unidos[19]". Habiendo tomado fondos desde aquellas diversas fuentes, el Gobierno federal tiene un deber fiduciario de usar los fondos eficientemente y de rendir cuentas al pueblo respecto de cómo dichos fondos han sido o serán utilizados para alcanzar los objetivos públicos[20]. La necesidad de tal cuidado era obvio a mediados de 1780, teniendo en cuenta la pesada deuda con la que cargaba Estados Unidos[21]. Como escribió el historiador William Culbertson, cuando Alexander Hamilton asumió como primer secretario del Tesoro, "las finanzas del país estaban totalmente en ruina[22]". De esta manera, no es de sorprender que los constituyentes incluyeran dos previsiones en la cláusula presupuestaria para dotar al Gobierno de los medios necesarios para controlar sus finanzas y alcanzar los propósitos de eficiencia y responsabilidad fiscal.

1. "Asignaciones autorizadas por ley"

Esta primera estipulación es el requerimiento de que el gasto de los fondos públicos debe realizarse "por asignaciones *autorizadas por ley*[23]". Este lenguaje

[17] Articles of Confederation, art. IX, § 5, cl. 3.

[18] Const. EE.UU., art. I, § 8, cl. 1.

[19] Íd., cl. 2. Durante la Guerra Revolucionaria hubo otra forma implícita de financiamiento a través de "certificados" (esencialmente IOU's -NdR: reconocimientos de deuda), emitidos por los oficiales y comisarios de la Armada Continental contra la entrega de bienes y servicios privados. Ver FERGUSON, E. James, *The power of the purse: a history of american public finance. 1776-1790*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1961, ps. 57/69.

[20] Que el uso de los fondos debe ser para propósitos públicos y no privados, parece ser evidente. Sin embargo, el punto no ha sido siempre tan obvio en la jurisprudencia sobre la cláusula de recaudación. Ver EPSTEIN, Richard, *Takings: Descent and Resurrection*, en *The Supreme Court Review*, vol. 1987, The University of Chicago Press, 1987, ps. 1-45.

[21] THORPE, Francis, *The constitutional history of the United States*, Callagan & Co., Chicago, 1901, p. 264.

[22] CULBERTSON, William, *Alexander Hamilton: An essay*, Yale University Press, New Haven, 1911, p. 64.

[23] Const. EE.UU., art. I, § 9, cl. 7 (énfasis agregado).

impone el simple pero poderoso requisito de que el gasto público debe ser regido por el principio de legalidad[24]. A este respecto, la cláusula presupuestaria simplemente refleja el ideal de Adams, Hamilton, y otros constituyentes, de que a través del principio de legalidad puede restringirse la arbitrariedad de la acción gubernamental[25]. De que debe haber una demostración de autoridad legal de modo que el gasto de los fondos del Tesoro asegure que la gente tendrá noticias acerca de las decisiones de gasto del Gobierno. Si la asignación de fondos fuese solamente una cuestión sujeta a la discreción política, el uso de dichos fondos estaría menos alcanzado por el escrutinio popular.

Pero la frase "por asignaciones autorizadas por ley" también genera numerosas preguntas que tienden a ser ignoradas por aquellos que confluyen en la moda de la "potestad presupuestaria" del Congreso. Por ejemplo, aun cuando uno reconozca que las asignaciones deben ser hechas bajo el principio de legalidad, ¿a qué fuentes del derecho considera legítimas la frase "por ley"? "Ley" puede consistir en la Constitución, en la legislación, en tratados, en el *Common Law*, en un contrato[26]. Pero la noción convencional de la "potestad presupuestaria" del Congreso descansa en una implícita (e infundada) presunción de que "por ley" comprende únicamente a la legislación.

Esta presunción, a la que nos abocaremos en la parte V más abajo, subyace a la visión contemporánea de muchos representantes y senadores respecto de que el Congreso debe limitar, a través de su decisión de asignar o retener fondos, la capacidad o discrecionalidad del presidente de cumplir con sus deberes y ejercer sus prerrogativas explícitamente impuestas por el texto del art. II. Esta visión tuvo cierta aceptación en noviembre de 1987, cuando la Cámara de Representantes y el Senado publicaron conjuntamente el *Informe Irán-Contra*[27]. El informe declaraba: "La 'potestad presupuestaria', con la cual los constituyentes envistieron al Congreso, ha sido ampliamente reconocido como el freno

[24] Una discusión destacada sobre el principio de legalidad en la historia constitucional norteamericana (sobre la cual me apoyo en las páginas siguientes) se encuentra en HAYEK, Friedrich, *The constitution of liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, ps. 162/192. Que amplía la discusión de HAYEK, Friedrich, *The road to serfdom*, University of Chicago Press, Chicago, 1944, ps. 72/87. Ver, también, FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford-Nueva York, 1980, ps. 270/273; RAWLS, John, *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, ps. 235/243.

[25] Ver STOURZH, Gerald, *Alexander Hamilton and the idea of republican government*, Stanford University Press, Stanford, 1970, ps. 56/63.

[26] Ver, p. ej., HART, Herbert L. A., *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, ps. 97/107; RAZ, Joseph, *The authority of law: essays on law and morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 213.

[27] Senate select comm. on secret military assistance to Iran and the nicaraguan opposition & house select comm. to investigate covert arms transactions with Iran, report of the congressional committees investigating the Iran-contra affair, H.R.Rep. nro. 433, S.Rep. nro. 216, 100th Cong., 1st Sess. (1987) (en adelante, el *Informe Irán-Contra - Iran-Contra Report*).

más importante al poder presidencial en la Constitución"[28]". El argumento central de la teoría de la "potestad presupuestaria", citada en el informe parlamentario, aparece en la siguiente declaración: "La cláusula presupuestaria tuvo la intención de otorgar al Congreso el control *exclusivo* de los fondos gastados por el Gobierno, y de otorgar a los representantes del pueblo elegidos democráticamente *un control absoluto* sobre el desempeño del Poder Ejecutivo en el gasto de los fondos[29]".

En apoyo a esta propuesta, el *Informe Irán-Contra* se basa no sólo sobre la cláusula presupuestaria como evidencia del control parlamentario; a su vez cita la facultad (de la Cámara de Representantes) de obtener ingresos y facultades relacionadas como prueba de que el Congreso posee una plena "potestad presupuestaria", un poder que se afinca más allá de la cláusula presupuestaria. El *Informe Irán-Contra*, para sujetar su afirmación del "control exclusivo" sobre los fondos gubernamentales, cita a *El federalista*, nro. 58 de James Madison y una declaración de George Mason durante la Convención Constituyente de 1787. Ninguna de dichas fuentes, sin embargo, avala la idea de que los constituyentes quisieron que el Congreso tuviera control exclusivo sobre el gasto de los fondos por otra repartición del Gobierno o un "*check* absoluto" sobre la capacidad de acción del presidente, basadas en la simple razón de que estas acciones podrían ser caracterizadas como un requerimiento para gastar fondos públicos.

El *Informe Irán-Contra* resalta que Madison escribió las siguientes opiniones cuando explicaba la tensión entre la Cámara de Representantes y el Senado:

> Sólo la Cámara de Representantes puede asignar los insumos necesarios para el sostenimiento del Gobierno. Ellos, en una palabra, controlan el presupuesto... esta potestad presupuestaria puede, de hecho, ser visto como la más completa y efectiva arma con la cual cualquier Constitución puede dotar a los representantes directos del pueblo para reparar cualquier injusticia, y para llevar a cabo en forma efectiva toda medida justa y benéfica[30].

Sin embargo, en el párrafo arriba citado, que el *Informe Irán-Contra* resumió con recortes, Madison aludía a la amenaza potencial a la separación de poderes, creada por el amplio poder otorgado a la Cámara de Representantes para controlar los medios tendientes a crear[31] (y en consecuencia distribuir) los ingresos:

> Ellos, en una palabra, controlan el presupuesto —ese instrumento poderoso por el cual observamos, en la historia de la Constitución británica, una joven y humilde

[28] Íd., en 411 (citando a CORWIN, Edward, *The Constitution and what it means today*, 3ª ed., Princenton University Press, Princenton, N.J., 1975, p. 101.

[29] Íd., en 412 (énfasis agregado). Esta teoría también es presentada en un artículo ulterior del principal redactor del *Informe Irán-Contra*. Ver FISHER, Louis, *How Tightly*..., cit., ps. 761/765.

[30] Íd., (citando *The federalist*, nro. 58, ps. 356, 359 [J. Madison] (C. Rossiter, 1961); ver, también, FISHER, Louis, *How Tightly*..., cit., p. 761 (misma cita).

[31] Const. EE.UU., art. I, § 7, cl. 1.

representación del pueblo, que gradualmente amplía la esfera de su actividad y su importancia, y finalmente reduce, *tanto como se esperaba*, todas las prerrogativas desmedidas de las otras reparticiones del Gobierno[32]—.

Considerando que los constituyentes parten principalmente desde la tradición británica de Constitución no escrita, y teniendo en cuenta las numerosas declaraciones incluidas en los debates y en *El federalista* acerca de la separación de poderes, parece rebuscado suponer que Madison, tan cauteloso con el poder de la Cámara de Representantes para controlar la recaudación de ingresos, haya avalado en *El federalista*, nro. 58, la idea de que la Cámara de Representantes, a través de la "potestad presupuestaria", debería tener facultades exclusivas para juzgar cuándo el equilibrio de poderes entre las tres reparticiones (y entre la Cámara de Representantes y el Senado) ha alcanzado el estado de equilibrio correcto.

Asimismo, la observación que hizo George Mason en la Convención —de que "el presupuesto y la espada nunca deberían estar en las mismas manos, sean legislativas o ejecutivas[33]"— pareciera debilitar, antes que reforzar, el argumento extravagante del *Informe Irán-Contra* sobre el poder conferido al Congreso a través de la ampliamente definida "potestad presupuestaria". De hecho, el contexto de la observación de Mason confirma esta interpretación, en tanto que en la frase inmediatamente anterior decía: "El Poder Ejecutivo debería estar bien protegido [contra] las usurpaciones del Poder Legislativo[34]". Es simplemente deshonesto que los redactores del *Informe Irán-Contra* hayan citado la observación de Mason como apoyo para la idea de que la cláusula presupuestaria "tenía la intención de... otorgar a los representantes del pueblo elegidos democráticamente" —aparte de que el *Informe* parece ignorar que el presidente también es un representante elegido democráticamente— un control absoluto sobre los requerimientos de gasto de fondos por parte del Poder Ejecutivo[35].

Otro enfoque para desentrañar la frase "por asignaciones autorizadas por ley" consiste en preguntarse si la frase implica que sólo el Congreso puede asignar fondos, como el *Informe Irán-Contra* sostiene. Ésta es, en verdad, otra forma de preguntarse si "Ley", a los fines de la cláusula presupuestaria, significa únicamente legislación. Como Hamilton observó en *El federalista*, nro. 71, "Una cosa es estar subordinado a las leyes, y otra depender del cuerpo Legislativo[36]". Pareciera ser obvio que, en tanto la cláusula presupuestaria está ubicada en el art. I, debe estar refiriéndose únicamente a los actos legislativos llevados a cabo por el Congreso. Por ejemplo, Louis Fisher escribe: "Sobre la base de

[32] *The federalist*, nro. 58, ps. 356, 359 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961) (énfasis agregado).

[33] MADISON, James, *Notes...*, cit., p. 81.

[34] Íd., FISHER, Louis, "How Tightly...", cit., p. 762, también se niega a citar esta frase, aunque cita el próximo comentario de Mason.

[35] Ver *Irán-Contra Report*, *supra* nota 27, p. 412.

[36] *The federalist*, nro. 71, p. 433 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

la Constitución y las tradicionales prerrogativas legislativas, el Congreso puede reclamar el control exclusivo sobre el presupuesto[37]". Incluso la Suprema Corte sostuvo como una consecuencia de hecho en "United States v. Lovett" que "el Congreso, bajo la Constitución, tiene completo control sobre las asignaciones[38]". Esta afirmación simplemente no puede ser literalmente cierta, puesto que si "por ley" significa estrictamente "por acto del Congreso", el presidente todavía debe promulgar la legislación presupuestaria (o que su veto sea superado) antes de que dicha legislación pueda convertirse en ley. Por lo tanto, no es correcto afirmar que el Congreso "tiene completo control sobre las asignaciones", aun cuando uno entienda la frase "asignaciones autorizadas por ley" de la manera más restrictiva posible.

Que la afirmación sea válida bajo una interpretación menos literal es altamente debatible, tanto sobre bases textuales como históricas. Desde el punto de vista textual, el art. I versa sobre otras cuestiones aparte de las facultades y límites del Congreso. La sección 10 del art. I impone limitaciones a los Estados, y la sección 7 esboza el poder de veto presidencial[39]. Basado en una lectura generosa del art. I como un todo, por lo tanto, uno podría decir que la cláusula presupuestaria establece la regla general de que cuando cualquiera de las tres reparticiones (no sólo el Congreso) gasta fondos públicos, debe tener una autorización legal para hacerlo —esto es, debe estar constreñido al principio de legalidad, sea cual sea su definición—.

Desde el aspecto histórico, más aún, la escasa discusión sobre la cláusula presupuestaria en la Convención Constituyente genera más dudas, antes que despejarlas, a la hora de determinar si los constituyentes tuvieron la intención de que el Congreso tuviese la facultad exclusiva de aprobar el gasto de los fondos públicos. El 5/7/1787[40] el Comité General elevó a la Convención el primer proyecto de lo que luego sería la cláusula presupuestaria[41]. Decía: "Ninguna suma de dinero podrá extraerse del Tesoro si no es como ejecución de asignaciones originadas en la primera Cámara[42]", refiriéndose el Comité a la Cámara de Representantes. Durante el mes siguiente, en la Convención, el lenguaje de la cláusula presupuestaria cambió un poco, pero su significado esencial no. El

[37] FISHER, Louis, *President and Congress: Power and policy*, Free Press, Nueva York, 1972, p. 110.

[38] 328 US 303, 313 (1946).

[39] Inversamente, las facultades de consejo y consentimiento del Senado se encuentran en el art. II, sección 2, cláusula 2.

[40] [NT]: En la versión original dice "1987" aunque entendemos que el autor quiso decir "1787".

[41] MADISON, James, *Notes*..., cit., nota 12, ps. 237/238.

[42] Íd., Max Farrand registró el texto para que se leyera "*por* el primer Poder" (FARRAND, Max, *The records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, New Haven, 1911, p. 524) (énfasis agregado). Aunque no parezca significante, esta diferencia se mantiene en los respectivos registros de la Convención. Comparar MADISON, James, *Notes*..., cit., p. 298 con FARRAND, Max, *The records*..., cit., p. 14.

6/8/1787 el Comité de Detalle elevó a la Convención un proyecto impreso de la Constitución que tenía el siguiente lenguaje: "Ninguna suma de dinero podrá extraerse del Tesoro si no es como ejecución de asignaciones que deben ser originadas en la Cámara de Representantes[43]".

El 13/8/1787, la Convención trató esta versión de la cláusula presupuestaria. El consiguiente debate es instructivo por aquello que no contiene. No contiene ninguna sugerencia de que la cláusula presupuestaria tuviese que funcionar como una palanca para ser utilizada por el Congreso sobre el presidente. Por el contrario, los constituyentes temían que la Cámara de Representantes pudiese llegar a abusar de su poder para originar proyectos presupuestarios. Así comenzó lo que el historiador Gordon Wood llamó la "larga lucha en la Convención acerca del poder del Senado sobre los proyectos presupuestarios[44]".

James Wilson de Pennsylvania alertó: "La Cámara de Representantes insertará otras cuestiones en los proyectos presupuestarios, y al condicionarlos a ellas, destruirá la libertad deliberativa del Senado[45]". De forma similar, George Mason de Virginia (quien al final se rehusó a ratificar la Constitución[46]) estaba preocupado porque la Cámara de Representantes adoptase "la práctica de añadir cuestiones de política exterior a los proyectos presupuestarios[47]". Pero parece que este debate del 13 de agosto estaba dirigido, principalmente, si no exclusivamente, a la creación de los ingresos antes que a la asignación de fondos públicos. El lenguaje preliminar acerca del origen de los proyectos presupuestarios en la Cámara de Representantes fue rechazado[48]. A pesar de que ningún debate registrado sobre la versión preliminar de toda la cláusula presupuestaria tuvo lugar ese día, esta última también fue rechazada, por diez votos contra uno[49].

La Convención no volvió a tratar la cláusula presupuestaria hasta menos de dos semanas antes de que la versión final de la Constitución fuese firmada. El 5/9/1787 un comité de once de los constituyentes presentó a la Convención un acuerdo para originar los proyectos presupuestarios en la Cámara de Representantes. El nuevo lenguaje incluía una nueva versión de la cláusula presupuestaria que, excepto por ciertos cambios en la utilización de mayúsculas efectuados por

[43] MADISON, James, *Notes...*, cit., p. 386.

[44] WOOD, Gordon, *The creation of the american republic, 1776-1787*, University of North Carolina, Chapel Hill, 1969, p. 555; ver también íd., ps. 241/244 (discutiendo sobre el bicameralismo y los proyectos presupuestarios en las constituciones estaduales antes de 1787).

[45] MADISON, James, *Notes...*, cit., p. 444. Madison luego informó sobre Wilson: Él citó el caso de un preámbulo a un proyecto presupuestario elevado por la Cámara de los Comunes en el reino de Queen Anne, a la Cámara de los Lores, en el cual la conducta del ministro desplazado, quien estaba por ser enjuiciado ante los Lores, fue condenada; así, los Comunes estaban incitando un juicio previo sin escuchar a las partes acusadas, y la Cámara de los Lores estaba siendo reducida a la tarea pobre y desagradecida de oponerse a la aprobación de una ley, dejando constancia de su protesta en el diario de sesiones contra el establecimiento de dicho precedente. Íd.

[46] Íd., p. 659.

[47] Íd., p. 443.

[48] Íd., ps. 449/450.

[49] Íd., p. 450. Massachusetts fue el único estado que apoyó el proyecto. Íd.

el Comité de Estilo, se convirtió en el lenguaje finalmente adoptado en la Constitución: "Ninguna suma de dinero podrá extraerse del Tesoro si no es como consecuencia de asignaciones autorizadas por ley[50]". El debate sobre la sección acordada fue pospuesto hasta el 8 de septiembre. En ese momento, el único debate estuvo centrado en la revisión del lenguaje sobre la facultad del Senado de modificar los proyectos presupuestarios originados en la Cámara de Representantes; ningún debate se registra sobre el lenguaje de la cláusula presupuestaria[51].

La historia de la Convención Constituyente provee un pequeño panorama sobre el significado de la cláusula presupuestaria, en tanto el debate sobre la cláusula casi siempre fue ensombrecido por el mayormente controversial asunto sobre el rol del Senado respecto de la introducción y modificación de la legislación en materia de creación de ingresos. Sin embargo, una interpretación sobre la cláusula presupuestaria que no encuentra ningún sustento histórico en los procedimientos de Philadelphia de 1787 sostiene que la facultad de autorizar el gasto de fondos públicos era un poder otorgado exclusivamente al Congreso, para darle a éste un veto sobre el Ejecutivo en el cumplimiento de cualquiera de sus funciones constitucionales.

2. "Un estado y cuenta de los... gastos"

La segunda parte de la cláusula presupuestaria que promueve la eficiencia y la rendición de cuentas fiscales es el requerimiento de que "de tiempo en tiempo deberá publicarse un estado y cuenta ordenados de los ingresos y gastos del Tesoro[52]". Este lenguaje apareció primero el 14/9/1787 —sólo tres días antes de que la Constitución fuese firmada. Inicialmente, George Mason propuso el requisito de que "la cuenta de los gastos públicos debería ser publicada anualmente[53]"—. El debate prosiguió sobre la posibilidad práctica de este requisito. Gouverneur Morris de Pennsylvania objetó que dicho requisito "sería imposible de cumplir en muchos casos[54]". Rufus King de Massachusetts estuvo de acuerdo y dijo: "El término gastos pretende cubrir cada centavo gastado por minuto. Esto sería impracticable. El Congreso debería realizar una publicación mensual, pero ésta tendría términos tan generales que al final no proveería ninguna información satisfactoria[55]". James Madison entonces hizo una moción para reemplazar "anualmente" por "de tiempo en tiempo", lo cual creyó "impondría el deber de publicaciones frecuentes y dejaría suficiente discreción a la Legislatura[56]". Sus

[50] Íd., p. 580.

[51] Íd., ps. 606/607. La Comisión de Estilo adhirió a este lenguaje en sus proyectos de 10-12/9/1787. FARRAND, Max, *The records...*, cit., ps. 568, 596.

[52] Const. EE.UU., art. I., § 9, cl. 7.

[53] MADISON, James, *Notes...*, cit., p. 641.

[54] Íd.

[55] Íd.

[56] Íd.

intervenciones subrayan la necesidad de rendición de cuentas en el gasto de los fondos públicos: "Se requiere demasiado y la dificultad engendrará un hábito de no hacer nada. Los artículos de la Confederación requieren publicaciones semestrales en esta materia. Siendo el cumplimiento puntual casi siempre imposible, la práctica ha cesado[57]". La moción de Madison fue aprobada y modificada, por lo tanto, la propuesta de Madison de requerir un estado y cuenta de los gastos fue adoptada sin mayor debate[58].

El debate sobre esta parte de la cláusula presupuestaria remarcó el deseo de una importante rendición de cuentas en el gasto público, lo cual, como Madison enfatizó, había faltado en los Artículos de la Confederación[59]. El debate también sugiere que los constituyentes presumieron que el Congreso, antes que el presidente, prepararía el debido informe periódico, a pesar de que es menos claro que esta expectativa signifique que ellos también esperaban que sólo el Congreso tuviese el poder para autorizar el gasto de fondos públicos.

b) El plan abortivo de un tesorero designado por el Congreso

Los debates sobre una de las cláusulas suprimidas del proyecto final de la Constitución pone mayores dudas respecto de la idea de que los constituyentes tuvieron la intención de que el Congreso tuviera poder exclusivo para autorizar el gasto de fondos públicos. El proyecto impreso de la Constitución, distribuido a la Convención el 6/8/1787, contenía, como una de las facultades enumeradas del Congreso, el poder de "designar un tesorero por votación[60]". George Read de Delaware "atacó la cláusula, dejando el nombramiento del tesorero como cualquier otro funcionario del Ejecutivo[61]". "El Ejecutivo, siendo responsable por ello, haría una buena elección", argumentó[62]. En oposición, George Mason de Virginia "sostenía que debía ser considerado según a quién pertenecían los fondos; si pertenecían al pueblo, entonces la Legislatura como representante del pueblo debía designar a los guardianes de dichos fondos[63]". La moción opositora de Read no prosperó.

[57] Íd.

[58] Íd.

[59] Esta preocupación sobre la rendición de cuentas es consistente con la preocupación suscitada en 1787 y 1788 sobre la dificultad de alcanzar una rendición de cuentas satisfactoria del Congreso de la Confederación por todos los fondos públicos erogados del Tesoro durante la Guerra Revolucionaria. Ver SUMNER, William, *The financier and the finances of the american revolution*, Dood, Mead, Nueva York, 1891, p. 214 (Donde cita un informe de 1788, dice: "Sumas considerables han sido extraídas del Tesoro, de las cuales no se encuentra ninguna autorización en el acta pública del Congreso").

[60] MADISON, James, *Notes...*, cit., p. 389.

[61] Íd., p. 472.

[62] Íd.

[63] Íd.

Esta cláusula no se discutió más hasta el 14/9/1787. Pareciera que dos cuestiones fueron debatidas simultáneamente: 1) si el tesorero debía ser designado por el Congreso o por el presidente, y 2) si era designado por el Congreso, si éste debía votar conjuntamente (diluyendo de esa manera el poder del Senado) o secuencialmente, como en el resto de los proyectos de ley. En ese momento, John Rutledge de Carolina del Sur criticó esta facultad del Congreso de realizar la designación en conjunto y, tal como hizo Read, propuso que "el tesorero sea designado de la misma forma que el resto de los funcionarios[64]". Gouverneur Morris de Pennsylvania expresó en apoyo de esta tesitura que "si el tesorero no es nombrado por la legislatura, ello hará que sea vigilado más de cerca, y que sea más fácil impugnarlo[65]". Sin embargo, Roger Sherman de Connecticut no estuvo de acuerdo: "Siendo que se trata de dinero de ambas Cámaras, es mejor que ellas designen al funcionario que se encargará de resguardarlo; y que lo hagan de la misma forma que votan el presupuesto, no conjuntamente sino por votos separados[66]". Y Charles Pinckney de Carolina del Sur tuvo la última palabra: "El tesorero es nombrado por votación conjunta en Carolina del Sur. La consecuencia es que se realizan malas designaciones, y la Legislatura no querrá prestar atención a las faltas cometidas por sus propios funcionarios[67]". La moción de Rutledge contra el poder de designación fue aprobada en su totalidad, ocho contra tres, con la disidencia de Massachuttes, Pannsylvania, y Virginia.

El debate sobre la designación del tesorero es bastante inconcluso en lo que a la cláusula presupuestaria importa. Roger Sherman expuso la visión de que sólo el Congreso puede asignar los fondos públicos, pero lo hizo mientras defendía una cláusula que finalmente fue quitada de la Constitución. Sin embargo, este debate tiene otra significancia interpretativa al margen porque muestra que los constituyentes consideraron y rechazaron, tres días antes de firmar la Constitución, una propuesta que habría aumentado el rol del Congreso (y concomitantemente reducido el rol del presidente) en el manejo de los fondos públicos y en la rendición de cuentas de su uso. Más aún, sobre la base de las observaciones efectuadas por Gouverneur Morris y Charles Pinckney, pareciera que el fundamento de esta decisión fue lograr que el tesorero fuera más susceptible al escrutinio del Congreso y por tanto más responsable.

Esta resolución sobre la designación del tesorero es consistente con la decisión de los constituyentes de no adoptar la propuesta hecha el 20/8/1787 por Gouverneur Morris de Pennsylvania que habría creado explícitamente un "secretario de Comercio y Finanzas". El funcionario propuesto habría servido en el "Consejo de Estado" del presidente y habría tenido el "deber de supervisar todas las cuestiones relacionadas con las finanzas públicas y preparar informes sobre

[64] Íd., p. 636.
[65] Íd.
[66] Íd., p. 637.
[67] Íd.

ingresos y de regulación de gastos, así como también efectuar recomendaciones en dichos temas siempre que a su propio juicio promuevan los intereses comerciales de los Estados Unidos[68]". Esta propuesta seguía otras demandas generales efectuadas más temprano en la Convención presumiendo que el presidente, como mínimo, necesitaría secretarios de finanzas, guerra, y asuntos exteriores[69]. Los constituyentes evidentemente imaginaron la necesidad de un miembro del Poder Ejecutivo que ejerciera dichas funciones (y de hecho la enumeración de actividades propuestas por Morris describe con toda precisión lo que Alexander Hamilton luego hizo como primer secretario del Tesoro); sin embargo, finalmente se abstuvieron de incluir en la Constitución cualquier discusión sobre el tamaño, la composición, o la función de los funcionarios del presidente en la creencia de que, de haberlo hecho, ello habría provisto al presidente de medios para reducir su responsabilidad personal en la toma de decisiones[70].

c) La cláusula presupuestaria y los debates de ratificación

Los debates de ratificación en los Estados refuerzan la interpretación de que la cláusula presupuestaria fue designada para promover la responsabilidad final antes que proveer al Congreso un veto general sobre ciertos deberes y prerrogativas del presidente. El 29/11/1787, John McHenry presentó la Constitución a la Cámara de Delegados de Maryland[71]. De la cláusula presupuestaria simplemente dijo: "Cuando el dinero público está guardado en su Tesoro no puede haber una regulación más consistente con el espíritu de la economía y el libre gobierno que aquella que dispone que sólo puede extraerse bajo asignación autorizada por ley y esta parte de la Constitución propuesta puede cumplirse sin dudas en tanto el pueblo que otorgó su dinero pueda conocer de qué manera es gastado[72]".

Parece ser que la única discusión distinta sobre la cláusula presupuestaria en las legislaturas estaduales ocurrió en Virginia, donde James Madison defendió la Constitución y George Mason alertó sobre sus deficiencias. Sin embargo, aun en el debate Madison-Mason no queda ninguna duda en cuanto a que la cláusula presupuestaria intentó incrementar la responsabilidad fiscal. Madison comenzó su explicación de la cláusula presupuestaria el 12/6/1788 diciendo:

> Procedimientos parlamentarios serán ocasionalmente publicados, incluyendo todos los ingresos y gastos de dinero público, del cual ninguna parte podrá ser utilizada, si no es como consecuencia de asignaciones autorizadas por ley. Ésta es

[68] Id., p. 487.

[69] Id., p. 324 (Morris); id., p. 481 (Elseworth); id., p. 509/510 (Rutledge); FARRAND, Max, *The records...*, cit., p. 158 (Comisión de Detalle).

[70] CURTIS, George, *History of the origin, formation, and adoption of the Constitution of the United States*, Haper, Nueva York, 1863, ps. 408/409.

[71] FARRAND, Max, *The records...*, cit., p. 144.

[72] Id., ps. 149/150.

una garantía de la que no gozamos en el sistema existente. Esa parte que autoriza al gobierno a ocultar al conocimiento del público aquello que en su juicio necesita guardarse en secreto, es copiada de la confederación —aquel mismo sistema que el caballero defiende[73]—.

El "caballero" al cual Madison se refería era evidentemente Mason, quien discutió la cláusula presupuestaria (y otras cláusulas de la Constitución) con Madison el 17/6/1788 antes de la Convención de Virginia. Renovando la preocupación que manifestara en la Convención Constituyente de Philadelphia el anterior septiembre, Mason objetó la ambigüedad de la frase "de tiempo en tiempo[74]". La lógica de esta ambigüedad era dar al Congreso flexibilidad en la publicidad de temas sensibles. "En temas relativos a operaciones militares, y negociaciones externas", Mason reconoció, "el secreto es necesario a veces[75]". No obstante, él se opuso a la terminología de la cláusula presupuestaria en la creencia de que frustraba la responsabilidad fiscal:

> Él no concebía que los ingresos y gastos del dinero público pudieran ser alguna vez ocultados. El pueblo, afirmaba, tenía el derecho de conocer los gastos de su dinero. Y al ser esta expresión tan ambigua, dicha información podría ser ocultada por siempre, y podría dar lugar a oportunidades de dispendio y de refugio para quienes lo lleven a cabo. Él concluyó que ello debería ser tan excepcional como cualquier cláusula que tuviera tan pocas palabras[76].

Madison respondió que "si las cuentas de los ingresos y gastos públicos debieran ser publicadas en períodos cortos, ellas no serían tan completas y justificadas como sería necesario para una acabada comprensión de las mismas, y para la detección de errores[77]". Madison pensaba que simplemente permitiendo al Congreso publicar dichas cuentas "de tiempo en tiempo" no sólo sería suficiente en términos de cumplir con la adecuada información pública, sino también en términos de reducir el alcance de informes erróneos con información tentativa[78]. En respuesta, Mason dudó que este arreglo de información "pudiese ser confiable[79]" y consideró que un requerimiento de publicación mensual de ingresos y gastos sería "infinitamente mejor y dependería de la virtud de los hombres de publicarlos o no, como lo prefieran[80]".

Al igual que en los debates de la Convención de 1787, estas declaraciones contemporáneas de McHenry, Madison y Mason focalizan la cuestión exclusi-

[73] Íd., p. 311 (reimpresión de D. Robertson, *Debates of The Convention of Virginia*, 1788. p. 236 [2ª ed., 1805]).

[74] FARRAND, Max, *The records...*, cit., p. 326.

[75] Íd.

[76] Íd.

[77] Íd.

[78] Íd.

[79] Íd., p. 327.

[80] Íd., p. 326.

vamente en la responsabilidad fiscal. No hay ningún indicio en estos debates de ratificación de que los constituyentes hayan querido que la cláusula presupuestaria proveyera al Congreso de una fuente general de control político para usar contra el presidente.

d) La cláusula presupuestaria en práctica durante la presidencia de George Washington: la disputa emergente entre federalistas y republicanos acerca del desgloce y la discreción del Ejecutivo

La manera en la cual los funcionarios públicos interpretaron la cláusula presupuestaria durante la presidencia de George Washington no sustenta la visión de que los constituyentes, muchos de los cuales sirvieron en el primer Congreso o en la administración de Washington[81], tuvieron la intención de que la cláusula fuera un veto legislativo antes que un medio para alcanzar la responsabilidad fiscal. Por el contrario, las acciones de Washington —y las reacciones del Congreso hacia ellas— tendieron a establecer un temprano precedente acerca de que el presidente debería ejercer un alto grado de discrecionalidad en la realización de gastos no-autorizados necesarios para cumplir con sus deberes y prerrogativas constitucionales.

El presidente Washington ejerció, con la anuencia del Congreso, una amplia discreción fiscal[82]. El juez Abraham Sofaer señala que la Legislatura dispensó al Ejecutivo de diversas formas:

> El Congreso rápidamente otorgó al Poder Ejecutivo amplio control sobre los fondos asignando partidas por sumas abultadas; permitiendo a los secretarios del Tesoro y de Guerra reasignar dichos fondos de una categoría a otra; asignando fondos para cubrir deficiencias en categorías para las cuales se habían gastado las partidas ya asignadas; *y ratificando gastos para propósitos autorizados para los cuales no se habían hecho asignaciones*, como, por ejemplo, la expedición para suprimir la llamada "Rebelión Whiskey[83]".

Durante esa época, desde 1789 hasta el 31/1/1795, Alexander Hamilton actuó como secretario del Tesoro de Washington y, en la opinión de sus detractores, como "Primer Ministro" durante el segundo período de Washington[84]. En su carácter de secretario del Tesoro, Hamilton redactó la primera ley nacional de presupuesto bajo expreso mandato de la Cámara de Representantes, que le

[81] Conf. "Bowsher v. Synar", 478 US 714, 723/724 (1986) (discutiendo el significado interpretativa de los comentarios posratificación de los constituyentes).

[82] WHITE, Leonard, *The federalists: a study in administrative history*, Macmillan Co., Nueva York, 1948, ps. 326/328.

[83] SOFAER, Abraham, "The Presidency, War, and Foreign Affairs: Practice Under the Framers", *40 Law y Contemp. Probs.*, 12, 16 (spring 1976) (el énfasis es mío) (cita omitida).

[84] Ver, v.gr., CALDWELL, Lyston, *The administrative theories of Hamilton y Jefferson*, 1944, University of Chicago Press, Chicago, p. 2 (resalta que Hamilton "asumió el liderazgo en la formulación de una política que llevara a los enemigos a pensar que él había asumido el rol de 'primer ministro'").

requirió producir "un estimado de las sumas necesarias a ser asignadas[85]". Él lo hizo en cuatro días, y ocho días después Washington promulgó la ley[86]. La Ley de Presupuesto consistió en cuatro grandes categorías y no mencionó las estimaciones de Hamilton ni contuvo detalles ni condiciones adicionales para el uso de los fondos asignados[87]. Las leyes de presupuesto para 1790 y 1791 siguieron el mismo procedimiento[88].

El gasto no asignado, efectuado por Washington para suprimir la Rebelión Whiskey en 1794 en Pennsylvania, explica un importante ensayo sobre el significado de la cláusula presupuestaria que Hamilton publicó el 11/11/1795, poco después de renunciar como secretario del Tesoro. El ensayo —simplemente titulado "Explanation"[89]— interpreta la cláusula presupuestaria como sigue:

> El diseño de la Constitución en esta cláusula fue, tal como yo lo concibo, asegurar estos importantes fines: que el propósito, el límite y los fondos de cada erogación sean aprobados por una ley previa. El escrutinio público es completo en este caso, en tanto ningún dinero puede ser gastado, si no es para el objeto, con el alcance, y con los fondos, que las leyes hayan autorizado[90].

Vale la pena mencionar que Hamilton describiría a la cláusula presupuestaria en esos términos luego de haber apoyado la realización de gastos no asignados un año antes para reprimir la Rebelión Whiskey. Esa circunstancia histórica otorga sentido a la parte más enigmática del modelo de Hamilton sobre el funcionamiento de las asignaciones.

Es simple identificar el "objeto" de los gastos para suprimir la Rebelión Whiskey. Era para reprimir la insurrección, lo cual (como se mostrará en la parte III) es responsabilidad del Ejecutivo y encuentra su legitimidad para ello en varias cláusulas específicas de la Constitución. De allí que, la Rebelión Whiskey ejemplifica la observación general de Hamilton acerca de que "las leyes de presupuesto... son generalmente distintas de aquellas que crean la causa del gasto[91]". Solamente es un poco más difícil de entender el significado de "con el alcance" en el caso de la Rebelión Whiskey, aunque este tema será considerado con gran detalle en la parte IV. El "alcance" de las asignaciones que podrían darse para reprimir la Rebelión Whiskey debieron haber consistido en el monto mínimo necesario para realizar dicha tarea —esto es, para restaurar el orden y la autoridad del Gobierno federal—. Utilizando el modelo de Hamilton, no

[85] *Annals of Congress* 929 (17/9/1789) (J. Gales, 1834).

[86] Stat. 95 (29/9/1789); ver WHITE, Leonard, *The federalist...*, cit., p. 324.

[87] WHITE, Leonard, *The federalist...*, cit., ps. 326/337.

[88] Íd., p. 327.

[89] HAMILTON, Alexander, "Explanation" (11/11/1795), reimpreso en *19 The Papers of Alexander Hamilton*, 400 (H. Syrett, 1973). [N. del T.]: si bien no encontramos una edición de este texto en español, podría traducirse como "Explicación"].

[90] Íd., p. 405.

[91] Íd., p. 405. Para mayor discusión sobre el levantamiento, ver BOYD, Steven R., *The whiskey rebellion: past and present perspectives* (contributions in American history).

tendría ningún sentido si el desembolso de fondos del Tesoro fuera, por decir, sólo la mitad de lo que haya sido proyectado como necesario para suprimir la insurrección. Una erogación de poco "alcance" simplemente agotaría el presupuesto público sin restaurar la paz nacional ni la autoridad del Gobierno federal.

La pregunta más difícil que queda por resolver dentro del paradigma de Hamilton, es identificar cuáles son los fondos que financiaron la expedición de la Rebelión Whiskey. Hamilton afirmó con respecto a su regla: "La conveniencia pública debe ser promovida; las inconveniencias públicas deben ser abolidas. El trabajo de la administración requiere adaptarse a tal variedad de circunstancias. Una estructura rígida detendría incontables veces las ruedas del gobierno[92]".

De esta manera, él creía que las erogaciones del Tesoro podían ser realizadas no sólo para el pago de deudas cuyas asignaciones ya habían sido autorizadas, sino también como adelanto de, o para adelantar anticipos de, asignaciones que razonablemente se espera que el Congreso realice[93]. "Con respecto a la oportunidad de un adelanto", Hamilton argumentaba, "en mi opinión, el derecho de juzgarla se encuentra exclusivamente en cabeza del Departamento", con lo que quería significar la Secretaría del Tesoro[94]. A partir de esto, es evidente que Hamilton (y presumiblemente Washington) creía que los fondos de los cuales se extraerían los gastos para la expedición de la Rebelión Whiskey eran fondos que el Congreso crearía en un tiempo futuro, en reconocimiento de la justificación constitucional de gastar en el objeto y hasta el alcance que el presidente haya entendido necesario.

Hamilton cree que la capacidad del secretario del Tesoro de efectuar adelantos de asignaciones no compromete el objetivo de la responsabilidad fiscal, por cuanto "las sumas no ejecutadas deben ser contabilizadas y reintegradas[95]". Él lo explicaba así:

> La distinción aquí nuevamente es entre el adelanto y la ejecución. Desde ya que no puede ejecutarse más que aquello que fue objeto de asignación, aun cuando la suma asignada exceda la suma necesaria. Pero puede adelantarse más que aquello que fue objeto de erogación, hasta agotar completamente la asignación, bajo la condición, con la cual siempre deben cumplir los adelantos, de contabilizar la ejecución, y reintegrar el excedente. Ésta es una respuesta directa a la pregunta sobre si puede ejecutarse más que lo necesario para satisfacer el objeto de una asignación. No puede ejecutarse más, pero sí puede adelantarse bajo responsabilidad de la persona a la cual se le otorgan los adelantos[96].

La importancia de esta declaración de Hamilton no hizo que sobreviva como la interpretación prevaleciente de la cláusula presupuestaria; como vere-

[92] HAMILTON, Alexander, "Explanation...", cit., p. 405.
[93] Íd.
[94] Íd., p. 421.
[95] Íd., p. 407.
[96] Íd.

mos, la Ley Anti-Déficit puso trabas significantes a esta teoría. Ya es bastante importante que durante la presidencia de Washington, la Secretaría del Tesoro haya actuado sobre una teoría de la cláusula presupuestaria que enfatizaba la responsabilidad fiscal y defendía, en gran manera, que el presidente tenía la autoridad para gastar los fondos públicos incluso cuando el Congreso no hubiera asignado claramente dinero para ese propósito en forma previa. Más aún, el hecho de que un Congreso con numerosos miembros que fueron delegados en la Convención Constituyente fueran anuentes a la interpretación de Hamilton, hace sugerir un temprano precedente que es antitético con la visión recientemente expuesta por el Congreso en el *Informe Irán-Contra*.

Por supuesto, no todos en el Congreso de 1790 favorecieron la visión de Hamilton acerca de la autoridad del presidente para realizar erogaciones del Tesoro no asignadas. Uno de dichos oponentes, Albert Gallatin, publicó "A Sketch of the Finances of the United States[97]" en 1796, el año en que ingresó a la Cámara de Representantes y cinco años antes de que se convirtiera en secretario del Tesoro con Jefferson. El punto de partida de Gallatin para interpretar la cláusula presupuestaria era similar al de Hamilton. "Dos cosas constituyen el presupuesto: primero, la suma de dinero fijada para cierto gasto; segundo, los fondos con los cuales se afrontará el pago de dicho dinero[98]". Sin embargo, la tesis central de Gallatin se contraponía a la "Explanation" de Hamilton: "Los funcionarios del Poder Ejecutivo no pueden cambiar el presupuesto aplicando dinero a un gasto (a pesar de que el objeto de dicho gasto haya sido debidamente autorizado por ley) para el cual no se han asignado partidas, ni gastar en un objeto autorizado por ley más que la suma asignada, ni aun dicha suma, a menos que los fondos con los cuales se afrontará el pago sean productivos por dicho monto[99]".

Gallatin fue claro en que su interpretación de la cláusula presupuestaria prohibiría incluso los gastos no presupuestados del presidente para cumplir con sus obligaciones del art. II, de modo que criticó directamente el financiamiento de la campaña para la Rebelión Whiskey:

> A pesar de que el presidente de los Estados Unidos estaba autorizado a llamar a las milicias a fin de suprimir las insurrecciones, ningún dinero fue presupuestado para tal servicio. Cuando la insurrección del oeste tuvo lugar, hasta que el Congreso cubrió los gastos de la expedición con una asignación efectuada recién el 31 de diciembre de 1794, los gastos eran sufragados con los fondos asignados para los efectivos militares[100].

[97] GALLATIN, Albert, "A Sketch of the Finances of the United States", 1796, reimpreso en *3 The writings of Albert Gallatin*, 69 (H. Adams, 1879). [N. del T.]: si bien no encontramos una edición de este texto en español, podría traducirse como "Un esquema de las finanzas de los Estados Unidos".

[98] Íd., p. 109.

[99] Íd.

[100] Íd., p. 117

A un nivel más específico, Gallatin objetó el uso presidencial de fondos asignados para otro objeto:

> Sin embargo, incluso el principio por el cual las asignaciones específicas para los diversos objetivos del departamento militar hayan sido considerados como una autorización general para todo, no puede autorizar la aplicación de parte de dicha autorización a los gastos de dicha expedición. Ninguna discreción adicional ha sido defendida en virtud de dicho principio excepto por aplicar indistintamente toda la suma asignada por la ley para cualquiera de los objetos enumerados y especificados bajo los distintos títulos en la ley misma. Pero, como el llamado a las milicias a suprimir una insurrección no forma parte del departamento militar, los gastos para atender dicho llamado no estaban dentro de los diversos objetos enumerados en la ley de asignaciones para el departamento militar; el único ítem aplicable a la milicia se reducía a la defensa de las fronteras. El dinero extraído del Tesoro en dicha ocasión fue pagado con fondos asignados para otros propósitos distintos; no fueron extraídos de acuerdo con la Constitución, como consecuencia de asignaciones autorizadas por ley[101].

Gallatin luego concluyó con una interpretación extensiva de la potestad presupuestaria del Congreso, una interpretación basada sobre una visión de la separación de poderes que choca de lleno con la visión de Hamilton:

> Podría ser un defecto de la ley que autoriza el gasto no haber provisto los medios; pero dicho defecto debería haber sido remediado por la única autoridad competente, convocando al Congreso. La necesidad de la medida puede haber suplantado cualquier otra consideración en la mente del Ejecutivo. La popularidad del proyecto puede haber arrojado un velo sobre su ilegalidad. Pero de ninguna manera puede ser tomado de aquí en más como un precedente[102].

Bajo la influencia de Gallatin, el presupuesto militar para 1797 estaba definido con el fin de que las sumas asignadas para un propósito no pudieran ser aplicadas a un objeto distinto; pero el Congreso abandonó dicha práctica al año siguiente[103]. El sucesor de Hamilton en el Tesoro, Oliver Wolcott, escribió a Hamilton en 1798 que Gallatin "evidentemente intenta quebrar" al Tesoro "cargándolo con un detalle impracticable" en la legislación presupuestaria[104].

Cuando Thomas Jefferson asumió la presidencia, procuró implementar la teoría de Gallatin de la cláusula presupuestaria y repudió la visión prevalecien-

[101] Íd., ps. 117/118.

[102] Íd. p. 118. Gallatin creía que la facultad de concluir tratados del presidente, por ejemplo, podría ser limitada por el poder del Congreso sobre el gasto. Ver FISHER, "Congressional Participation in the Treaty Process", *137 U.PA.L.Rev.*, ps. 1511, 1520, 1989, ver también ps. 1520/1521 (señala que "a pesar de que la Constitución continúa excluyendo a la Cámara de Representantes del proceso de tratados, la dependencia de los tratados en el presupuesto convierte a la Cámara de Representantes en un jugador relevante").

[103] WALTERS, Raymond, *Albert Gallatin: Jeffersonian financier and diplomat*, MacMillan, Nueva York, 1957, p. 94; SOFAER, Abraham, "The Presidency...", cit., p. 17 nro. 19.

[104] "Letter from Oliver Wolcott to Alexander Hamilton" (5/4/1798), reimpreso en WOLCOTT, Oliver, *Memoirs of the administrations of Washington and John Adams*, 1846, ps. 44/45.

te expuesta por Hamilton, quien en ese momento era el adversario político y filosófico de Jefferson. Jefferson manifestó en su primer mensaje anual al Congreso, en diciembre de 1801, que "en nuestro cuidado de las contribuciones públicas confiadas a nuestra dirección, sería prudente multiplicar barreras contra el dispendio de los fondos públicos asignando sumas específicas a cada propósito específico, susceptible de definición; prohibiendo toda aplicación de dinero que varíe en el objeto o que trascienda el monto de la asignación original, pero reduciendo el campo indefinido de contingencias, y por tanto circunscribiendo las facultades discrecionales sobre el dinero, mediante la devolución a un solo departamento toda la contabilidad de los fondos donde su control sea pronto, eficaz, y uniforme[105]". Hamilton escribió una dura crítica al mensaje de Jefferson, diciendo que "ninguna tendencia es más salvaje o más inconveniente que intentar asignar 'una suma específica para cada propósito específico, susceptible de definición', como el mensaje recomienda absurdamente[106]".

III. LAS "AUTORIZACIONES MÍNIMAS DE GASTO" DEL PRESIDENTE PARA FUNCIONAR EN AUSENCIA DE ASIGNACIONES

Las responsabilidades del Ejecutivo bajo la Constitución pueden agruparse en dos categorías. En la primera, están los deberes que el art. II impone explícitamente al presidente. En la segunda, están las prerrogativas del presidente, también enumeradas en el art. II. En esta parte se afirma que el presidente tiene el derecho bajo la Constitución de cumplir esos deberes explícitos y ejercer dichas prerrogativas aun cuando el Congreso no le haya asignado fondos para ello. La Constitución obliga al presidente a actuar con respecto a las materias detalladas en el art. II —aun cuando, como en el caso de las prerrogativas, la obligación sea ejercer discrecionalidad—. La Constitución no condiciona sus mandamientos en el art. II a que el Congreso periódicamente otorgue al presidente un permiso para actuar. Este descubrimiento nos lleva a la conclusión de que el presidente tiene un poder implícito para disponer del Tesoro con el argumento de llevar a cabo las responsabilidades asignadas a él por el texto claro del art. II.

Alternativamente, uno podría decir que, aun aceptando que el Congreso no puede retener asignaciones para los deberes y prerrogativas del art. II, ello no lleva a decir que el presidente puede gastar dinero en ausencia de asignaciones. Bajo el sistema de frenos y contrapesos, un poder puede impedir la capacidad de otro para cumplir sus funciones constitucionales, como cuando el Congreso se niega a ratificar las designaciones del presidente, o el presidente se niega a promulgar leyes con las cuales no está a favor, o cuando el Poder Judicial

[105] "First Annual Message of Thomas Jefferson to Congress" (8/12/1801), reimpreso en *Messages and papers of the Presidents*, ps. 326, 329 (J. Richardson, 1897); ver, también, FISHER, Louis, "How Tightly...", cit., ps. 60/61.

[106] HAMILTON, Alexander - CRASSUS, Lucius, "The Examination", nro. 11 (3/2/1802), en *25 The Papers of Alexander Hamilton*, 1977, p. 515.

declara inconstitucional una ley del Congreso. Las decisiones recientes de la Suprema Corte acerca de la separación de poderes han enfatizado dos cuestiones en lo que hace a las disputas entre el Congreso y el presidente. Primero, la Corte prestó atención a la interferencia que sufre uno de los poderes en su capacidad de cumplir con las funciones asignadas por la Constitución. "Morrison v. Olson", por ejemplo, estableció que los esfuerzos parlamentarios para impedir el cumplimiento por parte del presidente de su deber de ejecutar fielmente la ley, no viola el principio de separación de poderes en tanto (1) no "socaven ilícitamente" las facultades del Poder Ejecutivo[107], ni (2) impidan al Poder Ejecutivo "cumplir sus funciones asignadas por la Constitución[108]". La segunda cuestión tiene que ver con el sobredimensionamiento de un poder debido a la adquisición de facultades asignadas a los otros poderes. Por ejemplo, tal como la Corte dictó en "Bowsher v. Synar", que el Congreso ordene al Ejecutivo que se abstenga de "ejecutar las leyes en cualquier forma que sea insatisfactoria para el Congreso", significa ejercer el "tipo de control parlamentario sobre la ejecución de las leyes que [tal como] Chadha aclara, es constitucionalmente inadmisible[109]". Ejemplo de ello podría ser lo que la Corte en "Commodity Futures Trading Commision v. Schor" denominó "la expansión del poder parlamentario a expensas de los otros poderes[110]".

Dicho esto, uno podría difícilmente sostener, como la Corte concluyó de la ley de abogados independientes en "Morrison", que denegarle al presidente los fondos con los cuales pueda cumplir un deber o ejercer una prerrogativa especificada por el artículo "no significa un intento del Congreso de incrementar su propio poder a expensas del Poder Ejecutivo[111]". La Constitución es un mapa de rutas diseñado por gente práctica para lidiar con problemas concretos de gobierno. Puede que no siempre ofrezca precisas respuestas jurídicas para los problemas del mundo real, pero ésa no es su función principal. El propósito de la Constitución es que el gobierno representativo funcione y perdure. La búsqueda de la elegancia intelectual no es una excusa para leer el texto de la Constitución —incluyendo la cláusula presupuestaria— en formas contra intuitivas que permiten al Gobierno mismo colapsar o quedar paralizado por conflictos o indecisiones, como podría suceder si el Congreso dejara sin fondos al presidente. La Constitución no es, citando una frase

[107] 108 S.Ct. 2597, 2621 (1988) (citando "Commodity Futures Trading Comm'n v. Schor", 478 US 833, 856 (1986). El significado de esta frase final frustró al juez Scalia en su disidencia 108 S.Ct., p. 2637, 2641 (J. Scalia, en disidencia).

[108] Íd., p. 2621 (cita a "Nixon v. Administrator of Gen. Servs", 433 US 425, 443 (1977).

[109] 478 US 714, 726-27 (1986); ver también id. p. 722 ("La Constitución no contempla un rol activo del Congreso en la supervisión de los funcionarios encargados de ejecutar las leyes que aquel aprueba"); conf. "Springer v. Government of the Phillipine Islands", 277 US 189, 202 (1928) ("El Poder Legislativo a diferencia del Poder Ejecutivo es el encargado de hacer las leyes, pero no de hacerlas cumplir...").

[110] 478 US 833, 856 (1986).

[111] 108 S.Ct. p. 2620.

familiar de derecho constitucional, un pacto suicida[112]. Por lo tanto, no creo que el Congreso pueda imponer condiciones al fondeo de los deberes y prerrogativas del art. II, así como tampoco creo que dichas condiciones descansen sobre alguna zona de acción indeterminada cuya titularidad es dirimida por el equilibrio actual de poder político entre el Congreso y el presidente, en lugar del lenguaje de la Constitución y la separación de poderes que su estructura intenta imponer.

a) Deberes, prerrogativas, y el poder implícito del presidente para gastar fondos públicos

1. Los deberes del art. II

Todo deber contenido en el art. II es un mandato para el presidente. Por "deber" simplemente me refiero a una responsabilidad que la Constitución dice que el presidente debe cumplir, en oposición a responsabilidades que el texto dice que podría cumplir o que tiene el poder de cumplir. Los deberes incluyen la realización de designaciones, la fiel ejecución de la ley, el recibimiento de embajadores, y la realización de recomendaciones al Congreso. El rol del presidente como comandante en jefe, sostendría que también es un deber, a pesar de que (a diferencia de los otros deberes) el "debe" del comienzo del art. II, sección 2, cláusula 1, no es seguido de un verbo transitivo: el presidente simplemente "debe estar" a cargo de las fuerzas armadas (por supuesto, esta cláusula podría ser leída como diciendo "el presidente debe comandar" las fuerzas armadas). El hecho de contraer obligaciones con el Tesoro en el curso del cumplimiento de cada uno de estos deberes del art. II es una acción lícita del Poder Ejecutivo sin importar si el Congreso asignó partidas adecuadas para tal fin.

Debe haber estado implícita, en la asignación constitucional de deberes al presidente bajo el art. II la expectativa de los constituyentes de que el Congreso asignaría al menos el monto mínimo necesario para que el presidente pueda cumplir con dichos deberes. Como constituyente y autor de *El federalista*, Alexander Hamilton abogó por garantizar al presidente el "poder" necesario para llevar a cabo sus responsabilidades con efectividad. Él despreciaba la ineficacia en cualquier repartición del Gobierno federal, habiendo escrito en *El federalista*, nro. 23: "No conferir en cada caso un grado de poder adecuado para sus fines, significaría violar las reglas más obvias de prudencia y propiedad, y confiar improvisadamente los grandes intereses de la Nación a manos que están imposibilitadas de defenderlos con vigor y éxito[113]". Hamilton expresó esta idea general, aun con mayor fuerza en el caso específico del Poder Ejecutivo, diciendo en *El federalista*, nro. 73, que el principal "ingrediente para dotar de vigor al Poder Ejecutivo es una adecuada provisión [de fondos]

[112] Ver "Terminiello v. City of Chicago", 337 US 1, 37 (1949) (C. J. Vinson, en disidencia) (la elección es "entre la libertad con orden o la anarquía sin ninguno de ellos. El peligro es que, si la Corte no modera su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá a la nómina de derechos en un pacto suicida").

[113] *The federalist*, nro. 23, p. 155 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

para su sostenimiento[114]". Hamilton creía que el Ejecutivo podía volverse inefectivo si el presidente no contaba con suficientes recursos financieros o, peor aún, si podía ser manipulado por el Congreso debido a su necesidad de contar con fondos adecuados:

> Es evidente que sin el debido respeto a este artículo, la separación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo sería meramente nominal e ineficaz. La Legislatura, teniendo un poder discrecional sobre el salario y los emolumentos del primer mandatario, podría volverlo tan servil frente a sí misma como ella piense que debería serlo. Ella podría, en muchos casos, ya sea haciendo reducciones hasta la escasez, o tentándolo con un aumento, someter el juicio del presidente a sus propias inclinaciones... En síntesis, se descubrirá que el poder sobre el sustento de una persona es un poder sobre su voluntad[115].

Por lo tanto, Hamilton no podía "encomiar demasiado[116]" la disposición del art. II, que dice: "El presidente deberá, periódicamente, recibir por sus servicios, una compensación, que no podrá ser incrementada o disminuida durante el período por el cual haya sido elegido, y no deberá recibir dentro de dicho período ningún otro emolumento de los Estados Unidos, o de cualquier de ellos[117]". Debería quedar claro de las declaraciones de Hamilton en *El federalista* que él aborrecería la idea de que la cláusula presupuestaria faculta al Congreso para dirigir ciertas funciones del Ejecutivo, como condición para asignar los fondos necesarios para el sostenimiento del presidente.

Existe una manera menos textual (y más ardua) de arribar a la misma conclusión hamiltoniana en torno al poder implícito del presidente para fondear el cumplimiento de sus deberes y prerrogativas. "Si el fin está claramente comprendido dentro de las facultades específicas" conferidas al Gobierno federal por la Constitución, escribió Alexander Hamilton en su opinión sobre la constitucionalidad del banco nacional, "y si la medida tiene una obvia relación con dicho fin y no está prohibida por ninguna disposición particular de la Constitución, debería ser considerada con seguridad como dentro de la órbita de la autoridad nacional[118]". Hamilton, por supuesto, se estaba refiriendo a los pode-

[114] *The federalist*, nro. 73, p. 441 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[115] Íd., ver también CALDWELL, Lynton, *The administrative...*, cit., p. 28 ("Hamilton vio que sin una base de compensación protegida contra la manipulación legislativa, la independencia del Poder Ejecutivo sería meramente nominal").

[116] *The federalist*, nro. 73, p. 441 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[117] US Const. art. II, § 1, cl. 7. En 1795, Hamilton escribió: "El objeto manifiesto de la disposición es proteger la independencia del presidente contra el control legislativo de los Estados Unidos o de cualquier estado, mediante la capacidad de retener, reducir, o incrementar su remuneración". HAMILTON, Alexander, "Explanation...", cit., p. 410. Hamilton esgrimió este argumento con respecto a la disposición análoga del art. III, sección 1, sobre la remuneración de los jueces federales: "En el curso normal de la naturaleza humana, el poder sobre la supervivencia de un hombre prevalece sobre el poder de su voluntad". *The federalist*, nro. 79, p. 472 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[118] HAMILTON, Alexander, "Opinion on the Constitutionality of an Act to Establish a Bank", 1791, reimpreso en *The papers of Alexander Hamilton*, ps. 97, 107 (H. Syrett, 1965).

res del Gobierno federal contra los poderes de los Estados; y el juez Marshall adoptó virtualmente la misma fórmula veintiocho años después en "McCulloch v. Maryland[119]", cuando la Corte interpretó el Poder Legislativo implícito del Congreso bajo la cláusula de necesidad y conveniencia (*necessary and proper clause*[120]). Sin embargo, la importancia de este razonamiento trasciende la Cláusula de Necesidad y Conveniencia. Aquél legitima la interpretación sobre la autorización constitucional —acerca de si es la autorización del Gobierno federal o la autorización de uno de tres poderes del Gobierno nacional la que se necesita para actuar dentro de la esfera de responsabilidades asignadas al mismo por el texto de los arts. I, II o III—.

Si uno extiende la premisa hamiltoniana de "McCulloch v. Maryland" a la separación de poderes, entonces se vuelve claro que el presidente tiene el poder, implícito en la delegación popular de deberes y facultades bajo el art. II, de gastar fondos para cumplir con sus responsabilidades constitucionales[121]. De hecho, Hamilton creía que los deberes y prerrogativas del presidente, enumerados en las secciones 2 y 3 del art. II, "deberían... ser consideradas con la mera intención de especificar los artículos principales implícitos en la definición de Poder Ejecutivo; dejando que el resto derive del reconocimiento general de tal poder, interpretado de conformidad con otras partes de la Constitución[122]". Madison, en forma similar, sostuvo que "estando el Poder Ejecutivo investido en términos generales en el presidente, todo poder de naturaleza ejecutiva que no le haya sido expresamente quitado pertenece a dicha repartición[123]". De esta manera, los escritos contemporáneos de los autores de los principales proyectos de Constitución, así como aquellos del principal coautor de *El federalista*, parecen apoyar la siguiente idea: La asignación al presidente de los deberes y prerrogativas enumerados en el art. II implícitamente confiere al presidente la facultad de gozar de los fondos necesarios para llevar a cabo dichos deberes y prerrogativas. Así, por ejemplo, Hamilton creía especialmente que el otorga-

[119] 17 US (4 Wheat) 316, 421 (1819) ("Si el fin es legítimo, si se encuentra dentro del ámbito de la Constitución, todos los medios que le sean asignados, y que sean destinados plenamente a dicho fin, que no estén prohibidos, y sean consistentes con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales").

[120] Const. EE.UU., art. I, § 8, cl. 18; ver J. Cooke, Alexander Hamilton, 92 (1982); GUNTHER, Gerald, *Cases and materials on Constitutional law*, 11ª ed., The Foundation Press, Mineola, N.Y., 1985, ps. 97/104.

[121] El menosprecio del juez Jackson a la teoría de la facultad implícita en "Youngstown" descansaba en su aguda observación acerca de que el presidente no tenía autorización constitucional, implícita o explícita, para confiscar propiedad privada". "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 640, 647, 649-50 (1952) (J. Jackson, en concurrencia con la mayoría).

[122] HAMILTON, Alexander, *Pacificus*, nro. 1, 29/6/1793, reimpreso en 15 *The Papers of Alexander Hamilton*, 1969, ps. 33, 39; conf. "Myers v. United States", 272 US 52, 118 (1926) ("El Poder Ejecutivo fue otorgado en términos generales, fortalecido por términos específicos donde el énfasis era apropiado, y fue limitado por expresiones directas allí donde la limitación era necesaria..."); TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 1988, ps. 210/211.

[123] "Letter from James Madison to Edmund Pendleton" (21/6/1789), reimpreso en 5 *The writings of James Madison*, 1904, ps. 405, 405/406.

miento constitucional al presidente de poderes en materia de asuntos exteriores impedía al Congreso ejercer cualquier tipo de discreción que retuviera fondos para la firma de tratados como medio para controlar al Poder Ejecutivo en su política exterior. Trazando similitudes entre esta falta de discrecionalidad y su imposibilidad de manipular los salarios de los jueces federales, Hamilton escribió que la Cámara de Representantes "no puede deliberar si asignará y girará el dinero" para la firma de tratados; en tanto que "sólo el modo de recaudación y asignación del dinero es materia de deliberación[124]".

De esta manera, la existencia de fondos implícitos para que el presidente pueda cumplir con sus deberes y prerrogativas no depende de la necesidad relativa de cada uno de dichos deberes y prerrogativas. Como señaló Hamilton en su opinión sobre la constitucionalidad de un banco nacional, los argumentos sobre el grado de necesidad son difusos y en definitiva bregan por la siguiente disquisición constitucional:

> El grado en el cual una medida es necesaria nunca puede ser un test del derecho para adoptarla; ello puede ser materia de opinión, y sólo se trata de un test de oportunidad y conveniencia. La relación entre la medida y el fin, entre la naturaleza de los medios empleados para el ejercicio de un poder, debe ser el test de constitucionalidad; no la mayor o menor necesidad o utilidad de la medida[125].

Por esto, creo que un presidente que actúa en cumplimiento de sus deberes bajo el art. II cuando el Congreso ha equivocado o rechazado la asignación de partidas para dicho propósito, no viola la cláusula presupuestaria. Él no precisa citar la necesidad o cualquier otra defensa legal para justificar su gasto de fondos más allá de la extensión necesaria para cumplir con el deber particular en cuestión.

2. Las prerrogativas del art. II

Las prerrogativas del presidente bajo el art. II también tienen una base textual para justificar sus recursos implícitos de financiamiento. El poder para indultar, el poder para negociar tratados, y el poder para hacer nombramientos en épocas de receso, están todos precedidos por las siguientes palabras: El presidente (o "él") "debe tener poder... para" cumplir la función. A pesar de que es un punto fino, este lenguaje es mucho más específico que decir simplemente "el presidente podrá otorgar indultos" o "el presidente está autorizado para negociar tratados". El texto del art. II permite ver con claridad que el pueblo otorgó al presidente algo más que un mero permiso o una autorización para llevar a cabo sus funciones. Él también "debe tener poder" para cumplirlas. De hecho, el *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de John Locke, que influenció el pensamiento de los constituyentes sobre la separación de poderes, definía a las

[124] "Letter from Alexander Hamilton to William Smith" (10/3/1796), reimpreso en 20 *The papers of Alexander Hamilton*, 1974, p. 72; ver también CALDWELL, Lynton, *The administrative...*, cit., p. 38.

[125] HAMILTON, Alexander, "Opinion...", cit., p. 104.

prerrogativas del Poder Ejecutivo como "nada menos que el poder de hacer el bien público sin autorización legal[126]". La Constitución misma debe otorgar al presidente la capacidad de financiar el cumplimiento de sus prerrogativas enumeradas, puesto que de otra forma la disposición recurrente del art. II de que el presidente "debe tener poder" para cumplir ciertas responsabilidades explícitas, se vuelve vacuo si el Congreso le niega la necesaria asignación de fondos. El poder para negociar tratados, por ejemplo, será reducido a una disposición precaria del tipo "sería lindo que el presidente pudiese negociar tratados hoy y siempre". Por supuesto, esta lógica se aplica con mayor razón en el caso de los deberes explícitos impuestos al presidente en el art. II.

b) La autorización mínima de gasto

El procurador general Caleb Cushing expresó en 1853 que "cuando la Constitución de los Estados Unidos... autoriza y exige al presidente a que haga algo que implica realizar una erogación de dinero público..., la legalidad del compromiso que el presidente asuma para cumplir con ese algo, esto es, del contrato que suscriba para su cumplimiento, es totalmente independiente de la cuestión sobre si existe o no una asignación adecuada del Congreso para dicho objeto[127]".

El procurador general Benjamin Civiletti brindó una opinión similar al presidente Carter en enero de 1981. Puesto que "el presidente cumple no sólo funciones que están autorizadas por ley, sino funciones autorizadas asimismo por la Constitución", sostuvo, el Congreso "manifiestamente no puede privar al presidente de su poder" para cumplir con sus responsabilidades constitucionales "denegándole una autorización mínima de gasto suficiente para hacer efectivo ese poder[128]". El procurador general Civiletti razonó que esta "autorización mínima" para gastar los fondos públicos en la ausencia de asignaciones podría ser justificada "en conexión con iniciativas que están fundadas en los peculiares poderes institucionales y en la competencia del presidente[129]". Ninguna actividad del presidente encaja mejor en esa definición que los deberes y prerrogativas que los constituyentes impusieron al Poder Ejecutivo a través del texto explícito del art. II. Civiletti citó específicamente el ejemplo del poder exclusivo del presidente bajo el art. II, sección 2, cláusula 1, "para conceder indultos tratándose de delitos contra los Estados Unidos, excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales". Aunque este tema probablemente sea más evidente en el contexto de la defensa nacional[130].

[126] LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, § 166, en *Two treatises of government*, 1690, p. 425 (P. Laslett, 1960).

[127] "Contracts for the Extension of the Capitol", 6 Op. Att'y Gen. 26, 28 (1853).

[128] "Authority for the Continuance of Government Functions During a Temporary Lapse in Appropriations", 5 Op. Off. Legal Counsel 1, 5-6 (1981).

[129] Id., ps 6/7.

[130] Id., p. 5. El modelo del procurador general Civiletti sobre la "autorización de gasto mínimo" parece recordar la distinción del profesor Louis Henkin entre "asignaciones obligatorias"

1. Los gastos no-autorizados del presidente Lincoln en el estallido de la Guerra Civil

El presidente Abraham Lincoln creía que si un presidente es llamado a defender la Unión, resulta intrascendente si en el transcurso transgrede ciertas formalidades como la cláusula presupuestaria. "¿Es posible perder la Nación y aun así preservar la Constitución?[131]", se preguntó en 1864. Lincoln obviamente creía que esa posibilidad no podía prosperar seriamente: "De acuerdo con las leyes generales, la vida y las extremidades deben ser protegidas, e incluso en general un miembro debe ser amputado para salvar una vida; pero nadie daría sabiamente una vida para salvar una extremidad[132]". Por lo tanto, concluía, "medidas que en otros momentos serían inconstitucionales se vuelven lícitas en tanto resultan *indispensables para la preservación de la Constitución* a través de la preservación de la Nación[133]".

Probablemente, ningún evento anterior a, o desde, la Guerra Civil haya amenazado tanto la preservación del Gobierno nacional de los Estados Unidos, por no hablar de la vida y la propiedad de sus ciudadanos[134]—. Sin embargo, dicha situación difícilmente habría requerido al presidente violar las leyes para poder reunir los recursos con los cuales poder responder decisivamente a una crisis de tal proporción, cuando el Congreso no había hecho ninguna asignación para ello. El juramento del Poder Ejecutivo impone el deber al presidente de "preservar, proteger y defender la Constitución de los Estados Unidos[135]". Y de hecho Lincoln creyó que actuaba dentro de sus facultades constitucionales:

> El Congreso se había suspendido indefinidamente. No había tiempo para convocarlo. Se volvió necesario para mí elegir entre dejar caer a la ruina al Gobierno utilizando únicamente los medios, agencias y procesos que el Congreso había previsto, o entre hacer un esfuerzo para salvarlo, con todas sus virtudes, para la era presente y para la posteridad, dotándome de las más amplias facultades *conferidas por la Constitución* para casos de insurrección[136].

---

y "gasto voluntario" (HENKIN, Louis, *Foreign affairs and the Constitution*, Foundation Press, Mineola, N.Y., 1972, p. 115).

131 "Letter from Abraham Lincoln to A. G. Hodges" (4/4/1864), reimpreso en *10 Complete works of Abraham Lincoln*, ps. 65, 66 (J. Nicolay & J. Hay, 1894) [en adelante, "Lincoln's Letter to Hodges"]. MCPHERSON, James, *The battle cry of freedom: the civil war era*, Oxford University Press, Nueva York, 1988, p. 854.

132 Íd.

133 Íd., (énfasis agregado).

134 La guerra se cobró más vidas norteamericanas que en todas las otras guerras de la historia nacional, incluyendo, por supuesto, la vida del presidente que intentó mantener la Nación unida. Ver MCPHERSON, James, *The battle cry*..., cit., p. 854 (620.000 soldados asesinados entre la Unión y la Confederación).

135 Const. EE.UU., art. II, § 1, cl. 8.

136 "Letter of Abraham Lincoln to the Senate and House of Representatives" (26/5/1862), reimpreso en 7 *Messages and papers of the Presidents*, ps. 3278, 3279 (J. Richardson, 1897) (énfasis agregado) [en adelante, "Lincoln's Letter to Congress"]. El Congreso, de hecho, no de-

Lincoln reconocía que él y todo otro presidente estaban dotados por la Constitución de un deber preexistente como Comandante en Jefe y como el más alto funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Él creía que no estaba actuando más allá de la ley, sino en cumplimiento del principio de legalidad tal como la Constitución misma mandaba.

Irónicamente, tomando el asunto *Irán-Contra* como muestra, es concebible que el Congreso hoy enjuiciase a un presidente por lo que Lincoln hizo en 1861, en tanto sus no-autorizados (y no-divulgados) gastos por US2 millones para material de guerra fueron destinados a cuatro individuos (en violación de una ley expresa) y no fueron informados al Congreso hasta un año después, aun a pesar de que el Congreso ya había vuelto a sesionar hacía tiempo[137]. Sin conocer el grado de intervención de Lincoln en dichas decisiones de gasto, el Congreso emitió una resolución de censura al secretario de Guerra Simon Cameron cuando se enteró de que había dado dinero público a ciudadanos privados para adquirir armamento militar[138]. Lincoln explicó al Congreso que la importancia de llevar a cabo gastos no asignados no le impidió observar el objetivo de la responsabilidad fiscal plasmada en la cláusula presupuestaria. Por el contrario, Lincoln sugirió que él intentó apartarse lo menos posible del principio de responsabilidad fiscal plasmado en la cláusula presupuestaria para poder llevar a cabo las acciones que consideró necesarias para preservar la Nación:

> Yo creo que con estas y otras medidas similares tomadas en aquella crisis, algunas de las cuales fueron tomadas sin ninguna autorización legal, el Gobierno fue salvado del derrocamiento. No me consta que un solo dólar de los fondos públicos que fueron conferidos sin autorización a personas privadas haya sido perdido o malgastado, sin perjuicio de que en los casos en que me pareció que dichos procedimientos extraordinarios llevaban a desvíos, los mismos fueron revocados[139].

Lincoln ofreció compartir la censura que el Congreso había dirigido contra el secretario Cameron, pero no se disculpó ante el Congreso ni le pidió una ratificación después de que los hechos "erróneos o equivocados, fueron cometidos[140]", dado que Lincoln obviamente pensaba que no había existido ninguno.

---

claró la guerra contra la Confederación hasta varios meses después de que las hostilidades habían comenzado. Act of 13/7/1861, ch. 2, 12 Stat. 255.

137 "Lincoln's Letter to Congress", cit., p. 3279; ver, también, HAMMOND, Bray. *Sovereignty and an empty purse: banks and politics in the civil war*, Princenton University Press, Princenton, N.Y., 1970, ps. 37/38. Considerar también el "Destroyer Deal" con Gran Bretaña, del presidente Franklin Roosevelt, antes del ingreso de Estados Unidos a la Segunda Guerra Mundial. A fin de evitar las restricciones legales de la Ley de Neutralidad, Roosevelt puso a disposición de los británicos propiedades gubernamentales (léase buques de guerra norteamericanos) a cambio de recibir alquileres por las bases británicas al oeste del Atlántico, y así la responsabilidad de defenderlas. Ver CORWIN, Edward, *The President: office and powers, 1787-1948*, New York University Press, Nueva York, 1948, ps. 288/289.

138 "Lincoln's Letter to Congress", cit., p. 3280.

139 Id.

140 Id.

Que el presidente Lincoln haya actuado dentro de sus facultades del art. II fue también la conclusión de la Suprema Corte en los "Casos Prize" (*Prize Cases*[141]). La Corte encaró la cuestión sobre si una declaración de guerra por parte del Congreso sería necesaria para que el presidente pudiese usar la fuerza militar a fin de deponer una guerra civil —en particular, para capturar buques neutrales que violaban el bloqueo de los puertos sureños por parte de la Unión, ordenado por el presidente Lincoln en 1861—. La Corte encontró lícitas las medidas, concluyendo que Lincoln no necesitaba una autorización previa del Congreso para responder a una guerra, a diferencia de lo que sucedería en caso de iniciarla o declararla. "No importa cuán extensa haya sido su percepción previa", escribió el juez Grier, la rebelión había "estallado de repente desde el centro, una Minerva en plena guerra tal" que "el presidente estaba obligado a reducirla a la forma en que se había presentado, sin esperar al Congreso para que la bautice con un nombre[142]". Que la guerra haya comenzado por la invasión de una Nación extranjera o por una rebelión interna era irrelevante, dado que "el presidente no sólo está autorizado sino también obligado a resistir la fuerza por la fuerza,... está obligado a aceptar el desafío sin esperar ninguna autorización legislativa especial[143]".

2. El enfoque del presidente Wilson de los medios menos restrictivos para alcanzar la responsabilidad fiscal

El presidente Woodrow Wilson esgrimió un argumento similar sobre el fondeo implícito en 1920 cuando se refirió a un proyecto de presupuesto para el año fiscal 1921 diciendo que "ningún diario, revista, periódico o publicación similar del Gobierno debe ser impreso, emitido o discontinuado por una oficina o departamento del servicio de Gobierno a menos que el mismo haya sido autorizado bajo las regulaciones que prescriba el Comité Conjunto de Prensa[144]". Wilson manifestó en su mensaje de veto que "el efecto claro de esta disposición será otorgar a dicho Comité el poder para... determinar qué información debe ser suministrada al pueblo del país por el Poder Ejecutivo[145]".

Presagiando el razonamiento de "Youngstown" acerca de que la oportunidad o conveniencia del Gobierno federal no es justificación para sacrificar la separación de poderes[146], Wilson expresó que, a pesar de que tenía "total

[141] 67 US (2 Black) 635 (1862).

[142] Íd., p. 669.

[143] Íd., p. 668.

[144] H.R. 12,610, 66th Cong., 2d Sess. § 8 (1920). El mejor relato de este episodio lo realizó el secretario del Tesoro de Wilson, David Houston. Ver HOUSTON, David, *Eight years with Wilson's cabinet, 1913 to 1920*, Doubleday, Page & Co., Garden City, N.Y., 1926, ps. 71/82.

[145] Veto "Message of Woodrow Wilson" (13/5/1920), *17 Messages and papers of the Presidents*, p. 8845 [en adelante, "Wilson Veto Message"].

[146] "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 589 (1952).

simpatía por los esfuerzos del Congreso y demás dependencias por economizar la impresión y el uso del papel y sus suplementos[147]", el Congreso podría fácilmente acomodar sus preocupaciones fiscales por medios que no "impongan una prohibición lisa y llana contra el ejercicio de las funciones ejecutivas[148]".

Sin decirlo expresamente, Wilson de hecho proponía un análisis de alternativa-menos-restrictiva para las controversias presupuestarias entre el Congreso y el presidente que se asemejaban al enfoque de Lincoln: "Si nosotros queremos tener una administración de los asuntos de Gobierno eficiente y económica, el Congreso, creo yo, debería dirigir sus esfuerzos a controlar el dinero público a lo largo de líneas más amplias, fijando los montos a ser erogados y luego manteniendo estrictamente al Poder Ejecutivo como responsable por su uso[149]". Pareciera, en otras palabras, que Wilson estaba sugiriendo que el Congreso podría alcanzar la responsabilidad fiscal y proteger el presupuesto público de un presidente pródigo, simplemente asignando X cantidad de dólares al presidente para el propósito específico de reglamentar leyes, Y cantidad de dólares para negociar tratados, Z cantidad de dólares para hacer recomendaciones presidenciales, y así siguiendo. Estaría a cargo del presidente decidir cómo dividir dichas sumas globales. Esta visión, por supuesto, fue la opuesta a la recomendación que Jefferson había hecho en 1801 a favor de identificar las categorías de asignación para "cada propósito específico, susceptible de definición[150]".

El mensaje de veto de Wilson muestra por qué no se puede permitir al Congreso que prive de dinero para el cumplimiento de un deber o prerrogativa particular del Poder Ejecutivo asignando una suma irrisoria. El Congreso no puede, por ejemplo, asignar sólo un dólar al presidente para negociar tratados con gobiernos extranjeros. Tampoco puede, por ejemplo, rehusarse a asignar fondos al presidente para estudiar y ordenar, a su criterio, el indulto de cualquier persona condenada por un crimen cometido cuando era empleado de la oficina del Poder Ejecutivo. Debería quedar claro que, en tanto la suma asignada para el cumplimiento de un deber particular del art. II se aproxima a cero, se vuelve menos creíble la afirmación del Congreso de que debe restringir el gasto de manera de poder conservar los fondos públicos. Ciertamente, el Congreso no puede, por ejemplo, denegar fondos al presidente para comprar la lapicera con la cual intentará vetar una ley[151]. Y si lo hiciera, ¿podría el presidente usar su propia lapicera? Si él lo hiciera sería, por supuesto, denegar el control final del

147 "Wilson Veto Message", cit., p. 8845.

148 Íd., p. 8846. Llamativamente, Wilson desconoció a su procurador general, quien no creía que el condicionamiento fuera inconstitucional. HOUSTON, David, *Eight years...*, cit., ps. 74/76.

149 "Wilson Veto Message", cit., p. 8846.

150 Ver *supra* texto que acompaña a la nota 105.

151 Tanto Daniel E. Troy como el professor Michael McConnell me sugirieron de forma independiente este ejemplo. Conf. HENKIN, Louis, *Foreign...*, cit., p. 115 ("El Congreso no puede imponer condiciones que invadan las prerrogativas del presidente respecto de las cuales el gasto es ínfimo...").

Congreso sobre todos los factores de producción del Gobierno —lo cual la profesora Stith, por ejemplo, sostiene que el Congreso puede hacerlo bajo la cláusula presupuestaria[152]—. Si el Congreso hubiera logrado bloquear toda asignación para lapiceras del Poder Ejecutivo, ¿podría entonces el presidente aceptar una donación de 99 centavos por parte de un partidario político para comprar un bolígrafo con el cual firmar el mensaje de veto? Obviamente, el monto de la restricción de un dólar en dicho gasto sería trivial comparado con la magnitud de otros gastos. Así, la presunción de que el Congreso estaba actuando dentro de su deber bajo el art. I de asegurar la responsabilidad fiscal desaparecería, y allí aparecería la presunción contraria —insinuada por Wilson en 1920— de que la acción del Congreso fue realizada para interferir con el cumplimiento del presidente de uno de sus deberes o facultades constitucionales.

IV. ¿QUÉ PRINCIPIO LIMITA LA POTESTAD PRESUPUESTARIA IMPLÍCITA DEL PRESIDENTE?

La interpretación de la cláusula presupuestaria que he presentado destila hacia la idea de que el presidente tiene un poder implícito de incurrir en gastos contra el Tesoro en la extensión mínima necesaria para cumplir con sus deberes y ejercer sus prerrogativas bajo el art. II. El principio de legalidad implica que cierto principio debe limitar el poder implícito del presidente para gastar, pero no surge fácilmente del texto de la Constitución cuál sería ese principio. Por lo tanto, lo que sigue en esta parte IV debería ser observado más como exploraciones del interrogante, antes que como una afirmación de que he identificado un principio capaz de separar lo permisible de lo impermisible del poder implícito de gasto del presidente.

Algunas personas sin dudas verán mi defensa de la potestad presupuestaria implícita del presidente con miedo, temiendo que al igual que los esfuerzos de Carlos I de legislar sin Parlamento e imponer tributos sobre sus súbditos[153], la afirmación de rutina por parte del presidente de un poder implícito para fondear sus deberes y prerrogativas transformaría al Poder Ejecutivo en un poder despótico. Para estos escépticos, sería un poco confortable que la visión británica de la prerrogativa del rey sobre el gasto se haya reducido con el tiempo[154],

[152] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1374.

[153] Ver, v.gr., COOLEY, Thomas, *Blackstone's commentaries on the laws of England*, Callaghan, Chicago, 332 (rev. 3ª ed., p. 1884); HOLDSWORTH, William S., *A History of English law*, vol. 6, 2ª ed., Methuen Sweet & Maxwell, Londres, 1937, p. 41. ("En 1626 Carlos, estando bajo una fuerte presión por falta de fondos, intentó forzar a sus súbditos a prestarle determinadas sumas de dinero fijadas por él mismo").

[154] Durante el reinado de la reina Victoria, un historiador legal observó que si consideramos cómo la corona es empobrecida y despojada de todos sus ingresos de antaño, de modo que debe depender en gran medida de la decisión del Parlamento para su sostenimiento y mantenimiento necesario, probablemente pensemos que la balanza está inclinada fuertemente hacia el lado popular, y que el magistrado ejecutivo (*executive magistrate*) no tiene independencia ni

eventualmente eclipsando la definición general de Locke de que la prerrogativa del Ejecutivo no es más que el poder de hacer el bien público en ausencia de leyes[155]. Para justificar la preocupación sobre un presidente despótico con su propia fuente de recursos, uno podría decir que todo lo que el presidente hace es, de una forma u otra, un deber o prerrogativa constitucional del Poder Ejecutivo por el cual el presidente podría reclamar una fuente implícita de fondos lícitos. De ahí que, pareciera que no habría ningún principio de legalidad para limitar la capacidad del presidente de desobedecer los proyectos presupuestarios cada vez que el Congreso no le haya asignado los fondos que consideraba "adecuados" para llevar a cabo lo que, a su vez, consideraba como bien público. Sin un principio limitante, el poder implícito del presidente de incurrir en deudas públicas se tragaría la separación de poderes tan fácilmente como la extravagante interpretación de la potestad presupuestaria del Congreso contenido en el *Informe Irán-Contra* y plasmado en numerosos agregados a las leyes de presupuesto, imponiendo condiciones al gasto del Ejecutivo.

Creo que esta caracterización ha sido mostrada por la historia como una exageración. Asimismo, considero que la historia también ha demostrado que esta preocupación es mucho menos justificada que la preocupación sobre la inclinación demostrable del Congreso de usar la potestad presupuestaria para usurpar los poderes del presidente. Este potencial del Ejecutivo de abusar de su poder implícito de gasto debe ser evaluado en términos de la probabilidad de que dicho poder deba ser ejercido y de los medios con que cuentan el Congreso y el pueblo para contener dicho gasto, en caso de que el mismo suceda. En el primer punto, considero que el gasto no-autorizado por el presidente sería una rara excepción y no la práctica general. A pesar de que el texto y la historia de la cláusula presupuestaria no demuestran una intención de los constituyentes de crear un veto legislativo, ellos demuestran con claridad la intención de dar al Congreso la principal y recurrente responsabilidad de recaudar los fondos públicos y de direccionar su uso. El valor principal del poder implícito del presidente de fondear sus deberes y prerrogativas, es, por tanto, similar al valor del veto: es un freno estratégico al comportamiento oportunístico del Congreso, que le da consecuentemente al presidente una fuerza negociadora contra el Congreso en el curso ordinario de fijar la dirección y la magnitud de las políticas nacionales[156].

A primera vista, por tanto, el proceso político impone un principio limitante al gasto no-autorizado del presidente. El presidente no es un rey. La idea de

---

poder suficiente para efectuar el contrapeso que manda la Constitución frente a los Lores y los Comunes". COOLEY, Thomas, *Blackstone's...*, cit., p. 334.

[155] Ver LOCKE, John, "Second...", cit.

[156] Sin embargo, como argumenté análogamente respecto del deber del presidente de efectuar recomendaciones, él delegaría ilícitamente su deber en el Congreso si asintiera que éste no financie su capacidad de cumplir con los deberes enumerados en el art. II. Ver SIDAK, Gregory. "The *Recommendation Clause*", *77 Geo.L.J.*, 1989, ps. 2079, 2126/2128.

Hamilton en la Convención Constituyente de un presidente que serviría de por vida con buen comportamiento nunca fue adoptada[157]; por el contrario, Jefferson pensaba que la Constitución falló al no limitar el número de períodos que el presidente podría ejercer su cargo[158] —una visión que, finalmente, prevaleció, produciendo una reforma correctiva en 1951[159]—. Al igual que cualquier facultad constitucional utilizada, pero estratégicamente potente (como el poder de suspender el hábeas corpus, ejercido por Lincoln), el presidente debe ser capaz, como cuestión política, de persuadir a la gente (de quienes, por supuesto, le fueron delegados al Gobierno federal todos los poderes bajo la Constitución) de que sus acciones son necesarias y adecuadas para cumplir con la responsabilidad que el art. II le impone plenamente. En una era que fue testigo de los presidentes Johnson, Nixon, Ford, y Carter, ya sea que hayan perdido sus reelecciones o se hayan ido del gobierno (y que Reagan haya sido políticamente inmovilizado en su segundo mandato una vez que el escándalo del tráfico de armas a Irán estallara en el otoño de 1986), no deberían haber dudas de que el proceso electoral establecerá un freno al presidente (y a su partido) si dicha defensa del poder de gasto se tornase insoportable.

Además de este potencial costo político incurrido en el proceso electoral, existiría un costo político para el presidente en términos de la capacidad del Congreso de utilizar sus propias prerrogativas en forma retributiva. Así, por ejemplo, el Congreso podría dilatar la confirmación de designaciones, como lo hizo durante el último año de la administración de Reagan con respecto a numerosos cargos para jueces federales y comisionados (como, por ejemplo, en la Comisión Federal de Comunicaciones, que operó desde fines de 1987 hasta el verano de 1989 con sólo tres de sus cinco comisionados, creando así en dicha Comisión una mayoría de dos-contra-uno a favor de los Demócratas[160]). Las audiencias de confirmación que procederían emularían la aspereza de las audiencias de confirmación del juez Robert Bork. Existen, por supuesto, muchas otras maneras (algunas de dudosa constitucionalidad) por las cuales el Congreso podría obstaculizar al Poder Ejecutivo mediante sus poderes investigativos[161].

[157] MADISON, James, *Notes...*, cit., ps. 136, 138. En efecto, Hamilton consecuentemente recalcó que el presidente debería afrontar una elección cada cuatro años; un límite que creaba una "total disimilitud" entre el presidente y el rey de Inglaterra. *The federalist*, nro. 69, ps. 415, 416 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961); ver también íd., p. 422.

[158] "Letter from Thomas Jefferson to John Taylor" (6/1/1805), reimpreso en *The writings of Thomas Jefferson*, ps. 338, 339 (P. Ford, 1897); "Letter from Thomas Jefferson to Edward Carrington" (27/5/1788), reimpreso en *The writings of Thomas Jefferson*, ps. 19, 20 (P. Ford, 1895).

[159] Const. EE.UU., Enm. XXII.

[160] El presidente Reagan es acusado de haber acordado con los líderes parlamentarios, durante 1987 y 1988, no ejercer su prerrogativa de nombrar funcionarios durante el receso del Congreso.

[161] Ver, v.gr., OLSON, Theodore, "The Impetuous Vortex: Congressional Erosion of Presidential Authority", en CROVITZ, Gordon - RABKIN, Jeremy (eds.), *The fettered presidency: legal constraints on the executive branch*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, 1989, ps. 225, 235/242.

Aparte de estas limitaciones políticas, existen dos principios legales que limitan la capacidad del presidente de gastar en ausencia de asignaciones. Ambos principios siguen no sólo el hilo de la explicación de Hamilton sobre la cláusula presupuestaria, sino también ideas más generales expuestas en años anteriores por los constituyentes. Primero, el objeto del gasto no-autorizado debe ser un deber o prerrogativa del presidente textualmente demostrable bajo el art. II, como ser el deber de ejecutar fielmente las leyes o la prerrogativa de negociar tratados. El presidente no podría, por ejemplo, ordenar gastos no-autorizados para el lanzamiento de una sonda espacial dado que dicha medida, a pesar de sus posibles beneficios para el bienestar público, no podría derivarse de ningún deber ni prerrogativa del Ejecutivo contenidos en el art. II.

Segundo, la extensión hasta la cual el presidente puede gastar fondos públicos para la promoción de dicho objeto, es definida por el monto mínimo necesario para producir con éxito el bien público deseado. El cumplimiento de los deberes y prerrogativas del presidente bajo el art. II pueden ser vistos como diferentes tipos de bienes públicos, hacer cumplir la ley, negociar tratados, enviar y recibir embajadores, comandar las fuerzas armadas, hacer recomendaciones al Congreso, emitir indultos. Los profesores James Buchanan y Gordon Tullock han observado que la medida óptima de una jurisdicción depende de la extensión de la externalidad y la tecnología de producción utilizada para alcanzar el bien público[162]. De modo similar, el monto de fondos no-asignados que el presidente puede gastar dependería de la tecnología de producción de cada bien público en particular. Así, el monto mínimo de gasto necesario para que el presidente pueda realizar recomendaciones al Congreso y efectuar el informe del Estado de la Unión sería relativamente bajo (dado que el costo marginal de utilizar información que ya se encuentra en posesión del presidente para este propósito es bajo). Por el contrario, el monto mínimo de gasto necesario para proteger la seguridad de los ciudadanos estadounidenses en el interior y en el exterior (por ejemplo, a través de la facultad de realizar un efectivo rescate de rehenes en Irán o de atrapar a los secuestradores del Achille Lauro[163]) se acerca a los miles de millones de dólares. Si Ronald Reagan creía honestamente que el despliegue de la Iniciativa de Defensa Estratégica era "mínimamente necesario" para defender a los Estados Unidos de un ataque nuclear de la Unión Soviética, ¿él podría haber contraído del Tesoro miles de millones de dólares? La reacción visceral de uno es que este resultado sería absurdo. Pero el razonamiento requerido para llegar a dicha conclusión es menos obvio.

Como sostuve más atrás con respecto a la explicación de Hamilton, no resulta de ninguna utilidad para el presidente realizar desembolsos de sumas no-

[162] BUCHANAN, James - TULLOCK, Gordon, *The calculus of consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan, 1965, ps. 111/114.

[163] [N. del T.]: El Achille Lauro era un barco de crucero italiano que fue secuestrado en la costa mediterránea de Egipto el 7/10/1985 por miembros del Frente para la Liberación de Palestina.

asignadas que sean demasiado pequeñas como para cumplir exitosamente con sus deberes y prerrogativas bajo el art. II. No tiene ningún sentido autorizar fondos para mandar un enviado hasta París si las negociaciones de no-proliferación de armas, a las cuales el presidente desea mandar dicho enviado, tienen lugar en Génova. De esta manera, el presidente debe tener permitido gastar suficientes fondos no-asignados para producir el mínimo nivel necesario de resultado público requerido para el fiel cumplimiento de sus deberes bajo el art. II o para el razonable ejercicio de sus prerrogativas bajo el art. II.

En otras palabras, el presidente debe identificar el nivel necesario de resultado público implícito en el art. II y luego buscar minimizar el costo de producir dicho nivel de resultado. Esta responsabilidad es análoga a un problema familiar en la teoría de la empresa[164]. Sin embargo, habría discontinuidad o no-*monotonicidad* en la productividad marginal del trabajo o capital empleado para negociar un tratado[165]. En caso de discontinuidad, los gastos pequeños de capital y trabajo tendrían un producto marginal igual a cero. Como se mencionó arriba, la erogación del presidente de recursos suficientes únicamente para mandar un enviado a París, no hace ninguna contribución a la producción de un tratado internacional si las negociaciones están teniendo lugar en Génova.

La no-monotonicidad es un poco diferente. La decisión del presidente de mandar un enviado a Génova a negociar con los soviéticos presumiblemente incremente la productividad marginal del trabajo inicialmente: el valor de quedarse por un tercer día de conversaciones sería incluso más alto, en su contribución incremental al éxito de la negociación del tratado, que haberse quedado por dos días de conversaciones. Sin embargo, el día 100 de conversaciones contribuiría menos (en términos incrementales) al éxito de la negociación del tratado que el día 99. En dicho caso, habría una disminución de la productividad marginal del trabajo y del capital en pos de la producción del tratado[166].

[164] Ver, v.gr., HENDERSON, James - QUANDT, Richard, *Microeconomic theory: a mathematical approach*, McGraw-Hill, Nueva York, 1971, ps. 65/67 (discutiendo la minimización de costos limitados). En términos económicos, uno puede pensar que el presidente tiene la responsabilidad de identificar la isocuanta correspondiente a la cantidad de bien público demandado y de utilizar la combinación menos costosa de insumos (capital y trabajo) necesarios para mantenerse sobre la isocuanta. De esta manera, él debe mantener al Gobierno federal sobre el camino de expansión, allí donde se unen los puntos tangenciales entre la función de cada isocuanta y la función de cada isocosto. Ver íd., p. 67; CHIANG, Alpha, *Fundamental methods of mathematical economics*, McGraw-Hill, Nueva York-Tokio, 1974, ps. 414/415; INTRILIGATOR, Michel, *Mathematical Optimization and Economic Theory*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1971, ps. 192/193.

[165] En otras palabras, el camino de expansión sigue una curva escalonada o en forma de S con respecto a la producción total. Ver HENDERSON, James - QUANDT, Richard, *Microeconomic...*, cit., ps. 55/57. Para una mayor discusión sobre funciones continuas y monotónicas, ver id., p. 391; CHIANG, Alpha, *Fundamental...*, cit., ps. 156/157, 181/182.

[166] Por supuesto, como Bruce Owen me señaló, no existe ninguna razón para suponer que la mayoría de las actividades, respecto de las cuales el presidente tiene un derecho implícito de financiar bajo el art. II, deba ser discontinua o no-monotónica en su tecnología de producción. El tamaño del equipo del enviado o la magnitud de su tolerancia al entretenimiento puede proveer medidas continuas o monótonas de la productividad marginal sobre el rango relevante.

Estos conceptos de funciones de producción continua y monótona, tomados prestados de la teoría de la empresa, obviamente son muy abstractos para implementar un test legal viable que determine el nivel permisivo de gasto presidencial sobre los deberes y prerrogativas no financiados bajo el art. II[167]. Sin embargo, la analogía ayuda a conceptualizar el rol del presidente en el manejo de la producción de ciertos bienes públicos que el art. II le manda producir. Ayuda asimismo a ilustrar por qué las acusaciones de que el presidente ha abusado de su poder implícito de gastar fondos públicos en ciertas circunstancias, se ajustan mejor a una evaluación a través del proceso político que a través de la revisión judicial. La elección del presidente del nivel mínimo necesario de resultados presupone que el nivel de calidad del bien público ya ha sido definido satisfactoriamente. Una política federal de ejecución de leyes que busca perseguir cada incidente de discriminación racial será más costosa que una que busca perseguir el noventa por ciento de dichos incidentes, por no hablar de una que busca perseguir sólo aquellas en las cuales los fiscales creen que existe una alta probabilidad de satisfacer los requerimientos probatorios relevantes. De forma similar, un sistema de defensa nacional que busca destruir todos los ataques de misiles nucleares será más costoso que uno que meramente busque destruir el noventa por ciento de ellos. Seguramente la elección del nivel de calidad —particularmente en temas de persecución discrecional— debe ser una cuestión de discreción política del presidente en primera instancia, y una cuestión no-revisable por el Poder Judicial.

La preocupación de Hamilton en su "Explanation", en el sentido de que cada asignación debe provenir de una fuente específica, agrega un nivel adicional de complejidad cuando se intenta encontrar un principio limitante para el poder implícito de gasto del presidente. Supóngase hipotéticamente que el Congreso hiciera una totalidad de asignaciones para un año dado de 1 billón de dólares[168], pero que específicamente se negase a asignar un centavo para que el presidente pueda cumplir con ciertos deberes y prerrogativas bajo el art. II. Uno podría argumentar que el presidente podría financiar dichos deberes y prerrogativas, y aun así respetar el límite presupuestario establecido por el Congreso, simplemente desviando fondos desde un ítem particular hacia la cuenta necesaria para pagar la ejecución de los deberes y prerrogativas no-financiados. A este respecto, el presidente podría aun respetar la responsabilidad fiscal y la eficiencia pública en

[167] De hecho, tal test se vuelve considerablemente más complicado en su tratamiento económico si uno considera economías de escala que podrían surgir de la producción de múltiples bienes públicos por parte del presidente. Ver SIDAK, Gregory, "*The Recommendation...*", cit., ps. 2085/2089, 2103/2105. Sobre las implicancias en economías de escala, ver, en general, BAUMOL, William - PANZAR, John - WILLIG, Robert, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1982.

[168] Ver 1989, "Economic report of the President", 399 Tab. B-77 (gasto federal total estimado de $ 1.151.000 millones para el año fiscal de 1990).

el sentido de que no estaría obligando al Tesoro en exceso del nivel de gasto total que el Congreso hubiese aprobado a través de la ley de presupuesto.

Tal como fuera discutido en la parte II, dicha transferencia de fondos entre distintas cuentas fue disputada por el ímpetu de las propuestas encasilladoras de Gallatin de 1790, así como también por su propuesta (y la de Jefferson) de una gran especificidad de los ítems dentro del presupuesto. El Congreso, consecuentemente, incorporó estas ideas en las tempranas, y existentes, versiones de la Ley Anti-Déficit[169]. Claramente, el encasillamiento y la especificidad excesiva son ambos dos creaciones de límites discrecionales. Es sorprendente que la constitucionalidad de dichos principios nunca haya sido cuestionada, excepto por el mensaje de veto del presidente Wilson de 1920. Seguramente, no sería una interpretación frívola del principio de responsabilidad fiscal contenido en la cláusula presupuestaria, aseverar que el poder del Congreso para controlar las asignaciones no se extiende más allá de la fijación de techos para el gasto (el límite del presupuesto nacional) y de un número de subdivisiones generales de gasto, incluyendo, tal vez, declaraciones afirmativas tales como "X dólares deberán ser utilizados" para construir una represa o portaaviones en particular, y así siguiendo.

Uno podría argumentar, sin embargo, que el límite del control parlamentario sobre el presupuesto nacional agregado no es suficiente en términos de la distribución constitucional del poder. Más bien, el argumento podría agregar que la cláusula presupuestaria prevé que el Congreso tenga el poder de rankear las preferencias (y las intensidades de preferencia) para la producción de los diferentes bienes públicos que compiten por los dólares de los contribuyentes. Bajo esta visión, si el presidente fuera a tomar fondos destinados para un objeto identificado por el Congreso y utilizase dichos fondos, en lugar de ello, para pagar la ejecución de deberes y prerrogativas del art. II no financiados, entonces él estaría frustrando el derecho putativo del Congreso bajo la Constitución de producir el *ranking* de preferencias de consumo de bienes públicos nacionales. Soy escéptico sobre una posición tan superior del Congreso en el Gobierno nacional cuando se trata de responder a las preferencias reveladas del electorado en la producción de bienes públicos[170]. No está del todo claro, a la luz de los debates de la Convención de 1787 y de las tempranas prácticas presupuestarias entre 1789 y 1792, que los constituyentes tuvieran la intención de que el Congreso controle la composición del gasto público a tal nivel de detalle y que así disminuya la discreción del presidente. Si uno asume, no obstante, que los constituyentes tuvieron dicha intención, aparece, entonces, otra cuestión provocativa relacionada con la constitucionalidad de los medios legales a través de los

[169] 31 USC § 1342-1349; ver también WILMERDING, Lewis, *The spending power*, Yale University Press, New Haven - Oxford University Press, Londres, 1943.

[170] Ver SIDAK, Gregory, "The Recommendation...", cit., p. 2108/2110 (discutiendo si el Poder Ejecutivo, o bien el Congreso, tiene la ventaja comparativa en la determinación de las preferencias electorales para la producción gubernamental).

cuales el Congreso ha limitado la capacidad del presidente de redireccionar los fondos públicos aun cuando continúe cumpliendo con el límite presupuestario impuesto por el tope general de las asignaciones.

En el nivel más bajo del poder político del presidente Nixon, el Congreso aprobó contra su veto la prohibición legal contra la revocación por parte del presidente de fondos asignados: la Ley de Control Presupuestario y de Revocación de Fondos del Congreso de 1974[171]. La constitucionalidad de la prohibición a la revocación de fondos recobra nueva significancia cuando se busca una forma de reconciliar el poder implícito del presidente para financiar el ejercicio de sus deberes y prerrogativas bajo el art. II, con el objeto de responsabilidad y eficiencia fiscal plasmados en la cláusula presupuestaria. Supóngase que el presidente determina que él necesita US100 millones para pagar la ejecución de sus deberes y prerrogativas bajo el art. II no financiados. Si él fuera a revocar el 0,01 por ciento del US billón asignado por el Congreso y utilizara dichos fondos para ejecutar sus deberes y prerrogativas no financiados, el presidente no estaría excediendo el nivel de gasto agregado fijado por el Congreso ni estaría alterando el *ranking* de preferencias de bienes públicos del Congreso —excepto por aquellas actividades ejecutivas no financiadas— (el presidente pareciera estar sobre un terreno más firme si la torta, cuyo tamaño él estaba reduciendo mediante la revocación de fondos, estuviera compuesta solamente por las asignaciones ya efectuadas por el Poder Ejecutivo, o incluso por la Presidencia). Por supuesto, la defensa por parte del presidente de dicho derecho bajo el art. II atacaría directamente la constitucionalidad de la prohibición legal de efectuar la revocación de fondos.

A la luz de estas consideraciones, propongo los siguientes principios limitantes a la facultad implícita del presidente de gastar fondos públicos para cumplir con sus deberes y prerrogativas:

1. El objeto de gasto debe estar relacionado con un deber o prerrogativa del presidente bajo el art. II textualmente demostrable.

2. La extensión permisible del gasto depende del mínimo resultado de bien público cuya producción sea necesaria para cumplir con el deber o prerrogativa del art. II. La determinación del resultado y de la calidad mínimos deberían ser cuestiones discrecionales del Ejecutivo.

3. El interés del Congreso de asegurar la responsabilidad fiscal no le permite prohibir al presidente crear una fuente de recursos, ya sea por la transferencia entre cuentas del Ejecutivo o mediante la retención de un pequeño porcentaje de las asignaciones agregadas, para financiar el cumplimiento de los deberes y prerrogativas del art. II.

4. El reclamo de un presidente del derecho de financiar la ejecución de deberes y prerrogativas no financiados debe cumplir, en defensa de la responsabilidad

[171] Pub. L. nro. 93-344, 88 Stat. 297, codificado en USC § 622-688 (1982); ver, también, ABASCAL, Ralph - KRAMER, John, "Presidential Impoundment Part I: Historical Genesis and Constitutional Framework", 62 *Geo. L.J.*, 1974, ps. 1549, 1552/1553.

fiscal, con los requerimientos contenidos en la cláusula presupuestaria de publicar el estado de cuentas de sus erogaciones del Tesoro, así como también su interpretación de la autorización legal por la cual sus acciones estarían justificadas.

Existen otros principios, o cánones de construcción, que uno podría visualizar. Por ejemplo, como argumenté en alguna otra parte[172], el Congreso no puede prohibir al presidente que cumpla con deberes o prerrogativas que tienen costo marginal cero; en tanto al acercarse el costo de ejecución de uno de dichos deberes o prerrogativas a cero dólares, no puede haber justificación para decir que la retención de fondos para dicho deber o prerrogativa sea necesaria para alcanzar la responsabilidad o la eficiencia fiscal en la producción de bienes públicos.

Estos principios son tentativos y seguramente necesitan ser pulidos. Ellos constituyen mi intento de equilibrar dos objetivos contrapuestos bajo la Constitución: la protección del presupuesto público y la dotación del presidente del poder y los recursos necesarios para cumplir efectivamente con su trabajo. Propongo estos principios como un medio a través del cual estimular el debate, y no como la resolución de un rompecabezas que ha atrapado a los constitucionalistas desde el tiempo de Hamilton y Jefferson.

V. LO QUE LA CLÁUSULA PRESUPUESTARIA NO ES: LA CARACTERIZACIÓN ERRÓNEA DE LA "POTESTAD PRESUPUESTARIA" COMO UN VETO LEGISLATIVO CON EL CUAL EROSIONAR AL PODER EJECUTIVO UNIFICADO

La potestad presupuestaria no faculta al Congreso a afectar, a través de la falta de asignación de fondos para ciertas actividades del Ejecutivo, la capacidad del presidente de cumplir con aquellos deberes y ejercer aquellas obligaciones del art. II, sean éstas de rutina o extraordinarias. Interpretar la cláusula presupuestaria de otra manera, implicaría destruir el principio del Poder Ejecutivo unificado. En otras palabras, la Unión no tiene que estar al borde de la guerra civil o de la invasión o transitando sobre un desastre natural para que el presidente, sin contar con asignaciones, pueda gastar fondos u obligar al Tesoro a fin de cumplir con los deberes y ejercer las prerrogativas constitucionales que le asigna el art. II. Sin embargo, el Congreso ha estado intentando en los años recientes avanzar sobre una interpretación de la cláusula presupuestaria que pueda socavar el Poder Ejecutivo unificado una tendencia evidenciada no sólo por la lógica del *Informe Irán-Contra* (discutido anteriormente), sino también por numerosos agregados efectuados en la legislación presupuestaria reciente y por el Acuerdo Bipartidario sobre América Central de 1989.

[172] SIDAK, J. Gregory, "The Recommendation...", cit., p. 2106.

a) Las virtudes de un Poder Ejecutivo unificado

La Constitución norteamericana heredó de filósofos como Locke[173] y Montesquieu[174], y de la teoría constitucional británica[175], el principio de separación de poderes. Sin embargo, luego del fracaso de los Artículos de la Confederación, los constituyentes de 1787 hicieron una variación significativa a dicha teoría creando un Poder Ejecutivo unificado que difería profundamente del Parlamento inglés y del Congreso Confederal. La relación entre la cláusula presupuestaria y el Poder Ejecutivo unificado es evidente en sí misma: sin fondos suficientes para cumplir con los deberes y prerrogativas del Ejecutivo, el presidente vería a su oficina "debilitarse", para tomar prestado un adjetivo de Madison y Hamilton[176], y así transformada en un Ejecutivo diseminado[177]. Consecuentemente, el uso por parte del Congreso de la potestad presupuestaria como una palanca sobre el presidente preocupa al constitucionalismo norteamericano algo más que la meta admirable de controlar el gasto gubernamental. Para entender por qué importa que el Ejecutivo unificado no sea devaluado, es necesario recordar brevemente la razón política práctica por la cual los constituyentes concluyeron que un Poder Ejecutivo unificado era necesario para un Gobierno federal efectivo, y por qué, en particular, la historia ha demostrado que la acción ejecutiva unificada es esencial para el desempeño exitoso de las relaciones internacionales.

Comenzaré diciendo que el propósito de la Constitución es alcanzar una delicada combinación de libertad individual y fortaleza colectiva. La meta de preservar la libertad individual está cubierta, por supuesto, no sólo por la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) y las limitaciones al Poder Legislativo del art. I, sino también por la diseminación del poder, evidenciada por el federalismo y por la separación de poderes entre el Congreso, el presidente, y el Poder Judicial. La meta de fortaleza colectiva está cubierta mediante la garantía de que los tres poderes de gobierno tengan la capacidad de cumplir sus respectivas funciones (particularmente aquellas relacionadas con la defensa nacional y la política internacional) de una manera eficaz. Un Poder Ejecutivo unificado es indispensable para dicho propósito.

Los constituyentes no le temen a un Poder Ejecutivo fuerte. Por el contrario, le temían a la tiranía y a la irresolución a la cual las Legislaturas previas a

[173] LOCKE, John, "Second...", cit., §§ 143-148, ps. 409/412.

[174] MONTESQUIEU, Charles. L. de S., *The spirit of laws*, libro 9, capítulo 6, ps. 201/213 (1784) (D. Carrithers, 1977); ver también SPURLIN, Paul, *Montesquieu in America, 1769-1801*, Lousiana State1940, ps. 134/137.

[175] 10 HOLDSWORTH, William S., *A History*..., vol. 10, cit., ps. 713/724.

[176] *The federalist*, nro. 48, p. 309 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961); *The federalist*, nro. 70, p. 423 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[177] Conf. MCCONNELL, Michel, "Why Hold Elections? Using Consent Decrees to Insulate Policies from Political Change", 1987 U.Chi. Legal F., 295, 319 (discutiendo la inhabilidad del presidente para "regalar" sus facultades "constitucionalmente otorgadas").

1787 evidenciaron ser vulnerables[178]. En un famoso pasaje de las *Notas sobre el Estado de Virginia*, Thomas Jefferson escribió en 1781:

> Todos los poderes del Estado, el Legislativo, el Ejecutivo, y el Judicial, constituyen el cuerpo legislativo. La concentración de todos éstos en las mismas manos es precisamente la definición de gobierno despótico. No existe diferencia alguna si estos poderes son ejercidos por una infinidad de sujetos o por uno solo. Ciento setenta y tres déspotas serían sin ninguna duda igual de opresivos que uno solo... Nosotros no hemos luchado por un despotismo electoral; hemos luchado por un tipo de gobierno que no sólo debe fundarse sobre principios de libertad, sino que también debe dividir y equilibrar su poder entre diferentes cuerpos, de forma tal que ninguno de ellos pueda traspasar sus límites legales, sin ser controlado y restringido por los otros[179].

Madison citó este pasaje entero en *El federalista*, nro. 48[180] y allí expuso su propio e igualmente famoso alerta acerca del Poder Legislativo: "El Poder Legislativo está extendiendo por todos lados la esfera de su competencia y atrayendo todos los poderes en su impetuoso vórtice[181]". Pero la preocupación sobre las Legislaturas no era simplemente, como Madison y Jefferson señalaron, que tendían a usurpar el poder, sino también (como Hamilton creía) que fracasaban en cumplir eficientemente con la administración del Gobierno.

El peligro de un Poder Ejecutivo débil estaba sobradamente claro para los constituyentes, dado que la defensa nacional había sufrido bajo los Artículos de la Confederación[182], particularmente dada la incapacidad del Congreso de la Confederación de tratar efectivamente con la armada británica en Norteamérica[183]. Luego de la Guerra de la Revolución, Gran Bretaña fue obligada a abandonar sus fuertes a lo largo de los Grandes Lagos con motivo del Tratado de París. Gran Bretaña se rehusó a ello y, sin embargo, el Congreso de la Confederación fue incapaz de generar una política lo suficientemente clara y unificada para

[178] Como escribió Charles Warren en un conocido ensayo: "Cuando, en 1787, la Convención Federal acordó fundar una nueva Constitución para los Estados Unidos, el peligro de esta predominancia del Poder Legislativo fue claramente detectado, a tal punto que la Convención deliberadamente designó un Gobierno federal en el cual el Poder Legislativo sería restringido y el Ejecutivo aumentado" (WARREN, Charles, *Presidential Declarations of Independence, 10 B.U.L.Rev.*, 1, 2 (1930). Ver, también, ROSTOW, Eugene V., *President, Prime Minister or Constitutional Monarch?, 83 A.M.J. INT'L L.*, 1989, ps. 740, 747.

[179] JEFFERSON, Thomas, *Notes on the State of Virginia*, p. Query XIII (1782), en *The writings of Thomas Jefferson*, ps. 214, 223/224 (P. Ford, 1894).

[180] *The federalist*, nro. 48, ps. 310/311 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961).

[181] Íd., p. 309.

[182] Ver *The federalist*, nro. 23, ps. 152, 154 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[183] Conf. MORRIS, Richard, *The forging of the union, 1781-1789*, Harper & Row, Nueva York, 1987, p. 196. "De todos los problemas de posguerra que enfrentó la Confederación, el más difícil derivó de las diferentes interpretaciones sobre el Tratado Definitivo por parte de Estados Unidos y Gran Bretaña".

desactivar esta fuerza extranjera de las fronteras americanas[184]. George Washington escribió en 1784 que "si el Gobierno británico ya no puede mantener sus puestos bajo [la] cobertura" de los Estados Unidos, incumpliendo los términos del Tratado, "estaré equivocado si ellos no se atrincheran detrás de algún otro recurso para hacerlo efectivo[185]". En su momento (dada la limitada tecnología armamentista, de transporte y comunicaciones), la situación podría asimilarse al despliegue de misiles nucleares en Cuba por parte de los soviéticos —un panorama que, por supuesto, llevo al presidente Kennedy al borde de la guerra en 1962—. Esta experiencia de los fuertes británicos en la década de 1780 —junto con la Rebelión Shay en Massachussets en 1786[186]— motivó a los constituyentes a dotar al Ejecutivo con suficientes atributos que le permitieran responder rápida y decisivamente a las amenazas a la seguridad nacional. Por supuesto, como demuestra la crisis de los misiles cubanos, la amenaza de guerra en la era nuclear se manifiesta con un potencial mucho más repentino y destructivo que en 1787. Así, la necesidad de unidad y decisión en temas de defensa nacional ha crecido, en vez de disminuir, desde 1787[187].

La naturaleza del Poder Legislativo, sin embargo, impide al Congreso tomar dicha decisión unificada. El peligro potencial de no llegar a ninguna salida que los guardianes de la moralidad podrían generar en la toma de decisiones, traducido hoy en términos económicos por los teóricos del *public choice*[188], fue descripto intuitivamente por un frustrado Alexandre Hamilton, quien criticaba la debilidad del Congreso de la Confederación y bregaba por las ventajas de tener un presiden-

[184] Ver FLEXNER, James, *George Washington and the new Nation, 1783-1793*, Little Brown, Boston, Mass., 1969, ps. 73, 78; MARKS, Frederick, *Independence on trial: foreign affairs and the making of the Constitution*, Lousiana State University Press, Baton Rouge, 1973; MORRIS, Richard, *The Forging...*, cit., p. 201; RITCHESON, Charles, *Aftermath of revolution: british policy toward The United States, 1783-1795*, Southern Methodist University Press, Dallas - W.W. Norton, Nueva York, 1969, ps. 49, 141/143, 151/163; WRIGHT, James, *Britain and the american frontier, 1783-1815*, University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1975; ver también *The federalist*, nro. 25, p. 163 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[185] "Letter from George Washington to the President of Congress" (14/12/1784), reimpreso en *The writings of George Washington from the original manuscript sources, 1745-1799*, vol. 10, p. 9 (J. Fitzpatrick, 1938).

[186] Ver *The federalist*, nro. 28, p. 178 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961); LYCAN, Gilbert, *Alexander Hamilton & american foreign policy*, University of Oklahoma Press, Norman, 1970, ps. 32/33; MAIN, Jackson, *The antifederalists...*, cit., p. 105; WOOD, Gordon, *The creation...*, cit., ps. 412/413, 465; BROWN, Richard D., "Shays's Rebellion and the Ratification of the Federal Constitution in Massachusetts", en *Beyond confederation: origins of the constitution and american national identity*, p. 113 (R. Beeman, S. Botein, & E. Carter eds., 1987).

[187] Resulta instructivo que, luego del fallido golpe de octubre de 1989 para derrocar al general Manuel Noriega del poder en Panamá, algunos en Estados Unidos cuestionaron si el Congreso había desincentivado la actitud del presidente de confrontar situaciones riesgosas de política exterior por miedo a paralizar su administración con audiencias parlamentarias al estilo Irán-Contra y con posibles acusaciones penales. Ver, p. ej., Abrams, Walsh, "Panama: How America Lost Its Will to Act. Post", 15/10/1989, B1, col. 4 (editorial escrita por el ex subecretario de Estado).

[188] Ver BUCHANAN, James - TULLOCK, Gordon, *The calculus...*, cit., ps. 111/112; OLSON, Mancur, *The logic of collective action*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1964, p. 53.

te con "energía[189]". De forma similar, Hamilton sostenía que la responsabilidad de un presidente enérgico y "unificado" ayudaba a proteger la libertad individual. Hamilton escribió en *El federalista*, nro. 70 que "la diseminación del Poder Ejecutivo... tiende a disimular las faltas y a destruir la responsabilidad" y "contribuye a la dificultad de la detección" de las conductas poco fiables[190]. De esta manera, la sospecha sobre el Poder Legislativo, y la insatisfacción con la administración ineficaz de la política nacional bajo los Artículos de la Confederación, llevó a los constituyentes a implementar la separación de poderes tanto en el texto como en la estructura de la Constitución[191], creando el presidente "enérgico" y "unificado" que tanto reclamaba Hamilton en *El federalista*[192].

b) La predilección contemporánea del Congreso a interpretar la cláusula presupuestaria como un veto legislativo sobre la acción presidencial

Está generalmente aceptado —más bien poco cuestionado, a la luz de la historia de la cláusula presupuestaria— que el Congreso puede aprobar o derogar legislación sustantiva por medio de aclaraciones al proyecto de ley de presupuesto[193]. Sin embargo, la decisión de la Suprema Corte sobre las condenas sin juicio previo, "United States v. Lovett", clarifica que el Congreso no puede utilizar su potestad presupuestaria para alcanzar indirectamente un objetivo inconstitucional[194]. Lovett va más allá de prohibir al Congreso que utilice su po-

[189] *The federalist*, nro. 70, ps. 427/428 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961); ver, también, "Letter from Alexander Hamilton to James Duane" (3/9/1780), reimpresa en *The papers of Alexander Hamilton* 400, 404 (H. Syrett, 1961). "Otro defecto de nuestro sistema es la falta de método y de energía en la administración. Esto fue resultado en parte de... la falta de un Poder Ejecutivo adecuado". Edmund Burke hacía similares observaciones sobre el Poder Ejecutivo en Francia: "El departamento ejecutivo es un departamento de esfuerzos. No es de la impotencia de donde esperaremos resolver las tareas de poder" (BURKE, Edmund, *Reflections on The Revolution in France*, 1790, p. 235 (T. Mahoney, 1955).

[190] *The federalist*, nro. 70, ps. 427/428 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961); ver también "Morrison v. Olson", 108 S.Ct., 2597, 2638 (1988) (J. Scalia, en disidencia) ("El presidente depende directamente del pueblo y en tanto es el único presidente, él es responsable. El pueblo sabe a quién puede culpar...").

[191] "Se deposita el Poder Ejecutivo en un presidente de los Estados Unidos". Const. EE.UU., art. II, § 1, cl. 1; ver también "Morrison", 108 S.Ct., p. 1626 (J. Scalia, en disidencia). "Esto no quiere decir parte del Poder Ejecutivo, sino todo el Poder Ejecutivo"; "Prize Cases", 67 US (2 Black) 635, 668 (1862). "La Constitución confiere al presidente la totalidad del Poder Ejecutivo"; A. Hamilton, *supra* nota 122, p. 39.

[192] *The federalist*, nro. 70, ps. 423/431 (A. Hamilton) (C. Rossiter ed.1961); conf. *The federalist*, nro. 47, p. 301 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961). Elogia el concepto de separación de poderes, sostenía que "la acumulación de todos los Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en las mismas manos... es la definición más cabal de tiranía".

[193] "United States v. Dickerson", 310 US 554, 555 (1940); "City of Los Angeles v. Adams", 556 F.2d 40, 48-49 (D.C.Cir., 1977). Sin embargo, esta visión convencional presume la constitucionalidad del intercambio de favores, lo cual no fue del todo sugerido por un tribunal federal.

[194] 328 US 303, 313 (1946); ver, también, "Buckley v. Valeo", 424 US 1, 132 (1976). El Congreso tiene plena autoridad en todas las áreas en las cuales tiene jurisdicción legislativa sustancial, siempre y cuando el ejercicio de dicha autoridad no infrinja alguna otra restricción

testad presupuestaria para violar los derechos constitucionales de los ciudadanos: también prohíbe al Congreso utilizar su autoridad para alcanzar cualquier fin inconstitucional, incluyendo el agrandamiento del poder parlamentario a expensas del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. No es ésta una interpretación constitucional muy forzada; como se explicó anteriormente, la lógica de separar el Poder en tres cuerpos tiene como fin, en primer lugar, proteger los derechos individuales a través de la distribución del poder político[195]. En particular, por lo tanto, entiendo el caso "Lovett" —al igual que lo hizo el procurador general William P. Rogers en 1961[196]— de modo que el Congreso no puede utilizar la potestad presupuestaria para perjudicar la capacidad del presidente de cumplir con los deberes y prerrogativas que la Constitución le impone.

1. Condiciones inconstitucionales que se encuentran en la reciente legislación presupuestaria

La Constitución no establece un procedimiento por el cual el Congreso declare, independientemente de su voluntad de asignar fondos, cuáles de los deberes y prerrogativas del art. II, en un momento dado, son "indispensables" y cuáles no[197]. No obstante ello, miembros del Congreso usualmente insertan condiciones inconstitucionales en los proyectos anuales de presupuesto de un modo que convierten a la potestad presupuestaria en un veto legislativo todo-terreno sobre las acciones del presidente. Varias disposiciones incluidas en las Leyes de Presupuesto para el año fiscal 1990 y para años recientes demuestran este fenómeno

Por lo absurdo, ninguna disposición puede competir con la sección 119 de la Ley de Presupuesto del Ministerio del Interior de 1990, una ley promulgada por el presidente Bush el 23/10/1989. La ley dice: "Esta sección tendrá vigencia únicamente el 1/10/1989. Ninguno de los fondos disponibles bajo este título podrá ser utilizado para preparar informes sobre los contactos mantenidos entre los empleados del Ministerio del Interior y los miembros y comisionados del Congreso y su equipo[198]". Originalmente, la sección 119 no contenía la primera oración y

---

constitucional" (cita omitida); "Authority of Congressional Committees to Disaprove Action of Executive Branch", 41 Op. Att'y Gen. 230, 233 (1955). El Congreso "puede... imponer condiciones con respecto al uso de las asignaciones presupuestarias, siempre que dichas condiciones no requieran del Gobierno acciones prohibidas por la Constitución".

[195] "Youngstown Sheet y Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 635 (1952) (Jackson, J., en concurrencia con la mayoría); "Myers v. United States", 272 US 52, 293 (1926) (Brandeis, J., en disidencia).

[196] "Mutual Security Program-Cutoff of Funds from Office of Inspector General and Comptroller", 41 Op. Att'y Gen. 507, 527-28, nro. 33 (1960) [en adelante, "Cutoff of Funds"] (donde también cita a "United States v. Butler", 297 US 1 (1936); ver también "United States v. Klein", 80 US (13 Wall.) 128 (1871); "Flast v. Cohen", 392 US 83, 104-05 (1968).

[197] Acuerdo con el profesor Michael McConnell, cuando dice: "No existe un cálculo para determinar cuál de las facultades constitucionales del presidente es más importante que otra". McCONNELL, Michel, *Why Hold...*, cit., p. 320.

[198] Pub. L. nro. 100-121, § 119, 103 Stat. 701, 722 (23/10/1989).

así, tal como fue preparada, interfería de lleno con la capacidad del presidente de administrar los actos del Poder Ejecutivo. El 2/10/1989 la Cámara de Representantes y el Senado acordaron limitar la aplicación de la sección 119 a un solo día —el 1/10/1989[199]—. La inclusión de la primera frase a la sección 119 le daría al Congreso una forma de limitar sus condiciones sin admitir la derrota en la cara del presidente, pero lo hizo de una manera que posiblemente creó una ley *ex post facto*[200], dado que el proyecto se convirtió en ley veintidós días después del único día en que la sección 119 tendría efecto[201]. Las otras condiciones inconstitucionales contenidas en la Ley de Presupuesto del año fiscal 1990 son menos ridículas que la sección 119, y considerablemente más amenazantes a la separación de poderes.

i) La facultad de efectuar designaciones

La facultad del presidente para realizar nombramientos es una de las prerrogativas sobre las cuales el Congreso ha impuesto condiciones bajo la Ley de Presupuesto de la oficina presidencial para 1990. El art. II de la Constitución pone sobre el presidente el deber de nombrar y, "con el consejo y consentimiento del Senado", designar embajadores, jueces, y otros funcionarios de los Estados Unidos[202]. El art. II también faculta al presidente a realizar designaciones durante el receso del Congreso, sin la aprobación del Senado: "El presidente tendrá el derecho de cubrir todas las vacantes que ocurran durante el receso del Senado, extendiendo nombramientos provisionales que terminarán al final del siguiente período de sesiones[203]". Entonces, para tomar un ejemplo concreto, si durante el receso del senado por el Día del Trabajador en 1989 el presidente Bush hubiese efectuado el nombramiento de William Lucas para ser asistente del procurador general a cargo de la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia (luego de que el Comité de Justicia del Senado rechazara la nominación de Lucas para el trabajo de derechos civiles por siete votos contra siete, y votara contra el envío de la nominación al recinto[204]), el Sr. Lucas habría estado habilitado para desempeñarse en dicha oficina hasta el final de la segunda

[199] 135 Cong. Rec. H6398 (diario del 2/10/1989); ver también 135 Cong. Rec. H6515 (diario del 3/10/1989) (comentario del Rep. Yates).

[200] Const. EE.UU., art. I, § 9, cl. 3.

[201] Ver "Fletcher v. Peck", 10 US (6 Cranch.) 87, 138 (1810). "Una ley *ex post facto* es una ley que declara punible un acto que al momento en que fue cometido no era punible" (C. J. Marshall). Como explico más abajo, ver *infra* texto y notas que acompañan a las notas 355-58. la violación de una condición presupuestaria podría resultar en una acusación penal contra un funcionario del Poder Ejecutivo. Por supuesto, uno podría argumentar que no fue dictada ninguna ley *ex post facto* dado que los fondos del Departamento del Interior no pueden estar "disponibles bajo" la ley hasta que el presidente la promulgue (o hasta que su veto sea superado), lo cual no podría ocurrir hasta después del 1/10/1989.

[202] Const. EE.UU., art. II, § 2, cl. 2.

[203] Íd., cl. 3.

[204] JOHNSON, "Senate Committee Bars Bush's Choice from Rights Post", *New York Times*, 2/8/1989, p. A1, col. 4.

sesión del 101 período de sesiones del Congreso, es decir, aproximadamente hasta el final de 1990.

La Ley de Presupuesto de la oficina presidencial para 1990 de hecho restringió las facultades de realizar nombramientos del art. II para el año fiscal 1990. La sección 606 de la ley establece que "ninguna suma de las asignaciones para el corriente año fiscal contenida en esta u otra ley será abonada a ninguna persona que ocupe un cargo para el cual haya sido propuesta luego de que el Senado haya votado en contra de su nominación[205]". Esta disposición parece ser un intento del Congreso de utilizar su potestad presupuestaria para impedir al presidente el libre desempeño de sus prerrogativas para realizar designaciones durante el receso del Congreso de personas políticamente controversiales[206].

Más aún, tal como fuera redactada, la sección 606 también podría imponer condiciones inconstitucionales sobre la capacidad del presidente para nombrar y designar funcionarios sujeta al usual proceso de confirmación del Senado. Por ejemplo, la nominación del juez Robert Bork para la Suprema Corte fue rechazada por el Senado en 1987. El lenguaje de la sección 606 pareciera impedir al presidente abonar el sueldo al juez Bork si éste fuera propuesto y confirmado, por ejemplo, para el cargo de secretario de Agricultura o, por ese mismo motivo, si el juez Bork fuera simplemente reasignado a la Cámara Nacional de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia. Esta posibilidad existe porque la aclaración al presupuesto no restringe el pago del sueldo a un nominado rechazado sólo si el Senado ha rechazado "[dicha] nominación de tal persona". Por el contrario, cualquier nominación para cualquier posición de un nominado rechazado pareciera impedir al presidente pagar el sueldo de dicha persona (asumiendo de manera irrealista que la persona vaya a querer asumir en medio de circunstancias tan hostiles). Más aún, teniendo en cuenta la disposición contra el servicio voluntario contenida en la Ley Anti-Déficit[207], no queda ni siquiera claro si una persona podría lícitamente servir al presidente gratuitamente bajo dichas circunstancias.

ii) El deber de recomendación

El proyecto de presupuesto para el año 1990 también contiene una cantidad de disposiciones restrictivas que violan la cláusula de recomendaciones[208].

[205] Treasury, Postal Service, and General Government Appropriations Act, 1990, Pub. L. nro. 101-136, 103 Stat. 783, 817 (3/11/1989).

[206] Técnicamente, en el caso del Sr. Lucas el Comité Judicial del Senado votó por no llevar la designación al recinto; por tanto, el Senado en su conjunto nunca votó "no aprobar la designación". JOHNSON, *supra* nota 204, p. A14, cl. 1. Por supuesto, si el Congreso hubiera sostenido consecuentemente que el voto de un comité individual del senado era suficiente para los propósitos de la sección 606, este condicionamiento sería una reforma aún más escandalosa del poder del presidente de realizar nombramientos durante el receso parlamentario.

[207] 31 USC § 1342 (1982).

[208] Const. EE.UU., art. II, § 3. El presidente "periódicamente deberá proporcionar al Congreso informes sobre el estado de la Unión, recomendando a su consideración las medidas que estime necesarias y oportunas". Ver en general SIDAK, Gregory, "The Recommendation...", cit.

Uno de los ejemplos más escandalosos es la sección 506 de la Ley de Presupuesto para el Desarrollo de Agua y Energía de 1990: la ley que contiene las asignaciones para el Departamento de Energía[209]. Esta ley-mordaza prohíbe el uso de fondos disponibles bajo cualquier ley "para los propósitos de conducir cualquier estudio relacionado o que conduzca a la posibilidad de cambiar el actualmente requerido precio 'al costo' por un precio 'de mercado' o por cualquier otro precio no basado en métodos distintos al del costo, para fijar el precio de la energía hidroeléctrica por las seis autoridades federales en energía...[210]". Así, por ejemplo, la sección 506 prohibiría al presidente o a sus funcionarios recomendar, con respecto a las instalaciones hidroeléctricas del Gobierno, un régimen de precios que se aparte de la tasa de retorno impuesta por la regulación. Esta disposición restrictiva escapó a la vista del presidente Bush, quien promulgó la ley sin efectuar ningún comentario a esta sección en particular[211].

Una disposición igualmente restrictiva aparece en la Ley de Presupuesto para la oficina presidencial. A lo largo de la administración de Reagan, y todavía durante la administración de Bush, el Congreso resistió los esfuerzos de la Oficina de Administración y Presupuesto (OAP), en su actuación bajo la orden ejecutiva 12.291 emitida por el presidente Reagan[212], de revisar las regulaciones federales promulgadas por los departamentos del Poder Ejecutivo a fin de asegurar que son capaces de superar un simple test de costo-beneficio. En particular, el Congreso agregó en la legislación presupuestaria anual una disposición restrictiva que impedía a la OAP sujetar las órdenes de comercialización agrícola al escrutinio del costo-beneficio, presuntamente porque muchos de dichos programas de contención de precios imponían costos sobre los consumidores o contribuyentes que excedían ampliamente sus beneficios[213]. También para 1990, el Congreso condicionó las asignaciones a la OAP, como sigue: "Disponiendo asimismo que, ninguno de los fondos asignados en esta ley a la Oficina de Administración y Presupuesto podrá ser utilizado para el propósito de revisar las órdenes de comercialización agrícola o cualquiera de las actividades o regulaciones bajo las disposiciones de la Ley de Acuerdo de Comercialización Agrícola de 1937...[214]". Encorsetar al presidente de esta manera es absolutamente inconstitucional. Como argumenté largamente en alguna otra parte de

[209] Pub. L. nro. 101-101, 103 Stat. 641 (29/9/1989).

[210] Id., § 506, 103 Stat. p. 666.

[211] *Statement on Signing the Energy and Water Development Appropriations Act*, 1990, 25 *Weekly Comp. Pres. Doc.* 1472 (29/9/1989).

[212] 3 C.F.R. § 127 (1981); ver, también, DEMUTH, Christopher - GINSBURG, Douglas, "White House Review of Agency Rulemaking", *99 Harv.L.Rev.*, ps. 1075, 1076 (1986); SIDAK, J. Gregory, "The Recommendation...", cit., ps. 2079, 2111.

[213] V.gr., "Continuing Appropriations, Fiscal Year 1984: Joint Resolution Making Further Appropriations for Fiscal Year 1984", Pub. L. nro. 98-151, § 575, 97 Stat. 964, 973 (1983) (con referencia a H.R. 4139, 98th Cong., 1st Sess. § 514 (1983).

[214] "Treasury Postal Service, and General Government Appropriations Act", 1990, Pub. L. nro. 101-136, 103 Stat. 783, 792-93 (3/11/1989).

este artículo, el Congreso no tiene facultades constitucionales para restringir el contenido de las recomendaciones presidenciales[215]. En un signo que tal vez indica que la resistencia de la Casa Blanca a tales invasiones está emergiendo, el presidente Bush, sin mencionar expresamente la cláusula de recomendaciones, aclaró en su mensaje de promulgación que acompaña la Ley que "Estas restricciones... generan preocupaciones constitucionales dado que restringen mi capacidad como presidente de supervisar el Poder Ejecutivo[216]".

iii) El poder para negociar tratados[217]

La Constitución prevé que, a través del proceso de aprobación, el Senado puede participar en la creación de los tratados. Sin embargo, el rol del Senado no se extiende a la negociación de los tratados. John Jay escribió en *El federalista*, nro. 64 que la necesidad de confidencialidad y celeridad tornó al Senado en un cuerpo inapropiado para la negociación de tratados: "Seguramente existen muchos... que depositarían su confianza en la confidencialidad del presidente, pero que no la depositarían en el Senado, y mucho menos en una asamblea popular[218]". La naturaleza de la diplomacia requiere que la Nación opere confidencialmente, con una voz única frente a las potencias extranjeras. "La Convención acertó", concluyó Jay, "al disponer el poder de concluir tratados de forma tal que el presidente, a pesar de tener que actuar con el consejo y consentimiento del Senado, pueda administrar los asuntos de inteligencia de acuerdo con la prudencia que exige el caso[219]".

A pesar de la claridad de este razonamiento expuesto en *El federalista*, muchos en el Congreso evidentemente coinciden, en el contexto de la negociación de tratados, con la visión del profesor Tribe de que el Congreso "puede simplemente rehusarse a asignar fondos para políticas que considera defectuosas" y "puede condicionar las asignaciones en formas que limiten las decisiones presidenciales sobre política exterior[220]". Ciertos legisladores nuevamente

[215] SIDAK, J. Gregory, "The Recommendation...", cit., ps. 2106, 2122; SIDAK, J. Gregory, "How Congress Erodes the Power of the Presidency: The Appropriations Muzzle", *Wall St. J.*, 6/2/1989, p. A8, col. 3.

[216] "Statement on Signing the Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act", 1990, *25 Weekly Comp.Pres.Doc.*, 1669, 1670 (3/11/1989) [Treasury Signing Statement].

[217] Quisiera agradecer a Bruce Fein por sugerirme la siguiente discusión acerca de la invasión sobre la facultad del presidente de firmar tratados.

[218] *The federalist*, nro. 64, p. 392 (J. Jay) (C. Rossiter, 1961).

[219] Íd., ps. 392/393. De forma similar, Hamilton escribió que "la Constitución... considera el poder de hacer tratados en forma distinta al poder de legislación". HAMILTON, Alexander, "Camillus", nro. XXXVI (1796), reimpreso en *The Papers of Alexander Hamilton*, p. 319 (H. Syrett, 1974). El escribió que, "mientras la Constitución declara que todas las facultades legislativas que otorga deben ser depositadas en el Congreso, la facultad de celebrar tratados la deposita en el presidente con el consentimiento del Senado". Íd.

[220] TRIBE, Laurence, *American...*, cit., ps. 221/222. En forma similar, Louis Fisher escribe: "Es común decir que el Congreso, al incorporar condiciones y salvedades a los proyectos

expusieron para el año fiscal de 1990 una inclinación por el uso de la potestad presupuestaria para reformular el poder del presidente de negociar acuerdos internacionales. El 31/7/1989, el representante por Nuevo México, Bill Richardson, propuso una enmienda al proyecto 2991 de la Cámara de Representantes (H.R. 2991), que se refería a las asignaciones destinadas al Departamento de Estado[221]. La enmienda preveía "prohibir la erogación de fondos para cualquier reunión de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, también conocida como la Comisión Helsinki...[222]". Los congresales se quejaron de que "el Departamento de Estado ha evitado la participación del Congreso en la parte sustancial más importante de la conferencia[223]".

A pesar de que la Cámara finalmente aprobó el proyecto de ley sin esta enmienda, la propuesta del representante Richardson es extremadamente aberrante en cuanto ilustra cómo la potestad presupuestaria ha sido observada por algunos en el Congreso como si abarcara el poder de reformular el poder del presidente bajo el art. II para negociar tratados. Un ejemplo aún más sorprendente tuvo lugar en 1987, cuando el orador de la Cámara, Jim Wright, encabezó una delegación parlamentaria en Moscú que dialogó con Mikhail Gorbachev acerca del control de armas[224]. Poco después, la Cámara de Representantes aprobó, bajo el número 208-178, un proyecto de presupuesto suplementario para el Departamento de Defensa que contenía una condición requiriendo al presidente Reagan que cumpliese con el Tratado no-ratificado Salt II, que imponía límites de cantidad a las armas nucleares y prohibiciones para efectuar tests[225], que limita así la capacidad del presidente Reagan de seguir adelante con la Iniciativa de

---

presupuestarios, no puede perseguir resultados inconstitucionales. Sin embargo, esto solamente reafirma la cuestión. ¿Qué tipo de condiciones es inconstitucional? Es falso asumir que los condicionamientos a los proyectos presupuestarios son adecuados para la legislación local, pero inadecuados para legislación sobre asuntos exteriores y de guerra. Tanto en política exterior como en cuestiones internas, los presidentes admiten que el Congreso pueda poner condiciones para limitar su poder de gasto (FISHER, Louis, "How Tightly...", cit., ps. 762/763 citando a HENKIN, Louis, *supra* nota 130, p. 114). Conf. CHOPER, Jesse, *Judicial Review and the national political process*, University of Chicago Press, Chicago, 1980, p. 282. "El arma parlamentaria más potente contra el abuso del Poder Ejecutivo es la potestad presupuestaria".

221 135 Cong. Rec. E 2756 (diario del 31/13/1989).

222 Íd.

223 Íd.

224 KELLER, Bill, "House Group in Soviet Union Hopeful on Arms", *New York Times*, 19/4/1987, p. A14, col. 1.

225 GORDON, Michel, "In a Setback to Reagan's Policy, House Votes to Halt Nuclear Tests", *New York Times*, 20/5/1987, p. A10, col. 3; ver, también, FUERBRINGER, Jonathan, "House Leaders Drop Two Curbs on Arms from Budget Bill", *New York Times*, 27/6/1987, p. A2, col. 3 (El liderazgo democrático en el Congreso está de acuerdo en incorporar una disposición en el presupuesto suplementario para requerir al presidente Reagan que adhiera a los límites armamentísticos del tratado no ratificado SALT II de 1979).

Este intento de la Cámara de Representantes de usar el potestad presupuestaria para insinuarse en el proceso de celebración de tratados recuerda al esfuerzo hecho por la Cámara en 1796 para condicionar la asignación de fondos para la ejecución del Tratado de Jay hasta tanto se le diera acceso a la Cámara a los documentos relacionados con la negociación del tratado. El presidente

Defensa Estratégica, lo que consecuentemente afectó el poder de negociación de los Estados Unidos en futuras negociaciones sobre armas con los soviéticos.

Esta interpretación expansiva sobre la potestad presupuestaria fue doblemente ilegítima. Primero, interfirió con el poder del presidente para concluir tratados de una forma imposible de conciliar con la opinión del juez Sutherland en "United States v. Curtiss-Wright Export Corp." acerca de que "únicamente el presidente tiene el poder de hablar o escuchar como representante de la Nación[226]". Segundo, defendió un rol de la Cámara de Representantes (e invandió así el propio rol del Senado) en la ratificación de tratados a pesar del hecho de que los constituyentes excluyeron intencionalmente a la Cámara de Representantes del rol de concluir o ratificar tratados, como Hamilton explicó claramente en *El federalista*, nro. 75[227]. Se trata de un ejemplo clásico del abuso por parte de la Cámara de su poder exclusivo para originar proyectos presupuestarios, lo cual, como se describió anteriormente, fue una gran preocupación para los constituyentes[228].

iv) Un veto legislativo sobre las regulaciones

Los ejemplos precedentes del abuso por parte del Congreso de la potestad presupuestaria, demuestran los esfuerzos por reemplazar al Poder Ejecutivo unificado por uno diseminado. Probablemente ninguna de las condiciones inconstitucionales contenidas en el proyecto de presupuesto para el año fiscal de 1990 ilustra mejor este propósito que la sección 610 del proyecto de asignación de fondos para la oficina presidencial: "Ninguno de los fondos disponibles en virtud de las disposiciones de esta ley podrá ser utilizado para implementar, administrar, o hacer cumplir ninguna regulación que haya sido desaprobada mediante una resolución de desaprobación debidamente adoptada de acuerdo con la ley aplicable de los Estados Unidos[229]". Esta cláusula se erige como un veto legislativo sobre la ejecución de las leyes por parte del presidente, en tanto no

---

Washington rechazó entregar tales documentos, y la Cámara finalmente asignó los fondos requeridos en una votación muy cerrada. Ver WHITE, Leonard, *The federalists: a study*..., cit., ps. 63/64.

[226] 299 US 304, 319 (1936). Para una reciente afirmación de este principio hecha por el presidente Bush, ver "Message to the Senate Returing Without Approval the Bill Prohibiting the Export of Technology, Defense Articles, and Defense Services to Codevelop or Produce FS-X Aircraft with Japan", *25 Weekly Comp.Pres.Doc.*, 1191, 1192 (31/7/1989).

[227] *The federalist*, nro. 75, p. 452 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961). Hamilton justificó la exclusion de la Cámara como sigue: "La fluctuante y... multitudinaria composición de dicho cuerpo, nos impide esperar del mismo aquellas cualidades que son esenciales para el ejercicio adecuado de tal confianza. Un conocimiento certero y comprensivo de política exterior; una constante y sistemática adhesión a los mismos principios; una simpática y uniforme sensibilidad hacia el ser nacional; decisión, secreto, y prontitud, son incompatibles con la esencia tan variable y numerosa de un cuerpo. Ver, también, TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America*, ps. 136/139 (1848) (H.S. Commager, 1947).

[228] Ver *supra* el texto que acompaña las notas 44-47.

[229] "Treasury, Postal Service, and General Government Appropriations Act", 1990, pub. L. nro. 101-136, § 610, 103 Stat. 783, 819 (3/11/1989).

requiere que la resolución parlamentaria sea una resolución conjunta sujeta al bicameralismo como a la elevación al presidente[230]. Existen, por supuesto, resoluciones unicamerales que puede decirse que se toman "de acuerdo con la ley aplicable de los Estados Unidos", en el sentido de que son aprobadas conforme a los procedimientos formales de la Cámara de Representantes o del Senado[231], pero obviamente ellas no tienen fuerza de ley luego de "Chadha[232]".

El presidente debería vetar proyectos de presupuesto que contengan este tipo de condiciones inconstitucionales sobre su capacidad para desempeñar sus deberes y ejercer sus prerrogativas. Si un veto fuera políticamente inviable porque dejaría parte del Poder Ejecutivo sin fondos, el presidente podría promulgar el proyecto de presupuesto como ley y ejercer el poder de veto parcial, declarando que el agregado que restringe su poder bajo el art. II es inconstitucional y separable[233]. Si bien la Constitución no otorga expresamente al presidente dicha facultad, lo cierto es que él tiene el deber de no violar la Constitución. La pregunta es si el único medio de defensa que tiene es el veto total del proyecto.

El presidente Bush respondió con cierta claridad esta cuestión negativamente. El 3/11/1989 promulgó el proyecto 2989 de la Cámara de Representantes que asignaba fondos a la oficina presidencial, pero señaló que "numerosas disposiciones... persiguen condicionar mi autoridad, y la autoridad de los funcionarios del Poder Ejecutivo, para utilizar los fondos de formas distintas a las asignadas por la ley con la aprobación de varias comisiones de la Cámara de Representantes y del Senado[234]". Él luego argumentó que las cláusulas eran nulas y posiblemente escindibles:

> Estas disposiciones constituyen dispositivos de aquellos vetos legislativos que fueron declarados inconstitucionales por "INS v. Chadha" (462 US 919, 1983). Por lo tanto, trataré a las mismas como si no tuvieran fuerza o efecto legal en esta u otra legislación en la que aparezcan. Aconsejo a las agencias que deban confrontar con estos dispositivos que consulten con el procurador general para determinar si el otorgamiento de la autorización en cuestión es separable de la condición inconstitucional. Ver "Alaska Airlines, Inc. v. Brock" (480 US 678, 684-87, 1987[235]).

La escisión de condiciones del presupuesto que sobrepasen los deberes y facultades del presidente bajo el art. II sería diferente del veto de un ítem específico del presupuesto. Tal como fuera discutido en el contexto del control

[230] Ver Const. EE.UU., art. I, § 7, cl. 3.

[231] Ver "Constitution, Jefferson's manual, and rules of the house of representatives", H.Doc. NO. 248, 100th Cong., 2d Sess. §§ 396-397 (1988).

[232] "INS v. Chadha", 462 US 919 (1983).

[233] En una editorial del 2/11/1989 recomendé que el presidente Bush considerase tal curso de acción con respecto a este y otros agregados contenidos en la "Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act" de 1990. Ver SIDAK, J. Gregory, "Spending Riders Would Unhorse the Executive", *Wall St.J.*, 2/11/1989, p. A18, col. 3.

[234] "Treasury Signing Statement", cit., p. 1669.

[235] Id.

del gasto federal, el veto de un ítem específico es caracterizado como una manera del presidente de separar cláusulas perfectamente constitucionales en un proyecto de gasto que él encuentra objetable meramente porque choca con sus metas políticas. La escisión de condiciones inconstitucionales en un proyecto presupuestario sería un poder del Poder Ejecutivo con mucho más límite de aplicabilidad. Uno podría decir que el ejercicio del poder de escisión para resistir condiciones inconstitucionales en la legislación que viola la separación de poderes, no es del todo un veto de un ítem específico. Más bien, dicha acción debería ser simplemente caracterizada como una determinación del presidente sobre cómo la Constitución y sus previas interpretaciones de la Suprema Corte le indican que debe ejecutar fielmente las leyes[236].

2. El Acuerdo Bipartidario sobre América Central de 1989

En marzo de 1989, el secretario de Estado James Baker reveló un acuerdo entre la Administración Bush y el Congreso —llamado Acuerdo Bipartidario sobre América Central— por el cual el Congreso proveería fondos no-militares limitados a la oposición antisandinista nicaragüense, el 28/2/1990. En un acuerdo secreto paralelo, el presidente otorgó a cuatro comisiones parlamentarias el poder unilateral de frenar dichos fondos luego del 30/11/1989[237]. El consejero presidencial C. Boyden Gray explicó al presidente Bush que este contrato

[236] Esta cuestión es explorada con mayor profundidad en SIDAK, J. Gregory - SMITH, Thomas, "Four Faces of the Item Veto: A Reply to Tribe and Kurland", *Northwestern University Law Review*, vol. 84, nro. 2, 1990, ps. 437-479.

[237] WEINRAUB, Bernard, "Bush and Congress Sign Policy Accord on Aid to Contras", *New York Times*, 25/3/1989, p. A1, col. 6. La declaración oficial firmada por el presidente Bush y cinco líderes parlamentarios el 24/3/1989 no contiene mención alguna respecto de la disposición sobre veto legislativo. "Bipartisan Accord on Central America", *25 Weekly Comp.Pres. Doc.*, ps. 420, 420-21 (24/3/1989). Tampoco las declaraciones públicas emitidas por el presidente Bush o el secretario Baker revelaron este hecho ("Transcript of White House Remarks", *New York Times*, 25/3/1989, p. A6, col. 3), aun cuando el *New York Times* informó al día siguiente que existían ciertos "acuerdos secretos bajo los cuales el Sr. Bush cedería bastante poder al Congreso". Íd., p. A6, col. 6. Incluso el H.R. 1750, el proyecto para aprobar el Acuerdo Bipartidario, no especifica la naturaleza del veto legislativo. Ver 135 Cong. Rec. H1178 (edición diaria del 13/4/1989). "La supervision del Congreso dentro de la Cámara de Representantes y del Senado... debe estar dentro de la jurisdicción de los Comités sobre Presupuesto de la Cámara de Representantes y del Senado [y de otros comités determinados]...". La omisión sugiere la pregunta sobre si el Congreso cumplía plenamente con el deber de que "llevará un diario de sus sesiones, y lo publicará de tiempo en tiempo". Const. EE.UU., art. I, § 5, cl. 3.

Aun la carta redactada por el secretario de Estado a los líderes parlamentarios que fuera finalmente publicada en un informe de la Cámara es llamativamente vaga. Implementation of the bipartisan accord on central america of 24/3/1989, H.R.Rep. nro. 23, 101st Cong., 1st Sess. 4 (1989). "Esta asistencia ha sido autorizada y asignada pero no será obligatoria más allá del 30 de noviembre de 1989, *excepto en el contexto de consultas* entre el Ejecutivo, los líderes de la mayoría y la minoría del Senado, el relator de la Cámara de Representantes y el líder de la minoría, y los comités respectivos de autorización y presupuesto, *y sólo en caso que sea afirmado vía carta de* los líderes bipartidarios del Congreso y de los respectivos comités de autorización y subcomités de presupuesto de la Cámara y del Senado" (énfasis agregado).

constituía un veto legislativo inconstitucional, aun más ilegítimo que el veto legislativo de "Chadha", que al menos requería la intervención de las Cámaras del Congreso en su totalidad[238]—. El fundamento legal a favor de la posición de Gray no sólo consistía en "Chadha" sino que provenía también desde dentro del Poder Ejecutivo: el procurador general del presidente Eisenhower, Herbert Brownell Jr., había dicho en 1955 que una ley aprobada por el Congreso que contuviera un veto legislativo originado en cualquiera de las dos Cámaras, violaba el principio de separación de poderes[239]. De hecho, vale la pena preguntar si la escisión del presidente Bush de las disposiciones sobre veto legislativo que efectuara el 3/11/1989, no repudió implícitamente el Acuerdo Bipartidario sobre América Central.

[238] PEAR, "Unease Is Voiced on Contra Accord", *New York Times*, 26/3/1989, p. 1, col. 5; SEIBIN, "White House Reaffirms Contra Aid Plan After Bush's Counsel Expressed Doubts", *Wall St. J.*, 28/3/1989, p. A20, col. 1; WEINRAUB, Bernard, "White House Rebukes Counsel on Pact", *New York Times*, 28/3/1989, p. 6, col. 1. El requisito del bicameralismo se encuentra articulado, tangencialmente, en la cláusula de presentación de proyectos —art. I, sección 7, cláusula 2—. No obstante ello, la necesidad de dicho requerimiento resulta evidente de la estructura de los arts. I y II y fue claramente remarcada por los constituyentes. *The federalist*, nro. 5L, p. 322 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961); ver, también, "INS v. Chadha", 462 US 919, 948-51 (1983): "Los constituyentes fueron absolutamente conscientes de que el requisito del bicameralismo y la cláusula presidencial cumplirían funciones constitucionales esenciales. La división del Congreso en dos cuerpos distintos asegura que el Poder Legislativo sería ejercido sólo luego de completos y oportunos estudios y debates separados". De hecho, el bicameralismo fue el tema del Gran Compromiso en la Convención Constituyente.

Cuatro miembros del Congreso afirmaron que el Acuerdo Bipartidario era una violación constitucional a la separación de poderes, 135 Cong.Rec. H1194 (diario del 13/4/1989) (reps. Robert Doman, Dan Burton, Chuck Douglas, y Henry Hyde). Consecuentemente iniciaron una causa en los tribunales federales para invalidar dicho acuerdo. El rol del Congreso, por supuesto, sigue siendo un tema altamente controversial. Ver "Barnes v. Kline", 759 F.2d 21, 41 (D.C.Cir., 1985) (J. Bork, en disidencia).

[239] "Authority of Congressional Committees to Disapprove Action of Executive Branch", 41 Op. Att'y Gen., 230 (1955); ver, también, "Wilson Veto Message", cit., p. 8845: "No concedo ni el derecho, ni mucho menos la sabiduría, del Congreso para crear una comisión de cualquiera de las Cámaras o un comité conjunto de ambas Cámaras con poder para prescribir 'regulaciones' bajo las cuales deban operar los departamentos del Ejecutivo". Asimismo, el presidente Franklin Roosevelt escribió un memorándum confidencial al fiscal general Robert Jackson en 1941, entendiendo que la disposición sobre veto legislativo en la Ley de Arrendamientos, la cual fue promulgada por Roosevelt, era "claramente inconstitucional". "Memorandum for the Attorney General from President Franklin D. Roosevelt" (7/4/1941), reimpreso en JACKSON, Robert, "A Presidential Legal Opinion", *66 Harv.L.Rev.*, 1353, 1357 (1953).

Louis Fisher sugiere con sencillez cómo, a pesar de "Chadha", el Congreso pudo evitar la presentación y replicar a través del procedimiento presupuestario los efectos del veto legislativo: "Con respecto a los poderes de guerra en general, el Congreso podría aprobar una resolución concurrente (no sujeta al veto presidencial) estatuyendo que ninguna de las Cámaras tendrá obligación de considerar ningún proyecto de ley, resolución conjunta o enmienda, que permita financiar el despliegue de acciones militares inconsistentes con leyes vigentes, tales como la resolución sobre poderes de guerra (*War Powers Resolution*). Bajo la jurisprudencia dictada en 'INS v. Chadha', las resoluciones concurrentes no pueden condicionar al presidente o al Poder Ejecutivo, pero pueden controlar los procedimientos internos del Congreso" (FISHER, Louis, "How Tightly...", cit., p. 763).

El Sr. Arthur Liman, que ocupó la función de fiscal en jefe dentro de la Comisión Selecta del Senado para la investigación Irán-Contra, defendió vigorosamente la constitucionalidad del acuerdo del secretario Baker luego de que los editores del *Wall Street Journal* lo habían denunciado[240]. Sin causar sorpresa, el razonamiento de la defensa del Sr. Liman al secretario Baker se hizo eco de la expansiva, aunque textualmente e históricamente insostenible, interpretación de la cláusula presupuestaria contenida en el *Informe Irán-Contra*:

> "La Constitución ni siquiera intentó definir los límites externos del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo sobre los asuntos de política exterior, aunque claramente dichos poderes se cruzan y superponen. *El presidente fue deliberadamente puesto en una situación de dependencia financiera del Congreso*. La Constitución prohíbe al presidente gastar dinero excepto que haya sido asignado por el Congreso. Y si el Congreso tiene el poder unilateral de declarar la guerra, qué abogado (incluso el abogado del presidente) podría sostener seriamente que el Congreso no puede promover la paz mediante el rechazo de asignar ayuda a fuerzas rebeldes. Esto es lo que las Enmiendas Boland[241] hicieron —recortaron las asignaciones y gastos para los Contras—.
>
> "La preocupación del Sr. Gray de que el acuerdo preveía un veto legislativo por cualquiera de las cuatro comisiones parlamentarias ignora el hecho de que el Congreso ya había denegado la ayuda a los Contras. El acuerdo volvió a reflotar la ayuda. No fue el Sr. Baker, sino la Constitución, quien otorgó al Congreso el derecho exclusivo de aprobar o rechazar asignaciones[242]".

El Sr. Liman concluyó: "El secretario Baker ha exhibido una apreciación mucho más sensible de la Constitución y de cómo ampliar el Poder Ejecutivo que una crítica acérrima del poder parlamentario[243]".

Estoy en desacuerdo. El Acuerdo Bipartidario violó el principio de legalidad. Como escribió el jefe de Justicia Marshall en "Marbury v. Madison": "Los poderes de la Legislatura están definidos y limitados. *Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita*. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?[244]". El Acuerdo Bipartidario presume la

[240] LIMAN, Arthur, "The Constitution and the Contras", *Wall St.J.*, 12/3/1989, p. A15, col. 1. El editorial fue Holy Roman Bipartisanship, *Wall St.J.*, 27/3/1989, p. A10, col. 1.

[241] [N. del T.]: Las Enmiendas Boland fue el nombre dado a tres modificaciones legislativas en EE.UU. entre 1982 y 1984, todas ellas encaminadas a limitar la asistencia del gobierno de los EE.UU. a los contras rebeldes en Nicaragua. El nombre se debe al autor de ellas, el representante demócrata Edward Patrick Boland.

[242] LIMAN, Arthur, *The Constitution...*, cit., p. A15 (énfasis agregado).

[243] Id.

[244] 5 US (1 Cranch) 137, 177 (1803) (enfásis agregado). Sobre la extensión del Poder Legislativo, Locke escribió: "El poder de Gobierno debe desempeñarse de acuerdo con leyes declaradas y publicadas, y no por dictados extemporáneos o resoluciones indeterminadas" (LOCKE, John, J., *Second...*, cit., § 137, p. 405).

validez de una defensa del poder parlamentario sobre el presupuesto que era ilegítimo desde el comienzo: el Congreso no puede condicionar las asignaciones a su capacidad de vetar las decisiones subsecuentes del Ejecutivo. Componiendo esta debilidad constitucional, el acuerdo secreto que evidentemente instala este veto legislativo, viola el principio del bicameralismo. Por supuesto, el Congreso y el presidente tomaron estas decisiones en nombre de la celeridad política, del bipartidismo, y del pragmatismo, pero se trata del mismo tipo de razonamiento que la Corte rechazó fuertemente en "Youngstown". El resultado del Acuerdo Bipartidario es que erosiona el Poder Ejecutivo unificado y cede poder del presidente hacia el Congreso; y subordina la separación de poderes a objetivos políticos efímeros; y por tanto desviándose por lejos del ideal que el pueblo de este país consintió: ser gobernado "por un gobierno de leyes, y no de hombres[245]".

c) Condicionamientos inconstitucionales al Poder Ejecutivo unificado

Los ejemplos precedentes muestran el intento recurrente del Congreso en los años recientes por imponer condicionamientos a las asignaciones de una forma que transformaría a la presidencia de un Poder Ejecutivo unificado a uno diseminado. El presidente Rutherford B. Hayes proveyó en 1879 probablemente el ataque mejor articulado contra el uso inapropiado e inconstitucional de la cláusula presupuestaria.

Durante la reconstrucción, ex esclavos, en partes del sur, eran sometidos a violencia e intimidación cuando intentaban votar o reunirse en asambleas pacíficamente por propósitos políticos[246]. El presidente Ulysses S. Grant respondió a esta situación en 1874 y envío al general Philip Sheridan y a la Armada estadounidense a Luisiana, donde dos grupos rivales (uno obviamente hostil a los negros) se peleaban sosteniendo que ambos habían sido legítimamente elegidos para ocupar los mismos cargos[247]. Para el verano de 1875, sin embargo, el apoyo del presidente Grant a los ex esclavos había languidecido debido a la enorme presión política de los líderes blancos tanto del Norte como del Sur, y en consecuencia Grant se rehusó a enviar más tropas federales al Sur para proteger a los votantes negros[248]. El año 1877 trajo la asunción de Rutherford B. Hayes, el retorno al Sur de las reglas de la casa, y disminuyó la protección de los negros

[245] Mass. Const., pto. I, art. XXX (1780); ver también "Marbury v. Madison", 5 US (1 Cranch) 137, 177 (1803): "La diferencia entre un gobierno con poderes limitados y uno con poderes ilimitados desaparece si dichos límites no condicionan a las personas sobre las cuales son impuestos, y si los actos prohibidos y los actos permitidos son igual de obligatorios".

[246] Ver, v.gr., CROUCH, Barry, "Postbellum Violence", 1871, en *Congress Investigates: a documented history, 1792-1974*, p. 1689 (A. Schlesinger & R. Burns eds., 1975).

[247] Ver FONER, Eric, *Reconstruction: America's unfinished revolution, 1863-1877*, Harper & Row, Nueva York, 1988, ps. 554/556; GILLETTE, William, *Retreat from reconstruction, 1869-1879*, 1979, Lousiana State University Press, Baton Rouge, ps. 121/135.

[248] FONER, Eric, *Reconstruction...*, cit., ps. 560/563; MCFEELY, William, *Grant: A Biography*, W.W. Norton, Nueva York, 1981, ps. 417/419; CROUCH, Barry, *Postbellum...*, cit., p. 1712.

allí[249]. La resistencia del Congreso para renovar el uso de tropas federales se endureció, y el Congreso comenzó a utilizar su potestad presupuestaria para intentar impedir el uso de las tropas de la Armada estadounidense como *posse comitatus* (fuerzas del condado).

En abril de 1879, Hayes había vetado el primero de cinco proyectos de ley separados[250] que contenían agregados donde se prohibía, bajo amenaza de sanciones penales, el uso de cualquier dinero asignado al despliegue de tropas federales como *posse comitatus* —una prohibición que habría impedido al presidente la utilización de dichas tropas para mantener la paz e impedir el fraude en distritos electorales, más allá de la enmienda decimoquinta[251]—. Hayes consideraba esta situación extremadamente grave, y escribió lo siguiente en su diario, el 30/7/1879:

> Sin dudas el Gobierno está gravemente amputado en sus medios para hacer cumplir las leyes con la condición anexada al proyecto de presupuesto para el ejército que prohíbe el uso de la Armada como *posse comitatus* para ayudar a los funcionarios de los Estados Unidos en el cumplimiento del proceso. Los Estados deben emplear las fuerzas militares estaduales para sostener, como *posse comitatus*, a las autoridades civiles estaduales. Si ocurriese un conflicto de jurisdicción entre los Estados y los Estados Unidos en cualquier cuestión, ello colocaría a los Estados Unidos en una situación de desventaja. Pero en última instancia, tengo confianza en que las leyes otorgan al Poder Ejecutivo amplio poder para hacer obedecer el proceso de los Estados Unidos[252].

Como reflejo de esta preocupación, Hayes vetó cada uno de los siguientes cinco proyectos de ley de presupuesto que contenían condiciones que prohibían el uso de las Fuerzas Armadas para proteger las elecciones.

[249] GILLETTE, William, *Retreat...*, cit., p. 346; conf. DUBOIS, William E. B., *Black reconstruction in America*, Harcourt Brace, Nueva York, 1935, p. 484.

[250] H.R. 1, 46th Cong., 1st Sess. (1879); H.R. 2, 46th Cong., 1st Sess. (1879); H.R. 2252, 46th Cong., 1st Sess. (1879); H.R. 2382, 46th Cong., 1st Sess. (1879); H.R. 4924, 46th Cong., 2d Sess. (1880).

[251] Ver MASON, Edward, *The veto power: its origin, development and function in the government of the United States (1789-1889)*, Ginn. & Co., Boston, 1890, ps. 47/49; "Veto Message of Rutherford B. Hayes" (29/4/1879), en RICHARDSON, James, *Messages and papers of the presidents*, vol. 9, Bureau of National Literature, Nueva York, ps. 4475, 4475-4480 (J. Richardson, 1897) [en adelante, "Hayes Veto Message"]. Para mayores comentarios acerca de la controversia sobre el veto del presidente Hayes, ver DAVISON, Kenneth, "The presidency of Rutherford B. Hayes", Greenwood Press, Westport, Conn., 1972, ps. 162/163; HOOGENBOOM, A., "The presidency of Rutherford B. Hayes", University Press of Kansas, Lawrence, Kan., 1988, ps. 74/78; TAFT, William, *Our chief magistrate and his powers*, Columbia University Press, Nueva York, 1916, p. 25. El historiador William Gillette sostiene que los vetos de Hayes eran políticamente oportunos en el sentido de que, mirando hacia las elecciones de 1880, ello apuntalaría al Partido Republicano en el Sur, que había sufrido por la privación de derechos a los negros (GILLETTE, William, *Retreat...*, cit., ps. 353/354.

[252] "Diary and letters of Rutherford Richard Hayes" (30/7/1878), ps. 492, 492-93 (C. Williams, 1924).

Parece claro que el presidente Hayes tenía la Constitución de su lado. La enmienda decimoquinta prevé que ningún ciudadano puede ser privado de su derecho a votar en razón de su raza[253]. Otros dos derechos expresamente garantizados por el Gobierno federal bajo la Constitución son la protección de los Estados contra la violencia local y la garantía de la forma republicana de Gobierno[254]. No resulta difícil percibir que la violación de los derechos electorales en razón de la animosidad racial socavaría el proceso republicano por el cual la autoridad ejercida por el Gobierno recibe legitimidad[255]. Asimismo, el presidente tiene un deber constitucional de ejecutar fielmente las leyes[256] y defender la Constitución[257] —deberes que requieren del presidente hacer cumplir la decimoquinta enmienda y la cláusula de garantías del art. IV, independientemente de que el Congreso haya aprobado una ley y asignado fondos específicos para tales propósitos[258]—. Más aún, el presidente, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas[259], tiene el poder de desplegar tropas federales para este propósito; los poderes sobre la política exterior otorgados al Congreso[260] son claramente irrelevantes para este uso local de las fuerzas militares según la cláusula de garantías.

Hayes reconocía el meollo del problema y de sus poderes. El primero de sus cinco mensajes de veto es extraordinario, en tanto se asemeja a una prolongada opinión de la Suprema Corte sobre la separación de poderes[261]. El uso oportuno de la potestad presupuestaria por parte de la Cámara de Representantes, Hayes expresó, usurparía el poder del Senado, del Poder Ejecutivo, y del Poder Judicial: "La promulgación de este proyecto en ley sentaría un precedente que tendería a destruir la independencia de los distintos estratos del Gobierno. Este proyecto sitúa bajo el dictado coercitivo de la Cámara de Representantes

[253] Const. EE.UU., Enm. XV; ver, v.gr. "Neal v. Delaware", 103 US 370, 389 (1881): "Se cuestiona si la Enmienda XV permitía, lícitamente, remover... dicha disposición [estatal] que limitaba el derecho al sufragio únicamente a favor de los blancos".

[254] Const. EE.UU., art. IV, § 4. Ver, en general, la nota, "The Rule of Law and the States: A New Interpretation of the Guarantee Clause", *93 Yale L.J.*, 561 (1984) (por Thomas A. Smith) (argumenta que los tribunales federales, bajo la luz de la cláusula de garantías, pueden supervisar a los Gobiernos estaduales en el cumplimiento de sus respectivas constitucionales estaduales".

[255] Ex Parte Yarbrough, 110 US 651, 657-58, 662 (1884).

[256] Const. EE.UU., art. II, § 3.

[257] Id., art. II, § 1, cl. 8; id., art. VI, cl. 3.

[258] Conf. *in re* "Neagle", 135 US 1, 63-68 (1890) (recordando episodios de acciones ejecutivas llevadas a cabo de acuerdo con las disposiciones textuales de la Constitución aun sin legislación operativa del Congreso).

[259] Const. EE.UU., art. II, § 2, cl.1.

[260] V.gr., id., art. I, § 8, cl. 3, poder para regular el comercio con naciones extranjeras; id., cl. 11, poder para declarar la guerra; id., art. II, § 2, cl. 2, ratificación de tratados y confirmación de embajadores por parte del Senado.

[261] La grandilocuencia de la controversia no significa necesariamente que las condiciones hayan mejorado sustancialmente en el sur como resultado de la posición de Hayes. Ver GILLETTE, William, *Retreat...*, cit., p. 434, nro. 69.

no sólo al Senado y al Ejecutivo, sino también al Poder Judicial[262]". A Hayes le parecía perverso que la Cámara de Representantes, en virtud de su potestad presupuestaria, pudiese elevarse a la posición de último árbitro de las disputas constitucionales: "La Cámara de Representantes será el juez exclusivo de cualquier reivindicación, así como de los medios y medidas de reparación[263]". Este señalamiento volvió a la preocupación original expresada en la Convención Constituyente acerca del peligro de que la Cámara de Representantes abusara de su poder exclusivo para originar proyectos presupuestarios[264]. La siguiente manifestación de Hayes fue profética del intento realizado por el Congreso en 1987 para utilizar la cláusula presupuestaria en pos de forzar al presidente Reagan a acatar una interpretación particular del tratado no-ratificado Salt II de 1979, celebrado con la Unión Soviética:

> Una ley del Congreso para proteger las elecciones es ahora motivo de disputa; aunque la Cámara debería sobre el mismo principio determinar que cualquier otra ley del Congreso, *un tratado concluido por el presidente con el consejo y el consentimiento del Senado*, el nombramiento o designación de cargos, o que la decisión u opinión de la Suprema Corte, sea una disputa, y que la medida de reparación de la misma sea retener las asignaciones requeridas para sostener al resto de las reparticiones del Gobierno[265].

El razonamiento original de Hayes recibió un refinamiento posterior en 1933, cuando el procurador general, William Mitchell, opinó que el Congreso no podía dejar de financiar al presidente en el cumplimiento de varios de sus deberes: "El Congreso maneja los hilos del presupuesto, y él puede otorgar o retener asignaciones como lo desee, y cuando efectúa asignaciones puede controlar los propósitos para los cuales dichas asignaciones serán destinadas e imponer condiciones con respecto a su uso, *siempre que las condiciones no requieran del Gobierno un accionar contrario a la Constitución*[266]". El procurador general Mit-

[262] "Hayes Veto Message", cit., ps. 4483/4484. Finalmente, el Congreso cedió y presentó a Hayes un proyecto de presupuesto sin el agregado. MASON, E., *supra* nota 247, p. 49.

[263] "Hayes Veto Message", cit., p. 4484.

[264] Ver *supra* texto que acompaña a las notas 44-47.

[265] "Hayes Veto Message", cit., p. 4484 (énfasis agregado).

[266] "Constitutionality of Proposed Legislation Affecting Tax Refunds", 37 Op. Att'y Gen., ps. 56, 61, 1933 (énfasis agregado) [en adelante, "Mitchell Opinion"]; ver, también, "Appropriations Limitations for Rules Vetoed by Congress", 4B *Op. Off. Legal Counsel*, ps. 731, 733/734, 1980. En 1957, el presidente Eisenhower desplegó tropas federales (y "federalizó" a la Guardia Nacional de Arkansas) para mantener la paz y proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos negros cuando los enfrentamientos comenzaron luego del dictado de una sentencia de un tribunal federal que ordenó desagregar el Colegio de Little Rock. El fiscal general Herbert Brownell se basó expresamente en la lógica utilizada 78 años antes por el presidente Hayes y aconsejó al presidente Einsehower que debía "poner en duda la autoridad del Congreso para limitar las facultades constitucionales del presidente para hacer cumplir las leyes y preservar la paz bajo circunstancias en las cuales él lo entienda apropiado". President's Power to Use Federal Troops to Suppress Resistance to Enforcement of Federal Court Orders-Little Rock, Arkansas, 41 Op. Att'y Gen., ps. 313, 331, 1957.

chell anticipó, en efecto, la decisión de la Corte en "Lovett" al articular una teoría de las condiciones inconstitucionales en el contexto de la separación de poderes: "El Congreso no puede, mediante condicionamientos agregados al presupuesto, prever el desempeño de las funciones de Gobierno en formas no autorizadas por la Constitución[267]". Al igual que Hayes, Mitchell temía un Congreso imperial que utilizara su potestad presupuestaria para subordinar a los otros poderes:

> "Si dicha práctica se permitiese, el Congreso estaría subvirtiendo la Constitución. Estaría efectuando asignaciones con la condición de que el Poder Ejecutivo renuncie a sus funciones. Estaría, por ejemplo, asignando partidas al Departamento de Guerra con la condición de que la dirección de las operaciones militares sea conducida por alguna persona designada por el Congreso, y requiere así al presidente que abdique a sus funciones como comandante en jefe[268]".

De esta manera, el presidente Hayes y el procurador general Mitchell entendieron la tensión inherente entre la separación de poderes y la cláusula presupuestaria, y reconocieron la falacia subyacente de la noción expansiva, ahora comúnmente aceptada, de la "potestad presupuestaria" del Congreso: si la potestad presupuestaria puede operar como un veto legislativo, no existe principio que la auto-limite.

Esta perspectiva difería de los redactores del *Informe Irán-Contra* pero no de los redactores del *Informe de Minoría* que lo acompañaba, el cual declaró que "el Congreso no puede utilizar su control sobre las asignaciones, incluyendo los salarios, para impedir al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales[269]". El *Informe de Minoría* declaró en términos simples el amplio concepto constitucional en juego:

> "El Congreso no puede condicionar una autorización o una asignación a ningún tipo de procedimiento que pueda denegar los poderes otorgados al presidente por la Constitución. Lo que el Congreso otorga por ley puede ser quitado por ley. Pero el Congreso no puede pedir al presidente que renuncie a un poder que le otorga la Constitución, en oposición a uno que adquiere del Congreso, como condición para obtener algo, ya sea dinero o algún bien o poder del Congreso[270]".

Creo que el presidente Hayes, el procurador general Mitchell, y los redactores de minoría del *Informe Irán-Contra* estaban absolutamente acertados en su razonamiento. Si estuviesen equivocados, el Congreso podría, en nombre de la protección del presupuesto público, impedir al presidente cumplir cualquiera de sus deberes, incluyendo la protección de los derechos garantizados o reserva-

[267] "Mitchell Opinion", cit., p. 61.

[268] Íd.

[269] *Iran-Contra Report*, cit., p. 476 (*Informe de Minoría*).

[270] Íd., Basado en este razonamiento, el *Informe de Minoría* hizo la siguiente recomendación: "Requerir al Congreso que divida las resoluciones en proyectos presupuestarios separados y otorgue al presidente un veto sobre los ítems referidos a limitaciones a la política exterior del presidente incluidos en los proyectos presupuestarios".

dos al pueblo bajo la Constitución. Las prerrogativas del presidente también se verían en riesgo, en tanto él no tendría discreción alguna con la cual ejercerlas. Como consecuencia, el Poder Ejecutivo unificado se convertiría en un Poder Ejecutivo plural, todo el esquema de separación de poderes estaría subordinado a la potestad presupuestaria, y los límites a la libertad individual dependerían en todo momento de las pasiones efímeras del Congreso.

VI. LA TEORÍA DE LA PROFESORA STITH SOBRE LA CLÁUSULA PRESUPUESTARIA

La teoría de la profesora Stith sobre la cláusula presupuestaria mutilaría la presidencia y derribaría la separación de poderes precisamente en la forma en que el presidente Hayes y el procurador general Mitchell temían. Paradójicamente, la profesora Stith concede al comienzo de su argumento que la cláusula 9 del art. I no otorga al Congreso la autoridad de hacer algo que no pueda hacer ya en virtud de sus poderes enumerados en la cláusula 8: "Mientras la sección 8 del art. I enumera las facultades del Poder Legislativo, la cláusula presupuestaria en la sección 9 no otorga ninguna facultad[271]". Sin embargo, unas pocas páginas después la profesora Stith interpreta la cláusula presupuestaria como el otorgamiento de una amplia facultad aún más potente que la propia cláusula[272], que permite al Congreso usurpar los deberes y prerrogativas del presidente imponiéndole condiciones específicas sobre cómo él debe cumplir o ejercer dichos deberes y prerrogativas.

El principio de la cláusula presupuestaria de la profesora Stith —la idea de que el presidente tiene prohibido realizar cualquier "gasto de dinero público sin autorización *legislativa*[273]"— es obviamente anti-presidencialista. Eso sólo no sería una crítica válida, en tanto uno podría decir que una cantidad de disposiciones en los arts. I y III son intencionalmente anti-presidencialistas a fin de proteger la separación de poderes. De esta forma, la teoría de Stith simplemente encarnaría la "interdependencia" y la "reciprocidad" entre los distintos poderes que el juez Jackson describió en "Youngstown[274]" y que la Corte de Renquist asimismo ha citado recientemente en apoyo de sus decisiones en "Morrison v. Olson[275]" y en "Mistretta v. United States[276]". Sin embargo, en una lectura más cercana, queda claro que la teoría de la profesora Stith disminuiría radicalmente las facul-

[271] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1348.

[272] Const. EE.UU., art. I, § 8, cl. 18.18. Ver, en general, ALSTYNE, Van, "The Role of Congress in Determining Incidental Powers of the President and of the Federal Courts: A Comment on the Horizontal Effect of the Sweeping Clause", *40 Law & Contemp. Probs.*, p. 102, 1976.

[273] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1345 (énfasis agregado).

[274] "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 635 (1952) (J. Jackson, en concurrencia con la mayoría).

[275] 108 S.Ct. 2597, 2620 (1988).

[276] 109 S.Ct. 647, 659 (1989).

tades del presidente bajo el art. II con el pretexto de proteger el presupuesto público; la teoría volvería al presidente un brazo del Congreso, en vez de un poder del mismo rango, y, por tanto, violaría el principio de separación de poderes en mayor grado incluso que el veto legislativo discutido en "INS v. Chadha[277]". Es paradójico, por tanto, que a pesar de que la profesora Stith reconoce rápidamente que "la Primera Enmienda impone una limitación sobre el ejercicio del... poder del presupuesto del Congreso[278]", ella no pueda reconocer que la separación de poderes actúa como un límite a la potestad presupuestaria del Congreso.

La controversia política a la cual la profesora Stith constantemente se refiere, al explicar su teoría de la cláusula presupuestaria, es la financiación secreto a los Contras —los opositores al régimen marxista en Nicaragua— a través de contribuciones privadas y otras desviaciones de beneficios generados con la venta secreta de armas a Irán. Ella se pregunta si el Congreso, habiendo denegado al presidente Reagan la ayuda que él pedía para proveer de armas a los Contras, debería tolerar a los ciudadanos privados que, con la asistencia de los empleados del Poder Ejecutivo, donan tiempo y dinero para apoyar la resistencia armada contra el gobierno sandinista[279]. La profesora Stith considera que aun cuando la financiación privada de las iniciativas para derrocar

[277] 462 US 919 (1983).

[278] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1350; conf. "Clarke v. United States", 886 F.2d 404 (D.C.Cir., 1989) (decretando como violatoria de la primera enmienda a la "Enmienda Armstrong", la cual condicionó el gasto de fondos asignados al Distrito de Columbia a la adopción por parte del consejo de Distrito de una medida que hubiera permitido a la Universidad de Georgetown, una institución privada afiliada a la Iglesia Católica, discriminar a personas homosexuales); "News Am. Publishing Corp. v. FCC", 844 F.2d 800, 815 (D.C.Cir., 1988) (decreta como violatoria de la primera enmienda, una condición presupuestaria que limitaba la discrecionalidad de la FCC [N. del T.: Federal Communications Commission] para reexaminar su política de otorgamiento de excepciones a su prohibición de tener participaciones accionarias cruzadas en diarios y estaciones de televisión en una misma región). En forma similar, pero con mayor amplitud, Louis Fisher escribe: "La potestad presupuestaria del Congreso no es ilimitada. El Congreso no puede utilizar los proyectos presupuestarios para aprobar condenas sin juicio previo, para restringir el poder de indulto del presidente o para establecer una religión nacional. La Constitución le prohíbe al Congreso disminuir el salario del presidente o de los jueces federales. El Congreso estaría transgrediendo sus límites si se rehúsa a asignar fondos al presidente para recibir embajadores extranjeros o para celebrar tratados".

FISHER, Louis, "How Tightly...", cit., p. 762 (citando a Stith, *supra* nota 2, p. 1351) (citas omitidas). Sin embargo, Fisher ve a la potestad presupuestaria meramente como un veto legislativo sobre funciones importantes del presidente en asuntos tanto locales como internacionales.

[279] El 18/7/1989, el Senado aprobó una enmienda promovida por el senador Moynihan que agregaría un lenguaje a un proyecto de ley de ayuda internacional para criminalizar el pedido de contribuciones privadas para financiar actividades prohibidas por el Congreso. Dewar, Senate Bans 3rd-Country Fund Raising, Wash. Post, July 19, 1989, p. A1, col. 6; ver, también, 135 Cong. rec. S8107-10 (diario del 18/7/1989) (sobre Amendment nro. 268 to S. 1160) (comentarios del sen. Moynihan). El presidente Bush vetó la ley que contenía dicha prohibición. Message to the House of Representatives Returning Without Approval the Foreign Operations, Export Financing, and Related Appropriations Act, 1990, 25 Weekly comp.pres.doc. 1783 (19/11/1989). Luego firmó un proyecto de ley en la que incluía una versión diluida de dicha prohibición. Statement on Signing the Foreign Operations, Export Financing, and Related Programs Appropriations Act, 1990, 25 Weekly comp.pres.doc. 1810 (21/11/1989).

a los sandinistas no causen un costo incremental al Tesoro, el Congreso tiene autoridad bajo la cláusula presupuestaria para prohibirlas. Desde la controversia Irán-Contra, la profesora Stith intenta poner de moda una teoría amplia de la cláusula presupuestaria.

Más allá de la luz que pueda verter sobre las relaciones internacionales, el asunto Irán-Contra es un punto de partida poco oportuno para interpretar la cláusula presupuestaria. Existe, obviamente, un gran desacuerdo en torno a la conveniencia y oportunidad de ayudar a los Contras para desactivar un gobierno militar marxista en Nicaragua[280]. De hecho, el desacuerdo generalmente ha sido encarnizado[281]. Esta polaridad y tendenciosidad complican la tarea de tratar de derivar de las circunstancias de esta controversia una conclusión neutral para interpretar la cláusula presupuestaria[282]. Es normal que esta dificultad se manifieste cuando de por sí la discusión acerca de la constitucionalidad de las intenciones subyacentes del Congreso para restringir el manejo presidencial de la política exterior en América Central (a través de la Enmienda Boland) ya es sumamente ardua en sí misma. Más todavía, aun cuando uno considere a la cláusula presupuestaria como una especie de vector de la política nacional (compuesto tanto de dirección como de magnitud), el apoyo y la oposición del Congreso hacia los Contras provee una prueba de la inconsistencia en las relaciones internacionales que los constituyentes temían de un Ejecutivo plural[283].

[280] La política de Estados Unidos respecto del Gobierno de Nicaragua debe estar basada sobre la capacidad de respuesta del Gobierno a las preocupaciones constantes que afectan a la seguridad nacional de los Estados Unidos y a los vecinos de Nicaragua respecto de... los estrechos lazos militares y de seguridad que Nicaragua mantiene con Cuba y con la Unión Soviética y sus aliados del Pacto de Varsovia, incluso la presencia en Nicaragua de personal militar y de seguridad de dichos países y aliados... Continuing Appropriations for Fiscal Year 1987, pub. L. nro. 99-500, § 203 (a), 100 Stat. 1783, 1783-96, 1986.

[281] Considerar, por ejemplo, la mordaz discusión sobre si el régimen sandinista aprobó la masacre de la Plaza de Tiananmen el 4/7/1989. Comparar "Fellow Travelers", *Wall St. J.*, 7/6/1989, p. A32, col. 1 (informa sobre una historia aparecida en Barricada, el diario oficial Sandinista, que apoyaba las acciones del Gobierno chino); 135 Cong. Rec. H2844 (diario, 20/6/1989) (declaración del Rep. Ballenger) ("De un Gobierno que casualmente aplica este tipo de opresión brutal, no puede esperarse realmente que cumpla con su obligación de llevar a cabo elecciones libres"), y "Solidarity Forever", *Wall St. J.*, 12/10/1989, p. A16, col. 2 (cita un reporte de la agencia de noticias china Xinhua del 12/9/1989 donde se informaba que un miembro de la Junta Sandinista dijo en Beijing que Nicaragua presta a China su "firme apoyo" para "reprimir las protestas opositoras al Gobierno"), con COCKBURN, Alexander, "Nicaragua, Vietnam and Cuba Praise China? Dead Wrong", *Wall St. J.*, 15/6/1989, p. A13, col. 1 (refuta la editorial del *Wall Street Journal* del 7/6/1989).

[282] Conf. POSNER, Eric, "Constitutional Scholarship: What Next?", *5 Const. Commentary*, p. 17, 1988: "La mayor parte de la doctrina constitucionalista se dedica a emitir comentarios tendenciosos sobre las decisiones recientes de la Suprema Corte".

[283] V.gr., *The federalist*, nro. 72, ps. 435/436 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961); *The federalist*, nro. 75, p. 452 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961). En 1983, el Congreso asignó US24 millones para ayuda militar a los Contras. Intelligence Authorization Act for Fiscal Year 1984, Pub. L. nro. 98-215, § 108, 97 Stat. 1473, 1475 (1983); Department of Defense Appropriations Act, 1984, Pub. L. nro. 98-212, § 775, 97 Stat. 1421, 1452 (1983). En 1984 y 1985, el Congreso eliminó la ayuda militar pero asignó U$S 27 millones para ayuda humanitaria. International Security and

Con esto no sugiero que la empresa de la profesora Stith esté condenada a un análisis orientado-al-resultado puesto que ella ha escogido un punto de partida políticamente controversial. Sin embargo, uno no necesita ser un adherente a la "intención original" para ser escéptico acerca de que los eventos del asunto Irán-Contra (en oposición a, digamos, el texto de la cláusula presupuestaria o la historia de los debates de la Convención de 1787) revelan el significado probable de la cláusula presupuestaria, y que, en el curso de interpretar dicha cláusula dos siglos más tarde, la ilegitimidad de asistir el financiamiento privado de los Contras emerge como una conclusión lógica y directa. Creo que uno de los predecesores de la profesora Stith en la Escuela de Derecho de Yale, Eugene Rostow, tiene la perspectiva más clara acerca de las cuestiones sobre la cláusula presupuestaria que emergieron tras el Asunto Irán-Contra. Él las considera más bien triviales:

> Si las enmiendas Boland son constitucionales, y qué significan exactamente, son temas... irrelevantes al lado de la cuestión final que ha dejado el episodio Irán-Contra: si cada centavo recibido de la venta de armas a Irán pertenece a los Estados Unidos, o si los llamados 'beneficios' derivados de dichas ventas caen dentro de otra categoría. Ésa es una pregunta importante, y no precisamente una difícil de responder, pero no cuenta para la excitación política generada por este asunto. No puede haber demasiadas dudas acerca de que los ingresos por las ventas deberían rendirse al Tesoro[284].

El valor pedagógico que la profesora Stith adjudica al Asunto Irán-Contra amenaza con desviar la atención del intento de interpretar, lo más objetivamente posible, la historia, el texto, y la estructura de la cláusula presupuestaria. En su lugar, la gran excitación política generada por el Asunto Irán-Contra amenaza con contaminar la desapasionada interpretación de la cláusula. A este respecto, el ensayo de la profesora Stith es retóricamente eficiente, en tanto le permite colgarse, con su explicación sobre la cláusula presupuestaria, de la indignación popular generada por la "venta de armas a cambio de rehenes" y de la

---

Development Cooperation Act of 1985, pub. L. nros. 99-83, § 722 (g) (1), 99 Stat. 254; Supplemental Appropriations Act, 1985, pub. L. nro. 99-88, 99 Stat. 293, 324. En 1986, el Congreso asignó US100 millones tanto para propósitos militares como humanitarios. Military Construction Appropriations Act, 1987, § 206 (a) (2), pub. l. nro. 99-591, 100 Stat. 3341, 3341-300 (1986). En 1987, el Congreso asignó US3,6 millones para propósitos humanitarios y US 4,5 millones para el transporte de asistencia humanitaria y de otro tipo. Continuing Appropriations, Fiscal Year 1988-Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act, 1988, pub. L. nro. 100-202, tit. VI, § 111, 101 Stat. 1329-437 (1987). En 1988, el Congreso asignó US6,5 millones para ayuda militar y US$ 27,1 millones para propósitos humanitarios. Department of Defense Appropriations Act, 1989, pub. L. nro. 100-463, §§ 9003, 9006 (a) (1), 102 Stat. 2270, 2270-50, 2270-53 (1988). Y, en 1989, el Congreso y la Administración Bush alcanzaron un acuerdo (discutido previamente con gran detalle) por el cual el Congreso asignó US49,75 millones a partir del 28/2/1990 para causas humanitarias, sujeto al poder unilateral del Congreso para detener la asistencia luego del 30/11/1989. Implementation of the bipartisan accord on Central America Act of 1989, H.R.Rep. nro. 23, 101st Cong., 1st Sess. 13 (1989) [en adelante, "Report on bipartisan accord"].

[284] ROSTOW, Eugene, *President, prime minister, or constitutional monarch?* (Institute for National Strategic Studies, National Strategic Studies, National Defense University, octubre 1989, p. 23).

animosidad que muchos doctrinarios evidentemente sienten hacia la institución presidencial[285] (y probablemente hacia Ronald Reagan como figura política). Estamos tentados de mostrarnos a favor de la teoría de la profesora Stith sobre la cláusula presupuestaria no porque estemos convencidos de que es correcta, sino porque sabemos que aquello que sucedió en el Asunto Irán-Contra estuvo mal y no debería permitirse que suceda nuevamente.

a) Expansión del poder parlamentario

La profesora Stith sostiene que el Congreso podría prohibir las acciones presidenciales que no insumen costo alguno para los contribuyentes y que por tanto no requieren que el "dinero salga del Tesoro". Ella escribe: "Aun cuando un gasto no autorizado del Ejecutivo no genere *ninguna obligación contra el Tesoro*..., la Constitución prohíbe dicho gasto si no está autorizado por el Congreso[286]" (al mismo tiempo, ella sostiene que dicha limitación no aplica a la Legislatura: "el Congreso tiene poder constitucional para controlar por medios *que no insuman costos* o acción alguna *del Gobierno federal*"[287]). La esfera del poder parlamentario y la supervisión al presidente, creada por la cláusula presupuestaria, es tan absoluta en la opinión de la profesora Stith, al punto que "*toda actividad del Poder Ejecutivo* —todas las acciones emprendidas por y en nombre del Gobierno de los Estados Unidos— debe ser autorizada y costeada de acuerdo con la Constitución[288]".

A esta altura de su interpretación de la cláusula presupuestaria, la profesora Stith efectúa un acto de prestidigitación que no puede escapar a la vista. Ella define a la actividad gubernamental que está "autorizada y costeada de acuerdo con la Constitución" como únicamente aquella que ha sido autorizada por el Congreso y a la cual éste le ha asignado fondos. De esta manera, su derivación del principio de control presupuestario presupone una llamativa morfología

[285] V.gr., KURLAND, Philips, *Watergate and the Constitution*, University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 153: "El mal fundamental que fue revelado por los episodios de Watergate fue la presidencia: no el hombre sino el cargo".

[286] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1345 (énfasis agregado).

[287] Íd., p. 1348, nro. 20 (énfasis agregado). La profesora Stith cita como ejemplos de esta postura la capacidad del Gobierno federal de forzar a los Estados a gravar o regular la actividad privada. Aparte de avalar la expansión del poder de policía del Gobierno a expensas de los individuos, esta línea de razonamiento ignora uno de los lenguajes más fuertes que la Constitución tiene en materia de legitimación del Gobierno. A pesar de que el Congreso puede evitar la creación de costos para el Gobierno federal forzando a los Estados a gravar y gastar, de esa forma aun crea claramente un costo a la población, de la cual derivan todos los poderes delegados al Gobierno federal (incluido el Congreso). Const. EE.UU., Enm. X: "Las facultades no delegadas a los Estados Unidos por la Constitución... quedan reservadas... al pueblo"; ver, también, EPSTEIN, Richard, *Takings: private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, p. 331: "El Gobierno representativo parte de la premisa de que los derechos de los Estados contra sus ciudadanos no son mayores a la suma de los derechos de los individuos a quienes beneficia en una determinada transacción".

[288] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1348 (énfasis agregado).

de la Constitución: dado que la profesora Stith sostiene que sólo el Congreso tiene la facultad de asignar fondos, ella concluye que él puede rehusarse a "autorizar" al presidente a desarrollar cualquiera de sus actividades del Poder Ejecutivo que los constituyentes especificaron en el art. II. En otras palabras, el presidente sería un amanuense constitucional que podría cumplir sus deberes y ejercer sus pocas facultades discrecionales únicamente si el Congreso lo autorizase a hacerlo permitiéndole extraer dinero del, o contraer obligaciones contra, el Tesoro[289]. Aun cuando el presidente cargase con sumas superfluas al Tesoro al tomar una acción en particular —como ser la emisión de un discurso defendiendo una política en particular[290]— él no podría efectuar dicho acto al menos que el Congreso lo "autorice" a hacerlo, en tanto la profesora Stith declara como una "función indispensable[291]" del Congreso bajo la cláusula presupuestaria decidir cuándo "bajo nuestro esquema constitucional... la actividad específica se encuentra... dentro del campo de acciones gubernamentales autorizadas[292]".

Este razonamiento revela una gran debilidad en la teoría de la cláusula presupuestaria de la profesora Stith. Ella constantemente se refiere a "nuestro orden constitucional[293]", aunque el significado de esta frase permanece oscuro, y el sig-

[289] Esta disminución en el rol del presidente sería aún mayor que el caso de la eliminación legislativa del poder de revocación de fondos, eliminación que, según el fiscal general adjunto Joseph Sneed, transformaría al presidente en el "secretario en jefe" de la Nación. Ver Impoundment of Appropriated Funds by the President: Joint Hearings on S. 373 Before the Subcomm. on Impoundment of Funds of the Senate Comm. on Gov't Operations and the Subcomm. on Separation of Powers of the Senate Comm. on the Judiciary, 93d Cong., 1st Sess., 369 (1973).

[290] Const. EE.UU., art. II, § 3.

[291] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1381.

[292] Íd., p. 1361. Resulta ilustrativo que la Constitución Confederada expandió el poder de gasto del presidente: "El Congreso no debería asignar fondos del Tesoro excepto por el voto de las dos terceras partes de ambas Cámaras, por el sí o por el no, salvo que los fondos sean solicitados y estimados por alguno de los ministros y presentados al Congreso por el presidente...". Confederate Const., art. I, § 9, cl. 9 (1861), reimpreso en *The messages and papers of Jefferson Davis and the confederacy, 1861-1865*, ps. 37, 43/44 (A. Nevins & J. Richardson eds., 1966); ver, también, COULTER, E., *The confederate States of America, 1861-1865*, Lousiana State University Press, Boton Rouge, 1950, p. 28: "El Congreso no puede... realizar asignaciones sin una mayoría de dos tercios *a menos* que sea solicitado por el presidente en el proyecto de presupuesto" (énfasis agregado). En otras palabras, los siete Estados que adoptaron la Constitución Confederal menos de 75 años luego de la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos, cambiaron la cláusula de asignaciones presupuestarias contenida en el documento de 1787 de una forma que se encuentra a las antípodas del principio de control presupuestario de la profesora Stith. Jefferson Davis observó que incluso un diario norteño, el *New York Herald* del 19/3/1861, elogió estas y otras modificaciones estructurales que la Confederación había realizado a la Constitución de los Estados Unidos al confeccionar su propio documento" (DAVIS, Jefferson, *The rise and fall of the confederate government*, D. Appleton & Co., Nueva York, 1881, p. 263). Sobre las finanzas públicas de la Confederación, ver, en general, LESTER, Richard, *Confederate finance and purchasing in Great Britain*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1975; TODD, Richard, *Confederate financee*, University of Georgia Press, Athens, 1954.

[293] O "nuestra estructura constitucional" o "nuestro esquema constitucional". STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1344, 1346 (dos veces), 1353, nro. 48 ("nuestro orden democrático"), 1358, 1360, 1361. No está claro si la profesora Stith considera que el "nuestro" se refiere a las visiones

nificado del texto y de la historia de la cláusula presupuestaria —y de los deberes y prerrogativas del presidente enumerados en el art. II— parecen circunstanciales. Consecuentemente, la profesora Stith es capaz de hacer la siguiente afirmación: "Si el Congreso permite al Ejecutivo acceder al fisco público sin un control presupuestario efectivo, *entonces sólo el Ejecutivo* define el alcance y el carácter de la esfera pública, especialmente en áreas que inherentemente requieren de una discrecionalidad ejecutiva significativa[294]". ¿Qué hay del texto de la Constitución? Antes de que hubiera un Gobierno federal tripartito, estuvieron los constituyentes, quienes seguramente pensaron que un propósito importante de su empresa en Filadelfia en 1787 era definir "el alcance y el carácter de la esfera pública[295]". De aquí, no se sigue, como sostiene la profesora Stith, que el presidente vaya a tener poderes dictatoriales para delinear la extensión del Gobierno federal si el Congreso no lo mantiene bajo estricta vigilancia.

A pesar de su preocupación sobre el ejercicio de un poder excesivo por parte del presidente para definir el alcance y el ámbito de la esfera pública, la profesora Stith crea un doble estándar por el cual el Congreso tendría libertad para gobernar la Nación (en cierta forma poco clara, con un igualmente poco claro grado de responsabilidad) sin la participación del presidente o sin el acuerdo del presidente respecto de que las acciones se encuentran dentro del "campo de acciones gubernamentales autorizadas" de la profesora Stith. Ella escribe que "la Constitución no requiere que todas las formas de Gobierno nacional impliquen una acción del Poder Ejecutivo; el Congreso puede ejercer sus facultades constitucionales en otras formas distintas al otorgamiento de autorizaciones al Ejecutivo para actuar en nombre de los Estados Unidos[296]". Ésta es una propuesta misteriosa: ¿Qué podría hacer el Congreso que por un lado sea un acto de Gobierno nacional pero que por otro no sea emprendido por y en nombre del Gobierno de los Estados Unidos? Que el poder de ejecutar la

---

de los constituyentes, o bien a las visiones de algún grupo contemporáneo de pensadores constitucionalistas. Yo presumo, por ejemplo, que ella piensa algo distinto al juez Scalia cuando éste, en su disidencia en "Mistretta v. United States", 109 S.Ct. 647, 683, 1989, se refiere a "nuestra estructura constitucional" como algo que no permitiría "improvisación" respecto de la separación de poderes.

[294] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1345 (énfasis agregado).

[295] Por comparación, los constituyentes en la Constitución Confederada definieron la esfera pública más estrechamente que la extensión de la esfera pública de los Estados Unidos de 1861, en el sentido de que la oficina de correos de la Confederación iba a ser subsidiada por el Gobierno nacional sólo hasta el 1 de marzo de 1863. Confederate Const., art. I, § 8, cl. 7 (1861), reimpreso en *The messages and papers of Jefferson Davis and The Confederacy, 1861-1865*, ps. 37, 42 (A. Nevins & J. Richardson eds., 1966). La Constitución de los Estados Unidos es considerablemente más abierta respecto de la propiedad pública o el subsidio sobre la oficina de correos. Ver PRIEST, George, "The History of the Postal Monopoly in the United States", *18 J.L. & Econ.*, 33, 50-51, 1975: "Es concebible que los autores de la Constitución hayan redactado intencionalmente una cláusula postal que era vaga, para permitir al Congreso tener la opción en el futuro de renunciar a la administración del correo o disminuir el monopolio del mismo... el Congreso, si quisiera... podría simplemente establecer oficinas y designar rutas postales" (notas al pie omitidas).

[296] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1348.

política nacional resida en el Poder Ejecutivo según el art. II no hace más que agregar más misterio al asunto, puesto que dudo que la profesora Stith tenga en mente actos ministeriales tan blandos como la sanción de los miembros del Congreso[297]. Dudo también que ella tuviera en mente solamente la facultad del Congreso para conducir investigaciones[298]. Por el contrario, la profesora Stith infiere fuertemente que la cláusula presupuestaria autoriza al Congreso a dirigir las relaciones internacionales[299]. Sospecho, por lo tanto, que la profesora Stith entiende que el "Gobierno nacional" del Congreso incluye legítimamente las numerosas versiones de la Enmienda Boland[300], las negociaciones del orador de la Cámara de Representantes Jim Wright en Capitol Hill con el presidente nicaragüense Daniel Ortega[301], y el agregado al presupuesto forzando al presidente a cerrar la misión diplomática de la Organización de Liberación Palestina en los Estados Unidos[302], a pesar de que el art. II impone al presidente el deber de "recibir embajadores y otros ministros públicos[303]". No creo que dichos avances parlamentarios sobre el "Gobierno nacional" puedan ser extrapolados de la historia, el texto, y la estructura de la cláusula presupuestaria, particularmente cuando la profesora Stith reconoce inicialmente que dicha cláusula no implica el otorgamiento de una facultad específica al Congreso[304].

[297] Const. EE.UU., art. I, § 5, cl. 2; ver "Powell v. McCormack", 395 US 486, 550, 1969.

[298] Ver "Watkins v. United States", 354 US 178, 187 (1957); "McGrain v. Daugherty", 273 US 135, 174 (1927). Ver generalmente *Congress investigates: a documented history, 1792-1974*, cit.; HAMILTON, James, *The power to probe*, Vitage, Nueva York, 1976, p. 4.

[299] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1383 y n. 198. En forma similar, la profesora Stith sugiere que el "gobierno nacional", llevado a cabo unilateralmente por el Congreso, permite al Poder Legislativo asignar mayores funciones persecutorias a los departamentos independientes. Id., p. 1383, n. 199. A este respecto, ella propone: "La cláusula de fiel ejecución de las leyes no debería ser entendida como el otorgamiento de un poder separado al presidente". Id., p. 1347, n. 15.

[300] Ver *Iran-Contra Report*, cit., ps. 395/407, 489-500; ver, también, MALBIN, Edward, "Legalism versus Political Checks and Balances: Legislative-Executive Relations in the Wake of Iran-Contra", en *The Fettered presidency"*, cit., ps. 273, 275/277.

[301] LEWIS, Ortega, "Proposes Truce but Rebels Object to Terms", *New York Times*, 13/11/1987, p. A1, col. 6; ver, también, ROBERTS, "Reagan-Wright Argument Grows on Central American Policy Role", *NY Times*, 17/11/1987, p. A1, col. 2 (informa sobre el enojo del presidente Reagan sobre las negociaciones del relator Wright con Daniel Ortega).

[302] Ley Anti-Terrorista de 1987, pub. L. nro. 100-204, § 1003, 101 Stat. 1331, 1406.

[303] Const. EE.UU., art. II, § 3; ver, también, "Ambassadors and Other Public Ministers of United States", 7 Op. Att'y Gen. 209 (1855) ("Como presidente designó sus propios representantes de negociación, y sus propios ministros previa consulta del Senado, de modo que redujo o discontinuó una misión a su discreción..."; MARCUS, *Bush Must Protect the Presidency*, *Wall St. J.*, 10/1/1989, p. A18, col. 3 ("ciertos consulados de los Estados Unidos [se requirió que] se mantuvieran abiertos cuando el presidente quiso cerrarlos, aun cuando la Constitución establece claramente que el presidente sólo puede determinar cómo y con quién los Estados Unidos mantienen relaciones diplomáticas").

[304] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1348.

b) Interferencia con la capacidad del presidente de cumplir con sus deberes y ejercer sus prerrogativas bajo el artículo II

Aparte de agrandar el poder del Congreso a expensas del presidente, el principio de control presupuestario de la profesora Stith también socava la capacidad del presidente de cumplir con sus deberes y ejercer sus prerrogativas bajo el art. II. Esta eventualidad es evidente en tres párrafos aparentemente contradictorios en el artículo de la profesora Stith en el cual ella deriva y define su principio constitucional.

1. Un presidente sin recursos constitucionales

La profesora Stith primero afirma que "el Congreso está obligado a proveer fondos para actividades encargadas constitucionalmente", incluso "las actividades constitucionales independiente del presidente[305]". Comparto dicha posición y es inatacable, como expliqué en la parte II. Sin embargo, apenas cuatro frases más tarde, la profesora Stith tira de la alfombra que yace debajo de esta obligación parlamentaria, y revela que para ella se trata de una obligación inejecutable y, por tanto, inefectiva: "Aun cuando el presidente crea que el Congreso ha transgredido la Constitución al rehusarse a proveer fondos para un actividad en particular, el presidente no tiene autoridad constitucional para extraer fondos del Tesoro a fin de financiar dicha actividad[306]".

Encuentro esta propuesta imposible de aceptar. Si la interpretación de la profesora Stith de la potestad presupuestaria es correcta, el Congreso podría, por ejemplo, denegar efectivamente a los negros el derecho a votar al negarle al presidente los fondos necesarios para ejecutar la decimoquinta enmienda, y ni el presidente ni la Suprema Corte podrían hacer nada para proteger dichos derechos electorales. El presidente, actuando dentro de su autoridad oficial, "no podría gastar ni un minuto para hacer una llamada telefónica[307]", a fin de ejecutar dicho derecho constitucional. Obviamente, tal resultado sería contradictorio con el principio derivado de "Lovett" y de los mensajes de veto del presidente Hayes de 1879-80. Por la simple razón de que el Congreso no tiene autoridad para aprobar una ley que suspenda la decimoquinta enmienda, el Congreso no podría alcanzar el mismo resultado a través del uso inteligente de su potestad presupuestaria. Al ampliar las facultades del Congreso, la profesora Stith pierde de vista el hecho de que la justificación de los constituyentes para la separación de poderes fue proteger la libertad individual y alcanzar la fortaleza colectiva.

Pero supóngase que la profesora Stith está en lo cierto y que el presidente no tiene ninguna autoridad constitucional para extraer fondos del Tesoro a fin de financiar la ejecución de las leyes, o para cumplir con cualquier otro de sus deberes y ejercer sus prerrogativas. ¿Qué recurso le queda al presidente? Evi-

[305] Íd., ps. 1350/1351.
[306] Íd., p. 1351 (nota al pie omitida).
[307] Íd., p. 1361.

dentemente ninguno, en tanto la profesora Stith afirma que el Congreso tiene la última palabra en las disputas con el presidente sobre las asignaciones para financiar el cumplimiento de las funciones del Ejecutivo: "Si un tribunal determina que la negación del Congreso a proveer fondos es inconstitucional, uno esperaría que el Congreso acatase dicha decisión judicial y que consecuentemente asignase los fondos. Sin embargo, si el Congreso no lo hiciera, el tribunal no tendría mayor autoridad que el presidente para obligar al Tesoro[308]". A primera vista, esta posición pareciera ser una interpretación estricta de la visión de Hamilton acerca de que el Poder Judicial "no tiene influencia sobre la espada ni sobre el presupuesto[309]". Sin embargo, se vuelve claro que ésta no es del todo la posición de la profesora Stith, desde que ella cree que los tribunales federales tienen autoridad para ordenar a las Legislaturas estaduales que asignen fondos para programas necesarios para "hacer efectivas las garantías constitucionales", como, por ejemplo, la desegregación escolar[310]. Parafraseando al juez Powell, yo inferiría de esta afirmación que el principio de control presupuestario de la profesora Stith relegaría a los Estados "precisamente al rol trivial que los opo-nentes a la Constitución temían que habrían de ocupar[311]". Sin embargo, a la luz del lenguaje de la décima enmienda, y dado que los Estados crearon el Gobierno

[308] Id., p. 1351, n. 34. En defensa de la profesora Stith, debe notarse que Thomas Jefferson de manera similar dijo: "Si la Legislatura no logra aprobar leyes para los censos, para pagar a los jueces y otros funcionarios del Gobierno, para establecer una milicia, para la naturalización según la Constitución... los jueces no pueden emitirles sus *mandamus*...". 10 *The writings of Thomas Jefferson*, p. 160 (P. Ford, 1899). Como explico en la parte VII, sin embargo, la solución de Jefferson contra la ausencia de asignaciones para un curso de acción deseado era simplemente incurrir de cualquier modo en deudas en nombre del Gobierno federal.

La profesora Stith no intenta reconciliar su visión del poder supremo del Congreso para interpretar la cláusula presupuestaria con la insinuación de la Suprema Corte en "Marbury v. Madison", 5 US (1 Cranch) 137, 177 (1803), y su afirmación manifiesta en "Cooper v. Aaron", 358 US 1, 18 (1958), de que ella tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución. Aun cuando uno no esté de acuerdo con la Corte, resulta demasiado simple la ignorancia de este punto por parte de la profesora Stith, particularmente cuando es tan central para la validez de su tesis. Comparar BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, 1962, p. 264 ("Bajo 'Marbury v. Madison'... la Corte está facultada para descifrar la ley de la tierra, y los ciudadanos deben aceptarlo sin criticar. Lo que la Corte diga estará bien, aun cuando no sea correcto, dado que la Corte y sólo la Corte habla en nombre de la Constitución") y 'Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer', 343 US 579, 595 (1982) (J. Frankfurter, en concurrencia) ("El Poder Judicial debería, como este caso lo prueba, intervenir en la determinación de dónde descansa la autoridad entre las fuerzas democráticas de nuestro esquema de Gobierno"), con GUNTHER, "The Subtle Vices of the 'Passive Virtues'. A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review", *64 Colum.L.Rev.*, 1, 25, n. 155 (1964) ("Equiparar la autoridad de los jueces para interpretar la Constitución con la exclusividad de los jueces para hacerlo, es confundir "Marbury v. Madison" con lo dicho en "Cooper v. Aaron").

[309] *The federalist*, nro. 78, p. 465 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

[310] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1351, nro. 34, citando "Jenkins v. Missouri", 855 F.2d 1295 (8th Cir., 1988), cert. granted, 109 S.Ct. 2463 (1989); ver, también, WERMEIL, "Test of Power: Can a Federal Judge Raise Property Taxes? One in Missouri Did", *Wall St. J.*, 2/10/1989, p. A1, col. 1 (el juez Russell G. Clark "casi duplicó el impuesto a la propiedad de la ciudad de Kansas, para pagar la desegregación escolar").

[311] "García v. San Antonio Metro. Transit Auth.", 469 US 528, 575 (1985) (J. Powell, en disidencia).

federal (y no viceversa), no entiendo cómo la profesora Stith puede concluir que un tribunal federal tenga tal poder para compeler la asignación de partidas a nivel estadual pero no a nivel federal.

La profesora Stith sostiene su visión del recurso presidencial limitado y cita la declaración del caso "Hart" de que "el control absoluto del dinero de los Estados Unidos está en el Congreso, y el Congreso sólo es responsable por el ejercicio de este gran poder frente al pueblo[312]". Para mayor apoyo, la profesora Stith se dirige a la Cámara de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia, que se basó en el caso "Hart", para decir que la cláusula presupuestaria "no está definida y el Congreso tiene plenos poderes para darle significado[313]". Pero estas declaraciones no pueden ser interpretadas como si implicaran que el Congreso es libre de interpretar su potestad presupuestaria en una forma que invade los deberes o prerrogativas de otra repartición. Aun cuando el Congreso fuera responsable "sólo frente al pueblo" al interpretar la cláusula presupuestaria, fue para beneficio del pueblo que los constituyentes separaron el poder en tres estamentos distintos. Por tanto, ni siquiera los "plenos poderes" pueden abarcar la facultad de usurpar.

La profesora Stith lleva el argumento más allá: cuando el Congreso se niega a financiar "una actividad inherente al Poder Ejecutivo", el único recurso con el que cuenta el presidente es desplegar sobre el Congreso los "procesos políticos contemplados en la Constitución", particularmente "las elecciones y el juicio político[314]". Evidentemente, un presidente humillado debería pedir al Congreso que enjuicie a la mayoría de sus miembros, a todos aquellos que emitieron votos contra la financiación de las funciones del Ejecutivo. La propuesta es irrealista en términos políticos, y probablemente también en términos de derecho constitucional[315]. La sugerencia de la profesora Stith de que el proceso electoral constituye un tipo de remedio es muy superficial también. Presume que una elección operaría como un plebiscito sobre un único, y relativamente oscuro, tema, mientras la mayoría de las elecciones nacionales parecen focalizarse en una gran variedad de temas. Asimismo, dilataría la resolución de la cuestión hasta el próximo ciclo electoral. Aun así, seguramente habría un debate sobre si los resultados de la elección constituyen un "mandato" de los votantes (lo que sea que ello signifique[316]).

[312] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1386, n. 212 (cita a "Hart v. United States", 16 Ct.Cl. 459, 484 (1880), aff'd, 118 US 62 (1886).

[313] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1392, n. 253 (citando "Harrington v. Bush", 553 F.2d 190, 194 & n. 7, (D.C.Cir., 1977).

[314] STITH, Kate, "Congress...", cit., ps. 1351/1352 y n. 36.

[315] Ver BERGER, Raoul, *Impeachment*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1973, p. 220: "Los legisladores no son pasibles de juicio político por sus actos legislativos —esto es, cuando votan colectivamente sobre proyectos de ley y similares—, asumiendo siempre que los votos individuales como consecuencia de sobornos y corrupción sean distinguibles de los otros".

[316] Adicionalmente, es posible que la naturaleza plural del proceso de toma de decisiones del Congreso vuelva al proceso electoral un freno menos satisfactorio a las violaciones de la sepa-

La profesora Stith sostiene su argumento citando una opinión del procurador general William P. Rogers. De hecho, la opinión de éste contradice categóricamente la premisa implícita de la profesora Stith de que la separación de poderes no limita la potestad presupuestaria del Congreso. Ella cita el siguiente lenguaje: "Posiblemente, bajo [la cláusula presupuestaria] el Congreso podría rechazar del todo la asignación de fondos para ejecutar las leyes, sin importar cuán esencial sea la asignación para el bienestar del país. El remedio en dicho caso sería político[317]". Ella no menciona, sin embargo, que en la misma página el procurador general Rogers dijo: "el Congreso no puede usar sus facultades sobre las asignaciones para alcanzar indirectamente un propósito que no pueda cumplir directamente[318]". Y en la página siguiente, el procurador general, cita a "United States v. Klein[319]", dice: "El poder para asignar... no puede ser ejercido sin respetar los límites constitucionales[320]". "Klein" versaba sobre el otorgamiento de un indulto por parte del presidente —una facultad totalmente discrecional conferida por el art. II—. Como observó el procurador general Rogers[321], la Corte en "Klein" determinó que "es claro que la Legislatura no puede cambiar el efecto de dicho indulto así como el Ejecutivo no puede cambiar las leyes[322]". Dado que Rogers creía que el Congreso no debía utilizar su poder presupuestario para restringir el ejercicio por parte del presidente de su poder discrecional, se sigue, *a fortiori*, que él creía que el Congreso no debía utilizar la potestad presupuestaria para restringir la capacidad del presidente de cumplir aquellos deberes sobre los cuales el art. II no le confiere discrecionalidad alguna. De hecho, Rogers concluía que cuando una "obligación o derecho constitucional del presidente" está en juego "la Constitución no permite ningún avasallamiento indirecto del Congreso sobre esta autoridad del presidente mediante el recurso de agregar condiciones a las asignaciones[323]". Esta conclusión dificilmente sostenga la sugerencia de la profesora Stith de que el procurador general ya ha reconocido que el Congreso podría utilizar su potestad presupuestaria del modo que desee y por tanto podría declarar, cuando esté enfrentado con el Poder Ejecutivo, que tal interpretación de la cláusula presupuestaria, en tanto afecte los deberes y prerrogativas del art. II, es, en definitiva, una cuestión política.

Incluso si uno pasa por alto este problema, ¿por qué el debate del argumento de la profesora Stith no es igualmente plausible como cuestión política? El

ración de poderes, que en el caso del Ejecutivo unificado. Ver *The federalist*, nro. 70, ps. 427/428 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961); SIDAK, *supra* nota 156, ps. 2091/2092.

[317] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1352, n. 36, cita a Cutoff of Funds, cit. nota 196, p. 526 (corchetes reemplazados por Stith).

[318] Cutoff of Funds, cit. en nota 196, p. 526.

[319] 80 US (13 Wall.) 128 (1871).

[320] Cutoff of Funds, cit. en nota 196, p. 530.

[321] Íd.

[322] "Klein", 80 US (13 Wall.) p. 148.

[323] Cutoff of Funds, cit. en nota 196, p. 530.

mecanismo legal por el cual el Congreso protege su potestad presupuestaria es la Ley Anti-Déficit, que prohíbe a cualquier funcionario o empleado de los Estados Unidos realizar gastos o incurrir en obligaciones, ya sea en exceso de las partidas disponibles o en adelanto de ellas, a menos que tenga una autorización legal para hacerlo[324]. "El propósito manifiesto de la Ley Anti-Déficit", opinó el procurador general Benjamin Civiletti en 1980, "es asegurar que el Congreso determinará con qué objeto el dinero del Gobierno será gastado y cuánto se destinará a dicho objeto[325]". Pero claramente nada en la ley permite al Congreso, en pos de su determinación del gasto gubernamental, rehusarse a financiar las actividades que la Constitución garantiza, incluso aquellas que garantiza mediante la imposición de un deber al presidente para cumplir ciertas funciones[326]. Por ejemplo, que el Congreso niega financiamiento para que el presidente cumpla con algo que la profesora Stith coincidirá en que es una "actividad inherente del Ejecutivo", como ser la ejecución de las leyes penales contra los miembros del Congreso que hayan aceptado sobornos. El presidente puede plantarse. Anuncia que considera inconstitucional que el Congreso se niegue a financiar dicha tarea, cumple dicha tarea aun sin partidas asignadas para ello, e indultará a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo acusados bajo la Ley Anti-Déficit por incurrir en obligaciones contra el Tesoro en el cumplimiento de sus funciones. Uno podría revertir el argumento de la profesora Stith y afirmar que el recurso del Congreso contra el presidente se limita a los "procesos políticos contemplados en la Constitución[327]". Si el Congreso piensa que la cuestión es suficientemente importante, déjenlo intentar el juicio político contra el presidente o impedir su re-elección sobre la base de que efectuó gastos de fondos públicos para cumplir con una "actividad inherente al Ejecutivo" sin recibir de antemano el permiso del Congreso.

2. Un presidente dispensable

Luego de afirmar que el presidente no tiene facultad constitucional para obligar al Tesoro, la profesora Stith sugiere en el siguiente de estos tres confusos párrafos la conclusión de que el Congreso puede dejar de financiar el ejercicio por parte del presidente de sus deberes constitucionales en tanto no

[324] Un funcionario o empleado del Gobierno de los Estados Unidos... no debería... hacer o autorizar un gasto en exceso a los montos disponibles en una partida asignada; o... involucrar... al Gobierno en un contrato u obligación que implique el pago de sumas de dinero con anterioridad a que sea efectuada la asignación correspondiente, excepto que se cuente con autorización por ley.

[325] Applicability of Anti-deficiency Act upon a Lapse in an Agency's Appropriation, 4A Op. Off. Legal Counsel 16, 19-20 (1980).

[326] Ver Nota, "Congressional Underappropriation for Civil Juries: Responding to the Attack on a Constitutional Guarantee", *55 U.Chi.L.Rev.*, 237, 251 (1988) (argumenta que la séptima enmienda obliga al Congreso a asignar fondos para juicios civiles por jurado en tribunales federales en casos en los cuales un juicio por jurados habría estado disponible en el *common law* cuando la Constitución fue ratificada).

[327] STITH, "Congress...", cit., p. 1352, n. 36.

sean "deberes constitucionales *indispensables*[328]". Evidentemente, en la visión de la profesora Stith, los constituyentes fueron ambivalentes sobre algunos de los deberes impuestos al presidente por el art. II. Algunos de estos deberes debieron ser meramente ceremoniales o expresiones de deseo para decirlo más breve, "dispensables". De hecho, la profesora Stith manifiesta más temprano en su argumento: "En contraste con la amplia y directa enumeración de facultades legislativas del art. I, la enumeración de las facultades presidenciales del art. II es marcadamente vaga y enfatiza en los aspectos más formales, casi ceremoniales, del liderazgo presidencial[329]".

i) ¿La especificidad textual denota la relativa significancia de las facultades presidenciales?

La visión de la profesora Stith de un presidente que tiene algunos deberes dispensables y otros indispensables sufre de dos concepciones erradas sobre el diseño constitucional. La primera se relaciona con la especificidad textual de la Constitución en general (en oposición a la especificidad del art. II comparada con la de, digamos, el art. I), y se remonta al famoso comentario del jefe de Justicia Marsall en "McCulloch v. Maryland", "no debemos olvidar nunca... que estamos hablando de una Constitución[330]". En la visión de Marshall, una Constitución no puede ser escrita como un digesto de leyes:

> Una Constitución, para contener un acabado detalle de todas las subdivisiones que sus amplios poderes admiten, y de todos los medios por los cuales ellos podrían ejercerse, debería parecerse a un código legal, y apenas podría ser aprehendida por la mente humana. Probablemente nunca sería comprendida por el público. Su naturaleza, por tanto, requiere que sólo sus grandes lineamientos sean resaltados, sus propósitos importantes designados, y los ingredientes menores que componen dichos objetos sean deducidos de la naturaleza misma de dichos propósitos[331].

[328] Íd., p. 1352 (énfasis agregado).

[329] Íd., p. 1347, n. 14.

[330] 17 US (4 Wheat.) 316, 407 (1819).

[331] Íd., en "Martin v. Hunter's Lessee", 14 US (1 Wheat.) 304, 326 (1816), el juez Story escribió: "No estaba en los intereses del pueblo, al redactar esta gran carta de nuestras libertades, disponer especificaciones minuciosas de sus poderes o declarar los medios por los cuales dichos poderes serían ejecutados". Otra decisión por la Corte de Marshall dijo: "Un conocimiento práctico de la acción de uno cualquiera de los grandes departamentos del gobierno debería convencer a todo el mundo de que la cabeza del departamento, en la distribución de sus obligaciones y responsabilidades, está habitualmente compelido a ejercer su discrecionalidad. Él está limitado, en el ejercicio de sus facultades, por la ley; pero no se sigue de ello que él deba mostrar una disposición legal para cada cosa que hace. Ningún gobierno puede ser administrado bajo dichos principios. Intentar regular por ley los minúsculos movimientos de cada parte de la complicada maquinaria de gobierno evidenciaría una imperdonable ignorancia sobre el tema", "United States v. MacDaniel", 32 US (7 Pet.) 1, 14 (1833); ver, también, "Ex Parte Yarbrough", 110 US 651, 658 (1884), sobre el principio de que, al interpretar la Constitución, "lo que está implícito es más una parte del instrumento en tanto que lo que está explícito... es una necesidad, en razón de la incapacidad inherente de poner en palabras todas las facultades derivadas"; STONE, Harlan, "The Common Law in the United States", *50 Harv. L. Rev.* 4, 1936, ps. 22/26.

De esta forma, uno de los propósitos perseguidos con la generalidad textual a lo largo de la Constitución es evitar la complejidad intimidatoria. Esta consideración trae a la mente la observación de Hamilton en *El federalista*, nro. 37: "Todas las leyes nuevas, aunque hayan sido escritas con las mejores aptitudes técnicas y aprobadas a partir de la más completa y madura deliberación, son consideradas más o menos oscuras y equívocas, hasta que su significado sea deducido y aseverado por una serie de discusiones y sentencias particulares[332]".

El juez Story hizo un comentario respecto de la necesidad de adaptarse a circunstancias imprevisibles. Discutiendo la generalidad textual en "Martin v. Hunter's Lessee", escribió que las "facultades de la Constitución están expresadas en términos generales" porque "el instrumento no fue pensado para proveer meramente a las exigencias del corto plazo, sino que fue pensado para perdurar a través de largos períodos de tiempo, cuyos eventos quedaron librados a la inescrutable voluntad de la Providencia[333]". Esta consideración del porvenir pareciera ser un ejemplo de una de las "fuentes de definiciones vagas e incorrectas" a la que Madison etiquetó, en general, como "indistinción del objeto" al abordar brevemente la especificidad textual en *El federalista*[334].

Finalmente, el juez Richard Posner observó, mientras leía el lenguaje amplio de la cláusula sobre castigos crueles e inusuales de la enmienda octava, que "la particularización no sólo habría sido un desperdicio de tiempo sino también habría desencadenado controversias debilitantes, en tanto es más fácil acordar sobre las generalidades que sobre las particularidades[335]". Esto sea tal vez lo que

[332] *The federalist*, nro. 37, p. 229 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961).

[333] 14 US (1 Wheat.), ps. 326/327. El juez Robert Bork hizo un comentario relacionado sobre los constituyentes de la enmienda décimo cuarta que se "refugiaron en la majestuosa y ambigua fórmula: la igualdad frente a la ley" (BORK, Robert, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *47 IND.L.J.1*, 14 [1971]).

[334] *The federalist*, nro. 37, p. 229 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961).

[335] POSNER, Richard, *Law and literature*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1988, ps. 226/227. En una línea relacionada, el juez Posner afirmó que intentar definir "duda razonable" para los jurados en casos criminales, es "como sembrar en tierra infértil". "United States v. Hall", 854 F.2d 1036, 1045 (7th Cir., 1988) (J. Posner, en concurrencia).

Resulta útil comparar las visiones de estos jueces respecto de la especificidad de la Constitución con la visión análoga del profesor Oliver Williamson respecto de la especificidad de los contratos. Es posible (en teoría) escribir contratos que describan todas las contingencias previsibles del mundo y luego prescribir soluciones entre las partes para cada una de dichas contingencias. Sin embargo, los costos de transacción de hacerlo son muy altos. Ver HAYEK, Freidrich, "The Use of Knowledge in Society", *35 Am. Econ. Rev.*, 1945, p. 519. Por lo tanto, sería más eficiente para las partes evitar la especificidad de innumerables situaciones contingentes en su enumeración de derechos y obligaciones bajo el contrato, y en su lugar descansar en un mecanismo alternativo para asegurar que ninguna de las partes actuará con respecto a la otra; dichos mecanismos incluyen la integración vertical y los pactos de confianza. WILLIAMSON, Oliver, *The economic institutions of capitalism*, 1985, p. 69; WILLIAMSON, Oliver, "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *22 J.L. & Econ.*, ps. 233, 236, 1979; conf. GILSON, Ronald, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, *94 Yale L.J.*, 1984, ps. 239, 262. (Sobre el valor de las cláusulas estandarizadas en los contratos de adquisiciones de compañías, como un medio para producir expectativas homogéneas en circunstancias heterogéneas).

Madison quiso decir cuando describió en *El federalista*, nro. 37, la "vergüenza" de que "ningún lenguaje sea tan copioso como para proveer de palabras y frases para toda idea compleja[336]".

La profesora Stith no considera ninguno de estos argumentos a favor de la apertura, antes que el carácter específico, del lenguaje de la Constitución. No está claro que un articulado más explícito de los deberes y prerrogativas contenidos en el art. II evidenciaría una intención de los constituyentes de hacer al presidente "más" poderoso.

Cuando la profesora Stith aborda explícitamente la relevancia de la especificidad textual, ella argumenta que la línea divisoria entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo debería dibujarse a favor del Congreso dado que el art. I es más específico que el art. II cuando define las facultades conferidas al presidente. Esta lógica, sin embargo, presume que los autores de la Constitución Nacional habrían tenido la misma dificultad al definir las responsabilidades legislativas y ejecutivas. Pero no fue así. Dicha paridad en la definición es ilusoria; la búsqueda de simetría conduce a una conclusión errada. "Las facultades del presidente no son tan particularizadas como las del Congreso", escribió el juez Félix Frankfurten en "Youngstown". "Pero facultades no enumeradas no significa facultades no definidas[337]".

No es difícil entender por qué la visión del juez Frankfurten es la más persuasiva. El grado de especificidad textual en una ley o Constitución es una función creciente de la predictibilidad de las tareas confiadas a un actor en particular. Por ejemplo, el Código de Sociedades Comerciales de Delaware dedica considerablemente más detalle de texto a las responsabilidades del directorio de una sociedad de Delaware que a las de sus empleados; de hecho, no hay discusión alguna sobre la responsabilidad del director ejecutivo[338]. Aun así, sería contradictorio para el sentido común concluir que el CEO de una sociedad de Delaware sea débil y ceremonial, y que el directorio sea fuerte y sustancial.

De forma similar, es difícil definir exhaustivamente cada tipo de problema que el presidente de los Estados Unidos debería abordar como figura a la cual la Constitución le asigna el propósito de ejecutar las políticas del Gobierno federal. De hecho, Hamilton apuntó en *Pacificus*, nro. 1, que "el modo diferente de expresión empleado en la Constitución, para referirse a los dos poderes, al Legislativo y al Ejecutivo, sirve para confirmar [la] conclusión" de que "la dificultad de una completa y perfecta especificación de todos los casos de facultades del Ejecutivo naturalmente obliga a utilizar términos generales y volvería improbable que una especificación de ciertas facultades particulares haya sido escogida como sustituto para dichos términos, cuando hayan sido utilizados an-

[336] *The federalist*, nro. 37, ps. 224, 229 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961).

[337] 343 US 579, 610 (1952) (opinión concurrente con la mayoría).

[338] Comparar Del. Code Ann., tit. 8, § 141 (1989) (deberes de los directores) con id., § 142 (detalla los deberes mínimos que deben cumplir los funcionarios de las corporaciones).

teriormente[339]". Una definición exhaustiva del accionar del Ejecutivo es inherentemente difícil de producir en abstracto, en tanto el Ejecutivo es el poder que debe actuar al frente de los momentos de mayor incertidumbre. Un factor que contribuye a esta incertidumbre es la falta de control de la agenda[340]. El presidente no puede evadir sus decisiones sobre la base de la justicia, como puede hacerlo el Poder Judicial, ni tiene el lujo de tiempo inherente a los procesos bicamerales de la Legislatura[341]. La acción del Ejecutivo, como el jazz, está estructurada sobre la improvisación.

ii) ¿Quién decide?

Otro problema con la visión de la profesora Stith, acerca de los deberes presidenciales "dispensables", se relaciona con la vieja cuestión sobre la autoridad de un poder para interpretar la Constitución y obligar a los otros poderes bajo dicha interpretación. ¿Quién decide qué deberes presidenciales son indispensables? Las primeras afirmaciones de la profesora Stith sobre la libertad del Congreso de ignorar al Poder Judicial, en los conflictos con el presidente acerca de las asignaciones necesarias para financiar el cumplimiento de una "actividad inherente al Poder Ejecutivo", llevan a pensar que Stith pone en cabeza del Congreso la facultad de definir, en lugar del presidente, qué partes de su trabajo son "indispensables". Pero esta conclusión sería contradictoria con la presunción legal de que cuando uno de los tres poderes actúa lo hace dentro de sus facultades constitucionales[342]. De hecho, esto nos dice que la profesora Stith no ve propiamente a su cautela de "indispensabilidad" como una *carte blanche* para que el Congreso invada cualquiera de las funciones del Ejecutivo que considera "dispensables"; en su lugar, ve la cautela como una necesaria *limitación* a la potestad presupuestaria del Congreso, aunque una limitación por la cual ella no cree que sea necesario disculparse con el Congreso, desde que la restricción práctica de la cautela sobre el Poder Legislativo es insignificante. "A pesar de que el Congreso no pueda frustrar *completamente* el cumplimiento por parte del presidente de sus deberes constitucionales", concluye la profesora

339 HAMILTON, Alexander, *Pacificus...*, cit., ps. 76, 80.

340 La literatura sobre el control de agenda se focalizó principalmente en el proceso de agenda dentro del Congreso, y no entre el Congreso y el presidente. Ver RIKER, William - WEINGAST, Barry, *Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures*, *74 Va.L.Rev.*, 1988, ps. 373, 386/388.

341 Ver, v.gr., "Youngstown Sheet y Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 629 (1952) (J. Douglas, en concurrencia): el Poder Legislativo opera más lentamente que el Poder Ejecutivo.

342 "INS v. Chadha", 462 US 919, 951 (1983); ver, también, "Letter from Thomas Jefferson to Judge Spencer Roane" (6/9/1819), reimpresa en *The writings of Thomas Jefferson*, ps. 140/141 (P. Ford, 1899). Cada poder del Gobierno "tiene igual derecho para decidir por sí mismo cuál es el significado de la Constitución *en un caso sometido a su consideración*; y específicamente, cuándo actuará en última instancia y sin apelación" (énfasis agregado).

Stith, "se trata de una región periférica del poder del Congreso sobre la potestad presupuestaria y de sus otros poderes legislativos[343]".

c) Neutralidad en la aplicación

Jeane Kirkpatrick ha dicho que "al considerar un sistema constitucional y la ubicación del poder en dicho sistema, usted debe comenzar imaginando que sus opositores más acérrimos eventualmente lo controlarán[344]". Tal vez presuma injustamente que la profesora Stith aprobaría los ejemplos citados en la parte V sobre cómo el Congreso ha utilizado su potestad presupuestaria para vetar la acción del Ejecutivo y enervar al presidente. Sin embargo, los pocos ejemplos que la profesora Stith ofrece sobre cómo su principio de control presupuestario sería aplicado en casos particulares, tienden a reforzar, antes que a rebatir, dicha presunción y demuestran cómo su principio —sea o no neutral en su razonamiento y definición— adolecería de neutralidad en su aplicación[345] y, por tanto, podría ser utilizado para permitir esfuerzos inapropiados para imponer ciertos objetivos políticos preferidos por el Congreso.

Considérese, por ejemplo, la discusión de la profesora Stith sobre la prohibición de la donación de trabajo voluntario contenida en la Ley Anti-Déficit[346]. Ella escribe:

> Las simples palabras de la disposición contra la donación de trabajo voluntario pareciera prohibir toda donación de trabajo personal al Gobierno, excepto que sea autorizado por el Congreso (o que sea necesario en una emergencia). Al igual que la disposición contra el déficit, la prohibición contra el servicio voluntario pareciera ser una parte del amplio principio de control presupuestario. El Gobierno no puede aceptar servicios voluntarios no autorizados dado que todos los recursos disponibles para la actividad gubernamental —todos los factores de producción involucrados en la empresa de "producción" de actividades del Gobierno federal— deben ser autorizados por el Congreso[347].

La afirmación de la profesora Stith, acerca de la disposición contra el servicio voluntario, pareciera ser un principio neutral en su razonamiento y su definición. ¿Cuán neutralmente sería aplicado dicho principio?

En un episodio mucho más publicitado, el profesor Laurence Tribe, de la Escuela de Derecho de Harvard, ofreció gratuitamente sus servicios al Sr. Lawrence Walsh, el fiscal experto independiente, en la investigación sobre posibles actos criminales relacionados con el Asunto Irán-Contra. Los editores

[343] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1352 (énfasis agregado).

[344] KIRKPATRICK, Jeane, "Commentary", en *The fettered Presidency*, cit., p. 44.

[345] Ver BORK, Robert, *The tempting of America*, Free Press, Nueva York - Collier Macmillian, Londres, 1990, ps. 143/153 (Defendiendo la teoría de principios neutros); BORK, Robert, "Neutral...", cit. (lo mismo).

[346] STITH, Kate, "Congress...", cit., ps. 1372/1373 (discutiendo 31 USC § 1342 [1982]).

[347] Íd., ps. 1374/1375.

del *Wall Street Journal* denunciaron al Sr. Walsh, manifestando que la aceptación por parte del Departamento de Justicia del ofrecimiento del profesor Tribe violaría la Ley Anti-Déficit[348]. Stith no está de acuerdo: "Si los servicios del profesor Tribe tenían la clara intención de ser gratuitos, no existía ninguna violación a la disposición contra el servicio voluntario bajo la interpretación prevaleciente de dicha disposición[349]". Pero a pesar de que ella considera que esta interpretación prevaleciente del controlador general y del procurador general es "una interpretación curiosa[350]", la profesora Stith no dice si es o no correcta. Ella la acepta a pesar de que violaría su principio de que "todos los factores de producción involucrados en la empresa de 'producir' actividades del Gobierno federal... deben ser autorizadas por el Congreso[351]", y de que el test legal para saber si el Gobierno federal podría aceptar servicios voluntarios devendría positivamente intrincado, al tener que descubrir si la intención subjetiva del donante es gratuita o interesada. Pareciera que en el proceso de aceptar o rechazar una donación de servicios profesionales, el Gobierno federal debería resolver (al menos implícitamente) una de las cuestiones más espinosas de la filosofía moral, es decir, si el comportamiento altruista es desarrollado sin la expectativa de altruismos recíprocos u otros beneficios económicos[352].

Ahora bien, ¿podría aplicarse el mismo principio si el donante no fuera el profesor Tribe sino el juez Robert Bork, y si la controversia no fuera la acusación de funcionarios del Poder Ejecutivo sino la redacción de la [presentación del *amicus curiae*] por los Estados Unidos en el caso "United States in Webster v. Reproductive Health Service"?[353]. En dicho caso, ¿la prohibición a los servicios voluntarios contenida en la Ley Anti-Déficit debería ser interpretada más rigurosamente, de modo que ya no sea suficiente para que el Gobierno acepte dichos servicios voluntarios la sola palabra del donante de que honestamente no espera nada a cambio por prestar sus conocimientos al Departamento de Justi-

348 CROVITZ, "Walsh Is Above the Law", *Wall St. J.*, 15/3/1988, p. 34, col. 4.

349 STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1373, n. 152.

350 Íd., p. 1373.

351 Íd., ps. 1374/1375. Por supuesto, el Congreso podría "autorizar" la aceptación de servicios voluntarios en un momento determinado aprobando una resolución de ambas Cámaras. Pero a menos que sea presentada al presidente, y sea firmada por el mismo o promulgada por transcurso del plazo, esta resolución no podría ser un medio constitucional por el cual se pueda dejar de lado selectivamente la disposición de la Ley Anti-Déficit sobre servicio voluntario.

352 Comparar POSNER, Richard, *The economics of justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981, ps. 159/160; LANDES, William - POSNER, Richard, "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism", *7 J. Legal Stud.*, p. 83, 1978. POSNER, Richard, "Gratuitous Promises in Economics and Law", *6 J. Legal Stud.*, p. 411, 1977, con NAGEL, Thomas, *The possibility of altruism*, Princenton University Press, Princenton, N.Y. y Clarendon, Oxford, 1970.

353 109 S.Ct. 3040 (1989); conf. "Nomination of Robert H. Bork To Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Sen. Comm. on the Judiciary" (pt. 2), 100th Cong., 1st Sess. 1299: opinión del profesor Laurence Tribe sobre las críticas del juez Bork a "Roe v. Wade", 410 US 113 (1973).

cia? La aceptación por parte de la profesora Stith de la peculiar interpretación de la prohibición de los servicios voluntarios en la Ley Anti-Déficit que permite al profesor Tribe donar sus servicios me hace dudar cuán neutralmente podría ser aplicado su principio de control presupuestario en otros casos políticamente controversiales. Por ejemplo, ¿podría el principio de control presupuestario permitir al Congreso que prohíba al presidente a que asista a fiestas privadas que buscan financiar los esfuerzos del Congreso Nacional Africano para abolir el *apartheid* en Sudáfrica?[354]. Si uno extiende la evaluación que hace la profesora Stith sobre el Asunto Irán-Contra, la respuesta obviamente sería que el Congreso podría hacerlo. Sin embargo, si la evaluación de la profesora Stith es la guía, la respuesta es cuanto menos ambigua.

d) La amenaza tácita de juicio político

Que la profesora Stith esté en lo correcto o yo esté en lo correcto acerca de la facultad implícita del presidente para financiar el cumplimiento de sus deberes y prerrogativas, no es sólo un ejercicio académico, porque la respuesta determina si el presidente actúa dentro de sus facultades constitucionales o si comete un acto enjuiciable cuando gasta sin permiso parlamentario. Violaciones dolosas o con conocimiento de la Ley Anti-Déficit son punibles con una multa que no puede exceder U$S 5000, prisión que no puede exceder de dos años, o ambas[355]. Ciertamente, la violación intencional por parte del presidente de la ley podría constituir un "crimen calificado" y deja al presidente al borde del juicio político[356]. De esta manera, el amparo del Congreso en la Ley Anti-Déficit, para defender su potestad presupuestaria, es equivalente a ampararse en la amenaza implícita de juicio político, tal como reconoce la profesora Stith[357]. De hecho,

[354] Ver Comprehensive Anti-Apartheid Act of 1986, pub. L. nro. 99-440, § 102, 100 Stat. 1086, 1090 (normativa sobre el Congreso Nacional africano); id., § 312, 100 Stat. P. 1103-04 (normativa sobre uso de la violencia y el terrorismo); id., § 603, 100 Stat. p. 1114-15 (establece sanciones civiles y penales por violaciones a las "disposiciones de esta ley").

[355] 31 USC § 1350 (1982). El interventor general ha sido precursor en interpretar la actual Ley Anti-Déficit, 31 USC § 665 (a) (1976), de una forma que podría sujetar al presidente a condenas penales si gastase intencionalmente fondos federales para cumplir un deber constitucional prohibido por un proyecto de presupuesto: "Cuando una ley de presupuesto especifica que la asignación de un departamento no está disponible para un propósito determinado, y el departamento no tiene otros fondos disponibles para dicho propósito, cualquier funcionario del tal departamento que autoriza el gasto de fondos departamentales para el propósito mencionado viola la Ley Anti-Déficit. Desde que el Congreso no asignó fondos para el propósito designado, el gasto puede ser interpretado ya sea como un exceso del monto (cero) disponible para dicho propósito o como un adelanto de las asignaciones hechas para tal propósito. En cualquier caso, hay una violación a la Ley Anti-Déficit". 60 Op. Comp. Gen. 440, 441 (1981). Para una discusión sobre la discreción persecutoria respecto de violaciones a la Ley Anti-Déficit, ver "Applicability of Anti-Deficiency Act Upon a Lapse in an Agency's Appropriation", 4A Op.Off. Legal Counsel 16, 20 (1980).

[356] Const. EE.UU., art. II, § 4.

[357] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1353, n. 48 (sobre "acusación de funcionarios en Inglaterra por mala aplicación de los fondos asignados". Conf. FISHER, Louis, "How Tightly...", cit., ps. 764/765 (argumenta que la solicitud de fondos del presidente a gobiernos

los antecedentes parlamentarios registran declaraciones recientes del representante William Broomfield que reconocen esta afirmación de poder[358].

Claramente, dicha amenaza de juicio político adolece de toda legitimación constitucional, desde que el Congreso podría alterar la separación de poderes si tuviera permitido amenazar al presidente con la persecución penal y la remoción por intentar cumplir ciertos deberes o ejercer determinadas prerrogativas asignadas constitucionalmente al presidente, pero que han sido rechazados por el Congreso. Como sostuvo el profesor Henry Black en 1927, dado que "el otorgamiento de facultades ejecutivas al presidente necesariamente implica que deba estar capacitado para ejercerlas sin ninguna obstrucción o impedimento, se sigue que no puede ser pasible de arresto, prisión o detención, mientras se encuentra cumpliendo los deberes de su cargo[359]". Hamilton señaló un punto similar en 1795 en su *Explanation* acerca de la cláusula presupuestaria, en respuesta a las acusaciones que él, su sucesor en el Departamento del Tesoro, y el presidente Washington, sufrieron por haber cometido una "violación intencional de la Constitución, de las leyes, y de sus juramentos del cargo", por la manera en que ellos erogaron fondos del Tesoro para pagar el salario de Washington[360]. Él escribió:

> Sería muy dura la condición de los funcionarios públicos si incluso una interpretación errada de las cláusulas constitucionales y legales, cometida sin ningún síntoma de intención criminal, contando con la presunción de inocencia en la publicidad y apertura de la conducta, pudiese exponerlos a los odiosos cargos que son preferidos en este caso. Mucho más difícil sería aun su condición si, en la administración de los grandes y complicados asuntos de la Nación, el hecho de que el cálculo errado, que constituiría un comportamiento culposo, vaya a ser analizado con reglas de crítica estrechas y rígidas, por no decir más pedantes que malévolas[361].

El art. II es una autorización de ley —ley que tiene supremacía sobre cualquier otra ley— por la cual el presidente puede obligar al Tesoro por la suma mínima razonablemente necesaria para poder cumplir con sus deberes y ejercer

---

extranjeros y ciudadanos privados para solventar su implementación de la política exterior sería una ofensa pasible de acusación).

[358] V.gr., 133 Cong.Rec. E 4196 (diario del 28/10/1987): "El Congreso tiene una amplia potestad presupuestaria para poner fin a cualquier expedición militar si así lo desea. Y puede sentar en el banquillo a cualquier presidente que desconozca flagrantemente su voluntad respecto del gasto de los fondos públicos" (comentarios adicionales del rep. Broomfield, en "Ranking Minority Member on the Committee on Foreign Affairs", citando a YODER, "War Powers Resolution Doesn't Apply in Gulf", Atlanta Const., 20/10/1987, p. A23, col. 1).

[359] BLACK, Henry, *Handbook of American Constitutional Law*, 4ª ed., West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1927, § 81, p. 121.

[360] HAMILTON, Alexander, *Explanation...*, cit., p. 123.

[361] Id., p. 152. Ver, también, "Message to the House of Representatives Returning Without Approval the Foreign Relation Authorization Act", Fiscal Years 1990 and 1991, *25 Weekly Comp. Pres.Doc.*, 1806 (21/11/1989).

sus prerrogativas constitucionales[362]. Concluir de otro modo requeriría que uno haga la falsa presunción de que el Congreso puede modificar el art. II a través de la sanción de una mera ley, la Ley Anti-Déficit.

VII. NECESIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de control presupuestario de la profesora Stith facultaría al Congreso a denegar las partidas necesarias al presidente para cumplir con sus obligaciones constitucionales. Su visión no cambia demasiado ni siquiera cuando el presidente concluye en que debe, en ausencia de asignaciones, gastar fondos e incurrir en obligaciones contra el Tesoro para poder responder a una emergencia. Bajo dichas circunstancias, la profesora Stith aun cree que el presidente viola la cláusula presupuestaria, pero que la excepción de la necesidad excusaría su responsabilidad. Sin embargo, el presidente carga con el riesgo de que su excepción de necesidad sea rechazada. En tiempos de crisis genuinas, por tanto, la versión de la cláusula presupuestaria de la profesora Stith inhibiría al presidente para actuar con decisión y celeridad.

No estoy de acuerdo con la visión de la profesora Stith sobre la separación de poderes. Un presidente que obliga al Tesoro cuando debe responder a una crisis no necesita quedar a merced del Congreso. Como sostuve en la parte II, el presidente tiene una potestad presupuestaria implícita para cumplir los deberes y ejercer las prerrogativas especificadas en el art. II.

Esta parte comienza examinando la razón de la necesidad pública que la profesora Stith propone como una excepción a su principio de control presupuestario. Considero que la "necesidad" es muy ambigua como para constituir un principio constitucional confiable y de hecho fue utilizada por el presidente Jefferson para justificar actos de dudosa constitucionalidad. Como resultado, concluyo que la defensa de la necesidad por parte de la profesora Stith disminuiría la sensación de que el presidente vaya a apegarse al principio de legalidad.

a) La defensa de la necesidad: salus populi maxima lex

La profesora Stith no ahorra palabras para decir que el presidente no tiene poder para cumplir con sus deberes y ejercer sus prerrogativas en ausencia de asignaciones, aun cuando sea inconstitucional que el Congreso se niegue a financiar la acción del Ejecutivo: "El Congreso podría violar la Constitución al no proveer fondos para las actividades presidenciales independientemente autorizadas por la Constitución. Sin embargo, un reclamo presidencial por tal

[362] El interventor general opinó en varios casos que una violación de la Ley Anti-Déficit no sucede cuando una norma requiere a un departamento del ejecutivo que lleve adelante determinadas acciones que crean obligaciones más allá de lo presupuestado. Ver 44 Op. Comp. Gen. 89, 90 (1964); 39 Op. Comp. Gen. 422, 426 (1959); 31 Op. Comp. Gen. 238, 239 (1955); 28 Op. Comp. Gen. 300, 302 (1948); 15 Op. Comp. Gen. 167, 169 (1935).

violación, no otorga al presidente autorización bajo la Constitución para gastar en ausencia de asignación[363]". Este razonamiento podría implicar, por ejemplo, que el presidente Hayes estuvo equivocado sobre la inviolabilidad de su poder para proteger los derechos electorales de los ciudadanos negros en caso que el Congreso le negase el dinero para ello[364].

Hasta la profesora Stith parece insegura respecto de las implicaciones de tan amplia afirmación. Probablemente intuyendo lo implausible de su posición, ella se cubre y resume la excepción de necesidad: a pesar de que "el gasto presidencial en ausencia de asignaciones es *ultra vires*", hay, sin embargo, una vasta, aunque nebulosa, excepción al principio del control presupuestario "cuando existe una emergencia[365]". En una emergencia, "el presidente, para justificar el gasto, podría decidir que existen principios más fundamentales que el requerimiento constitucional de asignaciones[366]". Kate Stith cita como ejemplo el gasto de US2 millones del presidente Lincoln en adelanto de asignaciones al momento del estallido de la Guerra Civil y mientras el Congreso se encontraba en receso, al cual Lincoln consideró necesario para salvar al Gobierno federal del colapso[367]. Ella luego cita con aprobación la siguiente declaración efectuada en un estudio sobre la facultad de asignaciones efectuado por el profesor Lucius Wilmerding en 1942 (un estudio que al mismo tiempo parafrasea a Thomas Jefferson, sin hacer referencia): "Hay ciertas circunstancias que constituyen una ley de necesidad y auto-preservación y que vuelven suprema a la *salus populi* por sobre la ley escrita[368]".

[363] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1362, n. 89.

[364] El profesor Thomas McGarity probablemente compartiría el argumento de la profesora Stith: "El deber del presidente de hacer que las leyes sean fielmente ejecutadas no implica una obligación del Congreso de asignar ningún nivel de financiamiento en particular para auxiliar al presidente", "Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking", *36 AM.U.L.Rev.*, ps. 443, 474 (1987). Evidentemente, también lo haría el profesor Laurence Tribe: "El presidente claramente no puede gastar fondos no asignados para 'ejecutar las leyes'. En suma, es el Congreso quien debe proporcionar los medios a través de los cuales el presidente pueda cumplir sus deberes; el presidente no puede arrogarse facultades legislativas haciendo referencia a esta cláusula". TRIBE, Laurence, *American...*, cit., p. 187, n. 7.

[365] STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1351.

[366] Id.

[367] Ver "Proclamation of Abraham Lincoln" (15/4/1861), reimpreso en *Messages and papers of the Presidents*, p. 3214 (J. Richardson, 1897); "Lincoln's Letter to Congress", cit., ps. 3278, 3279.

[368] STITH, Kate, "Congress...", cit., ps. 1351/1352, n. 35 (citando a L. Wilmerding, cit. en nota 169, p. 12). Jefferson escribió sobre circunstancias que "constituían un derecho de necesidad y auto-preservación, y puso la ley suprema del *salus populi* por sobre la ley escrita". "Letter from Thomas Jefferson to John B. Colvin" (20/9/1810), reimpresa en *The writings of Thomas Jefferson*, ps. 279, 281 (P. Ford, 1898) [en adelante, "Jefferson's Letter to Colvin"].

1. *Salus populi maxima lex*

El bienestar del pueblo es la ley suprema[369]. En derecho anglosajón, esta máxima puede encontrarse por lo menos tan lejos como en los comentarios[370] de Sir Edward Coke y en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke[371]. Pero el hecho de que la máxima sea antigua no significa que sea rigurosa. Como máxima legal, no estuvo necesariamente limitada a instancias en las cuales el Ejecutivo debía afirmar su poder en ausencia de leyes escritas. La máxima ha sido utilizada como lógica para el ejercicio expansivo del poder de policía[372] y del poder de expropiación[373], y para casos de la era del *New Deal* en que había que defender la moratoria declarada por el Gobierno federal para las ejecuciones hipotecarias[374], en desconocimiento de las cláusulas contractuales[375]. Menos explícitamente, la máxima también parece haber influenciado el razonamiento del *Common Law* sobre los casos de "estado de necesidad" en derecho de daños[376], en los cuales una persona en situación de pobreza podría ser excusada de ocupar la propiedad ajena, en tanto (en algunos casos) pague el costo marginal de su uso (tal como el costo de las reparaciones necesarias de la propiedad en uso).

Por supuesto, el *Common Law* es por definición ley no escrita[377]. Por tanto, si la lógica del *salus populi* impregnó al *Common Law*, entonces su influencia pareciera ser, desde una perspectiva positiva, una vaga escritura de una norma de eficiencia o principio de bienestar aún más amplio, similar al principio de Pareto con la compensación de Hicks-Kaldor[378]. De esta manera,

[369] Algunas veces la máxima aparece como *salus populi est suprema lex*. V.gr. "West River Bridge Co. v. Dix", 47 US 507, 545 (1848) (J. Woodbury, en concurrencia).

[370] 13 COKE, Edward, *Institutes of the laws of England*, M. Flescher & R. Young, Londres, 1642, p. 139.

[371] LOCKE, John, *Second...*, cit., § 158, ps. 419/420.

[372] "St. Louis y S.F. Ry. v. Matthews", 165 US 1, 23-24 (1897) (cita a "Beer Co. v. Massachusetts", 97 US 25, 33 (1877)); "Workman v. New York City", 179 US 552, 585 (1900) (J. Gray, en disidencia).

[373] "Dix", 47 US ps. 535/536.

[374] Const. EE.UU., art. I, § 10, cl. 1.

[375] "Lingo Lumber Co. v. Hayes", 64 S.W.2d 835, 839-40 (Tex. Civ. App. 1933), cita "Blaisdell v. Home Bldg. & Loan Ass'n", 189 Minn. Minn 422, 448, 249 NW 334, 893 (1933), aff'd, 290 US 398 (1934)). Sin embargo, ver "Chicago Bd. of Realtors, Inc. v. City of Chicago", 819 F.2d 732, 743-44 (7th Cir., 1987) (Easterbrook y Posner, en concurrencia), criticando la doctrina sobre la cláusula del contrato moderno); EPSTEIN, Toward, "A Revitalization of the Contract Clause", *51 U.Chi.L.Rev*, 1984, ps. 703, 735/738 (en el mismo sentido).

[376] "Vincent v. Lake Erie Transp. Co.", 109 Minn. 456, 124 NW 221 (1910); "Ploof v. Putnam", 81 Vt. 471, 71 A. 188 (1908); ver, también, EPSTEIN, "Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent", *102 Harv.L.Rev.*, 5, p. 18 (1988) sobre los casos de estado de necesidad privada.

[377] Ver, en general, HALE, M., "The history of the common law of England", 1713 (C. Gray, 1971).

[378] Ver, v.gr., POSNER, Richard, *The economics...*, cit. en nota 348, ps. 11/15.

el *salus populi* tal vez incentiva todas las defensas de necesidad del *Common Law*, sea que se trate de ocupar una propiedad ajena, incumplir un contrato, o cometer un homicidio[379].

Pero esa cuestión es independiente de la pregunta sobre cómo el *salus populi* ingresó e influenció al derecho público norteamericano. Aun para esta pregunta más puntual, el *salus populi* podría ser tan abstracto como la declaración del preámbulo de "promover el bienestar general" "a fin de formar una Unión más perfecta[380]". Por ejemplo, un abogado en el caso "Ex Parte Millinega" argumentó: "La máxima es revolucionaria y expresa simplemente el derecho de resistir a la tiranía sin prestar atención a las formas preestablecidas[381]". De esta forma, aun en el derecho público norteamericano, el concepto debería ser desambiguado antes de servir a los propósitos de la profesora Stith. Dentro del campo del derecho constitucional, el *salus populi* puede haber ingresado al pensamiento norteamericano sobre la separación de poderes a través de *El espíritu de las leyes* de Montesquieu[382], a quien Jefferson admiraba, aunque con cierto escepticismo[383]. Montesquieu escribió: "Cuando aquella ley política que ha establecido en el reino cierto orden de sucesión, se vuelve destructiva para el cuerpo político para cuyo bien fue dictada, no existe duda alguna de que debe sancionarse otra ley política para cambiar la anterior; ley que será tan opuesta a la anterior que en definitiva estará ajustada a la misma, al punto de que ambas dependen del mismo principio: La seguridad del pueblo es la ley suprema[384]".

Ampararse en este concepto jeffersoniano de ley no escrita para elaborar una teoría de la potestad presupuestaria que se preocupa tan profundamente del Asunto Irán-Contra, es ciertamente irónico, en tanto fue durante la investigación parlamentaria sobre dicho asunto que Fawn Hall, la secretaria del coronel lugarteniente Oliver North en el Consejo de Seguridad Nacional, testificó (en un comentario que luego fue borrado de las actas) que ella creyó que su ayuda en la destrucción de documentos clasificados estaba justificada porque "algunas veces simplemente debes pasar por sobre la ley escrita[385]". El comentario de la

[379] Ver, v.gr., HALL, Jerome, *General Principles of criminal law*, 2ª ed., Bobbs-Merril. Indianapolis, 1960, p. 416.

[380] Const. EE.UU., preámbulo; ver St. George Tucker, "The General Welfare", *8 Va.L.Rev.*, 1922, p. 167.

[381] 71 US 2, 81 (1866) (opinión del procurador).

[382] MONTESQUIEU, Charles L. de S., *The Spirit...*, cit., cap. 33, p. 368.

[383] "Letter from Thomas Jefferson to Thomas Mann Randolph" (30/5/1790), reimpreso en *The papers of Thomas Jefferson*, Lousiana State University Press, Baton Rouge, ps. 448, 449 (J. Boyd, 1961); ver, también, CUNNINGHAM, Noble, *In pursuit of reason: the life of Thomas Jefferson*, 1987, ps. 16, 29/30.

[384] MONTESQUIEU, Charles L. de S., *The Spirit...*, cit., cap. 23, p. 368.

[385] BUTTERFIELD, Fox, "Key North Memo Altered by Hall", *New York Times*, 10/6/1987, p. A15, col. 10; ver también SAFIRE, "Waiting for the Docudrama", *New York Times*, 15/6/1987, p. A17, col. 1. Un miembro de la Comisión Irán-Contra reconoció esta similitud entre el testimonio de Ms. Hall y la teoría de Jefferson del *salus populi Iran-Contra Report*.

señora Hall encierra la teoría jeffersoniana de necesidad pública —la misma teoría sobre la cual la profesora Stith se basa implícitamente, sino explícitamente, para autorizar la única excepción a su principio de control presupuestario—.

Jefferson era un defensor entusiasta del argumento del *salus populi*. En 1807, cuando el buque de guerra británico Leopard atacó la fragata norteamericana Chesapeake, el presidente Jefferson ordenó el reabastecimiento de insumos militares en ausencia de asignaciones —por la "ansiedad de salvar a nuestro país"—, y más tarde buscó la ratificación del Congreso a los gastos efectuados[386], la cual fue rápidamente otorgada por el Congreso sobre la base del *salus populi*[387]. "Haber esperado una autorización legal previa y especial", escribió Jefferson, "hubiese generado una pérdida de oportunidades que no habrían podido ser recuperadas[388]". El juez Abraham Sofaer criticó la excusa de celeridad que Jefferson esgrimió: "Antes de intentar legitimar sus órdenes bajo la Constitución, él justificó las adquisiciones sobre la base de la emergencia, confiando en que la legislatura perdonaría su conducta[389]".

A lo largo de sus dos períodos como presidente, Jefferson se amparó en una amplia teoría del *salus populi*, que no se limitaba únicamente a los gastos necesarios para cumplir con los deberes del presidente en su carácter de comandante en jefe. La instancia de acción más notable basada en dicha creencia fue el gasto por parte de Jefferson de U$S 15 millones en 1803 para comprar el territorio de Luisiana a Francia[390]. En una carta de respuesta al cuestionamiento de un editor en 1810, luego del fin de su presidencia, Jefferson le contestó a John Colvin que un funcionario del Poder Ejecutivo a veces tiene el deber de desobedecer la ley:

> La pregunta que usted propone, acerca de si ocurren circunstancias que imponen a los funcionarios de alto rango el deber de asumir facultades más allá de la ley, es fácil de responder en principio, pero algo vergonzante en la práctica. Una estricta observancia de la ley escrita es una de las obligaciones más importantes de un buen ciudadano, pero no es la más importante. Las leyes de la necesidad, de la

---

cit., p. 667 (con opiniones adicionales del legislador Henry Hyde). El juez Gerhard Gesell, sin embargo, aclaró al jurado que rechazaba la excusa del *salus populi*, diciendo que "ni el presidente ni cualquiera de los superiores de los defendidos tenían la autoridad legal para ordenar a cualquiera que violase las leyes". LARDNER, George, "North Not Authorized to Break Law, Jury Told", *Wash. Post*, 21/4/1989, p. A1, col. 5; ABRAMSON, "Gesell's Instructions to Jury in North Case Could Play Pivotal Role in Deliberations", *Wall St. J.*, 21/4/1989, p. B9, col. 1.

386 JEFFERSON, Thomas, "Seventh Annual Message to Congress", 1807, reimpreso en *Messages and papers of the Presidents*, 1897, ps. 413, 414/415, 416.

387 17 Annals of Cong. 832, 840, 848, 1807.

388 JEFFERSON, Thomas, "Seventh...", cit., p. 416.

389 SOFAER, Abraham, "The President...", cit., p. 22.

390 JEFFERSON, Thomas, "Third Annual Message to Congress", 1803, reimpreso en *Messages and papers of the Presidents*, ps. 345, 346 (J. Richardson, 1897); ver, también, FISHER, Louis, *President*, cit., p. 229. Jefferson compró a Louisiana aun cuando el monto por el cual acordó pagar excedía las instrucciones dictadas por el Congreso.

auto-preservación, de salvar nuestro país cuando se encuentra en peligro, son obligaciones más importantes. Perder nuestro país por un escrupuloso apego a la ley escrita significaría perder la ley misma, junto con la vida, la libertad y la propiedad, y con todos aquellos que se regocijan sacrificando el fin a los medios[391].

Estas observaciones recuerdan a los comentarios de Lincoln posteriores al estallido de la Guerra Civil. Sin embargo, el razonamiento que aquellas observaciones siguen difiere significativamente de los comentarios de Lincoln. Y estas diferencias dejan ver la falacia del amparo por parte de la profesora Stith en la excusa jeffersoniana del *salus populi* para admitir las acciones presidenciales no autorizadas.

En las oraciones que siguen inmediatamente al pasaje arriba citado, Jefferson intentó ilustrar su idea general y cita varios ejemplos de la necesidad que tuvieron George Washington y otros para destruir propiedades privadas mientras luchaban contra los británicos durante la Guerra Revolucionaria. Pero luego Jefferson da un ejemplo un tanto diferente sobre la necesidad privada: "Un barco en el mar falto de provisiones, se encuentra con otro que tiene abundancia de provisiones y que se niega a brindarle suministros; la ley de la auto-preservación autorizaba al barco desprovisto a tomar suministros por la fuerza[392]". Este ejemplo es curioso porque no vislumbra ningún peligro de invasión exterior o rebelión interior. El daño a evitar es la pérdida de la vida, pero no la pérdida de la vida causada por una acción de Gobierno o por una acción rebelde al Gobierno. Puesto de forma diferente, el ejemplo de Jefferson sobre la necesidad privada no es ni siquiera lo que Montesquieu previó en su comentario sobre el *salus populi* cuando hablaba de una "ley política... que se volviera destructiva para el cuerpo político".

Es asimismo significativo que Jefferson perdonaba el gasto presidencial no autorizado no sólo cuando la defensa nacional estaba en riesgo inminente, tal como fue percibido en el incidente de Chesapeake, sino también cuando surgen oportunidades atractivas, como la de comprar un territorio al oeste de Mississipi para propósitos de seguridad a largo plazo o, simplemente para futuras expansiones hacia el oeste[393]. En particular, Jefferson apoyó la adquisición no autorizada de todo el territorio de Luisiana por U$S 15 millones en abril de 1803, aun

[391] "Jefferson's Letter to Colvin", cit., p. 148. John Colvin fue editor del Republican Advocate en Fredericktown, Maryland. Ver *The life and selected writings of Thomas Jefferson*, p. 606, n. 1 (Adrienne Koch & William Peden eds., The Modern Library, Nueva York, 1944).

[392] "Jefferson's Letter to Colvin", cit., p. 147.

[393] Estoy en desacuerdo, por tanto, con el profesor Lobel, quien sostiene sobre la base de la carta enviada por Jefferson a Colvin en 1810 que "la posición jeffersoniana implícitamente sostiene que leer la Constitución para otorgar amplios poderes de emergencia al Ejecutivo es imprudente, en tanto ello conduciría inevitablemente a numerosas afirmaciones de poderes ejecutivos injustificados bajo las emergencias actuales" (LOBEL, Jules, "Emergency Power and the Decline of Liberalism", *98 Yale L.J.*, 1989, ps. 1385, 1396/1397). De mi lectura de la carta de Jefferson a Colvin, *supra* nota 368, no veo que indique ninguna reticencia de parte de Jefferson en defender amplios poderes para el Ejecutivo en nombre de la necesidad.

cuando en enero de 1803 habría recibido una autorización del Congreso para obligar al Tesoro por sólo U$S 2 millones para la compra de Nueva Orleans o Florida Oeste[394], Jefferson explicó sus opiniones en 1810:

> Supóngase que fue puesto en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Unión en el otoño de 1805, que podíamos tener las Floridas por una suma razonable, que dicha suma de hecho no había sido asignada por ley, pero que el Congreso se estaba por reunir en tres semanas y probablemente la asignaría en el primer o segundo día de sesiones. ¿Debería el presidente, por la gran ventaja que representa para su país, arriesgarse a sí mismo trascendiendo la ley y efectuando la compra? La ventaja pública ofrecida, en este caso supuesto, era en efecto inmensa: pero una reverencia a la ley, y la probabilidad de que la ventaja pueda aun cumplirse legalmente en un retardo de sólo tres semanas, eran razones poderosas contra la inobservancia de la ley. Pero supóngase que se prevé que un John Randolph encontraría medios para dilatar la cuestión en el Congreso hasta la siguiente primavera. ¿Debería el Poder Ejecutivo, en ese caso, y con dicho conocimiento de antemano, asegurar dicho bien para el país, y quedar a merced de la justicia por la transgresión de la ley? Yo pienso que debería, y que su acto habría sido aprobado[395].

El razonamiento de Jefferson es problemático. Su ejemplo sería equivalente al presidente Reagan, pensando que habría una inmensa ventaja pública en la financiación a los contras, autorizando personalmente el desvío de ingresos públicos recibidos de la venta secreta de armas a Irán, a pesar del claro rechazo del Congreso de asignar dinero para los contras.

La excepción de necesidad de la profesora Stith queda aún más socavada por el hecho de que la discusión de Jefferson sobre el poder del presidente para justificar los gastos no autorizados sobre la base del *salus populi* ni siquiera menciona al art. II de la Constitución. Esta omisión es consistente con la evaluación que realiza el juez Sofaer acerca de la predilección de Jefferson, ilustrada en el incidente Chesapeake, de no defender sus gastos no autorizados sobre la base de poderes implícitos en la Constitución. A diferencia de Lincoln, quien intentaba derivar su ejercicio de las prerrogativas del Ejecutivo del texto o de la estructura de la Constitución, o del simple propósito de la existencia de dicho documento, Jefferson evidentemente creía que la política, y no la Constitución, proveía el freno efectivo al abuso de la acción presidencial. En su carta a Colvin de 1810 escribió:

> Incumbe sólo a aquellos que aceptan altos cargos, arriesgarse a sí mismos en ocasiones importantes, cuando la seguridad de la nación, o cuando algunos de sus intereses más altos se encuentran en juego. Un funcionario está obligado a obedecer órdenes; aunque sería un mal funcionario aquel que lo hiciera en casos en los cuales no se supone que lo hiciera y donde están involucradas las consecuencias más importantes. La línea de separación entre los casos puede ser difícil de trazar;

[394] Ver, v.gr., WALTERS, Raymond, *Albert Gallatin: Jeffersonian...*, cit., ps. 152/154.
[395] "Jefferson's Letter to Colvin", cit., p. 147.

pero el buen funcionario está obligado a trazarla a su propio riesgo, y a quedar a merced de la justicia de su país y a la rectitud de sus motivaciones[396].

El profesor Jules Lobel sostiene que "el presidente Thomas Jefferson adhería a la idea de que *la Constitución* limitó cuidadosamente el Poder Ejecutivo de emergencia y por tanto reconocía abiertamente que ciertas acciones de emergencia eran ilegales y requerían la ratificación pública del Congreso[397]". Yo no estoy de acuerdo. La carta de Jefferson a Colin sostiene una conclusión contraria —a saber, que Jefferson creía que la facultad del presidente de gastar provenía de ciertas fuentes no escritas antes que del texto de la Constitución, y que dicha afirmación del poder presidencial estaba controlada no por el principio de legalidad, sino por el poder político contrapuesto del Congreso.

b) La excusa de todo tirano

A fin de cuentas, la máxima del *salus populi* es una caja vacía. ¿Quién define lo que sirve al bienestar público? ¿Qué intereses sociales menores, reflejados en las leyes que el presidente desobedecerá, vale la pena sacrificar? ¿Es aplicable la máxima a otros supuestos distintos al ataque exterior o a la rebelión interior, como Jefferson evidentemente creía? Y, reconociendo que existan ciertas eficiencias creadas al delegar decisiones en aquellos que cuentan con mayor información u otras ventajas comparativas, ¿qué impide al presidente delegar estas determinaciones de *salus populi* en las Fawn Halls y en los Ollie Norths del Poder Ejecutivo?

Es peligroso e innecesario construir una lógica del Poder Ejecutivo basada en una "ley superior", que no es otra cosa que una "Constitución no escrita[398]". Si el bienestar del pueblo es la ley superior, también es la excusa de todo tirano —una nota resaltada fuertemente en 1948 en el libro del profesor Clinton Rossiter titulado sin rodeos como *Dictadura constitucional*[399]—. La ley de la necesidad, escribió el profesor Rossiter, "es poco mejor que una racionalización de la acción de emergencia ilegal y extra-constitucional[400]". La vaguedad del *salus populi*, particularmente en su variedad jeffersoniana, pone un amplio campo de la acción presidencial fuera de cualquier ley o principio constitucional. Contrariamente, la única razón para tener una Constitución y un derecho constitucional es para someter la acción gubernamental al principio de legalidad.

396 Id.

397 LOBEL, Jules, "Emergency...", cit., p. 1392 (énfasis agregado).

398 Ver CORWIN, Edward, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law" (pts. 1 y 2), *42 Harv.L.Rev.*, 149 (1928), *42 Harv.L.Rev.*, 365 (1929); GREY, Thomas, "Do We Have an Unwritten Constitution?", *27 Stan.L.Rev.*, 703 (1975).

399 ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship: crisis government in the modern democracies*, Princeton University Press, New Jersey, 1948.

400 Id., p. 11 y nro. 7.

Así, el argumento de la profesora Stith sobre la excepción de necesidad es inconsistente con el principio de legalidad. Ella dice que el Congreso debería tener la capacidad de decirle al presidente "Adelante, viole la ley si usted piensa que es necesario" (convenientemente, para el Congreso su principio de control presupuestario garantizaría que el presidente tenga que violar la ley con frecuencia para cumplir con muchos de sus deberes ordinarios bajo el art. II). "Si nosotros aprobamos su ilegalidad luego de cometido el hecho", el Congreso diría entonces al presidente, "no lo enjuiciaremos; ahora bien, si no la aprobamos, lo enviaremos a juicio político". Como expuso Lucius Wilmerding en 1943, y como la profesora Stith evidentemente acuerda: "Los altos funcionarios del Gobierno, y *a fortiori* el presidente, tienen el derecho, y en efecto el deber, de hacer lo que entienden es indispensable para el bien público, *siempre que sometan sus acciones al Congreso para la aprobación del procedimiento*[401]".

Esta lógica, decorosamente llamada "ratificación posterior al gasto[402]", amplía el veto legislativo hasta abarcar cada acción para la cual el presidente tiene un deber que cumplir pero respecto de la cual el Congreso no asignó dinero alguno. Es una invitación no sólo al Congreso para usurpar el Poder Ejecutivo, sino también para que el presidente se vuelva un tirano —en tanto tendrá que actuar frecuentemente "fuera de la ley" (que es lo mismo que decir, sin observar la ley) y utilizar consecuentemente su poder político para impedir el juicio político—. Una de las razones por las cuales Alexander Hamilton se oponía a la excesiva especificidad de la Constitución era su creencia de que "limitar al Gobierno con restricciones que no pueden ser observadas" produciría una falta respecto de aquellas restricciones que deben ser observadas[403]. Él creía que "cada violación a las leyes fundamentales, aun cuando fuera realizada por necesidad, perjudica la reverencia sagrada que debe ser mantenida en el corazón de los gobernantes hacia la Constitución de un país, y sienta un precedente para otras violaciones en las cuales el mismo pretexto de necesidad no existe del todo, o es menos urgente y palpable[404]".

401 WILMERDING, Lucius, "The Spending...", cit., p. 19 (énfasis agregado).

402 Íd., ps. 18/19, n. 31 (citando 68 Cong. Rec. 2979 [1923]) (comentarios del rep. Chindblom); conf. "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 611 (1952) (J. Frankfurter, en concurrencia) (justifica la medida de Lincoln sobre los ferrocarriles durante la Guerra Civil, en parte dado que "su disposición fue ratificada por el Congreso"); "Prize Cases", 67 US (2 Black) 635, 671 (1863): "Si el presidente tenía de cualquier manera poderes asumidos que necesitaban de la autorización o aprobación previa del Congreso, [entonces] teniendo en cuenta el conocido principio general del derecho, *omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato equiparatur*, esta ratificación ha operado curando perfectamente el defecto").

403 *The federalist*, nro. 25, p. 167 (A. Hamilton) (C. Rossiter, 1961).

404 Íd., La excepción de necesidad de la profesora Stith es, por tanto, una invitación a expandir el poder del Estado con relación a los individuos. Ver JOHNSON, Paul, *Modern times: the world from the twenties to the eighties*, Harper & Row, Nueva York, 1983, ps. 14/17; HAYEK, Friedrich, *The road to serfdom*, University of Chicago Press, Chicago, 1944; HAYEK, Friedrich, *The constitution of liberty*, cit., p. 190. Que el principio de control presupuestario pueda crear este peligro resulta doblemente paradójico en la afirmación de Stith de que el principio es integral para

Más aún, sostenerse en la "ratificación [parlamentaria] posterior al gasto" es problemático en términos de principios generales del derecho y muy posiblemente sea inconstitucional. En términos de principios generales del derecho, es elemental que el principio de legalidad requiere que la legislación prevea el futuro y la generalidad[405]. El otorgamiento de una aprobación retroactiva a ciertas acciones específicas del presidente no es obviamente ni algo futuro ni general. Esta misma deficiencia hace surgir problemas constitucionales. El juez Holmes describía la acción legislativa como aquella que "mira el futuro y cambia las condiciones existentes a través de la creación de una nueva regla que será luego aplicada a todos o parte de aquellos que se encuentran sujetos a su autoridad[406]". Por medio de este estándar, la "ratificación posterior al gasto" se parece más a una determinación judicial que a una legislativa. Así, la fuente de legitimación para dicha acción difícilmente se encuentre entre las facultades enumeradas del Congreso; por el contrario, dicha acción hace surgir las mismas preocupaciones que aquellas reflejadas en la expresa prohibición por parte de los constituyentes al Congreso para emitir leyes *ex post facto* o que impongan condenas sin juicio previo[407].

Vista en estos términos, la excepción de necesidad de la profesora Stith es una acción simplemente ilegal que cuenta con un control político posterior al hecho[408].

VIII. CONCLUSIÓN

Ningún principio es más elemental para la lógica de la Constitución que la separación de poderes[409]. Sin embargo, muchos académicos constitucionalistas han estado predicando desde el Watergate que una metamorfosis de un Poder

---

ilustrar "la distinción entre la esfera pública y la esfera privada" que "la Constitución presupone" y para "permitir la expansión de la esfera pública sólo con la aprobación legislativa". STITH, Kate, "Congress...", cit., p. 1345.

405 Ver, v.gr., RAZ, Joseph, *The authority...*, cit., ps. 214/216, 219.

406 "Prentis v. Atlantic Coast Line Co.", 211 US 210, 226 (1908). El juez Holmes estaba distinguiendo a la legislación de la "persecución judicial", de la cual decía que "investiga, declara y ejecuta responsabilidades según surgen de hechos presentes o pasados y de leyes que se suponen ya existentes" (id.); ver también, v.gr. "Willapoint Oysters, Inc. v. Ewing", 174 F.2d 676, 693 (9th Cir., 1949), distinguiendo entre "elaboración de normas" y "dictado de sentencias".

407 Const. EE.UU., art. I, § 9, cl. 3.

408 Como observó el profesor Rossiter, "Hitler pudo clamar por la 'necesidad' tan fácil como Lincoln" (ROSSITER, Clinton, *Constitutional...*, cit., p. 12). El enfrentamiento entre japoneses y estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, fue justificado sobre la base de "presiones de necesidad pública". "Korematsu v. United States", 323 US 214, 216 (1944). Ver, también, "Ex parte Milligan", 71 US (4 Wall.) 2, 76 (1867): "Nada que el peor de los hombres se haya propuesto ha causado tanta opresión, desgobierno, y sufrimiento, como la pretensión del estado de necesidad. Un autor importante la denomina como la excusa del tirano; y el sentido común de la humanidad la tildó de infame" (argumento del abogado).

409 Ver, v.gr., *The federalist*, nro. 47, p. 301 (J. Madison) (C. Rossiter, 1961).

Ejecutivo unificado a uno plural sería saludable[410]. Los constituyentes no parten de dicha premisa. La metamorfosis es palmariamente contraria a la historia, al texto, y a la estructura de la Constitución. "El crecimiento de un poder peligroso no sucede en un solo día", escribió el juez Frankfurter en "Youngstown[411]". "Sucede, por el contrario, lentamente, a través de la fuerza generativa de la desobediencia no controlada a las restricciones que cercan incluso a la afirmación más desinteresada de poder[412]".

Detrás del pretexto de proteger a los contribuyentes de un dispendio del presidente, el principio de control presupuestario de la profesora Stith otorgaría al Congreso un control sobre decisiones que la Constitución dijo que deberían ser tomadas por un Poder Ejecutivo unificado. En un extremo, la teoría de la profesora Stith iría tan lejos que llegaría a decir al presidente que no puede proteger los derechos constitucionales de sus ciudadanos si el Congreso retuviese el dinero necesario para que él pueda llevar a cabo dicha acción.

No pretendo que la mía sea la última palabra en el tema de la cláusula presupuestaria. En especial, se necesita mayor pensamiento para llegar a un principio limitante factible para los gastos no-autorizados del presidente. La única lección clara que el examen de esta cláusula proporciona es que su texto es una de las "grandes lagunas[413]" en la Constitución. Particularmente, en virtud de que la cláusula puede generar conflictos en la separación de poderes, su significado probable debe ser evaluado a la luz de la historia y la estructura de la Constitución y a la luz de si una interpretación particular de la cláusula (como el principio de control presupuestario de la profesora Stith) produciría resultados poco plausibles y contrarios a otras partes de la Constitución. Intenté mostrar que el entendimiento convencional de la "potestad presupuestaria" del Congreso no tiene virtualmente ningún sustento en los registros históricos de la Convención Constituyente de 1787, ni en *El federalista*, ni en otros escritos contemporáneos de los constituyentes.

A diferencia de la profesora Stith, considero que el mal uso de la potestad presupuestaria por parte del Congreso es un grave problema constitucional. Los constituyentes no habrían asignado al presidente tales responsabilidades, como ser la conclusión de tratados, el comando de las Fuerzas Armadas, y la fiel ejecución de las leyes, si ellos hubieran previsto que el Congreso podría vetar selectivamente el cumplimiento de tales funciones a través de la negación

[410] V.gr., KURLAND, Philip, *Watergate*..., cit., p. 169: Watergate reveló "el fracaso del Congreso en cumplir adecuadamente su función como freno del Ejecutivo". Para un elocuente llamado de atención sobre los peligros de esta premisa, y una refutación enérgica a la misma, ver ROSTOW, Charles, *President*..., citado.

[411] "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer", 343 US 579, 594 (1952) (J. Frankfurter, en concurrencia).

[412] Íd.

[413] "H. P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond", 336 US 525, 535 (1949) (J. Jackson); ver, también, SCHAUER, Frederick, "An Essay on Constitutional Language", *29 UCLA L. Rev.*, 797 (1982).

de financiamiento. Debe existir una facultad implícita del presidente para obligar al Tesoro, al menos por el mínimo monto necesario para poder cumplir con los deberes y ejercer las prerrogativas que el art. II le imponen a su cargo. Concluir de otra manera, requeriría adherir a la inverosímil idea de que el ahorro fue un objeto más preciado para los constituyentes que el perfeccionamiento de una Constitución que "divida el poder de la mejor forma posible para asegurar la libertad"[414].

[414] "Youngstown", 343 US p. 635 (J. Jackson, en concurrencia).

SECCIÓN III

VISIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO PRESUPUESTARIO

LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE LEY EN TORNO AL PRESUPUESTO Y EN EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA PUGNA GOBIERNO-PARLAMENTO

Por ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO*

I. Este trabajo es un ensayo jurídico, de doctrina y cultura constitucional, sobre la formación del concepto de ley en la dogmática alemana de la segunda mitad del siglo XIX, particularmente en la obra de Paul Laband, construido al hilo de un episodio histórico, el conflicto constitucional en el Estado prusiano entre 1862-1866 que enfrentó al Parlamento con el rey y su gobierno a propósito de la aprobación del presupuesto. Un capítulo esencial en la historia del derecho público en Europa.

Es heredero de una primera versión que apareció en 1979 como estudio preliminar a la edición española de la obra de Laband, *Das Budgetrecht*. Movido por la amable invitación del profesor Horacio Corti de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que decidió la elección del tema, la recuperación del manuscrito con las ampliaciones, añadidos y algún retoque bibliográfico propios de la ocasión, conserva, creo, algún interés que acaso justifica su rescate del cajón donde reposaba, a la vista de algunos hechos de notable repercusión en la vida jurídica y política española, como la sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 6ª), del 7/11/2000 (posteriormente anulada por el Tribunal Supremo, sala 3ª, secc. 7ª, en sent. del 21/3/2002), a propósito de la congelación de la subida de las retribuciones de los funcionarios públicos, acordada por el gobierno del Partido Popular en septiembre de 1996 y plasmada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, que causó una gran conmoción por sus repercusiones tanto financieras (casi un billón de pesetas para el Tesoro del Estado) como políticas, en tanto ponía en cuestión el poder del Parlamento para aprobar libremente el presupuesto y fijar el techo del gasto público; o la crisis en el Parlamento y gobierno de la Comunidad Autónoma del País vasco a propósito de la prórroga de los presupuestos para 2002, que se plasmó en la ley 1/2002 del Parlamento

* Ex presidente del Tribunal Constitucional. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.

vasco, posteriormente declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional en la STC 1/2003, del 16 de enero.

Una vez más era puesto en cuestión el derecho del Parlamento al presupuesto y situado en el centro del debate el valor jurídico de la ley que lo aprueba; reiterándose de nuevo conceptos y argumentaciones ya puestos en boga en Europa por la doctrina alemana del derecho público, precisamente a raíz del conflicto constitucional prusiano de 1862, y que parecían olvidados[1].

Lo ilustrativo de aquel conflicto, hasta el punto de elevarlo de simple anécdota histórica a la categoría de paradigma jurídico-político, ha sido la forma en que se planteó y el modo de solucionarlo, mediante la elaboración de una teoría jurídica, la concepción dualista de la ley en sentido formal y en sentido material, a partir del dato positivo de las prescripciones de la Constitución vigente. Lo que intentará Laband en su *Derecho presupuestario*, de 1871, mediante la construcción de la teoría dualista de la ley aplicada a la Ley de Presupuestos del Estado será, precisamente, resolver como una cuestión jurídica y mediante conceptos y categorías puramente jurídicos, y no políticos, un conflicto entre poderes del Estado que había devenido en un problema constitucional para el cual la Constitución no tenía prevista una solución; constituyendo así, en palabras del Prof. Ignacio De Otto, "el acta fundacional del derecho público moderno".

El poder presupuestario, el "poder sobre los cordones de la bolsa" (*the power of the purse*), ha sido siempre, desde los orígenes del Estado moderno hasta hoy, el arma más completa y efectiva en manos de las asambleas representativas frente al absolutismo de los gobiernos. Lo que trata de mostrar este trabajo es cómo una disputa entre poderes u órganos del Estado sobre la aprobación del programa de gastos públicos acaba convirtiendo un conflicto jurídico en uno político, en una verdadera disputa constitucional acerca de quién es el titular del poder, de la soberanía. Es, como dijo el profesor Lorenzo Martín Retortillo, "una preciosa lección de derecho constitucional elaborada al filo de lo

[1] En el vivo debate en la prensa de aquellos días en torno a la sonada sentencia de la Audiencia Nacional sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1996, el Prof. Javier Pérez Royo, catedrático de Derecho Constitucional, obviando la existencia de una larga jurisprudencia del Tribunal Constitucional español al respecto desde la sentencia STC 27/1981, se preguntaba: "¿Pueden las Cortes Generales, en el ejercicio de la 'potestad presupuestaria', ir en contra de lo que han decidido las propias Cortes Generales en el ejercicio de la 'potestad legislativa'?; ¿pueden las Cortes Generales, mediante el ejercicio de la potestad presupuestaria, subsanar la ilegalidad del acto administrativo del ministro [al dictar una resolución en que manifestaba la voluntad del gobierno de incluir en el proyecto de presupuestos la congelación de las retribuciones de los funcionarios públicos, en contra de lo acordado con los sindicatos en la mesa de negociación colectiva de la función pública?". Su respuesta era negativa y rotunda: "la Constitución distingue entre la 'potestad legislativa' y la 'potestad presupuestaria' (art. 66.2). A la primera está reservada la 'innovación del ordenamiento', la 'creación del derecho'. Mediante la segunda se tiene que hacer 'la previsión de ingresos y gastos' a través de los cuales el Estado hará frente a las obligaciones legalmente contraídas". La Ley de Presupuestos es una ley exclusivamente formal, y no puede regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sean éstos funcionarios o no. Eso únicamente pueden hacerlo las Cortes Generales a través de la "potestad legislativa"; ver "Callejón sin salida", en el diario *El País*, del 3/1/2001.

financiero", cuyo propósito no es sólo explicar cómo y por qué razón surge el conflicto presupuestario en la Alemania prusiana de la segunda mitad del siglo XIX, reconstruyendo los hechos de una página de la historia política europea, como, sobre todo, reconstruir cuidadosamente los datos constitucionales para exponer una reflexión sobre la formación de algunos conceptos y categorías —el concepto de ley, la reserva constitucional de ley, la tensión ley-reglamento, la fuerza normativa de la Constitución, las relaciones gobierno-Parlamento, el presupuesto del Estado, etc.—, que hoy pertenecen ya al acervo de la dogmática fundacional del derecho público europeo.

Es también una reflexión sobre el valor normativo de la Constitución, sobre la interrelación, cuando no subordinación, entre el derecho y la política. Porque el conflicto presupuestario prusiano de 1862 y el discurso dogmático elaborado a partir de él es significativo de una cierta manera de entender los problemas constitucionales. Esto es, que "los problemas constitucionales no son primordialmente cuestiones jurídicas, sino cuestiones de poder", como, en pleno conflicto presupuestario prusiano, afirmaba Ferdinand Lassalle en su famosa conferencia de Berlín de 1862 sobre "¿Qué es una Constitución?": el derecho debe cesar allí donde, precisamente, comienza la política y la fuerza normativa de lo fáctico (los "factores reales de poder"). Como decía Jellinek, "las normas jurídicas son incapaces de dominar de un modo efectivo la distribución del poder político, pues las fuerzas reales se mueven según sus propias leyes, que actúan con independencia de cualquier formalidad jurídica"[2].

Concepción que suponía la negación del derecho constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución, al otorgar primacía absoluta a "lo fáctico" sobre *lo jurídico* cuando se abordan los problemas constitucionales. Concepción expresiva de un particular concepto reduccionista de la Constitución, que oponía la Constitución *real*, resultado de las efectivas relaciones entre los factores reales de poder existentes, a la Constitución *jurídica* (la "hoja de papel" que decía Lassalle), que ha durado hasta nuestros días. Esta página de la historia constitucional, en que la normatividad, "incapaz de dominar efectivamente la distribución del poder político" en la Alemania prusiana de la segunda mitad del siglo XIX, hubo de ceder ante la fuerza de los hechos, parece darle la razón.

II. Es bien sabido que el derecho presupuestario ha constituido desde sus albores históricos, en la sociedad estamental de la Edad Media y el primer constitucionalismo inglés (*no taxation without representation*), la piedra angular y el fundamento de los derechos de la representación popular. Ha sido esta trascendental colocación del instituto del presupuesto dentro de los poderes del Estado, su función —esencialmente política— de control en manos de la representación popular y de garantía de su participación en el ejercicio del poder, lo que ha

[2] Citado por SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. española de J. M. Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 130; y por HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. española de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 62.

hecho, desde siempre, el derecho del presupuesto una materia jurídica profundamente penetrada por lo político (acentuado en épocas de conflicto entre los poderes del Estado, como aconteció en el conflicto prusiano de 1862-1866, que el propio Laband había vivido).

En este sentido, el propósito de Laband al escribir en 1871 su *Das Budgetrecht* se separaba profundamente del punto de vista acerca del conflicto constitucional prusiano que se resumía en el "realismo político" —que el propio canciller Bismarck había formulado con rotunda claridad al declarar: "estos conflictos, puesto que la vida del Estado no puede paralizarse, se convierten en cuestiones de poder; quien tenga el poder en sus manos proseguirá su camino, ya que la vida del Estado no puede detenerse ni siquiera un momento"—, que venía a reducir el derecho a lo político.

Frente a la opinión sustentada por Jellinek, para quien la solución histórico-política de los conflictos constitucionales "no puede resolverse sobre la base de reglas jurídicas, toda vez que aquí el derecho formal colisiona con las condiciones de existencia del Estado"; el planteamiento, el sentido último, que Laband dio a toda su obra iuspublicistica que va desde su *Budgetrecht* hasta su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, de 1876, es precisamente —y en consonancia con su concepción positivista formalista del derecho— tratar de reducir lo político al derecho. O mejor todavía, "el intento de transformar las relaciones de poder político y social en relaciones de derecho", disolviendo el poder en el derecho.

Su propósito es separar la teoría jurídica del presupuesto de los aspectos políticos e históricos con los que a menudo se mezclaba en los escritos de la época del conflicto constitucional prusiano y que, a su juicio, enturbiaban la clara percepción de aquélla; pues, como el propio Laband decía, "esta exaltación, eminentemente política del derecho presupuestario, haciéndolo sobresalir de las restantes teorías jurídico-públicas, no ha sido en modo alguno beneficiosa para el conocimiento desapasionado y objetivo del mismo. Los deseos y afanes políticos consiguieron imponerse y llevar la confusión a la concepción jurídica, pese a los esfuerzos hechos para mantenerse en el plano del derecho positivo. La vinculación de los ideales políticos a las deducciones del derecho positivo es causa de los mayores perjuicios tanto para la política como para el conocimiento del derecho".

Con el fin de depurar el derecho público de todo lo político, lo histórico, y lo filosófico, Laband —siguiendo los principios metodológicos de Gerber, que había sentado las bases de la dogmática alemana del derecho público— parte de la necesidad de la *construcción jurídica*: esto es, que lo jurídico puede ser comprendido únicamente a partir de lo jurídico[3]. El propio Laband, en el Prólogo a la

[3] La noción de "construcción" fue elaborada por primera vez, como es sabido, por Ihering. "Construcción" es el término más comúnmente usado por los juristas para indicar la operación característica de la ciencia del derecho (diferente, precisamente, de la mera interpretación de las leyes), que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos. A través de aquel complejo de operaciones que se designan con el nombre de "construcción", el jurista subsume un hecho dado o un acto o una relación o una institución en esta o en aquella categoría jurídica, con el fin de atribuirle tal o

2ª edición de 1889 de su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, definió su método estrictamente jurídico, positivista y formalista, en un pasaje que es una síntesis perfecta de su pensamiento: "El papel científico de la dogmática, en un derecho positivo determinado, consiste en analizar las formas jurídicas, en reconducir los conceptos particulares a los principios más generales y en deducir de estos principios las consecuencias que implican. Todo ello —abstracción hecha de la exploración de las normas de derecho positivo, del conocimiento profundo y del completo entendimiento de la materia de que se trata— es un trabajo de espíritu puramente lógico. Para cumplir esta tarea no existe otro medio que la lógica; nada puede reemplazarla aquí; todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas, tan preciosas en sí mismas, no tienen importancia para la dogmática de un derecho concreto y muy a menudo no sirven más que para encubrir la falta de trabajo sistemático".

La escuela del pensamiento jurídico que encarna Laband, cuya comprensión me parece necesaria para el pleno entendimiento de su obra, puede resumirse en algunos rasgos definitorios:[4]

---

cual calificación normativa y ordenarlo dentro del sistema. De la construcción depende la atribución de determinadas consecuencias jurídicas a un hecho, a un acto, a una relación o a una institución; a la construcción se le confía la formación del sistema jurídico. En esta acepción el término construcción está estrechamente vinculado con la noción de dogmática; la dogmática es, en sentido dinámico, el efecto de la construcción de los juristas, en sentido estático, un conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción. La designación de una investigación así orientada como "formal" o, en sentido peyorativo, "formalista" se explica si se tiene en cuenta que el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa. Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, ps. 23/24.

Gerber y Laband, los paladines del método positivista en el derecho público, han sido considerados como defensores del Estado prusiano, basado en el principio monárquico. WILHELM, Walter, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1958; trad. italiana de P. L. Lucchini, *Metodología giuridica nel secolo XIX*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 13, recoge la opinión de Landsberg, que ha llamado a Laband el "albacea o ejecutor del testamento espiritual de Gerber para el derecho público del Reich alemán". Ello es sin duda cierto, si con tal expresión se quiere significar la identidad doctrinal en el pensamiento jurídico de ambos autores y en la continuidad en la utilización del método dogmático en el estudio del derecho. Sin embargo, desde el punto de vista de las posiciones ideológicas y políticas más concretas, la línea de continuidad que habitualmente suele trazarse entre Gerber-Laband-Jellinek-Kelsen ha de ser considerada con algunas matizaciones. Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Sobre el comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al derecho estatal", separata ampliada de la *Revista de Estudios Políticos*, nro. 121. enero-febrero 1962, ps. 16 y 24: Gerber pertenecía al partido antiliberal, en la misma línea de Julius Stahl, el teórico del principio monárquico y fundador del Partido Conservador prusiano; Laband era conservador, si bien intentó "liberalizar", en alguna medida, el Estado prusiano mediante la construcción racional de su derecho público; por lo demás, las diferencias entre éste y Jellinek, cuya orientación era sin duda más abierta, son considerables; Kelsen ha sido uno de los más ardientes defensores de la democracia liberal.

[4] Cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *Introducción al estudio del derecho financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1976, ps. 361 y ss., y la bibliografía allí citada, ver también mi "Estudio preliminar" a mi traducción española de la obra de ORLANDO, Vittorio E., *Principios de derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1978, ps. IX a XXI; TOMAS VILLAROYA, Joaquín, "La dirección dogmática en el derecho político", en *Revista de Administración Pública*, nro. 79, enero-abril 1976, ps. 67 y ss.

El derecho se agota en las normas jurídicas. No hay más normas jurídicas que aquellas en que se traduce el derecho positivo, y el único derecho positivo es el vigente. Como decía el propio Laband: "Me es imposible adherirme a la opinión de quienes asignan a la dogmática un papel distinto del de fundamentar sólida y concienzudamente el derecho positivo, mostrándolo dominado lógicamente por principios superiores".

El jurista ha de ocuparse sólo de las formas jurídicas. Los conceptos jurídicos deben excluir todo elemento que no sea puramente formal. El contenido del derecho, su aspecto sustancial, no cuenta para la ciencia jurídica. Por consiguiente, todo elemento histórico, ético, sociológico o político queda fuera de su campo de acción.

El fin del derecho, el elemento teleológico, es metajurídico. La finalidad a que sirve una técnica jurídica está más allá de su propio concepto. En consecuencia, el derecho público debe mantenerse alejado de toda valoración política.

El derecho es un sistema articulado lógicamente en conceptos jurídicos generales y constituye un ordenamiento "cerrado", carente de lagunas, como el orden de la naturaleza. "No puede confundirse —dice Laband— una laguna en la ley constitucional con una laguna en la Constitución del Estado. Esto último es un concepto imposible: las leyes pueden ser incompletas, pero el ordenamiento jurídico, como el orden de la naturaleza, no puede tener una laguna".

Ahora bien, en Laband esta idea tenía, al mismo tiempo, el carácter de una defensa fervorosa y a ultranza del sistema político establecido en Alemania por aquellos años. Identificar la Constitución del Estado con el orden de la naturaleza, como sostenía Laband, tendía a hacer inamovibles, intocables e inmanentes el orden social, político y económico establecido en que estaba asentada la Constitución del Imperio Alemán de 1871. Por lo demás, convertía la labor del jurista que interpretaba la Constitución en la de un exégeta que se limita a interpretar e integrar el ordenamiento positivo vigente, pero vedando toda posibilidad de que dicha tarea sea superadora del propio sistema establecido. Es decir, tendía a vetar toda posibilidad de interpretar la Constitución del Imperio Alemán en otras claves políticas (precisamente las democrático-parlamentarias) distintas de las autoritarias (monárquico-conservadoras) que habían presidido su formulación.

Por otra parte, implicaba situar la Constitución del Estado fuera de toda conexión con la realidad (económica, política y social) y con la historia. El ordenamiento jurídico estatal, lo mismo que el orden natural, no puede ser estudiado desde fuera de él, sino únicamente como algo dado, inmanente e inmutable en sus principios y en su lógica interna. Es decir, sólo las leyes que forman el ordenamiento jurídico, la Constitución del Estado, pueden integrarse, completarse, en una palabra, ser perfectibles. Pero el orden jurídico, la Constitución del Estado mismo, no pueden ser objeto de integración por el jurista. El orden jurídico del Estado ha de ser estudiado *desde dentro*, en la propia lógica interna de sus normas, de sus conceptos, de sus categorías, en sus leyes y en sus principios positivos, pero nunca más allá de él. Bien podría decirse que esta asimilación o identificación labandiana del ordenamiento jurídico con el orden

natural lleva, para el jurista, a la conclusión metódica de que lo que no está en la Constitución del Estado no está en el mundo[5].

Desde luego que está implícito en el pensamiento de Laband que cabe estudiar el derecho estatal o público desde planteamientos políticos, económicos, históricos o filosóficos, en los que las consideraciones anteriores no serían pertinentes; pero no se tratará ya del estudio del derecho público con arreglo al estricto método dogmático-jurídico. Es decir, para Laband eso es salirse del campo de la ciencia del derecho, para entrar en el de la Sociología, de la Historia, de la Filosofía, de la Economía o de la Ciencia Política.

Por otra parte, hay que anotar que los presupuestos metodológicos de la obra de Laband no fueron ajenos a la original plasmación que el liberalismo, con sus tres corrientes de racionalismo, normativismo y constitucionalismo, tuvo en Alemania: la idea del *Rechtstaat*, que será la gran fórmula ideológica del liberalismo jurídico alemán de los Gneist, Mohl y Von Stein, traductora de la realidad política alemana y del compromiso entre la burguesía liberal con la aristocracia terrateniente conservadora.

La idea de la autolimitación del Estado por medio del derecho tendrá en el modelo alemán una plasmación diferente del pensamiento liberal francés (teoría de la soberanía popular, separación de los poderes) o del inglés (*rule of law*); ello debido, fundamentalmente, a la diversa concepción de la soberanía imperante en esos países durante el liberalismo clásico. "Para el pensamiento alemán, la soberanía pertenece al Estado, el cual, sin embargo, se personaliza en el monarca, que es el verdadero habitante de ella. La versión jurídica idealista del problema político de la soberanía enmascara, pues, la estructura autoritaria con que surge el *Reich*, mediante el equívoco de la relación entre el poder personal del monarca (y de la aristocracia agraria, que no sólo le apoya, sino que le condiciona al proporcionarle las clases burocrática y judicial) y las estructuras democráticas y representativas. Éstas se reservan a la actividad del Parlamento, que no constituye, empero, la suprema autoridad del Estado, sino que aparece condicionado por la monarquía, por el gobierno, por la burocracia y por la magistratura, es decir, por el Poder Ejecutivo y Judicial, los cuales continúan firmemente retenidos en las manos de la nobleza agraria y de la burguesía industrial[6]".

El modelo de monarquía que dio forma a la organización política alemana en el siglo XIX, y de modo singular al Estado prusiano, era una fórmula política de compromiso entre el absolutismo del antiguo régimen y las aspiraciones revolucionarias del parlamentarismo liberal nacido de la Revolución Francesa:

[5] "Para Laband, 'jurídico' significaba simplemente estatal; se razonaba en términos 'jurídicos' únicamente cuando se trabajaba *dentro* de la Constitución existente" (cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Giuristi e Costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffré, Milán, 1979, p. 346).

[6] Cfr. BARATTA, Alessandro, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", en *Sistema*, nros. 17/18, ps. 17/18; ver también, DE RUGGIERO, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. española, Pegaso, Madrid, 1944, ps. 215 y 222.

la monarquía constitucional limitada, apoyada en el principio de la soberanía del rey y la preeminencia jurídico-política de éste sobre las Cámaras representativas frente al principio de soberanía de la representación popular propio de la monarquía parlamentaria.

Esta configuración de la monarquía constitucional se apoyará en un concepto teórico fundamental: el "principio monárquico" (*das monarchische prinzip*), que se convertirá en el nervio de la teoría alemana del Estado y categoría formal del derecho público, plasmado en las Constituciones de todos los Estados de la Confederación alemana (*Deutscher Bund*) y elevado a la categoría de "concepto dogmático inatacable y principio fundamental del derecho constitucional de Alemania" por el acta final de la Conferencia de Viena del 15/5/1820.

Como dice Rubio Llorente, fue más la imposibilidad de acoger en la realidad germánica del siglo XIX el principio de soberanía popular —por razones de conveniencia política en aras del *monarchische prinzip*— que las exigencias de una supuesta "pureza" metodológica en la construcción del derecho público, que depurase a éste de elementos metafísicos (políticos, económicos, históricos, filosóficos...), lo que obligó a relegar al limbo de lo metajurídico las dos notas esenciales de la Constitución, según los postulados del constitucionalismo liberal revolucionario de 1789: la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales.

En la idea del Estado de derecho de la doctrina alemana estaba implícito el propósito de hacer del derecho una realidad autónoma separada de la política, convirtiendo las relaciones de dominación entre el Estado y los individuos en relaciones jurídicas, lo más recíprocas que fuera posible y apartando del Estado de Derecho todo elemento que no fuera estrictamente jurídico. Los límites del poder del Estado, que se encierran en la Constitución, ya no están más allá del mismo Estado en unos valores políticos o en unos principios de justicia a los que aquél debe plegarse y cuya justificación es precisamente realizarlos, sino que son ahora algo que deriva del Estado mismo, un proceso de autolimitación basado en una razón puramente técnica: el Estado sólo es posible mediante el derecho y éste sólo es eficaz cuando el mismo Estado sujeta a él su actividad.

Ahora bien, eso presupone —y en ello han insistido Heinrich Triepel y Hermann Heller— trazar una tajante separación, artificial por demás, entre política y derecho público, haciendo del derecho únicamente una hipótesis abstracta, es decir algo irreal. Como dice Heller, supone entender que la teoría del Estado y el derecho político "tendrían como misión estudiar el orden estatal en reposo", el Estado "como algo fijo y regulado", mientras la política se ocuparía del Estado "en su vivir". Supone, en definitiva, negar al Estado y al derecho la condición de realidad histórico-política. Esto es lo que vino a hacer más tarde Kelsen[7], llevando a sus últimos extremos la doctrina dominante de Gerber,

[7] Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1979 (reimpresión). Escribe en el Prólogo: "Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de teoría general del Estado, veo

Laband y Jellinek, "al convertir al Estado, como observa Heller, en un orden normativo ideal, según los postulados de la ciencia del sentido y al absolutizar, estimándolas como trascendentes de la historia, a las formas jurídicas, privadas en lo posible de contenido".

"Este cambio se explica, como certeramente observa Manuel García Pelayo[8], por la distinta función que tenía que cumplir la teoría del derecho constitucional, pues una vez asentado y asegurado el régimen liberal burgués, tal teoría ya no precisaba —como en los tiempos en que el nuevo régimen pugnaba por afirmarse frente a los poderes históricos— ser un medio de conocimiento al servicio de una transformación, al modo de la primitiva doctrina constitucional fundada en el iusnaturalismo y tan mezclada con estimaciones políticas, sino simplemente un medio de explicación de una realidad cuyo contenido aparecía como indiscutible y definitivamente afirmado".

Además, en esta manera de pensar hay una falacia que oculta una intención política conservadora evidente: argumentar que es necesario separar la política del derecho debido al carácter cambiante, fluido, provisional y empírico de los *contenidos* de aquélla en contraposición a la estabilidad y permanencia de las formas de éste —tal era, en último análisis, la premisa formulada por Gerber en 1852 en su obra *Über Öffentliche Rechte*— es asignar solapadamente una función y un objetivo esencialmente conservador, y aun reaccionario, a la ciencia del derecho, pues tal argumento será válido solamente para quien crea en la estabilidad a toda costa de las formas jurídicas establecidas y en la necesidad de conservarlas por encima de todas las transformaciones de la sociedad civil.

Firmemente asentado en los principios metodológicos del positivismo y de la construcción jurídica, Laband se aplica a la tarea de elaborar sobre bases teóricas firmes y seguras un derecho presupuestario que, colmando las lagunas de la ley constitucional, ordene y regule las relaciones entre los poderes del Estado y evite que vuelva a reproducirse un conflicto constitucional. Y lo hace con la pretensión de construir —ahora que el tiempo ha ido borrando y enfrian-

---

con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una teoría del Estado positivo, esto es, una teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esta teoría era una parte del gran movimiento científico-social que —paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales— se dirigía contra la especulación iusnaturalista del siglo XVIII y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del derecho positivo. Su método estaba influido más o menos consciente y consecuentemente por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipótesis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intransistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos momentos esenciales de este método y las directrices de mi labor teórica".

[8] Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 3ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1953, p. 55.

do el apasionamiento político que rodeó el conflicto prusiano de 1862-1866, y la victoria del canciller Bismarck sobre los partidos liberales y progresistas permite adoptar una posición de total distanciamiento político respecto del tema a estudiar— una teoría jurídica del presupuesto imparcial, objetiva y "pura", esto es, libre de todo juicio de valor político y asentada sobre los principios del derecho positivo vigente: "La finalidad e importancia del presupuesto —nos dirá Laband— consiste precisamente en determinar los derechos recíprocos [del gobierno y de la representación popular] y en separarlos claramente unos de otros, en proporcionar una regla decisiva para el caso en que se produzca una colisión o una lucha entre intereses diferentes, y, en consecuencia, evitar que la parte más fuerte ejerza una opresión brutal sobre la parte más débil. Sin duda, no es seguro que el derecho lo consiga realmente y que la fuerza no pase sobre él; pero si, por ello, se quiere pretender que no existen principios jurídicos generales que puedan conducir a la solución de un conflicto entre el Gobierno y la representación del pueblo, se quitaría, precisamente, al derecho constitucional todo su valor en los diferentes casos en que tiene más necesidad de conservar toda su fuerza"[9].

Es decir, había llegado el momento de tratar el tema del presupuesto desde un punto de vista *puramente* científico, establecer la naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto y deducir de ella las lógicas consecuencias en orden al derecho de la Cámara de los Diputados, a consentir los gastos públicos. Laband insistirá en su *Das Budgetrecht* de 1871, en la misma tesis que ya había expuesto anteriormente, en el año 1862, en pleno conflicto constitucional prusiano, y que constituye el nervio de su doctrina sobre el presupuesto, a saber: que el Parlamento no tiene un derecho ilimitado a la aprobación de los gastos públicos[10].

Sin embargo, la pretensión de Laband, proclamada paladinamente, de neutralidad de la construcción jurídica totalmente separada de la política y despolitizada —sublimación de los principios formal-positivistas de la escuela alemana de la Dogmática—, esa concepción idealista (e irreal) de la ciencia por la ciencia misma y del científico como su sumo sacerdote, constituía un velo

[9] Cfr. LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, t. VI, "Les Finances de L'Empire Allemand", edición francesa revisada y puesta al día por el autor, Giard et Brière, Paris, 1904, p. 367.

[10] Pero los tiempos habían cambiado; y lo que entonces, en 1862, tuvo que publicar en el *Kreuzzeitung* (el periódico conservador, portavoz oficial de los *junkers* prusianos), según confiesa el propio Laband en sus *Memorias*, "porque ningún diario democrático habría aceptado mi artículo", y que había sido sepultado bajo el silencio, ahora, en 1871, después de la victoriosa guerra contra Austria en 1866, la victoriosa política de Bismarck y el sometimiento del *Landtag* al Poder Ejecutivo en el conflicto presupuestario, su obra "era un acontecimiento científico y político, cuyo éxito fue —según dice el propio Laband— inesperado y poderoso". En efecto, su doctrina del derecho público se había convertido en teoría oficial en la Alemania de Bismarck.

Cfr. las memorias de Laband, *Lebenserinnerungen*, 1918, ps. 62 y ss., y citado por WILHELM, W., *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft)*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, trad. italiana de LUCHINI, Pier L., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Giuffré, Milán, 1974, p. 160, en nota 54.

ideológico tras el que se ocultaba no ya una posibilidad de instrumentalización con fines políticos de una teoría jurídica pretendidamente pura (como así ocurrió de hecho con Laband, cuya teoría del presupuesto se convirtió en la "doctrina oficial" de la Alemania de Bismarck), sino más bien una construcción teórica puesta al servicio de la defensa y mantenimiento del *status quo* jurídico-político, esto es, del orden social y económico establecido y que, precisamente, se quiere inmutable. Pues, como se ha dicho certeramente[11], "las categorías jurídicas, presentadas como elaboraciones conceptuales independientes de los condicionamientos históricos acaban siendo un instrumento para la 'valoración' positiva de las relaciones de poder existentes; esto es, acaban dando valor a la realidad tal cual es, vedando cualquier crítica del modelo de desarrollo social".

En fin, es un claro ejemplo de ideología en el sentido más riguroso del término, en tanto expresión legitimadora y defensora en el terreno de las ideas, de las relaciones sociales dominantes en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX. Como dice Walter Wilhelm, "la premisa política de la doctrina 'jurídica' del derecho público de Laband era la afirmación de los principios monárquico-conservadores y de la política antiliberal de Bismarck. En la medida en que el compromiso político entre monarquía y democracia, sobre el que se apoyaba la Constitución del *Reich*, se desenvolvía en la realidad política en el sentido del predominio del régimen monárquico-conservador, la doctrina del derecho público de Laband acabó necesariamente por obtener el rango de doctrina oficial incontestada".

Este intento de reabsorber lo político en lo jurídico, o, si se prefiere, de formalización de lo político —común por lo demás a un amplio sector de la ciencia iuspublicista liberal europea en la segunda mitad del pasado siglo—, se acomodaba perfectamente al momento histórico-político en que Laband desarrolla su obra: la creación del Imperio Alemán. Una situación política mucho más estable en la cual el proceso de constitución del nuevo Estado alemán puede ser considerado ya por los juristas como un simple "hecho histórico", como un mero presupuesto del que la ciencia jurídica no tiene por qué ocuparse. La teoría del derecho se pone al servicio de una tarea política muy concreta, como confesará abiertamente el propio Laband:[12] "Después de que la realidad de la

[11] Cfr. BARCELLONA, Pietro - COTURRI, Giuseppe, *El Estado y los juristas*, trad. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1976, p. 102.

Como dice muy bien STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. de L. Legaz Lacambra, CEC, Madrid, 1979, p. 125, "los representantes de este método 'riguroso samente científico', pero acrítico, daban por supuesto que sus deducciones eran independientes de las ideas sociales y políticas y del sustrato social, pero no advertían que lo 'extrajurídico' se colaba en su mundo de conceptos pretendidamente sólo jurídicos. Los conceptos jurídicos supuestamente válidos, *a priori*, fueron suplantados por determinados contenidos que respondían a la tradición o a exigencias políticas del momento. Este elemento 'extrajurídico' irrumpió también en los conceptos de ley, con la ayuda, ciertamente, de las concepciones sobre la misión del Estado, sobre su relación con la sociedad civil y sobre la protección de la libertad ciudadana".

[12] Cfr. LABAND, Paul, en el "Prólogo" a la 1ª ed. de 1876 de su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, t. I, edición francesa, Giard et Brière, Paris, 1901, p. 2. Según confesión propia, "el ver-

nueva configuración política de Alemania ha sido realizada, surge la necesidad de expresar conscientemente en qué ha consistido esta realidad, qué éxito es el que ha tenido. La satisfacción de esta necesidad es la tarea de la ciencia del derecho". Es la perfecta representación de la antítesis política-derecho, como neta separación entre el mundo de las aspiraciones a realizar en el futuro y el mundo de lo ya concretamente existente.

Con el sistema de Laband se llegará a la clara delimitación de los intereses de la ciencia del derecho público dentro de los límites, claros y precisos, de la *Verwaltung*, y la consiguiente expulsión al campo de la "política" de toda la problemática concerniente a los nexos entre Estado y sociedad civil (representatividad de las asambleas electivas, derechos políticos, partidos y asociaciones).

El Estado "jurídico" de Laband, aprehensible tan sólo en términos de lógica-jurídica, y que suponía la definitiva liquidación de toda la función crítica de la representación popular, nació, precisamente, de la debilidad de la representación popular y del movimiento político liberal, que carecían de fuerza en la esfera de la decisión política frente a las fuerzas tradicionales (la Corona y la burocracia) y representaban más bien un ideal constitucional abstracto falto de apoyos eficaces en las reivindicaciones de la sociedad civil. Toda la "juridicidad" del sistema de Laband, observa Maurizio Fioravanti, se funda en la dimensión "objetiva" y "neutral" de la Monarquía y, sobre todo, del núcleo fundamental de vida de su Estado "jurídico", constituido por el gobierno y por la burocracia. Es en este sentido en que él recoge la tradición de todo el siglo, aquella tradición que siempre había visto prevalecer al monarca y al gobierno sobre el Parlamento, a la burocracia sobre los partidos, a la administración sobre la política. Esta fuerza histórica —portadora en los años 1850 de la reacción política prusiana— se convierte ahora en el necesario punto de referencia de la vida colectiva, en la estructura fundamental que personifica aquellas certidumbres de fondo que se ponían más allá de las luchas entre los partidos y de los lacerantes conflictos sociales. Aquí, todo dentro de estos límites, está lo "jurídico" de Laband, y aquí está también el secreto del extraordinario éxito de sus obras. Una obra escrita toda ella en posición defensiva, de progresivo encastillamiento en un restringido núcleo de poder; que representa la renuncia de la ciencia jurídica al terreno de la sociedad civil.

Por otra parte, la preocupación fundamental, el hilo conductor de la obra de Laband —sobre todo de su *Staatsrecht*— y de su planteamiento metodológico es afirmar la plena existencia jurídica del Imperio y su unidad en cuanto sujeto jurídico. En el fondo de su "método jurídico" está la voluntad de describir

---

dadero autor de su *Staatsrecht* es, simplemente, el propio Bismarck, Laband no ha hecho más que poner en claro la estructura jurídica detallada"; ver la referencia que hace GAUDEMET, Paul M., "Paul Laband et la doctrine française de Droit Public", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, nro. 4, julio-agosto 1989, p. 963. Cfr. también PÉREZ ROYO, Javier, "El proyecto de constitución del derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX", en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, nro. 1, enero-febrero 1978, ps. 82/83.

el nuevo Estado nacional, el Imperio, como "hecho consumado" e "irreversible", según un modelo que lo fije en la estabilidad de los institutos, de las figuras dogmáticas, depurado de toda valoración política o filosófica. De este modo, Laband puede proponer una concepción del Estado exclusivamente como "ordenamiento jurídico", y construir un *sistema* del derecho público alemán que tenga como vértice una única persona jurídica: el Imperio.

El núcleo de toda la obra de Laband descansa en esta idea fundamental: la unidad del Imperio y su supremacía como persona jurídica sobre los Estados que componen la Federación.

En Laband puede verse un nexo entre una visión "individualista" de la sociedad y de todo el sistema jurídico (patente en la transposición labandiana al "método jurídico" de las categorías del derecho privado, para construir un sistema de derecho público exclusivamente jurídico, es decir, dogmático-formalista) y una concepción autoritaria del Estado (patente en el principio caracterizador del Estado-persona: el *imperium* [*Herrschen*], es decir, el derecho a imponer a personas libres, o a las uniones de estas personas, acciones, omisiones y prestaciones y de constreñirlas a obedecer a los respectivos mandatos). De aquí se derivaban, casi al modo de un corolario del principio de *Herrschen*, los otros motivos de la obra de Laband que aquí nos interesa resaltar especialmente: de una parte, el rechazo de la teoría de la división de los poderes, por cuanto es incompatible con un Estado dotado de unidad de poder, de *imperium*, y de otra, el rechazo de la doctrina, importada de la doctrina iuspublicista francesa y enraizada entonces en Alemania, de la legislación como producto de un "acuerdo" entre Parlamento y soberano[13].

III. Para fijar el sentido jurídico que ha de atribuirse a la norma constitucional según la cual el presupuesto general del Estado debe establecerse o aprobarse anualmente mediante ley, Laband se apoyará, como punto de partida de su construcción, en un peculiar concepto de ley.

Según Laband, "ley" es "únicamente la declaración de un principio jurídico, la fijación querida y consciente de una norma"; por consiguiente, "no es ley toda manifestación de la voluntad estatal, sino solamente aquella cuyo contenido sea *un precepto jurídico, una norma para regular o resolver relaciones jurídicas*[14]".

[13] Cfr. REBUFFA, Giorgio, "Conservatori e progresisti nella scuola tedesca del Diritto Pubblico (Gneist, Laband, Jellinek)", en *Democrazia e Diritto*, XIX, n. 1, gennaio-febbraio 1979, ps. 96/98.

[14] Cfr. LABAND, Paul, *Derecho presupuestario*, trad. española. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 8.

Posteriormente, SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982, ps. 153/158; íd., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, ps. 197/211, sobre todo ps. 206/207, recogiendo la concepción dualista de la ley, dirá que el concepto de ley que es propio del Estado de Derecho es aquel que la identifica con una norma jurídica caracterizada por ciertas cualidades (racionalidad, rectitud, generalidad). Pero el concepto de ley —escribe— se encuentra muy oscurecido a causa del hecho de haberse aplicado, por razones y necesidades políticas, el procedimiento legislativo y la competencia de los órganos

De esta manera, el concepto de ley se desvinculaba de las formas constitucionales y, más concretamente, del derecho de participación política de la representación popular o instrumento de limitación del poder soberano de los monarcas por parte de las Asambleas o Cámaras parlamentarias, que la doctrina suele asociar a aquél. El concepto de ley, según Laband, es un concepto *material*, esto es, por su contenido, con total abstracción de la forma en que el Estado declare esa regla de derecho. Éste es el único requisito de su concepto de ley: contener una norma jurídica o declarar una regla de derecho aplicable a una determinada situación de hecho. No es necesario, por lo demás, que esa norma sea *general*, ni que sea *permanente*.

---

legislativos a otros actos del Estado *como si fueran de legislación*. Y esto ha sido así debido a la organización característica de la monarquía constitucional de principio monárquico, que como autolimitación del poder del rey establecía constitucionalmente que la ley se hacía con la colaboración de las Cámaras representativas. Y fue característico de este *dualismo* de poder el que la historia de la monarquía constitucional consistiera en una lucha política continua de la representación popular (burguesía) por ensanchar el ámbito de su cooperación en la función legislativa, extendiéndola en lo posible a todos los actos políticos importantes (como lo era, sin duda, el acto de fijación del presupuesto del Estado).

Y el "ardid de técnica verbal" utilizado para conseguir este propósito, dice Carl Schmitt, consistió en decir en el texto de la Constitución que tales actos se realizan "en forma de ley". "Al exigirse para la ley, ante todo, políticamente, la cooperación de la representación popular, se explica esta inversión de términos, sencilla desde el punto de vista político, pero lógicamente falsa: lo que aparece mediante la cooperación de la representación popular es ley". Y de ahí surge el *concepto formal de ley*: ley es todo lo acordado por los órganos legislativos competentes dentro del procedimiento legislativo prescripto.

Así pues, el concepto de ley formal es la expresión de una ampliación política de poderes y de atribuciones, comprensible como medio de lucha de la burguesía con la monarquía constitucional: y la denominamos "formal", dice Carl Schmitt, porque frente a un determinado adversario político (el poder del rey) se libera del concepto material de la ley que limita el poder de la representación nacional. El carácter "formal" desarrollado por la teoría política de la monarquía constitucional no significa otra cosa sino que la atribución o competencia para realizar actos determinados o para colaborar en ellos, es incumbencia del Parlamento. Y la exigencia de una ley viene a expresar en las Constituciones alemanas del siglo XIX el hecho de que sólo en virtud de las excepciones numeradas en la Constitución pueden sustraerse al poder del rey determinados sectores y asuntos reservándolos al legislador, es decir, a la colaboración del Parlamento.

Y en opinión de Carl Schmitt, en línea con lo sostenido por Laband, la norma constitucional sobre la Ley del Presupuesto constituye un ejemplo típico de *norma de reserva de competencia* (que ciertos actos fijados por ley constitucional deben ser llevados a cabo por los órganos competentes para legislar y dentro del procedimiento legislativo), que no encierra una verdadera reserva material de ley, por cuanto se refiere a la aprobación por ley de un acto que no es un verdadero acto legislativo. Y según Carl Schmitt, sería absurdo deducir de este concepto formal de ley "que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una ley (lo que ya antes LABAND, Paul, *Le Droit Public del L'Empire Allemand*, cit., t. VI, p. 385, en su crítica a Hänel, había denominado irónicamente 'el dogma de la *transubstanciación* mediante el poder milagroso de la forma de la ley'), con lo que 'el imperio de la ley' ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación".

Este concepto material de ley labandiano repristinado como esencia del Estado de Derecho, en HAYEK, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, 3ª ed., trad. castellana, Unión Editorial, Madrid, 1978, ps. 288/290. Ver, al respecto, el trabajo de RUBIO LLORENTE, Francisco, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)", en *Revista de Administración Pública*, nro. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, ps. 417 y ss. (ahora recogido en su libro *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 283 y ss.).

Laband apoya su concepción en un análisis de los preceptos de la Constitución prusiana de 31/1/1850 que regulaban el ejercicio de la función legislativa, que compete al rey juntamente con las dos Cámaras (art. 62) y la aprobación del presupuesto mediante ley (art. 99).

De ello se deducen dos clases de actos:

– "Leyes en sentido material", que contienen una norma o proposición jurídica.

– "Leyes en sentido formal", que únicamente expresan la constatación o el requisito de un acuerdo de voluntades entre el rey y las dos Cámaras del Parlamento, pero que materialmente no contienen ninguna manifestación de la voluntad del Estado de establecer o declarar una regla de derecho, una norma jurídica. En este caso, la característica conceptual de la ley es puramente formal: el *iter* de su nacimiento. "En tales casos —dice Laband— se aplica la forma legislativa a actos que no son leyes, es decir: que desde un punto de vista materia! no encajan en el concepto de leyes y que más bien son y siguen siendo actos de la Administración".

Esta teoría dualista de la ley, en sentido material y en sentido formal, descansa en un fundamento y obedecía a una finalidad o consecuencia práctica:

Su fundamento es el concepto de norma jurídica. Si ley propiamente dicha o en sentido material es únicamente aquella disposición emanada del Poder Legislativo y que contiene una regla de derecho (*Rechtssatz*); ¿qué se entiende por "regla de derecho"? Según esta doctrina, una regla tiene la naturaleza de regla de derecho cuando modifica en cualquier medida la situación jurídica personal de los gobernados, bien en sus relaciones recíprocas, bien en sus relaciones con el Estado y sus órganos o los funcionarios, creando en su beneficio o a su cargo nuevos derechos y obligaciones, o incluso acreciendo, disminuyendo o extinguiendo obligaciones o derechos anteriores. "El derecho, dirá Laband[15], consiste en limitar los derechos y deberes mutuos de los individuos". Ley en sentido material es, pues, aquella que tiene por objeto incidir en la esfera jurídica de los súbditos estableciendo límites a la libertad y a la propiedad.

Su consecuencia práctica es que aquellas reglas que no afectan a la esfera de los derechos individuales y no crean para ellos ningún derecho o carga, sino que interesan exclusivamente al funcionamiento interno del aparato administrativo del Estado, no son "reglas de derecho". Por consiguiente, las disposiciones mediante las cuales el Estado regula su propia actividad sin que resulte para los sujetos particulares ninguna modificación en su situación jurídica, no son reglas de derecho y, por tanto, no pueden constituir leyes en sentido material aunque

[15] Cfr. LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, cit., t. II, ed. francesa, p. 518. El concepto material de ley, según el cual ley es una norma jurídica, un precepto en que el Estado se dirige a sus súbditos "para fijar entre ellos y él mismo los límites de lo permitido y lo que puede hacerse", "pues es una cualidad de toda ley en sentido material el poner límites a la *libertad* personal en general y a la *propiedad* en especial", se extenderá a la doctrina alemana del derecho público; cfr. ANSCHÜTZ, Gerhard, "Gesetz", en STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des Deutschen Staats und Verwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1914, citado por SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit.

hayan sido dictadas en forma de ley. Estas leyes que no se refieren al orden jurídico del Estado, sino que están destinadas únicamente a asegurar la marcha de los servicios públicos y el funcionamiento de la administración estatal y no producen sus efectos reguladores más que en el interior de la esfera administrativa, son —según Laband— "leyes administrativas" (*Verwaltungsgesetze*), por contraposición a las *Rechtsgesetze* ("leyes jurídicas"), esto es, aquellas que dictan reglas de derecho o contienen proposiciones jurídicas.

Tras toda esta concepción de Laband de la "regla de derecho" y del concepto material de ley a partir de la noción de la personalidad jurídica del Estado latía la concepción kantiana del derecho como fijación de límites entre los hombres, límites a la libertad natural de actuación de los individuos en sus relaciones recíprocas: "El concepto de derecho, escribió Kant[16], en tanto que se refiere a una vinculatoriedad derivada de él, es decir, el concepto moral del derecho, tiene por objeto, en primer término, sólo a la relación externa y práctica de una persona con otra y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata, bien inmediatamente. El derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad". Concepción que llevaría aparejada una importante consecuencia, como ha puesto de relieve el Prof. Gallego Anabitarte[17], que todo el derecho de organización, esto es, todas las normas internas de organización administrativa, y las relaciones entre los órganos estatales, y de modo singular las normas reguladoras del presupuesto del Estado, no tendrían el carácter de normas jurídicas.

Como muy bien ha demostrado Anschütz[18], la concepción alemana de la ley = regla de derecho y la distinción de la ley en sentido material y formal, tiene su origen en las antiguas tradiciones del derecho público alemán confirmadas por las distintas Constituciones que, durante la primera mitad del siglo XIX (en particular las Constituciones del período 1814-1830), han venido a establecer en Alemania el régimen de monarquía limitada. "Según el sistema monárquico de los Estados alemanes, dice Anschütz, y en particular de Prusia, todos los derechos del poder estatal residen, en principio, en el rey, lo mismo que históricamente, también el ejercicio de estos derechos le había pertenecido plena-

[16] Cfr. KANT, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, trad. cast. de P. González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978 (reimpresión), ps. 79/80.

Ver, también, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 133; y DE CASTRO BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Parte general*, t. I, Inst. Estudios Políticos, Madrid 1955, p. 395.

[17] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, cit., ps. 133/134; id., *Derecho general de organización*, Inst. Estudios Administrativos, Madrid, 1971, ps. 28/29; id., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, nro. 23, 1961, ps. 35/38.

[18] Cfr. ANSCHÜTZ, Gerhard, *Die gegenwartigen Theorien Über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Ummfang des Königlichen Verordnungsrecht nach preussischen Staatsrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1901, citado por CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie Générale de L'État*, t. I, Sirey, París, 1920, p. 315.

mente hasta el advenimiento del régimen constitucional moderno. Este régimen constitucional ha venido o bien a transferir el ejercicio efectivo de los poderes de los que el monarca seguía siendo el titular propio, a órganos distintos de él; o al menos a subordinar el ejercicio de estos poderes por el monarca al concurso y adhesión de órganos distintos, entre los que figuraban, sobre todo para el ejercicio del poder legislativo, las llamadas asambleas representativas. Pero estas Constituciones alemanas, que así han sustituido la antigua monarquía absoluta por la monarquía limitada, han tenido su origen, histórica y jurídicamente, en la voluntad del Príncipe, en el sentido de que es él quien las ha concedido originariamente y quien, por virtud de esta concesión, se ha autolimitado y restringido su poder anterior. De ahí se deduce que el monarca ha conservado para sí indefinidamente, no sólo en titularidad sino también, en cuanto a su libre ejercicio, todos los poderes anteriores que por la Constitución no había delegado en autoridades nuevas o subordinadas, desde el punto de vista de sus condiciones de ejercicio, a la intervención de órganos diferentes a él. Así ocurría con todas las decisiones, prescripciones o reglamentaciones que no conciernen a los derechos de los particulares".

En la monarquía constitucional ya no hay dos unidades independientes y antagónicas —como en el dualismo medieval, con elementos del Estado enfrentados: el Rey y el Reino— sino la unidad estatal en cuyo nombre se mueven dos órganos: el Rey y las Cámaras o representación popular, como órganos inmediatos del Estado y que actúan como representantes de la unidad política.

Pero aunque en la teoría política de la monarquía constitucional, basada en el *dualismo de órganos*, se hacía notar que el rey era sólo un "órgano" del Estado y, por tanto, ni él ni el pueblo, sino el Estado como unidad, era soberano, ello no era más que una forma de escamotear y eludir la cuestión de quién era el sujeto del poder constituyente y representante de la unidad política y, por tanto, quién en caso de conflicto era capaz de decidir: el rey.

Esta fórmula política encerraba, pues, una enorme ambigüedad que se traducía en un equilibrio político inestable, lo que hacía insostenible el dualismo en que descansaba la Constitución de la monarquía constitucional; pues, como escribe Carl Schmitt, una Constitución se apoya o en principio monárquico o en el democrático; o en el poder constituyente del Príncipe o en el del pueblo. Y esto habría de ponerse de manifiesto bien a las claras cuando se planteó un auténtico conflicto constitucional, como lo fue el surgido con ocasión del presupuesto prusiano de 1862, en el que el sencillo dilema de los principios político-formales pretendidamente relegado o suspendido se abrió de nuevo con toda su evidencia y exigió, como luego veremos, la necesidad de una solución.

Fácilmente se comprende, pues, que el problema de las relaciones entre los órganos inmediatos del Estado alcance, en el sistema constitucional, el papel de cuestión preeminente, básica, de la configuración jurídico-política de éste.

En este contexto de dualismo de poderes, propio de un constitucionalismo primitivo, que caracterizaba a la monarquía constitucional alemana del siglo

XIX, el valor de las previsiones constitucionales que reconocían a la representación popular un cierto grado de participación en el ejercicio del poder estatal y, en particular, en el Poder Legislativo, adquiriría una relevancia política capital. Las técnicas constitucionales para delimitar el alcance de la intervención de las Cámaras en la función legislativa —en particular "la cláusula de la libertad y la propiedad"— se convirtieron en una de las cuestiones centrales de la dogmática jurídica de entonces.

En algunas de estas Constituciones estamentales el ámbito de la legislación quedaba dividido en dos sectores y la participación de las Cámaras sólo era requerida para aprobar un determinado tipo de leyes.

Era preciso, pues, separar el ámbito en el que el monarca podía legítimamente crear derecho y el espacio en el que estaba constitucionalmente obligado a recabar el consenso de los estamentos para legislar.

Así, el concepto de ley y la distinción entre ley y reglamento resultaban decisivos para la cuestión del reparto de un poder que la Constitución —en la que coexistían el principio monárquico (base del orden constitucional) y el reconocimiento de la representación popular— no resolvía por sí sola de una manera clara y cierta.

De entre todos estos derechos de participación de la representación popular destaca el derecho del Parlamento a aprobar el presupuesto (*das budgetrecht*), que constituía un verdadero contrapunto liberal al principio monárquico y al rasgo absolutista de la monarquía prusiana, más incluso que la participación de las Cámaras en el ejercicio de la potestad legislativa.

En efecto, las competencias constitucionales de las Cámaras en materia financiera: votar los impuestos, aprobar los presupuestos generales del Estado y fijar la "lista civil", constituían un poderoso instrumento político para garantizar a la representación nacional la convocatoria anual de las Cámaras por el rey y, como se demostró con ocasión del conflicto constitucional prusiano de 1862-1866, el punto de apoyo de la representación popular en su pugna con el monarca por limitar el poder de éste que se derivaba del *monarchische prinzip*.

El concepto material de ley del primer constitucionalismo alemán que rige para todas las monarquías constitucionales como una norma de atribución de competencias no escrita del derecho público alemán, tenía una formulación paradigmática en la Constitución de Baviera de 1818, cuyo tít. VII, parág. 2º, establecía que "sin la consulta y consentimiento de los Estamentos del Reino no podrá aprobarse ninguna ley general nueva que afecte a la libertad de las personas o a la propiedad de los ciudadanos, ni modificarse ley preexistente alguna, interpretarla o derogarla".

"El ámbito material de la legislación y con ello la participación de la representación popular en el ejercicio del Poder Legislativo —como expone Werner Heun— experimentó durante el siglo XIX un aumento constante por dos vías: en primer lugar, la vaga fórmula de la injerencia en la libertad y la propiedad se interpretó de forma cada vez más extensiva. En segundo lugar, la legislación

desarrolló una dinámica propia a través de la cláusula de reforma, puesto que múltiples leyes, excediendo las fronteras del concepto material de ley, fueron fruto de la iniciativa o aceptación del monarca. Dado que las leyes no podían ser derogadas ni modificadas por los reglamentos del Poder Ejecutivo, sino que, en virtud del concepto material de ley y del principio de supremacía jerárquica de ésta, sólo podían serlo por la vía del procedimiento legislativo, las materias que habían sido reguladas una vez por ley quedaban sometidas para siempre a la competencia del Poder Legislativo.

"Al lado de esta potestad legislativa [que incluía la cooperación en la reforma constitucional] apareció, como un segundo pilar, la participación de las Cámaras en el poder financiero. Aquí, el punto de partida era la facultad de autorizar los impuestos que, lo mismo que la potestad legislativa, ya había correspondido a las representaciones estamentales del *Ancien Régime*. Bajo las diferentes condiciones del constitucionalismo, también se sometieron los impuestos a la aprobación de las Cámaras debido a que ello representaba, precisamente, la clásica injerencia en la propiedad de los ciudadanos y, en consecuencia, requería la forma de ley. Sin embargo, se fue implantando con regularidad esta facultad de autorización de los impuestos. Ello se debió a que las leyes impositivas tenían, sobre todo conforme a las Constituciones del sur de Alemania, una vigencia temporalmente limitada, a pesar de que la duración de la autorización de los impuestos se otorgase para varios años, a diferencia de lo que sucedía en muchos otros Estados de la Europa occidental. Además los créditos requerían la habilitación de las Cámaras.

"En principio —a excepción del Estado de Württemberg— no se preveía una facultad de autorización de gasto y del presupuesto. Sin embargo, era preciso presentar el presupuesto del Estado al examen de las Cámaras para justificar la autorización de los impuestos (...). Desde 1830 se fue imponiendo paulatinamente una facultad general de autorización presupuestaria, incluso aunque hasta 1848 sólo se recogiese constitucionalmente la facultad de autorización impositiva. Fue la Constitución de Prusia de 1850 —como también las que le siguieron— la que previó el establecimiento del presupuesto por ley.

"Sin embargo, la facultad de autorización del gasto estaba más limitada desde diversos puntos de vista. En primer lugar, hasta que se impuso el principio de anualidad de los presupuestos, éstos se extendían a varios años. En segundo lugar, aún seguía estando un tanto oscura la sujeción a la autorización de los presupuestos. Sólo aparecía como indiscutible el sometimiento a la cantidad total autorizada, permaneciendo el Ejecutivo relativamente libre en su política de gasto dentro de esa suma total, lo cual provocaba constantes conflictos con las Cámaras. Además, los excesos en las autorizaciones de gasto quedaban en la mayoría de los casos sin sanción. En tercer lugar, el Ejecutivo hizo un amplio uso de la facultad excepcional de autorización de gasto. En cuarto lugar, el Ejecutivo y la doctrina jurídica partían de la existencia de una serie de obligaciones de autorizar los gastos necesarios y negaban al Parlamento la

facultad de rechazar el presupuesto. Por regla general, las Dietas estatales sólo reconocían la obligación de autorizar los gastos legalmente debidos cuando se hallaban afectadas pretensiones de terceros. Esta primacía de la ley general en esta materia es válida aún hoy en día, puntualiza W. Heun [con referencia al parág. 3.II de la Ley de Principios Presupuestarios y parág. 3.II del Reglamento Presupuestario Federal], aunque entonces tuviera un valor en el sistema constitucionalmente distinto al que tiene en un sistema parlamentario de gobierno en el que el Parlamento es el único legislador. Por último, en el caso extremo de una ruptura constitucional al Parlamento sólo le quedaba la facultad de rechazar los impuestos, que reivindicaban los representantes en agria polémica con el Ejecutivo[19]".

De otra parte, la teoría dualista de la ley respondía a una finalidad o consecuencia práctica, dominar con una fórmula racional la problemática competencial de la monarquía constitucional basada en el "principio monárquico", resolviendo, además, uno de los problemas más difíciles del derecho constitucional: la delimitación de las esferas respectivas de competencia entre la ley y el reglamento (Jellinek). En este sentido, la distinción ley formal y ley material tenía una intención política implícita evidente (explicable en aquel contexto histórico de pugna política entre el poder monárquico y los derechos políticos de la representación popular), a saber: eliminar de la competencia del Parlamento, dejándolos como de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo (el rey), determinados actos de gobierno o de alta administración, de indudable trascendencia política. "Se comprende, pues —como observa certeramente Carré de Malberg—[20], por qué la doctrina alemana se esforzaba en demostrar que en los textos constitucionales que subordinan la confección de la ley al asentimiento de las Cámaras [como en el art. 62 de la Constitución prusiana], la palabra ley, según su sentido tradicional y según los trabajos preparatorios, no alude sino a la regla relativa al derecho de los ciudadanos. El objetivo, importante, de esta demostración era establecer que el monarca no se ha despojado del libre ejercicio del Poder Legislativo más que en lo que concierne a las llamadas reglas de derecho, y que, para todas las demás reglas [¡y sobre todo para la aprobación del presupuesto!, añadiría yo], ha conservado el poder constitucional de dictarlas por sí solo en forma de ordenanza". Así pues, según esta tesis, junto a las reglas que requieren la deliberación y aprobación por las Cámaras, hay un amplio campo de reglamentación, que es el de la ordenanza (*Ordnung*) que continúa

[19] Cfr. HEUN, Werner, "El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX", en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, nro. 2, Junta del Principado de Asturias, 2000, ps. 576/577.

[20] Cfr. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie Générale de L'État*, cit., t. I, p. 315. Ver, asimismo, JESCH, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. española, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, ps. 25/30; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, cit., ps. 277/278. Muy ilustrativas al respecto las explicaciones que respecto del art. 62 de la Constitución prusiana ofrece el propio Laband, *Derecho presupuestario*, trad. española, ps. 16 y 17.

perteneciendo al monarca, que lo establece por su solo poder y de un modo exclusivo. De ahí que si, de hecho, prescripciones de esta segunda especie son dictadas en forma legislativa con el concurso de la Cámaras, la ley así creada no constituiría más que una ley formal, es decir, una ley que recae sobre una materia que por sí misma no es legislativa.

De ahí la enorme importancia que toda la doctrina alemana (Gerber, Laband, Jellinek) atribuía a la cuestión de la naturaleza jurídica de la Ley del Presupuesto. En efecto, si se calificaba a la Ley del Presupuesto no como un acto que crea o establece una regla de derecho, sino como un acto que contiene una mera "cuenta patrimonial", o un "acto administrativo", resultaba que la aprobación del presupuesto caía dentro de la competencia material del Poder Ejecutivo, aunque la Constitución atribuyese formalmente, por la solemnidad que requiere un acto de esa trascendencia política y económica, su aprobación a las Cámaras. Por consiguiente, si éstas se negaban a aprobar la Ley del Presupuesto, no por ello se paralizaría la vida del Estado, pues el presupuesto podría ejecutarse por la sola voluntad del rey (Ejecutivo) en tanto materia reservada a su competencia exclusiva, que comprendía —como hemos visto— todas aquellas que no afectaban a los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Así pues, Laband extiende estas conclusiones acerca del concepto de ley a la teoría jurídica del presupuesto, interpretando a la luz de ellas el precepto constitucional según el cual "el presupuesto del Estado se fijará anualmente mediante ley" (art. 99 de la Constitución prusiana de 1850). A su juicio, el sentido de esta norma es únicamente competencial: esto es, fijar la competencia de las Cámaras en su participación en el ejercicio de la función legislativa; pero no atribuir al presupuesto la naturaleza de una ley propiamente dicha, en el sentido material del término (esto es, como acto de voluntad del Estado que contiene una norma jurídica). Así pues, el mandato constitucional de que la aprobación del presupuesto del Estado ha de hacerse "mediante ley" no confiere a éste ninguna naturaleza jurídica específica, ni supone una declaración de reserva material de ley; implica tan sólo la exigencia de participación de las Cámaras parlamentarias y, por consiguiente, la imposición de una *forma especial* en la emanación de ciertos actos de gran importancia política o económica, como es el presupuesto del Estado: esto es, que "la fijación del presupuesto del Estado se hará anualmente de acuerdo o conformidad entre la Corona y ambas Cámaras".

El propósito de Laband era desvincular el *derecho del presupuesto* del régimen constitucional y parlamentario —a cuyo impulso se había desarrollado— y separar el poder de la representación popular en materia financiera, históricamente más antiguo, del Poder Legislativo, como algo distinto de éste. De esta manera, se justificaba más cómodamente el vaciamiento de contenido de la intervención de las Cámaras legislativas en el procedimiento presupuestario y la consideración del presupuesto como materia que compete exclusivamente

al Ejecutivo. En consecuencia, para Laband[21] "ni el establecimiento del presupuesto ni el control de las cuentas de un período ya transcurrido tienen nada que ver con la legislación considerada como reglamentación política del orden jurídico; pertenecen únicamente a la administración; el derecho que, a este respecto, corresponde a la representación popular en virtud de la Constitución, en cuanto el presupuesto debe serle presentado para su autorización, así como las cuentas del Estado para obtener su descargo, aparece como constitutivo de una participación esencial en la administración y como un control muy amplio de esta misma administración".

Por tanto, la intervención de la representación popular a través de sus órganos (Cámaras parlamentarias) "no se tipifica como una participación en el llamado Poder Legislativo, sino como una participación en el llamado Poder Ejecutivo". Lo que significa que en materia presupuestaria no existe propiamente "reserva material de ley", puesto que la aprobación del presupuesto no tiene nada que ver con la función legislativa, sino con la función de control político (participación de la representación nacional en determinadas decisiones de Estado de gran importancia). Ésta es la única razón de que en los textos de las Constituciones se establezca la exigencia de que la aprobación del presupuesto del Estado habrá de hacerse anualmente por ley.

La construcción labandiana de la Ley del Presupuesto como una ley en sentido meramente formal, vinculada a la legislación material preexistente que es la que constituye el fundamento legal de la mayoría de los gastos y de los ingresos públicos, evitaba las temidas consecuencias de la interrupción de las funciones esenciales del Estado en caso de rechazo del presupuesto por el Parlamento. El gobierno, sin necesidad del presupuesto, puede ejecutar sus planes de gastos "bajo su exclusiva responsabilidad", pues la finalidad esencial de la Ley del Presupuesto no es dar poderes al gobierno para gestionar la Hacienda pública, sino únicamente "descargarle previamente de toda responsabilidad constitucional ante las Cámaras". A esto se reduce el precepto de la Constitución que dispone que el presupuesto del Estado ha de aprobarse anualmente mediante ley.

IV. Vemos, pues, como, pese a las pretensiones de Laband de construir una teoría jurídica del presupuesto desvinculada de los intereses y las luchas políticas, lo cierto es que su doctrina presupuestaria y su teoría dualista de la ley era el trasunto fiel de la situación política alcanzada en Alemania tras la victoriosa política de Bismarck, y no puede entenderse separada de esta circunstancia. "Esta teoría —escribe Dietrich Jesch—[22] era idónea para aportar una

[21] Cfr. LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, cit., t. IV, ed. francesa, p. 268; id., *Derecho presupuestario*, cit., trad. castellana, p. 23. Posteriormente, el mismo razonamiento labandiano puede verse en la doctrina alemana del derecho público, ver en este sentido SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, cit., ps. 153/154.

[22] Cfr. JESCH, Dietrich, *Ley y administración*, cit., ps. 29/30 y 26; SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., ps. 156/157.
FRIAUF, Karl H., "El control parlamentario del presupuesto en la República Federal de Alemania", en COOMBES, David (ed.), *The power of the Purse*, trad. española, IEF,

explicación racional al conflicto prusiano del presupuesto y para elevarlo del plano de la controversia política a la esfera de la lógica jurídica: la aprobación del presupuesto no pertenecía a la esfera de la legislación material; en consecuencia, tampoco pertenecía a la competencia natural del Parlamento. Si a pesar de todo el Parlamento intervenía en la aprobación del presupuesto, sólo podía promulgar una ley 'puramente formal'; pero si faltaba una regulación constitucional de la competencia, el presupuesto caía dentro del 'dominio doméstico de la Administración'. Esta conclusión, que correspondía en el plano jurídico constitucional a la distribución del poder entre el Parlamento y el gobierno bajo el imperio del *principio monárquico*, fue respaldada en el plano conceptual por la teoría dualista de la ley, que se hallaba escrita en la carne misma de la monarquía constitucional".

Por otra parte, la teoría dualista de la ley —añade Jesch— "es una criatura de aquella peculiar relación de conflicto entre Estado y sociedad, cuya fiel imagen jurídica fuera el Estado constitucional del 'principio monárquico'. La sociedad estaba amparada contra el Estado mediante la muralla del derecho. El derecho regula las relaciones de los ciudadanos entre sí; si el Estado quería penetrar en el ámbito protegido de la sociedad (libertad y propiedad), tenía que doblegarse al derecho. Dentro de su propia esfera, es decir, dentro del ámbito ejecutivo, regía el mandato sin cualidad jurídica. A esta esfera interna pertenecía el derecho presupuestario, una parte del derecho de la organización y todas las relaciones de sujeción especial. Como se trataba de algo situado fuera del derecho, de algo interno del Estado... en especial la reserva legal fue dejada sin efecto con relación a la total esfera interna del Estado".

El concepto labandiano de norma jurídica o regla de derecho (*Rechtssatz*) —definida exclusivamente desde el punto de vista intersubjetivo de la esfera jurídica de los individuos y de las personalidades jurídicas independientes contrapuestas al Estado, pues en su concepción el derecho sólo existe para regular las relaciones dentro de la sociedad civil (derecho privado) o las de ésta con el Estado (derecho público)— ínsita en su concepción de la ley material, tenía, pues, una explicación y era congruente con la escisión entre el Estado y la so-

Madrid, 1981, p. 122, escribe: "Como la Corona no podía poner en vigor las leyes sin el consentimiento parlamentario, esto significó que cualquier presupuesto requería una mayoría parlamentaria. Como la política del gobierno dependía de la disponibilidad de recursos, esta situación parecía, por su parte, proveer de un medio de superar el dualismo Corona (gobierno) y Parlamento, dando al Parlamento una influencia decisiva sobre la política del gobierno. Sin embargo, tal desarrollo habría estado en completa contradicción con la base constitucional de la totalidad del sistema (o sea, el principio monárquico), de acuerdo con el cual la Corona tenía todos los poderes del Estado y al Parlamento sólo se le asignaban ciertas funciones asesoras (pero no una participación en el poder)" (cfr. también STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, cit., ps. 125 y ss. y ps. 266/267).

En igual sentido, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Thèorie Générale de L'État*, cit., t. I, p. 316; DE CASTRO, Federico, *Derecho civil de España. Parte general*, cit., t. I, ps. 394/395; VILLAR PALASÍ, José L., *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid - Facultad de Derecho, secc. Publicaciones, Madrid, 1968, ps. 278/279.

ciedad civil, que en el siglo XIX se convirtió en un auténtico dogma, y a la que respondía la doctrina de la reserva general de ley que se había incorporado a las Constituciones de los Estados alemanes con el primer constitucionalismo de los albores del siglo (Sajonia-Weimar de 1816, Baviera de 1818, Baden de 1818, Würtemberg de 1819): todo derecho que afectase al ámbito de la sociedad civil (*la libertad y la propiedad*) tenía que ser aprobado con la participación de los órganos de la representación popular (asambleas o cámaras legislativas).

Como quiera que en los textos de las Constituciones alemanas, por presión de la representación nacional que quería así ampliar su participación en el ejercicio del poder, se contenían reservas especiales para la legislación en el dominio del *no-derecho* (que no suponía una intervención en la esfera jurídica de los individuos), esto es, de la organización estatal y, de manera muy singular, la necesidad de aprobación legislativa de los presupuestos generales del Estado, ello dio como resultado que las leyes sobre esta base fuesen consideradas como leyes en sentido puramente formal.

Por otra parte, la concepción labandiana de *ley material* respondía a los intereses de una clase burguesa enriquecida y dominada por el afán de lucro, pero políticamente inmadura, que, como observa Thoma[23], sólo esperaba de sus Parlamentos protección contra el Estado y contra las intervenciones inconvenientes en "las esferas de voluntad reconocidas por el derecho" (Laband): la libertad y la propiedad. Éste era el ámbito que se consideraba esencial para un florecimiento económico y la libertad de los propietarios; lo que estaba más allá de esto, como la educación, la ordenación de los servicios públicos, los actos de la dirección política y económica del Estado, el presupuesto, etc..., caía fuera del campo visual de la burguesía.

Como observa certeramente el Prof. Gallego Anabitarte, siguiendo a Hermann Heller[24], ese concepto de ley material según el cual sólo es derecho lo que afecta a la libertad y propiedad de los individuos, "expresaba la preocupación y garantía de una sociedad que se sentía segura y feliz cuando sus asuntos privados estuviesen bajo el dominio de la ley, pero que se declaraba incapaz cuando se trataba de enfrentarse con el poder político, la política y el Estado. Este concepto de ley: 'libertad y propiedad', 'fijar límites', era la expresión de un constitucionalismo extremadamente primitivo, cuyo portador era una burguesía liberal que había ya pactado con el poder".

[23] Cfr. THOMA, R., "Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht", en *Festgabe für Otto Mayer*, Tubingen, 1916, ps. 167 y ss., citado por STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, cit., p. 133.

Ver, también, NEUMANN, Franz, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, trad. castellana, Paidós, Buenos Aires, 1968, ps. 44/45 y 49/50.

[24] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, cit., p. 284, siguiendo el famoso trabajo de HELLER, Hermann, "Der Begriff des gesetzes in der Reichverfassung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, fasc. 4, 1928, ps. 98 y ss.

Ver también DE CABO MARTÍN, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, ps. 42-46.

Sin embargo, conviene hacer notar el carácter y función garantista que, no obstante, tuvo en su momento la concepción dualista de la ley de Laband, por cuanto "el concepto de ley material fue empleado para delimitar el ámbito del derecho frente al no-derecho, es decir, sobre todo para segregar del ámbito estatal la esfera jurídica e individual del ciudadano". Venía a satisfacerse, así, la pretensión del constitucionalismo liberal que deseaba una fuerte influencia y participación de la representación popular en la actividad estatal en cuanto afectase directamente a la esfera jurídica de los ciudadanos En ese sentido su construcción desempeñó, en su época, una función de racionalización y apertura para eliminar, en el mundo político alemán, los últimos residuos medievales en las estructuras de poder[25].

Pero el estrecho concepto labandiano de norma jurídica (= ley material), que suponía una concepción puramente individualista de la libertad, y de la propiedad, habría de resultar, de un modo patente, inadecuado e inservible a medida que las transformaciones de la sociedad y del Estado modernos (hasta llegar al actual Estado social y democrático de derecho) pusieron en evidencia que no basta sólo con la protección de la libertad ciudadana en el sentido del *status negativus* (Jellinek), que no basta con esperar del Estado solamente esa garantía negativa de la libertad, sino que se hace cada vez más imperiosa la necesidad de creación de una garantía positiva, de instituciones que aseguren ampliamente la libertad y la propiedad mediante la organización estatal, la dirección estatal del presupuesto, las prestaciones estatales de bienes y servicios, etcétera.

Por ello, como dice Christian Starck[26], "se hace preciso extender el concepto de norma jurídica para que pueda abarcar no sólo la concepción jurídico-individualista (delimitación y coordinación de esferas de voluntad), que, por lo demás, hay que mantener, sino todas las normas sobre organización y procedimiento del derecho estatal y público en general, todos aquellos preceptos jurídicos que sientan el fundamento del uso del poder estatal y de cualquier otro poder público, y que regulan al detalle su estructura, su configuración y todas sus actividades", pues también el derecho público de organización tiene como función asegurar la libertad.

Por otro lado, es preciso no olvidar que el Estado social y democrático de derecho de nuestros días, que se basa en una Administración prestadora de

[25] Cfr. JESCH, Dietrich, *Ley y administración*, cit., p. 183; STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, cit., ps. 122 y 153; SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., ps. 156/157; ROEHRSSEN, Carlo, "Apologia di Paul Laband nel sessantesimo anniversario della morte: le origini e il significado del metodo giuridico nella Scienza del Diritto pubblico", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a cura de G. Tarello, vol. VIII, 1/1978, Il Mulino, Bologna, ps. 97 y ss. En la doctrina española, cfr. SANTAMARA PASTOR, Juan A., *Fundamentos de derecho administrativo*, t. I, Ceura, Madrid, 1991 (reimpresión), ps. 518 y 523.

[26] Cfr. STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, cit., ps. 238, 267/268 y 441.

Ver, también, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie Générale de L'État*, cit., t. I, p. 317 y su crítica al concepto labandiano de "regla de derecho".

bienes y servicios públicos, tiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico no sólo la idea de libertad, sino también las de igualdad y justicia (tal y como proclama, por ejemplo, el art. 1°, párr. 1°, de la Constitución española de 1978): y la libertad es más que la mera defensa de los derechos en contra del poder, entraña igualmente la posibilidad de desarrollar al máximo las potencialidades del hombre, su capacidad de autodeterminación individual, garantizando unas condiciones existenciales mínimas (*Daseinvorsorge*) que hagan posible su ejercicio real[27]. En un Estado de Derecho los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, son la pieza cardinal del orden democrático y actúan como límite del poder estatal y de su ejercicio, como medio de asegurar la esfera de libertad del individuo frente a las injerencias del Estado y, al propio tiempo, como garantía de los fundamentos del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico tiene una importancia teórica fundamental para las funciones del Estado, pues la vinculación de los poderes públicos al respeto de los derechos fundamentales comprende no sólo una obligación negativa (de no hacer) del Estado, de evitar las injerencias en el ámbito protegido por aquéllos, sino otra obligación positiva, de realizar todo aquello que contribuya a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan , incluso aunque los ciudadanos no lo exijan ejercitando una pretensión subjetiva. Tanto si se contempla desde el punto de vista del Estado como de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal que únicamente el Estado debe respetar. El que esa libertad sea real presupone la puesta en práctica del derecho fundamental mediante el Estado. Éste no aparece ya únicamente como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector. Aunque este papel positivo respecto de los derechos que se encomienda al Estado no esté exento de los riesgos y peligros que se derivan de una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividad del Estado que anule toda configuración vital de la responsabilidad personal del individuo.

De todo ello se desprende que la teoría dualista de la ley, con su doble sentido material y formal, que ha nacido en Alemania de la evolución del derecho monárquico propio de este país, se liga íntimamente a esta evolución y no se

[27] Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, ps. 26 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1977, ps. 65/66; y también NEUMANN, Franz, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, cit., p. 167; y el libro ya clásico de FORSTOFF, Ernst, *Reechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, trad. italiana, *Stato di Diritto in trasformazione*, Giuffré, Milán, 1973.

A esta nueva perspectiva de los derechos y de las libertades públicas me he referido en otro trabajo, cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública", en *Sistema*, nro. 53, marzo 1983, ps. 75 y ss. Ver también el sugerente trabajo de RUBIO LLORENTE, Francisco, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)", en *Revista de Administración Pública*, nro. 100-102, vol. I, 193, ps. 425/429.

explica más que por ella, perdiera su fuerza y virtualidad jurídica al desaparecer las circunstancias jurídico-políticas que propiciaron su nacimiento, esto es, con el ocaso de la monarquía constitucional basada en el "principio monárquico". que hizo superfluo el concepto material de ley y la función delimitadora de competencias que debía desempeñar la teoría dualista. Como afirma Jesch, "esta teoría jurídica de la ley, vinculada a una época determinada, carece de utilidad para la compresión de los modernos problemas jurídico-políticos", y sobre todo allí donde está asegurada la supremacía de la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional español, cuando tempranamente hubo de dilucidar, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, sobre la naturaleza jurídica del presupuesto, "la equivalencia de la Ley de Presupuestos como ley en sentido formal no traduce la realidad de este momento" (STC 27/1981, del 20 de julio, F. J. 3°).

"El concepto de ley propio del Estado de Derecho —escribe en la doctrina alemana Böckenförde[28]— tampoco permite diferenciar entre un concepto material o formal de la ley, sino que es una categoría unitaria. En ella se vincula un aspecto material o de contenido con un aspecto formal o procedimental en una unidad inseparable: la ley es una regla general (norma general) que surge con el asentimiento de la representación del pueblo en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad. Todos los principios esenciales para el Estado de Derecho están incluidos institucionalmente en este concepto de ley, y en él reciben su forma. El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de la libertad y la posición de sujeto del ciudadano; la generalidad de la ley impide injerencias en el ámbito de la libertad civil y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, esto es, válidas para todos por igual; el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medida de la racionalidad que el contenido de la ley puede humanamente alcanzar. La ley creada de este modo obliga jurídicamente a la acción de la Administración, que queda así vinculada y limitada (legalidad de la Administración)".

[28] Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst W., "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. española de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 23.

FUNCIÓN, CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO EN ESPAÑA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ*

I. FUNCIÓN Y NATURALEZA DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Debe señalarse, antes que nada, que el desarrollo legal del art. 134 de la Constitución Española, del 27/12/1978 (en adelante, CE[1]), que con carácter preconstitucional se encontraba en la ley 11/1977, del 4 de enero, General Presupuestaria, vino hecho posteriormente por el real dec. legislativo 1091/1988, del 23 de septiembre, que aprobaba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, y, en la actualidad, se encuentra en la ley 47/2003, del 26 de noviembre, General Presupuestaria (en lo sucesivo, LGP).

Hecha la precisión que antecede, es importante tener presente que el presupuesto es "la clave del parlamentarismo, ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos[2]".

* Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario.

[1] El art. 134, CE, dispone: "1. Corresponde al gobierno la elaboración de los presupuestos generales del Estado, y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación... 2. Los presupuestos generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado... 3. El gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los presupuestos generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior... 4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos... 5. Aprobados los presupuestos generales del Estado, el gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario... 6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del gobierno para su tramitación... 7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea".

[2] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 3.

Ese desdoblamiento del control por el Parlamento de la actividad financiera pública se recoge en la Constitución española de 1978 de dos maneras. De un lado, en los arts. 31.3 y 133, aparts. 1° y 2°, ambos de la CE, que establecen el *principio de legalidad respecto de las prestaciones patrimoniales* de carácter público y los tributos; reserva de ley que "tiene como uno de sus fundamentos 'garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes', configurándose de este modo como 'una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano'"[3]. De otro, en los arts. 66.2 y 134.1, también de la Constitución, que establecen el *principio de legalidad respecto de los gastos* al atribuir a las Cortes Generales la función de examinar, aprobar y enmendar los presupuestos generales del Estado.

Como señala el art. 134.2, CE, dichos presupuestos deben incluir "la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal", razón por la cual aparecen "como un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno"[4]. En suma, "del mismo modo que son los representantes de los ciudadanos los que deben autorizar la exacción de las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3, CE), es también al Parlamento a quien corresponde autorizar la cuantía y el destino del gasto, así como el límite temporal de los créditos presupuestarios (art. 134.2, CE)"[5].

También debe subrayarse que la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es sólo una *ley en sentido formal*, sino también *en sentido material*[6], pudiendo, por tanto, acometer directamente la modificación de otras normas con rango de ley, con las salvedades o limitaciones a las que haremos referencia después.

A lo anterior hay que añadir que la Ley de Presupuestos es "una ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el art. 66.2, CE, atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del gobierno"[7]. Se trata, en

[3] SSTC 185/1995, del 14 de diciembre, FJ 3; y 233/1999, del 13 de diciembre, FFJJ 7, 9 y 10.a).

[4] SSTC 27/1981, del 20 de julio, FJ 2; 65/1987, del 21 de mayo, FJ 3; 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4.a); 178/1994, del 16 de junio, FJ 5; 171/1996, del 30 de octubre, FJ 2; 203/1998, del 15 de octubre, FJ 3; 234/1999, del 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, del 3 de febrero, FJ 5; 180/2000, del 29 de junio, FJ 4; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; 62/2001, del 1 de marzo, FJ 4; 109/2001, del 26 de abril, FJ 5; 24/2002, del 31 de enero, FJ 5; 67/2002, del 21 de marzo, FJ 3; y 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

[5] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

[6] SSTC 27/1981, del 20 de julio, FJ 2; 63/1986, del 21 de mayo, FJ 5; 68/1987, del 21 de mayo, FJ 4; 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; 3/2003, del 16 de enero, FJ 4; 238/2007, del 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, del 13 de diciembre, FJ 4.

[7] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

definitiva, de una "ley de contenido constitucionalmente definido"[8], pudiendo hablarse "de la existencia en la Constitución de una reserva de un contenido de Ley de Presupuestos"[9]: "la Ley de Presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales —en este caso, de una Comunidad Autónoma— para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente, para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la Ley de Presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al quántum como a su destino"[10].

También es necesario precisar que las reglas recogidas en el art. 134, CE, están previstas, en principio, *para el instrumento presupuestario del Estado y no para los de las Comunidades Autónomas*, razón por la cual los presupuestos generales de las Comunidades Autonómas quedarán sometidos a las reglas y condicionantes que se deriven tanto de la Ley Orgánica 8/1980, del 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en lo sucesivo, LOFCA) como de su propia normativa autonómica: "En efecto, aunque de la literalidad del art. 134, CE, examinado, se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que 'de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas', es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica. En este sentido, hemos dicho que la regulación aplicable a las instituciones autonómicas... no es sólo la contenida en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas [singularmente la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas] y en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas, sino también, 'por supuesto, en las reglas y principios cons-

[8] SSTC 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4; 16/1996, del 1 de febrero, FJ 6; 61/1997, del 20 de marzo, FJ 2; 174/1998, del 23 de julio, FJ 6; 130/1999, del 1 de julio, FJ 8; 131/1999, del 1 de julio, FJ 2; 234/1999, del 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, del 3 de febrero, FJ 5; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; y 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

[9] SSTC 131/1999, del 1 de julio, FJ 4; y 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

[10] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 7.

titucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado entendido en sentido amplio'"[11].

Ahora bien, aunque el art. 134.2, CE, no sea de aplicación directa a los presupuestos generales de las Comunidades Autónomas, lo cierto es que tanto las normas estatutarias como el propio art. 21, LOFCA, establecen una serie de reglas que guardan una sustancial identidad con aquél, "como no podía ser de otro modo, dado que la norma constitucional y la estatutaria (así como las normas que las desarrollan) no hacen otra cosa que recoger una serie de principios que, como hemos dicho, son consustanciales a la institución presupuestaria y al sistema parlamentario (arts. 66 y 152.1, ambos de la Constitución)"[12].

Y debe concluirse, en fin, que aun cuando "*los créditos* consignados en los estados de gastos de los presupuestos generales no son fuente alguna de obligaciones", sin embargo, "constituyen autorizaciones legislativas"[13], "para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones", y "predeterminan el concepto por el que autorizan su uso"[14]. Debe tenerse presente, pues, "la distinción entre la *fuente jurídica del gasto público* —normalmente la Ley de Presupuestos— y la *de las obligaciones del Estado*. Los créditos consignados en los estados de gastos de los presupuestos generales no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que, según derecho, las generen"[15].

[11] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 6 (en relación con los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco). Y también SSTC 116/1994, del 18 de abril, FJ 5 (respecto de los presupuestos generales de la Comunidad Foral de Navarra); 174/1998, del 23 de julio, FJ 6 (con referencia a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Aragón); 130/1999, del 1 de julio, FJ 5 (con referencia a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria); 180/2000, del 29 de junio, FJ 5 (respecto de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja) y 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 5 (relativa a los presupuestos generales de la Comunidad AutómCanarias).

[12] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 6.

[13] SSTC 63/1986, del 21 de mayo, FJ 6; 146/1986, del 25 de noviembre, FJ 8; y 13/2007, del 18 de enero, FJ 1, "de su cuantía y destino"; SSTC 84/1982, del 23 de diciembre, FJ 3; 65/1987, del 21 de mayo, FJ 5; 134/1987, del 21 de julio, FJ 6; 65/1990, del 5 de abril, FJ 3; 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4.a); 16/1996, del 1 de febrero, FJ 6; 203/1998, del 15 de octubre, FJ 3; 33/2000, del 3 de febrero, FJ 5; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; y 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

[14] STC 13/1992, del 6 de febrero, FJ 5.

[15] SSTC 63/1986, del 21 de mayo, FJ 6; 146/1986, del 25 de noviembre, FJ 8; y 13/1992, del 6 de febrero, FJ 5.

II. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

El Tribunal Constitucional ha venido admitiendo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado un *doble contenido*[16].

De un lado, un *contenido esencial o indisponible*, "propio, mínimo y necesario", o lo que es lo mismo, el contenido que en todo caso debe aparecer en la Ley de Presupuestos que cada año debe ser aprobada por el Parlamento, que deriva directamente de lo dispuesto en el art. 134.2, CE, y que se concreta en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico y en las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados para su ejecución congruente o simétrica en el respectivo período anual. A ese contenido propio, mínimo y necesario de la Ley de Presupuestos se refiere el art. 134.2, CE, y alcanza a "la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal"[17], "recogiendo de este modo los principios de unidad (los presupuestos deben contenerse en un solo documento) y universalidad (ese documento debe acoger la totalidad de los gastos e ingresos del sector público)"[18]. Precisamente por ir en contra de los principios de unidad y universalidad presupuestaria (arts. 134, CE, y 21, LOFCA), se declaró inconstitucional la Ley del Parlamento vasco 1/2002, del 23 de enero, que venía a aprobar parte de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002[19].

De otro lado, un *contenido eventual o disponible*, que se justifica en el carácter funcional de la Ley de Presupuestos como vehículo director de la política económica del gobierno (ley de *indirizzo politico*) y que se concretaría en aquellas otras disposiciones que no siendo estrictamente presupuestarias, están dirigidas de modo directo a ordenar la acción y los objetivos de política económica y financiera del sector público estatal o, lo que es lo mismo, inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan. Puede acoger, entonces, disposiciones que, aun no suponiendo una previsión de ingresos o una habilitación de gastos en sentido estricto, bien guardan una directa con los ingresos o los

[16] SSTC 27/1981, del 20 de julio, FJ 2; 84/1982, del 23 de diciembre, FJ 3; 63/1986, del 21 de mayo, FJ 12; 65/1987, del 21 de mayo, FJ 4; 134/1987, del 21 de julio, FJ 6; 65/1990, del 5 de abril, FJ 3; 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4; 195/1994, del 23 de junio, FJ 2; 16/1996, del 1 de febrero, FJ 6; 61/1997, del 20 de marzo, FJ 2; 174/1998, del 23 de julio, FJ 6; 203/1998, del 15 de octubre, FJ 3; 130/1999, del 1 de julio, FJ 4; 131/1999, del 1 de julio, FJ 2; 234/1999, del 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, del 3 de febrero, FJ 5; 180/2000, del 29 de junio, FJ 4; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; 67/2002, del 21 de marzo, FJ 3; 3/2003, del 16 de enero, FJ 4; 202/2003, del 17 de noviembre, FJ 9; 34/2005, del 17 de febrero, FJ 4; 238/2007, del 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, del 13 de diciembre, FJ 4.

[17] SSTC 109/2001, del 26 de abril, FJ 5; en el mismo sentido, 65/1987, del 21 de mayo, FJ 4; 65/1990, del 5 de abril, FJ 4; 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4.a); 234/1999, del 16 de diciembre, FJ 4; 32/2000, del 3 de febrero, FJ 5; y 67/2002, del 21 de marzo, FJ 3.

[18] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 4.

[19] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 9.

gastos, bien responden a los criterios de política económica del gobierno, bien obedecen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto.

En suma, para incorporar disposiciones normativas ajenas a la materia presupuestaria propiamente dicha, el Tribunal Constitucional las condiciona a un *doble límite*. En primer lugar, debe tratarse de materias que tengan alguna *vinculación económica o presupuestaria* con la Ley de Presupuestos. Es decir, si bien nada impide, en principio, la utilización de la Ley de Presupuestos como un instrumento para la adaptación de las distintas normas, sin embargo, para salvaguardar la legitimidad constitucional de su inclusión en el instrumento presupuestario es imprescindible la existencia de una conexión directa con los ingresos o gastos del Estado, con la política económica del gobierno, o con la inteligencia y ejecución del presupuesto. En consecuencia, en principio, no podría ser modificada por la norma presupuestaria ni una "disposición de carácter general en materia propia de la ley ordinaria"[20] ni una "norma típica de derecho codificado", que están excluidas de por sí del ámbito de las Leyes de Presupuestos[21], dado que la "disposición de carácter general" o la "norma típica de derecho codificado" se adoptan con vocación de permanencia, con la consiguiente quiebra que dicha incorporación supone del principio de seguridad jurídica entendido como certeza en el derecho cuya aplicación razonablemente espera el ciudadano, salvo que, como se ha dicho, esas disposiciones de carácter general guarden una relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos o con los criterios de política económica[22] o se dirijan "a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto"[23]. Y ello sin perjuicio de que "determinadas regulaciones llevadas a cabo en la Ley de Presupuestos encuentren su sede normativa natural y técnicamente más correcta en las disposiciones generales que disciplinan los regímenes jurídicos a los que se refieren"[24].

Precisamente, por tratarse de una disposición de carácter general que no guardaba relación alguna con los ingresos y gastos del ejercicio, o con los criterios de política económica se declaró inconstitucional, por ejemplo, el art. 130 de la ley 230/1963, General Tributaria (en adelante, LGT 1963), en la redacción que le dio la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (que introdujo la autorización judicial para la entrada en el domicilio del deudor tributario), al considerar el Tribunal Constitucional que se trataba de una norma de atribución a un órgano judicial de una función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia, siendo claro "su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos cuya incidencia en la ordenación

[20] STC 65/1990, del 5 de abril, FJ 3.

[21] STC 195/1994, del 28 de junio, FJ 3.

[22] SSTC 63/1986, del 21 de mayo, FJ 12; y 32/2000, del 3 de febrero, FJ 5.

[23] Por todas, SSTC 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; 109/2001, del 26 de abril, FJ 5; 238/2007, del 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, del 13 de diciembre, FJ 4.

[24] SSTC 32/2000, del 3 de febrero, FJ 6; 109/2001, del 26 de abril, FJ 6; 238/2007, del 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, del 13 de diciembre, FJ 4.

del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y, por ende, insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, cuyo contenido propio y su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2, CE) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del derecho codificado"[25]. Y también se declararon inconstitucionales los arts. 111.3 y 128.5 de la misma Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 (que atribuía funciones de inspección a los órganos de recaudación), sobre la base de que aunque "cualquier norma tributaria tiene algún grado de conexión con la previsión de ingresos del Estado", sólo si tienen relación directa con ella pueden incluirse en las Leyes de Presupuestos, dado que "la solución contraria acabaría por confundir 'ley presupuestaria' y 'ley tributaria' y desbordaría la función que a aquélla reserva el art. 134.2, CE"[26]. Y por el mismo motivo se declaró inconstitucional la disposición adicional 8ª de la ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 5/1993, del 6 de mayo, de Presupuestos Generales de la Diputación Regional de Cantabria para 1993 que, al incorporar en un ley eminentemente temporal como es la de Presupuestos una regulación ordenadora del Estatuto de la Función Pública Regional con una vigencia indefinida, quebrantaba el principio de seguridad jurídica[27]. O la disposición adicional 26ª de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, del 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1997, por contemplar un supuesto de movilidad interadministrativa funcionarial, es decir, de una típica norma que se integra dentro de la materia de función pública, con vocación de permanencia en el tiempo y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia[28].

Y el segundo límite al que hicimos referencia anteriormente, ha sido añadido hace poco tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al instrumento presupuestario, en el sentido de que, una vez admitido que la Ley de Presupuestos Generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal (siempre y cuando dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido ese tribunal), exige ahora también que "lo que *no puede* hacer la Ley de Presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula *el régimen sustantivo* de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, *desconocerlo*, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende". Y ello es así porque, a juicio del tribunal, "[l]a Ley de Presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar, con su desconocimiento,

[25] STC 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4.
[26] STC 195/1994, del 28 de junio, FJ 3.
[27] STC 130/1999, del 1 de julio, FJ 8.
[28] STC 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 8.

situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3, CE[29]". Es decir, aunque la Ley de Presupuestos, como norma con rango legal que es, puede modificar otras normas con el mismo rango, lo que no puede hacer es desconocer un determinado régimen legal sin haberlo modificado previamente, efectuando una aplicación distinta de la prevista en la norma que desconoce.

III. EL ÁMBITO TEMPORAL Y LA PRÓRROGA DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Según el art. 134.2, CE, "los presupuestos generales del Estado tendrán carácter anual". Desde una perspectiva puramente temporal y salvadas las primeras indecisiones del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza temporal de las disposiciones incluidas en el Ley de Presupuestos Generales (para el ejercicio presupuestario al que se contrae) o permanente (hasta su derogación), hoy en dia tiene plenamente admitido que hay que distinguir —en orden a determinar su vigencia— la diferente naturaleza de las disposiciones contenidas en una Ley de Presupuestos. Así, las *previsiones puramente presupuestarias*, esto es, las recogidas en su contenido mínimo o necesario, tendrán, en principio, una *vigencia* exclusivamente *anual*[30], mientras que las *disposiciones jurídicas* incorporadas a su contenido eventual o disponible tendrán, en principio, *vocación de permanencia*[31].

La Ley de Presupuestos constituye, entonces, una habilitación de ingresos y una autorización de los gastos que el gobierno puede realizar durante un ejercicio económico que ha de coincidir con el *año natural*. La autorización en que la Ley de Presupuestos Generales se materializa tiene naturaleza meramente temporal; esto es, "se trata de una autorización que tiene un plazo de vigencia sometida a un límite temporal constitucionalmente determinado, concretamente, el de un año"[32], pues "son las leyes que cada año aprueban los presupuestos generales del Estado"[33], con una específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de leyes como es la de "aprobar anualmente los presupuestos generales del Estado"[34].

[29] SSTC 238/2007, del 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, del 13 de diciembre, FJ 4.

[30] A este respecto, tiene dicho el Tribunal Constitucional que "la autorización en que la Ley de Presupuestos Generales se materializa tiene naturaleza meramente temporal; esto es, se trata de una autorización que tiene un plazo de vigencia sometida a un límite temporal constitucionalmente determinado, concretamente, el de un año", sin perjuicio "de que esa vigencia resulte temporalmente prorrogada en el supuesto de que 'la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente'" (STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 5).

[31] Por todas, SSTC 65/1990, del 5 de abril, FJ 3; 32/2000, del 3 de febrero, FJ 6; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; y 34/2005, del 17 de febrero, FJ 5.

[32] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 5.

[33] SSTC 32/2000, del 3 de febrero, FJ 2; 109/2001, del 26 de abril, FJ 5; y 67/2002, del 21 de marzo, FJ 3.

[34] STC 195/1994, del 28 de junio, FJ 2.

Ahora bien, la *vigencia* de un año puede verse *prorrogada* si concluido el ejercicio presupuestario para el que fue aprobado un presupuesto no se hubiese aprobado uno nuevo. En efecto, según el art. 134.4, CE, la vigencia de la Ley de Presupuestos puede resultar temporalmente prorrogada en el supuesto de que "no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente", en cuyo caso "se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos". En el mismo sentido, el art. 38.1, LGP, dispone que "[s]i la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos iniciales del ejercicio anterior hasta la aprobación y publicación de los nuevos en el Boletín Oficial del Estado". En consecuencia, "teniendo la autorización de gastos prevista en la Ley de Presupuestos un carácter anual, es evidente que la prórroga de los créditos autorizados constituye, como muestra la experiencia del derecho comparado en las democracias parlamentarias, un mecanismo excepcional que opera en bloque y exclusivamente en aquellos casos en los que, finalizado el ejercicio presupuestario, aún no ha sido aprobada la nueva ley. La prórroga opera, además, como un mecanismo automático, *ex Constitutione*, sin necesidad de una manifestación de voluntad expresa en tal sentido, durante el tiempo que medie entre el inicio del nuevo ejercicio presupuestario y 'hasta la aprobación de los nuevos'"[35].

Eso sí, "la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad prevén la prórroga de los presupuestos de un ejercicio como un mecanismo excepcional para aquellos casos en los que, iniciado un nuevo ejercicio presupuestario, no se hubiese logrado aprobar la Ley de Presupuestos correspondiente a él. Prórroga que supone, en consecuencia, la extensión de la vigencia de los presupuestos anteriores y que limita en el tiempo 'hasta la aprobación de los nuevos'"[36].

IV. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

El art. 134.5, CE, prevé la posibilidad de que el Parlamento modifique los presupuestos a iniciativa del gobierno. En efecto, conforme al tenor literal de este artículo, "aprobados los presupuestos generales del Estado, el gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario".

Sin embargo, "[e]s claro que, por la propia naturaleza, contenido y función que cumple la Ley de Presupuestos, el citado art. 134.5, CE, no permite que cualquier norma modifique, sin límite alguno, la autorización por el Parlamento de la cuantía máxima y el destino de los gastos que dicha ley establece. Por el

[35] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 5.

[36] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 9.

contrario, la alteración de esa habilitación y, en definitiva, del programa político y económico anual del gobierno que el presupuesto representa, sólo puede llevarse a cabo en supuestos excepcionales, concretamente cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por una circunstancia sobrevenida. Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley de Presupuestos por cualquier norma legal, supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2, CE. Éste es, por otro lado, el entendimiento que del art. 134.5, CE, ha tenido el legislador estatal al autorizar al gobierno a solicitar de las Cortes Generales un crédito extraordinario o un suplemento de crédito sólo cuando exista 'algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente' y no exista en los presupuestos del Estado 'crédito o sea insuficiente y no ampliable el consignado' y, además, 'se especifique el recurso que haya de financiar el mayor gasto público' (art. 64.1, LGP)"[37].

Así, la ley 47/2003, del 26 de noviembre, General Presupuestaria, sólo contempla la *modificación de la cuantía y finalidad de los créditos* contenidos en los presupuestos de gastos mediante transferencias (traspasos de dotaciones entre créditos), generaciones de créditos (incremento de los créditos como consecuencia de la realización de determinados ingresos no previstos o superiores a los contemplados en el presupuesto inicial), ampliaciones de créditos (por pago de pensiones de clases pasivas del Estado, o para atender obligaciones específicas del ejercicio derivadas de normas con rango de ley relacionadas en el estado de gastos de los presupuestos generales o para satisfacer obligaciones derivadas de la deuda del Estado y de sus organismos autónomos), créditos extraordinarios y suplementos de créditos (porque deba realizarse algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista un crédito adecuado o el existente sea insuficiente y no ampliable) e incorporaciones de créditos (por remanentes de ejercicios anteriores). En suma, "la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad establecen una reserva material de la Ley de Presupuestos —la previsión de ingresos y autorizaciones de gastos para un año—, reserva que, aun cuando no excluye que otras normas con contenido presupuestario alteren la cuantía y destino del gasto público autorizado en dicha ley, sí impide una modificación de la misma que no obedezca a circunstancias excepcionales"[38].

V. LA PROHIBICIÓN DE CREAR TRIBUTOS POR LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

La reserva de ley tributaria se ve reforzada por la prohibición atinente a la Ley de Presupuestos de no crear o modificar tributos (art. 134.7, CE), *debido a*

[37] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 5.
[38] STC 3/2003, del 16 de enero, FJ 9.

las peculiaridades que tiene este instrumento normativo, que derivan fundamentalmente tanto del condicionamiento a que somete el art. 134, CE, al ejercicio del poder legislativo por las Cortes Generales y de las *restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria* por los Reglamentos de las Cámaras[39], como de las *limitaciones existentes en su contenido material*, en cuanto no admite todo tipo de normas jurídicas en su seno, sino sólo aquellas que guarden "la necesaria conexión económica —relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del gobierno— o presupuestaria —para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto—"[40].

La *justificación de esa limitación* se encuentra, de un lado, en la función específica que le atribuye la Constitución al instrumento presupuestario, a saber, la aprobación anual de los presupuestos generales del Estado, incluyendo la totalidad de los ingresos y gastos del sector público estatal y la consignación de los beneficios fiscales que afecten al Estado, y, de otro, en la propia incertidumbre que una regulación de este tipo puede producir al tratarse de una ley que, por las peculiaridades y especificidades que presenta su tramitación parlamentaria, conlleva restricciones a las facultades de los órganos legislativos en relación con la tramitación de otros proyectos o proposiciones de ley, al tener sus trámites de enmienda y debate restringidos por las disposiciones de las Cámaras que regulan su procedimiento, lo cual puede ir de por sí en contra del principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado (art. 9.3, CE), esto es, de la certeza del derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con la función que la Constitución le atribuye en sus arts. 66.2, CE, y 134.2, CE.

Siendo cierto, sin embargo, que el art. 134.7, CE, prohíbe la creación de tributos mediante leyes de presupuestos (entendiendo por tal tanto la creación de figuras tributarias nuevas como la modificación de los hechos imponibles o de sus elementos esenciales que impliquen la creación de un tributo nuevo y distinto al que estaba previsto legalmente en las leyes sustantivas que componen el sistema tributario), también lo es que admite su modificación cuando una ley sustantiva así lo permita[41].

[39] SSTC 27/1981, del 20 de julio, FJ 2; 65/1987, del 21 de mayo, FJ 4; 76/1992, del 14 de mayo, FJ 4.a); 116/1994, del 18 de abril, FJ 8; 174/1998, del 23 de julio, FJ 6; 203/1998, del 15 de octubre, FJ 3; 130/1999, del 1 de julio, FJ 8; 131/1999, del 1 de julio, FJ 2; 32/2000, del 3 de febrero, FJ 6; 274/2000, del 15 de noviembre, FJ 4; 109/2001, del 26 de abril, FJ 5; 67/2002, del 21 de marzo, FJ 3.

[40] SSTC 238/2007, del 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, del 13 de diciembre, FJ 4.

[41] Así, por ejemplo, la disposición final 6ª de la ley 35/2006, del 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, habilita a la Ley de Presupuestos Generales del Estado a modificar la escala, los tipos del impuesto, las deducciones en la cuota y demás límites cuantitativos y porcentuales fijos establecidos; la disposición final 3ª del real dec. legislativo 4/2004, del 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, habilita a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, entre otras cosas, a modificar los tipos de gravamen, los límites cuantitativos y porcentuales fijos y las exenciones; y, en fin, la

En consecuencia, si nada impide a la Ley de Presupuestos —en materia tributaria— realizar una mera adaptación de los distintos tributos a la realidad de cada momento (mera adecuación circunstancial), sin que para ello se exija habilitación especial alguna por ley sustantiva, sin embargo, sí es necesario para que se realicen alteraciones sustanciales y profundas del impuesto cumplir con la exigencia constitucional de que la modificación aparezca prevista en una ley tributaria sustantiva[42]. Admitir lo contrario supondría vulnerar uno de los principios políticos más antiguos, cual es el de la autoimposición o, lo que es lo mismo, establecer como principio que el consentimiento de los tributos sea consecuencia de la expresión de la voluntad general a través de los órganos democráticamente elegidos para ello y depositarios de la soberanía popular (*non taxation without representation*[43]).

Por otra parte, hay que tener presente que la prohibición contenida en el art. 134.7, CE, prevista para los "tributos", debe entenderse hecha de forma extensiva a toda prestación patrimonial de carácter público a la que hace referencia el art. 31.3, CE ("Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley"). No tiene sentido privar a la Ley de Presupuestos de la posibilidad de crear tributos (precisamente, por las limitaciones que impone al ejercicio de la garantía de autoimposición) y, sin embargo, permitirle crear otro tipo de prestaciones patrimoniales de carácter público que no tengan naturaleza tributaria. Quizás el constituyente cuando introdujo el citado límite estaba asimilando mentalmente los tributos con las prestaciones patrimoniales del art. 31.3, CE, y, por esa razón, en el art. 134.7, CE, sólo habló de tributos.

VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE NORMAS GENERALES INCORPORADAS AL CONTENIDO EVENTUAL DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

a) Ideas previas

En relación con la posibilidad de incorporar o no al contenido eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado determinadas disposiciones generales en función de su conexión con el contenido que le es propio, esto es, de su relación directa con la obtención de ingresos o gastos del Estado o con la política económica del gobierno, vamos a comprobar cómo en supuestos parecidos y con la misma doctrina general, en unos casos el Tribunal Constitucional llega

disposición final 1ª de la ley 37/1992, del 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, también autoriza a la Ley de Presupuestos Generales del Estado a modificar, entre otras cosas, los tipos del impuesto y del recargo de equivalencia, los límites cuantitativos y porcentuales fijos y la exenciones.

[42] STC 27/1981, del 20 de julio, FJ 2.

[43] SSTC 27/1981, del 20 de julio, FJ 3; y 197/1992, del 19 de noviembre, FJ 3.

a la conclusión de que no pueden incorporarse al contenido de la Ley de Presupuestos, mientras que en otros la solución es la contraria. De hecho, analizando la evolución de la doctrina constitucional puede comprobarse cómo, hasta el año 2000, el Tribunal Constitucional era bastante exigente en la constatación de la "relación directa" entre las disposiciones generales incorporadas a la Ley de Presupuestos Generales del Estado y la previsión de ingresos y gastos o la política económica del gobierno. Sin embargo, a partir del año 2000, manteniendo la misma doctrina general, esa exigencia se flexibiliza bastante para apreciar, en todo caso, aquella conexión, por mucho que a primera vista uno no encuentre esa relación, ni directa ni indirecta.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado que eran inconstitucionales, por contradecir el art. 134, CE, al tratarse de disposiciones de carácter general que no tienen cabida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado: 1) la autorización judicial para entrada en el domicilio del deudor tributario[44]; 2) la atribución a los órganos de recaudación de facultades de comprobación e investigación[45]; 3) la fijación de la edad determinante del pase a la situación

[44] STC 76/1992, del 14 de mayo (en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de Instrucción n. 11 de Madrid, en relación con el art. 130 de la ley 230/1963, del 28 de diciembre, General Tributaria, en la redacción dada por el art. 110 de la ley 33/1987, del 23 del diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988): "La disposición controvertida afecta de algún modo a la materia presupuestaria. En efecto, en cuanto se refiere a la ejecución forzosa de las deudas tributarias que implican entrada en el domicilio del deudor, la norma en cuestión está relacionada con la recaudación de los tributos, la cual es necesaria para que se cumplan las previsiones de ingresos que, a su vez, condicionan la realización de los gastos. Pero siendo esto cierto, no lo es menos que esta incidencia en una materia propia de la Hacienda General, cual es la recaudación forzosa de los tributos, no es suficiente para poder afirmar que se dé la necesaria conexión directa de la norma en cuestión con el Presupuesto, en sentido estricto, o con los criterios de la política económica del gobierno, pues antes al contrario el art. 130, LGT, es ante todo y sobre todo una norma de atribución a un órgano judicial de una función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia. Éste es, pues, el contenido del precepto cuestionado, por lo que resulta claro su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos, cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, cuyo contenido propio y su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2, CE) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del derecho codificado" (FJ 4.b]).

[45] STC 195/1994, del 23 de junio (en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respecto de los arts. 111.3 y 128.5 de la ley 230/1963, del 28 del diciembre, General Tributaria, en la redacción dada por la ley 31/1991, del 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992): "Debe tener presente que lo que los incisos enjuiciados establecen son, como dice la Exposición de Motivos de la LGT, sendas 'reglas generales del procedimiento de gestión', 'principios generales' de los procedimientos de liquidación y recaudación consagrados con carácter general por la LGT. Se trata de reglas que afectan al régimen general de los tributos, no a elementos específicos de tributos concretos. Ambos preceptos coinciden en atribuir una serie de potestades a la Administración Tributaria que se ejercen con pretensiones de generalidad, frente a cualquier clase de personas físicas o jurídicas, y con vocación de incorporarse de manera estable o permanente a las obligaciones propias de ciertas entidades colaboradoras o relacionadas con la Administración Tributaria —v.gr., los retenedores de impuestos o las entidades de crédito— y de los contribuyentes, afectando además a derechos constitucionalmente reconocidos, distintos del de propiedad, como

administrativa de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía —escalas superior y ejecutiva[46]—; 4) la imposición de multas coercitivas para estimular el cumplimiento de actos administrativos[47]; o, en fin, 5) la

puede ser en este caso el de la intimidad personal y familiar... En otras palabras, las potestades de que goza la Administración Tributaria y las correlativas obligaciones que se imponen integran un estatuto del contribuyente, configurado por derechos y deberes, que habida cuenta de la especial situación de sujeción que supone la configuración de la relación tributaria en el art. 31 de la Norma Fundamental como deber constitucional (STC 76/1990, fundamento jurídico 3°), debe poseer unos razonables niveles de certeza normativa que contrapesen las limitaciones legales al ejercicio de derechos individuales que la Constitución autoriza... En suma, pues, las facultades de comprobación e investigación reguladas no tienen relación directa con los contenidos propios de las leyes presupuestarias ni son complemento indispensable de las mismas" (FJ 3).

[46] STC 234/1999, del 16 de diciembre (en cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco respecto de la disposición adicional 20ª de la ley 37/1988, del 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989): "Consecuentemente, ha de reiterarse que, sin perjuicio de las posibles consecuencias mediatas que de una medida de este tipo hayan de derivarse en la esfera del gasto público, su adopción responde al propósito de homogeneizar las reglas de acceso a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, evitándose con ello las distorsiones a que pudiera dar lugar la dualidad resultante de lo establecido en el apart. 1° de la disposición transitoria 4ª, LOFCS (Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Por lo demás, el mantenimiento del régimen sustantivo de la situación administrativa de segunda actividad, vigente al momento de aprobarse la ley 37/1988 y contenido en el real dec. 230/1982, donde se contempla el destino exclusivo de dichos funcionarios al desempeño de actividades de carácter administrativo o auxiliar, pone de manifiesto la prevalente atención prestada a la organización de los medios personales al servicio de la Administración sobre los efectos económicos, que en todo caso son el lógico resultado de la diferencia de conceptos retributivos que aquéllos tienen derecho a percibir en su nueva situación... Por todo ello, debemos concluir que nos hallamos ante un precepto regulador de una materia perteneciente al régimen estatutario de los funcionarios integrados en el Cuerpo Nacional de Policía, y respecto del que no es posible apreciar la existencia de una relación directa con la previsión de los ingresos o habilitación de gastos públicos que definen la política económica general del Gobierno, so pena de que se adopte un criterio excesivamente abierto y, por ende, inoperante, de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica de aquél" (FJ 6).

[47] STC 180/2000, del 29 de junio (en recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de senadores del Grupo Parlamentario Popular contra el art. 37 y la disposición adicional 5ª de la Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2/1993, del 13 de abril, de Presupuestos): "El art. 37, LRP, regula un marco general sobre la imposición de multas coercitivas que, aunque al aplicarse pueda suponer la generación de ingresos para la Hacienda autonómica, no constituye un medio necesario para la gestión del Presupuesto, que no ha de verse necesariamente afectado por su aplicación... Por último, tampoco queda patente que el art. 37 se configure como un instrumento de política económica. Ello se deriva, en primer lugar, del carácter general con que enuncia la posibilidad de aplicar las multas coercitivas a cualquier sector administrativo, como se deduce, *sensu contrario*, del empleo del término 'especialmente', referido a las áreas que se relacionan expresamente. Por tanto, no cabe admitir la conexión con criterios de política económica enunciados con tal amplitud. Y en segundo lugar, porque tampoco se justifica su conexión con medidas de política económica sobre los sectores que habrán de constituir el objeto explícito de tales multas: el arranque de plantaciones, la ejecución de obras, etc. Al no incluirse en la propia ley orientaciones sustantivas al respecto, en cuanto medidas de política económica a cuyo logro se enderece la misma, y respecto de las cuales las multas coercitivas podrían constituir un instrumento para su eficaz ejecución, tampoco puede aceptarse que el art. 37 forme parte del contenido no esencial de las Leyes de Presupuestos, por lo que debemos declarar su inconstitucionalidad" (FJ 6).

creación en el seno de la Administración Pública de una Comunidad Autónoma de un Cuerpo Superior Facultativo (escala de inspectores farmacéuticos[48]).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha admitido como propios del contenido eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por guardar una relación directa con los ingresos y gastos del ejercicio o con la política económica del gobierno: 1) el plan de recuperación de espacios en los edificios judiciales no dedicados a funciones jurisdiccionales[49]; 2) la modificación de la normativa reguladora de la Seguridad Social relativa al orden de prelación en el cobro de los créditos de la Seguridad Social[50]) el desarrollo de un precepto penal;

[48] STC 274/2000, del 15 noviembre (en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, entre otros preceptos, contra las disposiciones adicionales 14ª y 15ª de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, del 27 de diciembre, de Presupuestos): "Basta la mera lectura de ambas disposiciones adicionales para constatar que nos encontramos ante normas de neto contenido funcionarial, una vez que la primera de ellas se limita a crear una nueva escala dentro de uno de los cuerpos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias —sin especificación alguna del número de plazas de las que habrá de constar ni tampoco de su dotación—, mientras que la segunda establece una consideración aclaratoria sin incidencia económica alguna que afectaría, en todo caso, al estatuto jurídico de otro cuerpo administrativo. En consecuencia, ellas carecen absolutamente de conexión con los ingresos y gastos que conforman el presupuesto, de modo que si bien, al menos en el primer caso, podrían tener en el futuro repercusiones presupuestarias, no pueden reputarse complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del actual presupuesto" (FJ 10).

[49] STC 131/1999, del 1 de julio (en cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con la disposición adicional 5ª de la ley 31/1991, del 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992): "Asi pues, y aunque sea cierto que la disposición adicional 5ª no se puede considerar una previsión de gastos o ingresos del sector público estatal, si no se quiere vaciar de contenido el significado técnicamente preciso de esa noción presupuestaria, no lo es menos que semejante disposición responde indudablemente a razones de índole económica... Por consiguiente, la planificación prevista en la disposición adicional 5ª de la ley 31/1991 tiene una relación directa con los criterios de política económica general del gobierno consistente en establecer como meta de la actuación del Ministerio de Justicia el mejor aprovechamiento de los espacios en los edificios judiciales, lo que debe afectar necesariamente a las autorizaciones para el uso y disfrute de las viviendas en ellos ubicadas, con el propósito de poder alojar en ellos a los juzgados y tribunales de nueva planta, o a los ya creados pero que ocupan locales alquilados, y mejorar las instalaciones de los existentes, todo ello con el menor coste económico posible" (FJ 3).

[50] STC 109/2001, del 26 de abril (en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las Audiencias Provinciales de Lleida y Zaragoza, respecto del art. 15 de la ley 40/1980, del 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, en la redacción que le dieron tanto el art. 26 de la ley 33/1987, del 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, como la disposición adicional 9Á de la ley 4/1990, del 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990): "En primer lugar, porque no cabe duda de la estrecha relación de la norma impugnada con la previsión de ingresos. En efecto, aunque es cierto que el propio Informe de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, del 5 de junio de 1995 —aportado por el abogado del Estado en la cuestión 1522/1995—, reconoce la imposibilidad de cifrar la posible variación del presupuesto de la Seguridad Social, también lo es que el mismo pone expresamente de manifiesto el 'notable incremento de los ingresos por cuotas en la mayoría de los procesos concursales' como consecuencia de la modificación operada; lo que es lógico. La concesión de una mejor posición en el orden de prelación de los créditos pendientes tiene una incidencia efectiva en los ingresos de la Seguridad Social, con lo cual, y sólo por este motivo, queda sobradamente justificada su presencia en la Ley de Presupuestos... Nos encontramos, entonces, ante un supuesto en alguna medida asimilable a los analizados, por ejemplo, en la

en blanco dirigido a castigar el contrabando de loterías, dotando de contenido a la expresión de "géneros prohibidos" a que hacía referencia el delito de contrabando[51]; 4) la fijación de la cifra de la inversión pública tomada en consideración para el cálculo de la cuantía del Fondo de Compensación Interterritorial[52].

STC 65/1987, del 21 de mayo, FJ 6 (si bien el caso actual tiene relación con los ingresos y no con los gastos), caso en el que entendimos que dichas normas relativas a la prohibición de financiación de los déficits que pudiesen experimentar las entidades de previsión a cargo de entidades públicas, comportaban un efecto evidente e inmediato sobre los gastos públicos al excluir la posibilidad de determinadas aportaciones de fondos públicos; o en la STC 65/1990, del 5 de abril, FJ 3, donde declaramos la constitucionalidad de una modificación relativa al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas por tener 'un efecto claro sobre la dimensión del gasto público, puesto que ambas disposiciones representan medidas tendientes a la reducción del mismo', resultando indiscutible su vinculación con la materia presupuestaria en grado suficiente para considerar que su inclusión en la Ley de Presupuestos se encontraba constitucionalmente justificada por la conexión existente entre su contenido y los criterios de política económica que inspiran la normativa presupuestaria en que se incardinan; o, finalmente, en la STC 32/2000, del 3 de febrero, FJ 6, donde acordamos que el incremento retributivo previsto para determinados funcionarios, aun cuando afectase a un número limitado de ellos, no era suficiente para negarle una repercusión directa en los gastos presupuestados" (FJ 6).

[51] STC 34/2005, del 17 de febrero (en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Sevilla en relación con el apart. 1° de la disposición adicional 18ª de la ley 46/1985, del 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986): "Pues bien, no cabe duda de la estrecha relación de la norma cuestionada con la previsión de ingresos para un ejercicio económico al tratarse, como hemos señalado, de una norma que integra un tipo penal que protege, entre otros fines, el interés del Estado a asegurarse la recaudación derivada de una clase concreta de tributos: los que gravan la realización de los juegos de suerte, envite o azar; y no debe olvidarse que, conforme al art. 31.1, CE, los tributos son la principal fuente de financiación de los gastos públicos del Estado. Asimismo, la disposición cuestionada puede identificarse como una medida concreta de la política económico-social del gobierno al estar dirigida a evitar la práctica del juego sin la correspondiente autorización administrativa, no sólo para la defensa y fomento de los intereses fiscales, sino también (como señala la exposición de motivos del real dec.-ley 16/1977) en aras del cumplimiento de otros objetivos de tutela y protección social... Por todo lo que antecede debemos concluir que el apart. 1° de la disposición adicional 18ª de la ley 46/1985, al ser una norma protectora de los derechos económicos de la Hacienda pública, no sólo está al servicio de una mayor efectividad en el cobro de los créditos de ésta, lo que comporta un efecto evidente e inmediato, real y no meramente circunstancial, en los ingresos del Estado, sino que, además, representa una medida de política económico-social del gobierno tendiente a la regulación del juego, por lo que se justifica sobradamente su inclusión en el contenido eventual de la Ley de Presupuestos" (FJ 4).

[52] STC 238/2007, del 21 de noviembre (en recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 84, 86 y 88, así como contra las cuantías fijadas en las seccs. 32 y 33, de la ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002). El "Fondo de Compensación Interterritorial" es una fuente más de financiación de las Comunidades Autónomas que se configura como un instrumento de carácter extraordinario que responde al principio de solidaridad interterritorial y que se dirige a corregir los desequilibrios regionales en materia de inversiones. Se trata, pues, de un mecanismo de nivelación regional que debe necesariamente dotarse a todos los ejercicios en los presupuestos generales del Estado, aunque no para todas las Comunidades Autónomas, sino únicamente para aquellas que estén necesitadas de esa nivelación que, en la actualidad, son las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia y Comunidad Valenciana: "la eventual modificación de la base de cálculo del Fondo de Compensación Interterritorial por la Ley de presupuestos generales del Estado guardaría una relación directa con la habilitación de gasto, en la medida en que una mayor o menor cuantía supondría, no sólo una mayor o menor autorización al Estado —habilitación de gasto—, sino también una

y 5) la fijación de la participación de las Comunidades Autónomas en la cuantía del "Fondo de Suficiencia"[53].

Analicemos a continuación un par de ejemplos de cada de unos de los supuestos citados.

b) Supuestos en los que el Tribunal Constitucional consideró que las disposiciones incorporadas a la Ley de Presupuestos Generales no tenían cabida en su contenido eventual

1. La autorización judicial para entrada en el domicilio del deudor tributario

El primer ejemplo hace referencia a un artículo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (el art. 110) que modifica el art. 130, LGT 1963, relativo a la autorización judicial para la entrada en el domicilio del deudor tributario, para establecer que "previa exhibición del documento individual o colectivo acreditativo de la deuda tributaria, los jueces de Instrucción autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada".

El órgano judicial que planteó la cuestión consideraba que una disposición como la citada no tenía cabida en la Ley de Presupuestos. Y así lo entendió la STC 76/1992, del 14 de mayo, que señaló que "El art. 130, LGT, antes de su reforma por la ley 33/1987, establecía que 'previa exhibición del documento acreditativo tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los jueces de Paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada del recaudador en el domicilio de los

---

mayor o menor previsión de ingresos para las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía beneficiarias del mismo" (FJ 4).

[53] STC 248/2007, del 13 de diciembre (en recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 76 y 78, así como contra las cuantías fijadas en la secc. 32, de la ley 52/2002, del 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2003). El "Fondo de Suficiencia" es un mecanismo de participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado que se calcula en la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y su capacidad fiscal (entendiendo por "capacidad fiscal" el montante de los recursos del sistema excluido, claro está, el propio Fondo de suficiencia). Así, las necesidades de las Comunidades Autónomas se financiarán, de un lado, a través de los recursos del sistema de financiación (a saber, las tasas afectas a los servicios traspasados, los tributos cedidos totalmente, la tarifa autonómica del impuesto sobre la renta de las personas físicas, los tributos cedidos parcialmente y el Fondo de suficiencia), y, de otro lado, mediante los recursos fuera del sistema o, lo que es lo mismo, el Fondo de Compensación interterritorial y las asignaciones de nivelación: "No cabe duda de que la eventual modificación de la base de cálculo del fondo de suficiencia por la Ley de Presupuestos Generales del Estado guardaría una relación directa con la habilitación de gasto, en la medida en que una mayor o menor cuantía supondría, no sólo una mayor o menor autorización al Estado —habilitación de gasto—, sino, también, una mayor o menor previsión de ingresos para las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía beneficiarias del mismo" (FJ 4).

deudores responsables'. La ley 33/1987, en su art. 110, dio la nueva redacción al citado precepto, según la cual 'previa exhibición del documento, individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada'.

"La disposición controvertida afecta de algún modo a la materia presupuestaria. En efecto, en cuanto se refiere a la ejecución forzosa de las deudas tributarias que implican entrada en el domicilio del deudor, la norma en cuestión está relacionada con la recaudación de los tributos, la cual es necesaria para que se cumplan las previsiones de ingresos que, a su vez, condicionan la realización de los gastos. Pero siendo esto cierto, no lo es menos que esta incidencia en una materia propia de la Hacienda General, cual es la recaudación forzosa de los tributos, no es suficiente para poder afirmar que se dé la necesaria conexión directa de la norma en cuestión con el presupuesto, en sentido estricto, o con los criterios de la política económica del gobierno, pues antes, al contrario, el art. 130, LGT, es ante todo y sobre todo una norma de atribución a un órgano judicial de una función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia. Éste es, pues, el contenido del precepto cuestionado, por lo que resulta claro su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y, por ende, insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, cuyo contenido propio y su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2, CE) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del derecho codificado.

"El hecho de que el art. 87.2 de la LOPJ —ya examinado en la primera parte de esta Sentencia— atribuyera ya con carácter general a los Juzgados de Instrucción y, por tanto, al que plantea la cuestión, esta competencia, no excluye que, además de innecesaria, haya de considerarse ilegítima su inclusión en la Ley de Presupuestos, por exceder de las atribuciones propias de su contenido.

"En suma, no siendo, pues, necesaria su inclusión en la Ley de Presupuestos y tratándose, además, de una materia que no tiene un grado de vinculación suficiente, esto es, directa con el ámbito del contenido posible de este tipo de leyes, tal y como ha sido definido por este tribunal, debemos declarar que la nueva redacción del art. 130, LGT, es contraria a la Constitución por estar contenida en una Ley anual de Presupuestos Generales del Estado" (FJ 4.b]).

2. La atribución a los órganos de recaudación de facultades de comprobación e investigación

El segundo ejemplo hace también referencia a otra modificación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de otras disposiciones de la Ley Ge-

neral Tributaria de 1963, esta vez, en relación con la atribución a los órganos de recaudación de facultades de comprobación e investigación[54]. El Tribunal Supremo, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, señalaba que las modificaciones introducidas por la ley cuestionada suponían la consagración de unas facultades de investigación en términos tan ilimitados que podían vulnerar el art. 134, CE, al sobrepasar el ámbito material propio de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Y a este respecto, consideró la STC 195/1994, de 28 de junio, que "A tenor de la doctrina constitucional expuesta, debemos determinar si las facultades de comprobación e investigación objeto de las presentes cuestiones pueden incluirse en el ámbito material específico de las leyes de presupuestos o, por el contrario, su contenido sobrepasa este ámbito y, en consecuencia, vulnera los arts. 9.3 y 134.2, CE. Más concretamente, ya que es indudable que ninguno de estos preceptos forma parte del contenido mínimo necesario de este tipo de leyes, debemos precisar si tienen una 'relación directa' con ese contenido y son, al mismo tiempo, un 'complemento necesario' para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto y de la política económica.

"Como hemos apuntado anteriormente, los incisos cuestionados se limitan a establecer sendas potestades de requerimiento de información con trascendencia tributaria y la consiguiente obligación de facilitarla por parte de determinadas personas jurídicas y físicas. Concretamente, la prevista en el art. 111.3 se sitúa sistemáticamente en la secc. 2ª del cap. 3º del tít. II de la LGT, destinada a regular la comprobación e investigación de las circunstancias que integran el hecho imponible y la estimación de las bases imponibles —aunque, como también queda dicho, desde la ley 33/1987 de Presupuestos Generales del Estado, el art. 111.1.c) también atribuía genéricamente estas facultades de información a los órganos de recaudación—. Por su parte, la nueva redacción del art. 128.5, LGT, supone la concreción específica de esta facultad en el procedimiento administrativo de recaudación por la vía de apremio. Se trata, en suma, de reglas de los procedimientos generales para liquidar y recaudar tributos y, en consecuencia, guardan sólo una relación indirecta o mediata con la previsión de ingresos y gastos del Estado. En ellas tan sólo se predisponen medios o instrumentos para lograr la aplicación efectiva de las normas que sí regulan los ingresos del Estado —su cuantía, sus fuentes, etc.—. Ciertamente, cualquier norma

[54] Si en la STC 76/1992 se analizaba la modificación por la Ley de Presupuestos del art. 130 de la Ley General Tributaria, en la STC 195/1994, se analiza la redacción dada a los arts. 128.5 y 130, también de la Ley General Tributaria, por otra Ley de Presupuestos Generales. Tanto aquel precepto como éstos, atribuyen a diversos órganos del Estado instrumentos para liquidar y hacer efectivas las deudas tributarias, limitando para ello el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos y fijando las condiciones de ejercicio de esas competencias. Si en aquella ocasión se trataba del art. 130, LGT (relativo a la autorización de la entrada en el domicilio del deudor), en este caso se trata de la obligación de proporcionar información sobre datos con trascendencia tributaria y de las consiguientes facultades de comprobación e investigación de los órganos de liquidación y recaudación.

tributaria tiene algún grado de conexión con la previsión de ingresos del Estado, pero sólo si tienen relación directa con ella pueden incluirse en las Leyes de Presupuestos. La solución contraria acabaría por confundir 'ley presupuestaria' y 'ley tributaria' y desbordaría la función que a aquélla reserva el art. 134.2, CE.

"A esta misma conclusión llegamos en la STC 76/1992 respecto del art. 130, LGT, que, como hemos reiterado, establece una potestad relativa también al procedimiento de recaudación ejecutiva con un contenido y una finalidad sustancialmente idénticos al de los incisos que aquí analizamos. En rigor, desde la perspectiva del análisis que aquí nos interesa, las diferencias entre el art. 130, LGT, y el art. 128.5, LGT, son únicamente cuantitativas —ya que previsiblemente la aplicación del primero será menos frecuente que la del segundo—, pero desde el punto de vista cualitativo el tipo de la relación con la previsión de ingresos es idéntica —o, en último extremo, la incidencia de la solicitud de entrada en un domicilio para hacer efectivo el embargo es más directa, al hallarse en una fase ulterior del proceso de embargo, que la petición de información para determinar los bienes y derechos contra los que se pretende dirigir el embargo—. Pues bien, si allí dijimos que la incidencia del art. 130, LGT, en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos, era sólo accidental o secundaria y que no resultaba complemento necesario de su ejecución, aquí debemos reiterar igual conclusión.

"En segundo lugar, tampoco puede considerarse que los incisos cuestionados tengan relación directa con los criterios que definen la política económica del gobierno. Salvo que se adopte un concepto desmesurado y, por tanto, inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica del gobierno, la predisposición de un mecanismo para lograr información sobre los movimientos de las cuentas, cheques y órdenes de pago a los meros fines fiscales, no puede calificarse como un complemento necesario de la misma, ni tiene una incidencia relevante sobre ella.

"Por fin, debe tener presente que lo que los incisos enjuiciados establecen son, como dice la Exposición de Motivos de la LGT, sendas 'reglas generales del procedimiento de gestión', 'principios generales' de los procedimientos de liquidación y recaudación consagrados con carácter general por la LGT. Se trata de reglas que afectan al régimen general de los tributos, no a elementos específicos de tributos concretos. Ambos preceptos coinciden en atribuir una serie de potestades a la Administración Tributaria que se ejercen con pretensiones de generalidad, frente a cualquier clase de personas físicas o jurídicas, y con vocación de incorporarse de manera estable o permanente a las obligaciones propias de ciertas entidades colaboradoras o relacionadas con la Administración Tributaria —v.gr., los retenedores de impuestos o las entidades de crédito— y de los contribuyentes, afectando, además, a derechos constitucionalmente reconocidos, distintos del de propiedad, como puede ser en este caso el de la intimidad personal y familiar.

"En otras palabras, las potestades de que goza la Administración Tributaria y las correlativas obligaciones que se imponen integran un estatuto del contribuyente, configurado por derechos y deberes, que, habida cuenta de la especial situación de sujeción que supone la configuración de la relación tributaria en el art. 31 de la Norma Fundamental como deber constitucional (STC 76/1990, fundamento jurídico 3), debe poseer unos razonables niveles de certeza normativa que contrapesen las limitaciones legales al ejercicio de derechos individuales que la Constitución autoriza.

"En suma, pues, las facultades de comprobación e investigación reguladas no tienen relación directa con los contenidos propios de las leyes presupuestarias ni son complemento indispensable de las mismas. Debe concluirse, pues, que los incisos de los arts. 111.3 y 128.5, LGT, objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, desbordan la función constitucionalmente reservada a este tipo de leyes y vulneran el art. 134.2, CE" (FJ 3).

c) Supuestos en los que el Tribunal Constitucional consideró que las disposiciones incorporadas a la Ley de Presupuestos Generales sí tenían cabida en su contenido eventual

1. La alteración de la prelación de créditos de la Seguridad Social

La redacción originaria del art. 15 de la ley 40/1980, del 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, disponía que la prelación de los débitos a la Seguridad Social era la misma establecida en los arts. 1924 del Código Civil y 913 del Código de Comercio. Es decir, que gozaban de preferencia para el cobro los créditos devengados "por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral", relativos al último año (letra E] del art. 1924.2 del Código Civil) o los acreedores "titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral", por los seis últimos meses anteriores a la quiebra (letra D] del art. 913.1 del Código de Comercio). Por su parte, el art. 26 de la ley 4/1990, del 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 dispuso que: "1. Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apart. 1° del art. 1924 del Código Civil y letra D) del apart. 1° del art. 913 del Código de Comercio... Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apart. 2°, letra E), del art. 1924 del Código Civil y en el apart. 1°, letra D) del art. 913 del Código de Comercio".

Los órganos judiciales consideraban que la ampliación de la preferencia contenida en el nro. 1° del art. 1924 del Código Civil y en la letra D) del art. 913 del Código de Comercio, de la última anualidad vencida y no satisfecha de los

impuestos, a la totalidad de los débitos por cuotas de la Seguridad Social, excedía del contenido eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pues al tratarse de la modificación del régimen general de preferencia de créditos contenido en dos normas típicas de derecho codificado, se hallaba excluida de las Leyes de Presupuestos por la inseguridad jurídica que su incorporación a este instrumento implicaba. Pues bien, la STC 109/2001, del 26 de abril, consideró que, "Contrastando con la doctrina expuesta en el art. 15, LIRS, nos encontramos, entonces, ante un supuesto en alguna medida asimilable a los analizados, por ejemplo, en la STC 65/1987, del 21 de mayo, FJ 6 (si bien el caso actual tiene relación con los ingresos y no con los gastos), caso en el que entendimos que dichas normas relativas a la prohibición de financiación de los déficits que pudiesen experimentar las entidades de previsión a cargo de entidades públicas, comportaban un efecto evidente e inmediato sobre los gastos públicos al excluir la posibilidad de determinadas aportaciones de fondos públicos; o en la STC 65/1990, del 5 de abril, FJ 3, donde declaramos la constitucionalidad de una modificación relativa al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas por tener 'un efecto claro sobre la dimensión del gasto público, puesto que ambas disposiciones representan medidas tendientes a la reducción del mismo', resultando indiscutible su vinculación con la materia presupuestaria en grado suficiente para considerar que su inclusión en la Ley de Presupuestos se encontraba constitucionalmente justificada por la conexión existente entre su contenido y los criterios de política económica que inspiran la normativa presupuestaria en que se incardinan; o, finalmente, en la STC 32/2000, del 3 de febrero, FJ 6, donde acordamos que el incremento retributivo previsto para determinados funcionarios, aun cuando afectase a un número limitado de ellos, no era suficiente para negarle una repercusión directa en los gastos presupuestados.

"Por lo demás, la modificación operada tiende a reforzar las posibilidades recaudatorias del sistema de la Seguridad Social, es decir, se presenta como un instrumento dirigido a ordenar la acción de la Seguridad Social en los procedimientos de recaudación ejecutiva de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, anticipando en la prelación de créditos a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre cualesquiera otros acreedores. De esta manera, se producirá un incremento recaudatorio de tales deudas en vía ejecutiva con el consiguiente efecto positivo en los presupuestos de la Seguridad Social, lo cual evidencia, no sólo una relación entre la medida adoptada y la previsión de ingresos del Estado, sino un objetivo de política económica y financiera del sector público estatal, tendente a hacer efectiva esa previsión de ingresos.

"Es importante tener presente que una de las medidas adoptadas por la ley 33/1987, del 26 de diciembre, de PGE para 1988 —que, recordemos, fue la primera que alteró la redacción del art. 15, LIRSS—, fue —como reza su Preámbulo— la de adelantar en el ámbito tributario y 'como consecuencia de los resultados habidos en la aplicación del programa económico del gobierno' la

reducción de tipos en la tarifa del IRPF con el doble objetivo de favorecer a las unidades familiares con un nivel de renta más bajo y de favorecer la inversión privada al liberar una parte de las rentas antes gravadas con el impuesto, como medidas 'de la reactivación económica'. La adecuación posterior del sistema impositivo a las nuevas 'necesidades de orden económico y social previstas para 1990' se realizó por el real dec.-ley 7/1989, del 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, con lo cual la LPGE 1990 no contenía ninguna regulación tributaria sustantiva, 'limitándose a tratar determinados aspectos relacionados con la gestión, como es la recaudación de las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública'. De ahí, entonces, que la adopción de medidas dirigidas a reducir la presión fiscal de los ciudadanos debía ir acompañada necesariamente de un reforzamiento de las potestades de gestión tributaria, en orden a compensar la reducción recaudatoria con un incremento de las posibilidades de recaudación en vía ejecutiva.

"Es decir, nos encontramos con una disposición que, no sólo guarda una relación directa con los ingresos del Estado, sino que, además, representa un elemento de la política económico-fiscal del gobierno, con lo cual, y como dijimos en la STC 131/1999, del 1 de julio, FJ 3 (en cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la disposición adicional 5ª de la ley 31/1991, del 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992, relativa al 'Plan de recuperación de espacios en edificios judiciales'), justificaba por sí sola su inclusión en la Ley de Presupuestos" (FJ 5).

2. La concreción del tipo penal del delito de contrabando

El segundo ejemplo hace alusión a la concreción mediante una disposición de la Ley de Presupuestos del contenido de un precepto penal en blanco dirigido a castigar el contrabando de loterías. En efecto, en este supuesto, la Ley de Presupuestos cuestionada dotaba de contenido a la expresión "géneros prohibidos" a que hacía referencia el delito de contrabando (regulado, primero, en la Ley Orgánica 7/1982, del 13 de julio, y, en la actualidad, en la Ley Orgánica 12/1995, del 12 de diciembre, de represión del contrabando). La citada norma legal orgánica tipifica como delito de contrabando, entre otros supuestos, la importación, exportación o posesión de "géneros prohibidos", así como la realización con ellos de operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (art. 1.4), castigándolo con una pena de prisión menor y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos (art. 2.1), y previendo que la responsabilidad civil que procediese declarar a favor del Estado se extendería, "en su caso, al valor de la deuda tributaria defraudada" (art. 4º).

A efectos de ese delito la norma legal orgánica calificaba como "artículos o géneros prohibidos" tanto a "[l]os que como tales se hallen comprendidos en los Aranceles de Aduanas" (art. 3.2.a]) como a "los que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hayan sido comprendidos o se comprendan

expresamente por disposición con rango de ley, en prohibiciones de importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción" (art. 3.2.b]).

Y esa última norma legal a la que hace referencia la Ley de Contrabando se concretó, para los "géneros prohibidos", en la disposición adicional 18ª de la ley 46/1985 que es objeto de comentario, en cuyo apart. 1º dispone que "[a] los efectos de lo previsto en los arts. 1.1, 4, 3.2 y 3.3 de la Ley Orgánica 7/1982, del 13 de julio, se entiende prohibida la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informativo, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías, rifas, tómbolas, quinielas, combinaciones aleatorias y, en general, todas aquellas actividades en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en forma de envites o traviesas sobre resultados".

Pues bien, los órganos judiciales que plantearon de la cuestión consideraban, entre otros motivos, que la norma cuestionada podía ser incompatible con los arts. 66.2 y 134.2, CE, al establecerse en ella una regulación que no tenía cabida ni en el contenido mínimo ni en el eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, la STC 34/2005, del 17 de febrero, apreció que se trataba de una norma que guardaba relación con los ingresos y gastos del Estado y, en consecuencia, que se encontraba habilitada para encajar en el seno de la Ley de Presupuestos:

"Entrando ya a examinar, partiendo de la doctrina reproducida, la conformidad del apart. 1º de la disposición adicional 18ª de la ley 46/1985, objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, con el art. 134.2, CE, resulta evidente que aquel precepto carece de conexión con el contenido 'esencial' o 'indisponible' de las Leyes de Presupuestos, toda vez que no contiene determinación normativa alguna acerca de la previsión de ingresos o de la habilitación de gastos para el correspondiente ejercicio económico. Resta, pues, por analizar si puede o no conectarse con el llamado contenido 'eventual' o 'disponible' de dichas leyes; es decir, si su regulación sustantiva, aun no siendo estrictamente presupuestaria, se dirige a ordenar la acción y objetivos de la política económica y financiera del sector público estatal, incidiendo en la política de ingresos y gastos del sector público. A esta cuestión responden afirmativamente el abogado del Estado y el fiscal general del Estado, quienes defienden la existencia de una proyección del precepto cuestionado sobre los ingresos públicos.

"Pues bien, no cabe duda de la estrecha relación de la norma cuestionada con la previsión de ingresos para un ejercicio económico al tratarse, como hemos señalado, de una norma que integra un tipo penal que protege, entre otros fines, el interés del Estado a asegurarse la recaudación derivada de una clase concreta de tributos: los que gravan la realización de los juegos de suerte, envite o azar; y no debe olvidarse que, conforme al art. 31.1, CE, los tributos son la principal fuente de financiación de los gastos públicos del Estado. Asimismo, la disposición cuestionada puede identificarse como una medida concreta de la

política económico-social del gobierno al estar dirigida a evitar la práctica del juego sin la correspondiente autorización administrativa, no sólo para la defensa y fomento de los intereses fiscales, sino también (como señala la exposición de motivos del real dec.-ley 16/1977) en aras del cumplimiento de otros objetivos de tutela y protección social.

"Por todo lo que antecede debemos concluir que el apart. 1º de la disposición adicional 18ª de la ley 46/1985, al ser una norma protectora de los derechos económicos de la hacienda pública, no sólo está al servicio de una mayor efectividad en el cobro de los créditos de ésta, lo que comporta un efecto evidente e inmediato, real y no meramente circunstancial, en los ingresos del Estado, sino que, además, representa una medida de política económico-social del gobierno tendente a la regulación del juego, por lo que se justifica sobradamente su inclusión en el contenido eventual de la Ley de Presupuestos" (FJ 4).

EL TRIÁNGULO CONSTITUCIONAL FINANCIERO FRANCÉS*

Por JEAN-LUC ALBERT**

Desde mediados del siglo XIX, y particularmente con la Constitución de la segunda República (1848), las constituciones francesas se desinteresaron respecto de cuestiones presupuestarias, fiscales y más generalmente respecto de cuestiones relativas a las finanzas públicas.

Dicho silencio, dicha debilidad referencial financiera consustancial a los regímenes republicanos (e imperial), rompe con los primeros textos revolucionarios y con las cartas constitucionales de 1814 y 1830, para constituir aquello que ha sido calificado *eclipse parcial del derecho constitucional financiero*[1].

Ni la III República, ni la IV República, ni siquiera la V República rompen con esta imagen.

De hecho, el observador de este fenómeno francés podría ser conducido a estimar que había, en el proceso constitucional de la Revolución y de la primera mitad del siglo XIX, una situación inherente a la necesidad de los primeros constituyentes de afirmar un cierto número de garantías financieras en relación con las prácticas del antiguo régimen (empréstito público, voto de los impuestos...) cuya traducción es inevitablemente la primera Constitución (1791) adosada a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como los intentos de las monarquías restauradas de evitar todo temor respecto de un potencial retorno al derecho antiguo o a las antiguas prácticas financieras.

Sin embargo, es necesario resaltar que en paralelo y paradójicamente, ¿pero es realmente una paradoja?, que, si el siglo XIX presencia la desaparición de la escritura constitucional financiera para conservar únicamente un solo

* Título original "Le triangle constitutionnel financier français". Traducción al español realizada por Agustín Cardenes.

** Profesor de la Universidad Jean Moulin Lyon 3. Responsable del equipo de Derecho Público (EA 666). Director del Centro de Estudios e Investigaciones en Finanzas Públicas y Derecho Fiscal (CERFF).

[1] Sobre el período 1814-1870. CAUDAL, Sylvie, "L'évolution des dispositions constitutionnelles relatives à la matière financière", en *La formation des textes financiers*, *RFFP*, nro. 86, abril 2004, ps. 13 y ss.

artículo relativo a las finanzas públicas, también se caracteriza paralelamente por un aumento del poder parlamentario[2].

Ahora bien, es a partir de la producción legislativa "ordinaria"[3] que se constituyen los principios (o reglas) presupuestarias que sustentan incluso en la actualidad los presupuestos públicos[4], bajo la IV y la V República.

Es a través de la vía de la Ley Orgánica que se estructuran las leyes financieras con la ordenanza orgánica del 2/1/1959 relativa justamente a las leyes financieras[5], y por la vía reglamentaria (sobre un fundamento legislativo inicial) que la contabilidad pública, progresivamente organizada durante el siglo XIX hasta el decreto imperial de 1862, conocerá su actual régimen a través de un decreto del 29/12/1962 que regula, en general, la contabilidad pública[6].

La vía legislativa y la vía reglamentaria organizarán, entonces, la estructura jurídica de las finanzas públicas francesas sin que las constituciones sucesivas le confieran una mayor importancia.

Al mismo tiempo, se construye un esquema jurídico original marcado por la influencia del Ejecutivo sobre las leyes de finanzas, a través de la exclusividad que se le reconoce a dicho poder respecto de la iniciativa financiera, así como un régimen particular conferido a las leyes financieras en función del monopolio que se les reconoce en el gasto público.

Inversamente, en Francia, las disposiciones fiscales pueden aparecer en todo texto legislativo sin depender exclusivamente de la Ley de Finanzas.

La III República no consagró originalmente más que dos artículos a las cuestiones financieras y solamente en un plano exclusivamente procesal, plano que será puesto en tela de juicio[7], a saber, el art. 8°, inc. 2° de la ley del 24/2/1875, relativa a la organización del Senado (que precisa que las leyes de finanzas deben ser, en primer lugar, presentadas en la Cámara de Diputados y ser votadas por ella), y el art. 8°, inc. 2° de la ley constitucional del 16/7/1875 sobre la relación entre los poderes públicos que enuncia que los tratados que comprometan las

[2] "Es notable que el siglo XIX, tras el intenso florecimiento de los estudios financieros (del siglo XVIII), no constituyó en este ámbito un siglo creador, sobre todo desde la aparición del movimiento social, con Proudhon", TROTABAS, Louis, *Précis de Science et Législation financières*, Dalloz, París, 1933, p. 26.

[3] Conf. ordenanza del 26/3/1817 y la Ley de Presupuesto del 25/3/1827; conf. LEROY BEAULIEU, Paul, *Traité de la science des finances*, t. 2, 2ª ed., Guillaumin et Cie, París, 1879, p. 109.

[4] "La mayoría de las reglas presupuestarias tienen por ende un carácter netamente político. No se trata de problemas técnicos", JZE, G., *La science des finances. Cours de finances publiques*, París, 1932, p. 16.

[5] Ordenanza 59-2, BO del 3/1/1959, p. 180.

[6] Dec. 62-1587, BO del 30/12/1962, p. 12828.

[7] En ese sentido ver: MOREAU, Félix, *Précis Elémentaire de Droit Constitutionnel*, Rec. Sirey, París, 1917.

finanzas públicas no son (sobre todo) definitivos sino hasta haber sido votados por ambas Cámaras[8].

Ahora bien, en 1933, Joseph Barthélémy y Paul Duez afirman que "el derecho constitucional ha salido del derecho financiero; a su vez, el derecho constitucional domina al derecho financiero...", notando que "la supremacía parlamentaria en la materia no es ni formulada, ni organizada por la Constitución en 1875; ella resulta de un conjunto de disposiciones consuetudinarias o escritas elaboradas principalmente en la época de la Restauración"[9].

La IV República, tan rica en su Preámbulo, será apenas algo más prolija en este ámbito: el art. 14 de la Constitución del 27/10/1946 precisará que los proyectos de ley de presupuesto o de finanzas y los proyectos que impliquen disminuciones de los ingresos o la creación de gastos, deben ser presentados en la Asamblea Nacional y que las proposiciones[10] de ley emanadas del Consejo de la República[11] no son pasibles de ser recibidas cuando tengan como consecuencia una disminución de los ingresos o la creación de gastos (la iniciativa corresponde a los diputados, art. 17); por su parte, el art. 16 enuncia que es la Asamblea Nacional el órgano apto a recibir el proyecto de presupuesto (con las disposiciones estrictamente financieras) reenviando a las eventuales disposiciones de una Ley Orgánica el modo de presentación de dicho presupuesto; la originalidad es que la reglamentación de las cuentas de la Nación es confiada a la Asamblea Nacional (art. 18), con el apoyo de la Corte de cuentas, cuyo rol de control es constituido aquí al servicio de la Asamblea Nacional.

Finalmente, encontramos en el art. 27 los tratados que comprometen las finanzas públicas, que no son definitivos hasta haber sido ratificados por una ley.

La V República, en su Constitución original del 4/10/1958, no será más elocuente.

¿Qué encontramos en ella?

En el ámbito de la competencia legislativa, tres artículos caracterizan a las finanzas públicas:

— El art. 34, según el cual las reglas relativas a la determinación, a las tasas y a las modalidades de percepción de las imposiciones de toda naturaleza corresponden a la ley, la que asimismo determina los principios fundamentales de los recursos de las colectividades locales y precisa el objeto de las leyes de finanzas, a saber la determinación de los recursos y las cargas públicas y reenvía, por otra parte, a una Ley Orgánica las condiciones y reservas correspondientes;

[8] Sin desatender sin embargo la cuestión de la deuda que generó una de las raras reformas constitucionales de la III República a través de la ley constitucional del 10/8/1926 relativa a la Caja Autónoma de Amortización.

[9] BARTHÉLÉMY, Joseph - DUEZ, Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, p. 791.

[10] N. del T.: En el lenguaje de la IV y la V República se denomina "proyecto de ley" a los presentados por el Gobierno y "proposición de ley" a los presentados por miembros del Parlamento.

[11] N. del T.: Es el equivalente al actual Senado.

— El art. 47 que precisa las condiciones de voto de los proyectos de leyes de finanzas y enmarca el trabajo parlamentario manteniendo la primacía de la Asamblea nacional en el procedimiento.

— El art. 40 que mantiene el dispositivo relativo a la improcedencia de proposiciones y enmiendas de origen parlamentario que tengan como consecuencia la disminución de los ingresos públicos o la creación o el agravamiento de una carga pública.

Además, el art. 47 define uno de los roles de la Corte de cuentas que asiste al Parlamento y al Gobierno en el control de la ejecución de las leyes de finanzas.

Finalmente, encontramos en el art. 53 la habitual e histórica disposición relativa a los tratados que comprometan las finanzas públicas, los que no pueden ser ratificados o aprobados sino en virtud de una ley.

En definitiva, el único elemento novedoso pero poco perceptible será el Consejo Constitucional.

El balance histórico de las finanzas públicas francesas es entonces bastante magro tanto respecto del estricto terreno constitucional, como si se efectuase la comparación, por ejemplo, de la V República con la ley fundamental alemana del 23/5/1949 o incluso con la Constitución del Reino de España del 27/12/1978[12].

Ahora bien, entre 1848 y 1958, es posible, al menos, remarcar la aparición de gastos sociales con la creación de la Seguridad Social cuya naturaleza de "finanzas públicas" ha sido largamente discutida por la doctrina. Asimismo, las colectividades locales existentes, comunas, departamentos, territorios de ultramar, pero también la emergencia y el desarrollo del fenómeno intercomunal desde la ley del 22 y 27/3/1890, dieron una relativa consistencia a las finanzas locales.

Después de todo, Francia conservó una visión constitucional estrecha de las finanzas públicas, visión que será progresivamente cuestionada, por un lado, por la voluntad parlamentaria de obtener un derecho de control sobre las finanzas de la Seguridad Social a partir del momento en que ellas descansan en gran medida en la tributación, pero también, por el otro lado, para conferir a las colectividades locales un conjunto de reglas protectoras de sus finanzas de cara a las múltiples reformas financieras iniciadas por el Estado[13], dejando asentado el rol decisivo del Consejo Constitucional en la construcción de los mecanismos protectores en beneficio de la autonomía financiera local.

Empero, muchos destacarán también el rol del Consejo Constitucional para justificar un cierto inmovilismo evocando su jurisprudencia, cuya función, sobre todo en materia financiera, será sensiblemente reforzada por la fundamental revisión constitucional de 1974[14].

[12] Por el contrario, la Constitución de la República italiana del 27/12/1947 se asemeja a la Constitución de la V República con un número limitado de disposiciones que se centran sobre todo en las leyes financieras, la autonomía financiera local y la Corte de cuentas.

[13] N. del T.: En Francia, particularmente en derecho, se utiliza el vocablo "Estado" para designar al Estado nacional, al efecto de diferenciarlo de las regiones, departamentos, etcétera.

[14] "El Consejo Constitucional hace el resto dando peso a ese bloque normativo que lleva a concluir en la constitucionalización de las finanzas públicas" (DESMOULIN, Delon C., *Les princi-*

Habiendo el Consejo Constitucional preparando el terreno jurídico y recordado la autoridad de los principios presupuestarios[15], ¿había realmente necesidad de rever la letra misma de la Constitución francesa?[16] Ciertamente, pero aún resta que el Consejo sea llamado a censurar un texto financiero.

De hecho, progresivamente, el esquema jurídico de 1958, que reposaba sobre las finanzas del Estado, las leyes financieras y un texto orgánico de puesta en práctica, a saber la ordenanza del 2/1/1959, se revelará demasiado estrecho de cara a las demandas, las exigencias, las expectativas.

El contrato de 1958 va a ser profundamente modificado en diferentes etapas respondiendo a una voluntad de dar a las cuestiones financieras una autoridad, un peso particularmente nuevo, en relación con la historia constitucional, signo de una toma de conciencia en relación con la importancia del peso de las retenciones fiscales en Francia (las que pasaron del 20% de PBI en 1980 a alrededor de casi el 45% en 2008) y del gasto público (superior al 50% del PBI[17]).

La reforma constitucional financiera va a operarse en tres etapas, haciendo aparecer un "triángulo" constitucional financiero por la consideración de las finanzas del Estado, de las finanzas de la Seguridad Social y de las finanzas locales (primera parte), siendo que dichas reformas están acompañadas de una voluntad de modernización de la gestión de las finanzas públicas con el abandono de la Constitución financiera de 1959, la que reposa sobre la ordenanza del 1/8/2001 relativa a las leyes de finanzas[18]; sin embargo, al mismo tiempo, a ese nuevo "triángulo" constitucional se opone un trío de actores y de instituciones que inducen una tendencia unificadora y reguladora (Segunda parte).

---

pes budgétaires communautaires, Tesis de doctorado, Limoges, 1994, p. 74). N. del T.: La reforma a la que se hace referencia es aquella impulsada por el presidente Valery Giscard D'Estaing que amplió la posibilidad de recurrir al Consejo Constitucional al efecto de realizar un control de constitucionalidad *a priori* a sesenta diputados o sesenta senadores.

[15] Conf. BACOYANNIS, Constantinos, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, París, 1993; ORSONI, G., *Principes et techniques budgétaires*, Documentation française, nro. 5-02, 1992; PHILIP, Lõic, *Les fondements constitutionnels des finances publiques*, Economica, 1995; ROUX, Andre, *Droit constitutionnel local*, Economica, 1995; JOYAU, Marc, *De l'autonomie financière des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif*, t. 198, LGDJ, Bibliothèque de Droit Public, París, 1998; ALBERT, Jean-Luc, "Les principes en droit financier", en *Les principes en droit* (dir. S. Caudal), Economica, París, 2008, p. 221.

[16] Conf. PHILIP, Lõic, "Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local", *RFDA*, 1992, p. 453; RAYMOND, Patrice, "L'autonomie financière des collectivités locales et le Conseil constitutionnel", *RFFP*, 2003, p. 43.

[17] Sobre la socialización del gasto público, SADJ, L. - ALBERT, J.-L., *Finances publiques*, 5ª ed., Dalloz, París, 2007, ps. 182 y ss.

[18] Conf. *Doter la France de sa nouvelle constitution financière*, Commission des Finances du Sénat, Président Alain Lambert, 2000-2001, nro. 37, Les Rapports du Sénat; BARILARI, André - BOUVIER, Michel, *La nouvelle gouvernance financière de l'État*, LGDJ, Systèmes, París, 2004; CAMBY, J.-P. (dir.), *La réforme du budget de l'État. La loi organique relative aux lois de finances*, LGDJ, Systèmes, París, 2004.

I. LA AFIRMACIÓN NOVEDOSA DE UN TRIÁNGULO CONSTITUCIONAL FINANCIERO

Los años 1958 y 1959 marcan la permanencia del Estado francés tradicional en el plano financiero, y 2009 ofrece un paisaje constitucional sensiblemente modificado.

En dos revisiones constitucionales, 1996 y 2003, el cuadro constitucional financiero francés es corregido, así como el rol y la actividad del Parlamento.

A partir de ese momento, en el plano constitucional aparecen los tres estratos de administraciones públicas que constituyen, por otra parte, las bases financieras, contables, retenidas por el pacto de estabilidad y de crecimiento comunitario, a saber, el de las administraciones centrales, el de las administraciones de la Seguridad Social, el de las administraciones públicas locales. No obstante, el cuadro jurídico constitucional no ofrece siempre las mismas similitudes textuales para esos tres niveles de administración financiera.

a) Una estructura jurídica desigual, progresivamente desarrollada

Las finanzas públicas no podían limitarse a un derecho presupuestario corolario del derecho soberano de una Nación.

Ellas no podían limitarse tampoco únicamente a las finanzas del Estado.

La duda respecto del lugar de las finanzas sociales en el seno de las finanzas públicas perduró y perdura[19] en desmedro de la afirmación del Consejo Constitucional que había considerado, desde 1961, que los gastos de la Seguridad Social eran cargas públicas[20].

Por su parte, Maurice Duverger no identificaba en 1957 las finanzas sociales como parte de las finanzas públicas: "Cuando se habla de finanzas públicas, se piensa de inmediato en las finanzas del Estado. Pero hay otras colectividades públicas aparte del Estado, algunas situadas en el interior del Estado (colectividades locales, establecimientos públicos), otras que engloban una pluralidad de Estados (colectividades internacionales). Sus finanzas son consideradas como finanzas públicas"[21].

Robert Hertzog, por su parte, estimó que la inclusión de la Seguridad Social en las finanzas públicas "ha aumentado el peso del derecho privado... Du-

[19] Conf. CHOUVEL, François, "Si las finanzas sociales no pueden ser incluidas en el perímetro de las finanzas públicas, ellas tienen sin embargo incidencia sobre el presupuesto del Estado", *Finances Publiques 2008*, Gualino, París, 2009, p. 223.

[20] Consejo Constitucional, decisión 60-11DC, del 20/1/1961, Ley Relativa al Seguro Médico, de Invalidez y Maternidad de los Productores Agrícolas y de los Miembros de sus Familias, BO del 24/1/1961, p. 982: la calificación es operada en virtud del art. 40 de la Constitución y en relación con los trabajos del Comité Consultivo Constitucional (N. del T.: Comité que revisó el trabajo de la elaboración de la Constitución de la V República por el Gobierno del general De Gaulle, último de la IV República).

[21] DUVERGER, Maurice, *Institutions financières*, PUF, París, 1957, p. 11.

rante mucho tiempo ello había sido suficiente para considerarla como exterior a las finanzas públicas". Las finanzas de la Seguridad Social se han transformado en "el tercer pilar de las finanzas públicas, siendo que ni su contenido ni el derecho aplicable hayan sustancialmente variado"[22].

El primer tiempo de adaptación constitucional fue el de la integración en la Constitución de 1958 de la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social en 1996.

La ley constitucional del 22/2/1996[23] constituye el primer aditivo constitucional financiero de importancia desde 1958. Su objetivo era el de, tras la reforma de la protección social operada en el marco de la ley del 30/12/1995, instituir una nueva forma legislativa, a saber la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social[24]. La añadidura en el seno del art. 34 de la Constitución de este tipo de texto fue completada por un nuevo artículo, el art. 47-1, que organiza el procedimiento relativo a las leyes de financiamiento de la Seguridad Social, siendo dicha ley, en virtud de la Ley de Finanzas, votada una vez al año.

El voto parlamentario confiere las orientaciones generales de la política de protección social a través de las condiciones generales de un equilibrio financiero, en función de las previsiones de ingresos y los objetivos de gastos, en las condiciones previstas por la Ley Orgánica. Se tratará entonces de la Ley Orgánica del 22/7/1996, relativa a las leyes de financiamiento de la Seguridad Social[25], la que será sensiblemente modificada por la Ley Orgánica del 2/8/2005 también relativa a las leyes de financiamiento de la Seguridad Social. Esta reforma fue confortada por el rol reforzado de la Corte de Cuentas, la que debe presentar al Parlamento un Reporte anual sobre la Seguridad Social (ley del 25/7/1994) y asegurar a partir de ese momento la certificación de las cuentas de los organismos nacionales del régimen general de la Seguridad Social[26].

El segundo tiempo reformista es el que consistió en reformular lo que había sido calificado de "constitución financiera" del Estado, es decir, la ordenanza del 2/1/1959.

Esta profunda reforma fue realizada en un contexto político cuasiconsensual a través de la Ley Orgánica del 1/8/2001 relativa a las leyes de finan-

[22] HERTZOG, Robert, "Finances publiques, finances privées: nouvelles frontières, nouvelles similitudes?", en *Finances publiques. Nouvelle gouvernance financière publique: grands enjeux de demain*, *RFFP*, nro. 100, 2007, p. 112.

[23] Ley constitucional 1996-138 del 22 de febrero de 1996 que establece las leyes de financiación de la seguridad social, Boletín Oficial del 23 de febrero de 1996, p. 2911.

[24] Conf. PELLET, Remi, *Les finances sociales: économie, droit et politique*, LGDJ, Systèmes, París, 2001; MATT, Jean-Luc, *La sécurité sociale: organisation et financement*, LGDJ, Systèmes, París, 2001.

[25] Consejo Constitucional, decisión 96-379C, del 16/7/1996, Ley Orgánica relativa a las leyes de financiamiento de la seguridad social, BO del 23/7/1996, p. 11.107.

[26] Y de las cuentas combinadas de cada rama y de la actividad de recubrimiento del régimen general relativo al último ejercicio cerrado; primer reporte en 2007 (ley 2005-881 del 2/8/2005, relativa a las leyes de financiamiento de la seguridad social, BO, p. 12.633).

zas[27], completadas por la Ley Orgánica del 12/7/2005[28]. Ella inducía una nueva aproximación en la gestión del gasto público[29] con el *slogan* por todos reproducido, a saber el pasaje de una cultura de medios a una cultura de resultados (la búsqueda de la *performance* presupuestaria) pero también un rol reforzado reconocido a la Corte de Cuentas a través de la certificación de las cuentas del Estado. La originalidad de la reforma será el hecho de no requerir una revisión constitucional; los dispositivos textuales de 1958 podían entonces responder a la reforma[30].

La tercera etapa concierne a las finanzas locales[31] con la ley constitucional del 28/3/2003 relativa a la organización descentralizada de la República[32].

En la especie, entre las numerosas disposiciones que han conducido a una "entrada en vigor" del hecho local en la Constitución de la V República, conviene evocar ante todo la importancia del nuevo art. 72-2 que consagra, a la vez, el principio de la libre disposición por las colectividades locales de sus recursos[33], el de una exigencia de igualación entre las colectividades bajo el fundamento de la solidaridad, pero también, el de una garantía respecto de los recursos propios de las colectividades territoriales, que deben representar una parte determinante de los recursos de categorías de dichas colectividades territoriales. La Ley Orgánica del 29/7/2004[34] define dichas nociones[35]; en fin, esa revisión constitucional recuerda o plasma el principio de la compensación financiera de toda transfe-

[27] Ley Orgánica 2001-692 del 1/8/2001 relativa a las leyes de finanzas, BO del 2/8/2001, ps. 12.480 y ss.

[28] Ley Orgánica 2005-779 del 12/7/2005 modificatoria de la Ley Orgánica 2001-692 del 1/8/2001 relativa a las leyes de finanzas, BO del 13/7/2005, p. 11.443.

[29] Conf. CATTEAU, D., *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier*, Tesis de doctorado, Lille 2, 2005.

[30] Así fue progresivamente consagrado el principio de sinceridad presupuestaria; conf. JOYE, Jean-François, "Les vicissitudes du príncipe de sincérité", *JCP*, éd. G, nro. 126, 18/3/2009, p. 33.

[31] Conf. SAIDJ, Luc, "L'évolution des finances locales au cours des vingt dernières années - quelles cohérences", en *Finances publiques: scenarios pour demain*, *RFFP*, nro. 87, septiembre 2004, ps. 147 y ss. Haciendo abstracción de la reforma constitucional específica de Nueva-Caledonia.

[32] Ley 2003-276 del 28/3/2003, BO del 29/3/2003, p. 5568.

[33] Bajo reserva del respeto del interés local.

[34] Ley Orgánica 2004-758 del 29/7/2004 adoptada en aplicación del art. 72-2 de la Constitución, BO del 30/7/2004, p. 13561; conf. HERTZOG, Robert, "L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales", *AJDA*, 2003, p. 548; HERTZOG, Robert, "La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales: précisions et complications", *AJDA*, 2004, p. 2003; HERTZOG, Robert, *La constitution financière de l'État décentralisé*, *ACL*, 2004, p. 171; DOUAT, Etienne, "La loi constitutionnelle relative à la décentralisation. Les aspects financiers", *DA*, 2003, nro. 4, 7; ALBERT, Jean-Luc, "L'enjeu financier", en *La décentralisation en mouvement. La documentation française*, GRALE-CNRS, 2007, p. 48.

[35] Bajo reserva del control del Consejo Constitucional; en ese sentido, Consejo Constitucional, decisión 2004-500DC, del 29/7/2004, Ley Orgánica relativa a la autonomía financiera de las colectividades territoriales, BO del 30/7/2004, p. 13.562.

rencia de competencias del Estado a las colectividades territoriales así como en ocasión de la creación o la extensión de competencias que impliquen un aumento del gasto de las colectividades territoriales[36].

Algunos vieron en dicha reforma un retoque inútil, siendo que el Consejo Constitucional había ya plasmado en su jurisprudencia lo esencial de los principios; otros vieron, por el contrario, una suerte de "protección" constitucional frente a la veleidad reformista del Estado; los sucesos de 2008-2009 les han dado ciertamente razón respecto de los proyectos gubernamentales de reforma del régimen fiscal local.

Empero, el ámbito financiero no conoce aún leyes de finanzas específicas, como tampoco la exigencia de la certificación de cuentas, etc. Dichos elementos llevan a diferentes autores y a responsables políticos a sostener que el proceso de reforma de las finanzas locales está aún, sin duda, inconcluso en Francia.

Además, es necesario también contar con la Carta Europea de la Autonomía Local del 15/10/1985, la cual ha entrado en vigor el 1/5/2007, tras su ratificación tardía en Francia, para así venir en ayuda, de ser necesario, de la autonomía financiera local[37].

Así, es posible estimar que aparecen tres espacios financieros constitucionales en Francia.

b) La afirmación de tres espacios constitucionales financieros

El triángulo escaleno así constituido, es decir de tres lados desiguales, reposa ante todo, al menos sobre el plano cuantitativo (es únicamente una de las consecuencias de la evolución de la sociedad francesa), sobre las finanzas sociales y conoce otros dos lados, las finanzas del Estado y las finanzas locales.

La pregunta inevitable es la de la frontera que existe o puede existir entre esos tres espacios financieros.

El guardián de las fronteras es aquí el Consejo Constitucional. Pero, es necesario que sea llamado a resolver sobre una crítica particular de una disposición legislativa financiera.

Ahora bien, en el transcurso de los últimos años, el Consejo no ha sido llamado a resolver sobre críticas efectuadas a las leyes de finanzas de 2007, 2008 y 2009, así como tampoco lo ha sido respecto de las primeras leyes rectificativas de finanzas de 2009 o de la primera ley de programación de finanzas públicas (que será estudiada más adelante). Es decir, el contencioso constitucional financiero es relativamente reducido desde hace algunos años. Sin embargo, no es totalmente inexistente dado que las leyes de financiamiento de la Seguridad Social sí han sido sistemáticamente criticadas.

[36] En ese sentido, Consejo Constitucional, decisión 2004-509DC, del 13/1/2005, Ley de Programación para la Cohesión Social, BO del 19/1/2005, p. 896.

[37] Conf. BOUVIER, Michel, *Les finances locales*, 12ª ed., LGDJ, París, 2008.

Si buscamos, entonces, efectuar un balance del contencioso constitucional, podremos sin duda estimar que lo esencial trató sobre cuestiones fronterizas entre esos espacios y otras áreas legislativas.

En ese sentido, el doble contencioso, a veces tan cuestionado, de los "caballeros[38]" presupuestarios o sociales se revela cuantitativamente más importante. ¿De qué se trata?

En relación con los caballeros presupuestarios, se trata de "disposiciones extrañas al área de las leyes de finanzas tal como resultan de la Ley Orgánica del 1/8/2001[39]". En lo que respecta a los caballeros sociales, se trata de disposiciones extranjeras a una Ley de Financiamiento de la Seguridad Social. Los caballeros presupuestarios son largamente conocidos, mientras que los caballeros sociales, más recientes[40] e inherentes a las nuevas leyes de financiamiento de la Seguridad Social, conocieron un desarrollo consecuente conduciendo al Consejo Constitucional a pronunciar varias censuras. De hecho, el riesgo era aquí el ver esas últimas leyes convertirse en simples normas portadoras de diversas disposiciones de orden social. Así, el Consejo Constitucional, en su decisión de 2007 relativa a la ley de financiamiento para 2008[41]", censuró diecisiete artículos, mientras que iba a censurar totalmente diecisiete y tres parcialmente para la Ley de Financiamiento de 2009[42].

¿La frontera entre los dos espacios financieros (finanzas estatales y finanzas sociales) es tan evidente? Es posible dudar a ese respecto en función de las decisiones emitidas y es, asimismo, posible interrogarse sobre la lógica que preside ciertas decisiones del Consejo Constitucional francés.

La dificultad es aún más grande porque la estructuración y la vocación de esos textos no son similares: dos partes para la Ley de Finanzas, cuatro para la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social, con contenidos y sentido diferentes.

[38] N. del T.: *cavaliers* en el original.

[39] Consejo Constitucional, decisión 2005-530DC, del 29/12/2005, Ley de Finanzas para 2006, BO del 31/12/2005, p. 20.705. Interdicción por una ley del 30/7/1913 (art. 105): "Queda prohibido introducir en la ley de presupuesto disposiciones que no se refieran directamente las ingresos y los gastos", "Prohibición que no posee eficacia en los hechos y es frecuentemente violada" (TROTABAS, Louis, *Précis de Science et Législation Financières*, cit., ps. 57/58). La decisión 530DC es más explícita; la Ley de Finanzas no puede contener disposiciones que concieman "los recursos, las cargas, la tesorería, los préstamos, la deuda, las garantías o la contabilidad del Estado... las disposiciones relativas a las imposiciones de toda naturaleza, a la repartición de dotaciones a las colectividades territoriales, a las convenciones financieras, al régimen de la responsabilidad pecuniaria de los agentes de servicios públicos, la información o el control del Parlamento sobre la gestión de las finanzas públicas".

[40] Conf. AGLAÉ, Marie-Joseph, "Les cavaliers sociaux", *RDP*, 4-2000, p. 1153.

[41] Consejo Constitucional, desición 2007-3887DC, del 13/12/2007, Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2008, BO del 21/12/2007, p. 20.648. Contra solamente tres artículos anulados y dos parcialmente anulados a propósito de la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2006.

[42] Consejo Constitucional, decisión 2008-571DC, del 11/12/2008, Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2009, BO del 18/12/2008, p. 19.327.

Así, el Consejo censuró en 2006 una disposición concerniente a la primera parte de la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social porque abordaba gastos para el año siguiente, gastos que no podían ser abordados en la segunda parte de la Ley de Financiamiento[43].

Una ley de finanzas o de financiamiento no puede contener más que disposiciones de carácter financiero.

Pero, si la pregunta sobre la "pureza" de una ley de finanzas o de financiamiento es reiteradamente efectuada, el contencioso constitucional resalta también las dificultades fronterizas entre ambos textos y revela la influencia del Estado sobre las finanzas sociales. ¿Qué disposición corresponde por naturaleza a una ley de finanzas o a una ley de financiamiento? ¿Es posible, incluso en caso de violación de la zona fronteriza, no censurar una disposición legislativa?

A dicho ejercicio es que se ha avocado en algunas oportunidades el Consejo Constitucional no censurando algunas disposiciones que en razón de su naturaleza y de su importancia no podían, según el criterio del Consejo, ser puestas en duda.

Así, el Consejo no ha censurado una disposición insertada en la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2006 que imponía a la Seguridad Social contribuir a un fondo nacional creado por el Estado cuando, según el propio Consejo, esta disposición violaba la definición de fondo de colaboración tal como es enunciada por la Ley Orgánica, relativa a las leyes de finanzas de 2001. La disposición no entraba en el ámbito del régimen jurídico de los fondos de colaboración, aunque la protección sanitaria de la población es un "interés general de valor constitucional" que justifica la continuación de la participación hasta el fin de 2006, contentándose el Consejo en sugerir una puesta en conformidad en 2007 con las nuevas prescripciones orgánicas que rigen los procedimientos contables particulares de afectación de ingresos[44].

Por otra parte, sobre la cuestión de aquello que pueda pertenecer por su naturaleza al presupuesto del Estado, el Consejo Constitucional tampoco ha censurado una disposición de la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para el año 2000 que transfería del presupuesto del Estado al seguro médico gastos que incumbían, hasta ese momento, al Estado y correspondían a los rubros de diagnóstico y tratamiento de ciertas enfermedades realizados a través de las consultas de diagnóstico anónimas y gratuitas y de los centros de planificación o educación familiar, así como gastos referidos a la desintoxicación realizada con alojamiento incluido en establecimientos de salud. En virtud de la crítica realizada en función de la práctica de "despresupuestarización[45]", el Consejo

[43] Consejo Constitucional, decisión 2006-544DC, del 14/12/2006, Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2007, BO del 22/12/2006, p. 19.356.

[44] Consejo Constitucional, decisión 2005-528 DC, del 15/12/2005, Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2006, BO del 20/12/2005, p. 19.561.

[45] N. del T.: *débudgétisation* en el texto original.

nota que se trataba, en ese caso, de disposiciones "directamente ligadas con la salvaguarda de la salud pública" y que ellas "no son pasibles de ser calificadas como gastos que deberían, por naturaleza, figurar en el presupuesto del Estado"[46].

Ciertamente, pero entonces, ¿qué es lo que corresponde al seguro y a la solidaridad y en ese caso, por qué conservar todavía un Ministerio de Salud?

Este tipo de jurisprudencia conduce así, inevitablemente, a interrogarse sobre las políticas públicas puestas en marcha, su coordinación y su puesta a cargo en un Estado, Francia, donde quien decide políticamente continúa siendo el propio Estado, respecto de quien conviene preguntarse si no adquiere, de ese modo, tres canales para llevar a cabo sus políticas, de hecho, tres canales financieros. ¿No debería entonces pensarse ir más lejos en el sentido de una globalización de dos "presupuestos"?

La censura de este tipo de disposición conduce seguido a un "triunfo" político de corta duración.

Así, el Consejo, censurando una disposición relativa a la creación del Consejo de retenciones fiscales obligatorias insertado en la Ley de Finanzas para 2005 (art. 112), vio un texto de ley específico adoptado algunos meses más tarde[47].

El motivo esgrimido para una censura de esa clase podía ser discutido: este nuevo Consejo no hubiera contribuido de manera exclusiva a la información y al control del Parlamento sobre las finanzas públicas.

En razón de las numerosas disposiciones que figuran en las leyes de finanzas o de financiamiento y que parecen extrañas a este tipo de texto, es posible interrogarse sobre el contenido de dichos textos y su naturaleza estrictamente financiera.

Por el contrario, si existen disposiciones prohibidas, hay disposiciones que deben obligatoriamente figurar en uno y otro tipo de texto e incluso, a veces, no pueden figurar en ese tipo de textos.

Así, la Ley Orgánica del 1/8/2001 "reserva a un texto de ley de finanzas la emisión de todas las disposiciones relativas a las afectaciones de ingresos en el seno del presupuesto del Estado"[48]; además, sólo una ley de finanzas autoriza la percepción de imposiciones y de recursos (presupuestarios y no presupuestarios) del Estado, la evaluación de recursos presupuestarios y no presupuestarios del Estado, etcétera.

De igual manera, sólo la Ley de Finanzas puede contener las disposiciones relativas a las garantías (no es una obligación) y otros compromisos del Estado.

[46] Consejo Constitucional, decisión 99-422DC, del 21/12/1999, Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2000, BO del 30/12/1999, p. 19.730.

[47] Consejo Constitucional, decisión 2004-511DC, del 29/12/2004, Ley de Finanzas para 2005, BO del 31/12/2004, p. 22.571.

[48] Consejo Constitucional, decisión 2009-577DC, del 3/3/2009, Ley relativa a la comunicación audiovisual y al nuevo servicio público de la televisión, BO del 7/3/2009, p. 4336.

En sentido inverso, una Ley de Finanzas que jerárquicamente es una ley ordinaria que sigue un procedimiento particular no puede modificar disposiciones fiscales y estrictamente definidas en una Ley Orgánica[49].

Por su parte, la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social tiene un área específica: fijar los objetivos de gastos, sobre todo los del seguro médico, adelantos de tesorería, desde 2005 la afectación de ingresos exclusivos de la Seguridad Social o incluso las medidas de exoneración o de reducción de aportes de la Seguridad Social no compensados a los regímenes obligatorios de base, los límites de los adelantos de tesorería, etcétera.

Ahora bien, en la especie, dichas leyes de financiamiento no constituyen autorizaciones de gasto o incluso límites de gastos en oposición al crédito presupuestario que aparece tanto a nivel del presupuesto del Estado como a nivel del presupuesto local.

La protección de las finanzas de la Seguridad Social es evidentemente más difícil de asegurar. El legislador lo ha intentado a través de la ley del 13/8/2004 relativa al seguro médico[50], cuyo art. 70, II-2° parecía incluir un principio de compensación financiera "integral" para toda transferencia de cargas operada entre el Estado y los regímenes y organismos implicados. Sin embargo, cuatro meses más tarde, la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2005, respecto de las exoneraciones de cotizaciones ligadas al lanzamiento de una nueva forma de contrato, preveía expresamente la exclusión de la compensación financiera, lo que el Consejo Constitucional admitió a través de su decisión del 16/12/2004[51], dado que la intención del gobierno de no compensar las exoneraciones de cotización que acompañaban dicho contrato "fue formulada antes que comience el examen [del proyecto][52] en primera lectura", vaciando así de toda autoridad la formulación enunciada por la ley del 13/8/2004.

En ese contexto, las finanzas locales parecían el "pariente pobre" del cuadro legislativo financiero. En efecto, la percepción de los impuestos locales depende de la autorización de la Ley de Finanzas, las dotaciones y transferencias financieras correspondientes[53] se integran en esa misma ley, y los dispositivos financieros y fiscales que interesan al conjunto de las colectividades locales se encuentran también en el seno de la Ley de Finanzas.

Eso no impide que exista un espacio jurídico constitucional financiero propio de las colectividades locales, puesto que las adaptaciones legislativas que pueden ser integradas en una ley de finanzas deben respetar los principios

[49] Consejo Constitucional, decisión 2008-574DC, del 28/12/2008, Ley de Finanzas rectificativa para 2008, BO del 31/12/2008, p. 20.567.

[50] Ley 2004-810, BO del 17/8/2004, p. 14.598.

[51] Consejo Constitucional, decisión 2004-508DC, del 16/12/2004, Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2005, BO del 21/12/2004, p. 21.663.

[52] N. del T.

[53] Conf. LEVOYER, Löic, "La réforme des relations financières etat-collectivités territoriales", *JCP A.*, nro. 46, 2003, 1990.

constitucionales de libre administración de las colectividades locales (art. 34) y de autonomía financiera, tal como lo enuncia el art. 72-2, introducido por la reforma de 2003 y largamente consagrado por el Consejo Constitucional, a pesar de que, paradoja de la situación, este último hasta el día de hoy no ha censurado una disposición de una ley de finanzas en virtud de dicho fundamento.

Su jurisprudencia aparece, entonces, más como una jurisprudencia metodológica y prudencial antes que represiva[54].

Tres territorios jurídicos constituyen desde entonces el derecho constitucional financiero francés con tres lógicas diferentes y sin duda con cierto sabor a algo jurídicamente inconcluso; ahora bien, dado que estas dimensiones constitucionales existen, y hace poco tiempo, surge el interrogante respecto de su sumisión a mecanismos unificadores.

II. UN TRIÁNGULO CONSTITUCIONAL FINANCIERO BAJO UN TRIPLE CONTROL UNIFICADOR

¿La intrusión de las cuestiones financieras en la Constitución de la V República alteró profundamente la gestión financiera francesa y el lugar de los diferentes actores involucrados?

Ciertamente, el juez administrativo mismo ha integrado la dimensión específicamente financiera al efecto de conferir a sus decisiones un efecto particular en el tiempo. El riesgo que corren las finanzas públicas, en razón de la anulación de una decisión, puede entonces conducirlo a modular los efectos de su decisión en el tiempo, y en particular a justificar la irretroactividad de una anulación[55], incluso si la sola circunstancia de la retroactividad de la anulación podría tener una incidencia negativa sobre las finanzas públicas... ella no puede "ser suficiente por ella misma para caracterizar una situación que justifique que el juez utilice su poder de modulación en el tiempo de los efectos de la anulación..."[56].

Podría preguntarse si la situación presente en realidad no ha contribuido a consolidar el rol del Estado como órgano regulador financiero, particularmente tras la reforma constitucional del 23/7/2008, que induce dicha pregunta, enmarcada en un cuadro financiero general caracterizado por un gran "conservadorismo".

[54] En este sentido: las colectividades territoriales pueden estar constreñidas a respetar obligaciones sobre el fundamento de los arts. 34 y 72 a condición de que ellas aporten a fines de interés general (Consejo Constitucional, decisión 2006-543DC del 30/11/2006, Ley relativa al sector de la energía, BO del 8/12/2006, p. 18.544); las reglas de la ley no podrían tener como efecto restringir los recursos fiscales al punto de perturbar la libre administración de las colectividades (Consejo Constitucional, decisión 91-298DC, del 24/7/1991, Ley sobre diversas disposiciones de orden económico y financiero, BO del 26/7/1991, p. 9920).

[55] CE, 11/5/2004, Association AC, nro. 255886, *Rec.*, p. 197; en el mismo sentido: CE, 9/7/2003, Claude X, nro. 255427.

[56] CE, 11/7/2008, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques, req. nro. 298779, *à paraître Rec.Lebon*.

a) El triángulo constitucional financiero y el triángulo institucional

En vista del triángulo constitucional precitado, tendiente a constituir tres espacios jurídicos diferenciados para tres estratos financieros, tomados desde un ángulo contable, el observador no puede impedir interrogarse sobre el surgimiento y la afirmación de esas tres áreas en un Estado de cultura fundamentalmente unitaria y centralizadora dentro de un marco jurídico y político marcado a su vez, por la afirmación de un marco supranacional a través del Pacto de Estabilidad y de Crecimiento.

De hecho, frente a ese triángulo normativo financiero, es posible considerar que surge o se reafirma un nuevo ensamblaje de tres actores: el Ejecutivo nacional, el juez y la Unión Europea a través de la Comisión Europea y del Consejo de ministros.

A un triángulo financiero francés, construido en poco menos de quince años, se superpone un nuevo triángulo institucional, con una vocación financiera diferenciada.

El primer elemento de este ensamblaje es indudablemente (al menos en el plano cronológico) el elemento comunitario a través del mencionado Pacto de Estabilidad y de Crecimiento.

El Tratado de la Unión Europea (1992) modificó sin dudas la percepción que podíamos tener de las finanzas públicas, integrándolas a las finanzas sociales en el seno de tres estratos de Administración Pública, constituyendo las bases de una nueva disciplina presupuestaria fundada sobre el Pacto de Estabilidad y de Crecimiento adoptado en 1997 por el Consejo Europeo y organizado en torno a dos reglamentos comunitarios del 7/7/1997.

Su objetivo general era consolidar finanzas públicas "sanas" (al menos equilibradas cuando no pudiese lograrse excedente), basado en normas, estándares y procedimientos destinados a evitar que los Estados caigan en una situación de profundo déficit público.

Ciertamente, en la crisis de 2003, la decisión de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas del 13/7/2004[57], mostraron que los Estados podrían siempre buscar esquivar o franquear los obstáculos o las reglas que ellos mismos se habían impuesto. La reforma de 2005, seguida de dos reglamentos del 27/7/2005[58] que redefinen el concepto de déficit excesivo y toman en cuenta la noción de déficit estructural, oponiéndola a la de déficit coyuntural, noción actualmente muy útil, no lograron, sin embargo, superar esta contención financiera unitaria comunitaria, prueba de lo cual es el procedimiento por déficit excesivo efectuado por la Comisión Europea contra cuatro Estados, entre los que se incluye a Francia.

El segundo elemento implica un "retorno" del Ejecutivo nacional a una voluntad de dominar las finanzas públicas en conjunto.

[57] C 27/2004, decisión marcada por la anulación de la decisión del Consejo de ministros de no sancionar a los dos Estados en causa, Francia y Alemania.

[58] 1055 y 1056/2005.

Este retorno está quizás emparentado con el surgimiento de varios fenómenos institucionales federativos o unificadores, y buscan claramente el dominio de la totalidad del procedimiento vinculado a las finanzas públicas y fundamentalmente al gasto público.

Esta actitud es al menos paradójica desde que se constata, actualmente, que se reclama más a las colectividades locales en términos de inversión para contribuir a la vigorización del plan de relanzamiento económico gubernamental.

Este fenómeno institucional corresponde ya sea a la autoridad del presidente de la República, ya sea a la del primer ministro.

En el primer caso, y tratándose de las finanzas del Estado pero con una gran influencia sobre el aparato administrativo estatal, las políticas públicas y las finanzas locales, se trata de auditar las políticas públicas (procedimiento paralelo al que se desprende de la LOLF[59] de 2001), denominándose en un primer momento: Auditoría de modernización del Estado[60], para luego, a partir de junio de 2007[61] llamarse Revisión general de políticas públicas (RGPP). En el marco de las auditorías, el Consejo encargado de efectuar el seguimiento de los resultados fue colocado bajo la autoridad del primer ministro.

En el segundo caso, a partir de 2007, es el presidente de la República quien preside el Consejo de modernización de políticas públicas.

Sin embargo, esta voluntad de racionalización de las políticas, y, por ende, de las finanzas públicas, fue más lejos, desde 2006, a través de la creación en enero de ese año de la Conferencia Anual de las Finanzas Públicas, colocada bajo la autoridad del primer ministro.

El decreto que organizara ulteriormente esta Conferencia (decreto del 5/5/2006[62]) asocia esta instancia a parlamentarios, aunque también suma a algunos representantes de asociaciones de funcionarios electos (asamblea de departamento, asamblea de las regiones de Francia, etc.) del mismo modo que presidentes y directores de seis grandes organismos de protección social.

Esta Conferencia recibe, asimismo, la asistencia de un Consejo de Orientación de Finanzas Públicas presidido por el primer ministro.

Ahora bien, la vocación de dichas instancias es general y está dirigida a todas las cuestiones relativas a las finanzas públicas (comprendidas las llamadas reglas de *governanza*).

Como si ello no fuera suficiente, también se crea en 2007 la Conferencia Nacional de Ejecutivos (CNE), animada por el primer ministro, cuyo objetivo

[59] N. del T.: Ley Orgánica relativa a las leyes de finanzas.

[60] A partir de 2005. Conf. circulares del primer ministro del 29/9/2005 y 13/7/2006.

[61] En ocasión de la creación de una nueva Secretaría de Estado encargada de la prospectiva y de la evaluación de las políticas públicas, función que heredará el ministro encargado del presupuesto en 2009.

[62] Dec. 2006-515 del 5/5/2006 relativo a la conferencia de finanzas públicas y fundador del Consejo de Orientación de las Finanzas Públicas, BO del 6/5/2006, p. 6724.

regularmente puesto en relieve es el de ser "un lugar de concertación al más alto nivel entre el Gobierno y los ejecutivos de las colectividades territoriales".

Esto permite, en 2008, al primer ministro abordar la cuestión de la colaboración financiera del Estado en favor de las colectividades locales (en verdad masiva y endeudando al Estado en más de 70 mil millones de euros), la tradicional reforma impositiva local y en particular el impuesto profesional[63], pero también la cuestión de la clarificación de las competencias en cada escalón territorial, debate sobre el que se pronunció el Comité presidido por el antiguo primer ministro Édouard Balladur en el reporte entregado al presidente de la República el marzo de 2009, sobre la reforma de las colectividades territoriales[64].

Finalmente, más específicamente centrado sobre la cuestión de la recaudación y en lugar del Consejo de Impuestos con vocación exclusivamente fiscal, se crea en 2005 el Consejo de la recaudación, órgano anexo a la Corte de Cuentas.

Esta instancia debe permitir aprehender el conjunto de la recaudación impositiva[65] y no su aspecto puramente fiscal, teniendo por vocación "apreciar la evolución y el impacto económico, social y presupuestario del conjunto de la recaudación impositiva, así como formular recomendaciones relativas a toda cuestión vinculada a la recaudación impositiva"[66].

Así, globalmente, frente al surgimiento de tres espacios financieros jurídicamente protegidos u organizados, el Estado, a través del Ejecutivo, no hesita a colocar en crisis, con autoridad variable, la autonomía financiera que parecía emerger, al menos tratándose de las colectividades locales[67].

El tercer elemento que es pasible de ser analizado es el juez, ya sea constitucional o administrativo.

Él juega un rol significativo aunque desigual en la preservación de la autonomía de los tres espacios financieros evocados.

En este sentido, el juez administrativo parece haberse implicado en la preservación de la autonomía financiera local sobre dos puntos: los gastos obligatorios y las compensaciones financieras ligadas a las medidas de exoneración impositiva local decididas por el Estado.

Sobre el primer punto, el Consejo de Estado ha recordado que corresponde a la ley y solamente a la ley, ordenar gastos a cargo de una colectividad territorial y no a un texto reglamentario. Así, en ocasión de un contencioso iniciado por di-

[63] N. del T.: se trata de la *taxe professionnelle*, que pagan las personas fisicas o morales que ejercen una actividad profesional sin ser asalariados. Financia a las comunas, departamentos y regiones.

[64] El cual no condujo a nuevas proposiciones de reforma constitucional; reporte al presidente de la República del Comité para la reforma de las colectividades locales del 5/3/2009, BO del 6/3/2009, p. 4161.

[65] N. del T.: *prélèvements obligatoires* en el texto original.

[66] Ley 2005-358 del 20/4/2005, tendiente a crear un Consejo de recaudación impositiva, BO del 21/4/2005, p. 6973.

[67] Sin ignorar la persistencia unitaria que existe en el plano de la contabilidad pública como en el plano de las reglas contables o los modelos contables impuestos por el Estado.

ferentes comunas, el Consejo de Estado censuró parcialmente un decreto que colocaba a cargo de las comunas los gastos inherentes a la emisión de pasaportes[68].

Sobre el segundo punto, el Consejo de Estado no dudó, en 2000, ordenar al Estado que compensara totalmente a una comuna por las consecuencias financieras de una medida de reducción del impuesto profesional en función del empleo o la inversión, lo que obligó al legislador a integrar en tres años en las sucesivas leyes financieras dispositivos generales de compensación para el conjunto de las comunas implicadas[69].

b) Una nueva interdependencia constitucional

La reforma constitucional del 23/7/2008, referida a la modernización de las instituciones de la V República, introdujo dos elementos novedosos en la Constitución de la V República: por un lado, las leyes de programación de finanzas públicas (art. 34) y, por el otro, la excepción de inconstitucionalidad (art. 61-1).

Respecto del primer punto, la idea de un proceso plurianual sobre el total de las finanzas públicas nacionales no es tan novedosa; el presupuesto de Legislatura había sido evocado bastante seguido, pero ir más lejos, trascendiendo las finanzas del Estado efectuando una aproximación más controlada de los distintos estratos de la Administración Pública, constituye un eje voluntarista que se inscribe en el rumbo disciplinario respecto de las finanzas públicas impuesto por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y que plantea la cuestión del daño ocasionado a la autonomía financiera de las entidades no ligadas al Estado.

En ese sentido, una de los precedentes ha sido la Ley de Orientación Quinquenal del 24/1/1994, relativa al control de las finanzas públicas[70] que fue concebida, en un período económico y financiero difícil, como un esfuerzo centrado sobre la estabilización y la reducción de la deuda con una perspectiva comunitaria, puesto que tenía en miras el advenimiento de la moneda única y la instauración a partir de 1997 de los criterios de convergencia relativos a las cuentas públicas y en particular al déficit público.

Sin autoridad normativa real, esta ley llamada de orientación, pero ley "simple" u "ordinaria" será rápidamente olvidada.

Ahora bien, mientras que la cuestión del control del equilibrio presupuestario del Estado reaparezca de modo lacerante para el conjunto de las finanzas públicas marcadas por los déficits estatales, la revisión constitucional del

[68] CE, 5/1/2005, nro. 232888, Commune de Versailles, *JCP A*, 2005, 1107, nota de Olivier Guillaumont.

[69] CE, 18/10/2000, nro. 209324, "Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie v. Commune de Pantin", *Rec*, p. 428.

[70] Ley 94-66 del 24/1/1994, BO del 25/1/1994, p. 1280.

23/7/2008[71] dará a la programación plurianual de las finanzas públicas una dimensión constitucional, colectiva y global.

A partir de ese momento, existen leyes de programación de las finanzas públicas que tienen por vocación determinar las orientaciones plurianuales inscriptas en el objetivo de equilibrio de las cuentas de las administraciones públicas (art. 34).

Así, las finanzas públicas son reconstituidas sobre una base unívoca y centralizada, al menos en apariencia. En efecto, es necesario aun que se afirme la autoridad de una ley de programación en relación con las leyes de finanzas de la Seguridad Social y con los presupuestos locales.

El primer ejercicio de puesta en práctica no aboga en el sentido de un refuerzo de dicha autoridad, aunque también es cierto que este dispositivo novedoso es aplicado en un contexto económico y financiero particularmente difícil.

A pesar de haber sido presentada en otoño, la primera Ley de Programación de Finanzas Públicas 2009-2012 fue finalmente promulgada mucho tiempo después de la Ley de Finanzas para 2009 y de la Ley de Financiamiento de la Seguridad Social para 2009, en febrero de 2009[72], incluso sin que la oposición haya accionado ante el Consejo Constitucional.

Sobre el segundo elemento, la excepción de inconstitucionalidad, se trata de una reforma varias veces mencionada, intentada en 1990-1991 bajo la presidencia de François Mitterrand juntamente con Michel Rocard y Robert Badinter[73].

La revisión constitucional de julio de 2008 condujo a la inserción del art. 61-1 en la Constitución de 1958, disposición que prevé la posibilidad de que, en ocasión de un proceso, se pueda recurrir ante el Consejo Constitucional por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Casación cuando se argumenta "que una disposición legislativa atenta contra los derechos y las libertades que garantiza la Constitución", criterio vasto que no excluye a las finanzas públicas, por ejemplo, desde el punto de vista fiscal, de las finanzas locales o la libre administración.

Ahora bien, el obstáculo que podría surgir respecto de la imposibilidad de controlar la legislación a propósito de la cual el Consejo Constitucional ya se ha pronunciado no juega en la especie dado que el Consejo no fue llamado a pronunciarse sobre las leyes de finanzas de 2007, 2008 y 2009 ni sobre las dos leyes de finanzas rectificativas para 2009, adoptadas a comienzo del año, ni tampoco respecto de la ley de programación de finanzas públicas 2009-2012.

La disposición declarada inconstitucional sería abrogada a partir de le fecha de publicación de la decisión o a partir de una fecha ulterior fijada en la

[71] Ley constitucional 2008-724 del 23/7/2008 sobre la modernización de las instituciones de la V República, BO del 24/7/2008, p. 11.890.

[72] Ley 2009-135 del 9/2/2009 de programación de las finanzas públicas para los años 2009-2012, BO del 11/2/2009, p. 2346.

[73] N. del T.: Michel Rocard, primer ministro de 1988 a 1991 y Robert Badinter, ministro de Justicia de 1981 a 1986 y miembro del Consejo Constitucional de 1986 a 1995.

propia decisión. El Consejo podría así determinar las condiciones y los límites del cuestionamiento de la disposición[74]. El Consejo Constitucional podrá así adaptar en el tiempo el efecto de su decisión.

Incluso si las perspectivas de contencioso pueden ser limitadas, las colectividades locales están directamente concernidas al menos respecto del fundamento de la libre administración, garantizada en el plano constitucional por los arts. 34 y 72[75].

La introducción de la excepción de inconstitucionalidad abre vías jurídicas nuevas, incluso en materia financiera, lo que no puede excluir la permanencia, a la vez, de un control fundamentalmente por el juez administrativo[76] y un control de constitucionalidad tradicional que podría fundarse, un día (opinión especulativa), al menos indirectamente, sobre textos supranacionales como la Convención Europea de Derechos Humanos.

Toda colectividad podría, por otra parte, invocar la violación de la Carta Europea de la Autonomía Local para asegurar sus pretensiones y la defensa de sus intereses financieros ante el Estado[77].

En conclusión, nuevas vías se abren de a poco en provecho de las colectividades públicas y de la defensa de sus intereses financieros.

Al término de esta presentación, resumida por cierto, del nuevo paisaje constitucional de las finanzas públicas en Francia, resulta evidente que el voluntarismo político que ha presidido los últimos años el refuerzo del rol del Parlamento (reformas de 1996, 2001 2008) y la consolidación de la autonomía financiera local, puede no extenderse a la práctica concreta si el Estado, a través del Ejecutivo, decide asentar una plena y entera autoridad sobre los actores sociales y locales. Por el contrario, el desarrollo de instancias nuevas y un Parlamento nuevamente posicionado en su rol y en sus funciones, al menos de control, puedan dar a Francia una dimensión renovada, o al menos más moderna y con centros diversificados o múltiples, a imagen y semejanza de varios Estados.

El contenido financiero constitucional de la V República ha sido de este modo profundamente renovado, o más precisamente, completado o reforzado, desde la década del '90.

Sin embargo, la cuestión induce aún a la cautela.

[74] Acerca de las modalidades de puesta en práctica, un proyecto de ley relativo a la aplicación del art. 61-1 de la Constitución fue presentado en el Parlamento en abril de 2009.

[75] Ver DRAGO, Roland, "Droits fondamentaux et personnes publiques", *AJDA*, 1998, nro. especial, Droit Fondamentaux, p. 130.

[76] Incluso si el juez administrativo es prudente en la invocación de la Convención Europea de Derechos Humanos tratándose de litigios financieros, sobre todo los vinculados a la repartición de recursos entre personas públicas: En ese sentido: CE, 29/1/2003, nro. 247909, Commune d'Annecy, *Rec.*, p. 4, concl. L.Vallée; CE, 29/1/2003, nro. 248894, Commune de Champagnac-sur-Seine.; CE, 19/11/2008, nro. 312095, Communauté urbaine de Strasbourg, *à paraître Tables Rec.* Lebon.

[77] Como lo ha hecho la Comunidad urbana de Strasbourg, conf. CE, 19/11/2008, *ibid.*

Si las finanzas del Estado así como las finanzas locales se asientan sobre manifestaciones y voluntades políticas y pueden incluso ser defendidas en función de consideraciones políticas, ¿Quién defenderá las finanzas sociales?

Esta duda, tratándose de la porción más considerable del gasto público en la Francia de hoy en día, se mantiene en virtud de una "anomalía" institucional que no ha suscitado ninguna reacción en 2007: en ocasión de la composición del nuevo Gobierno animado por François Fillon, la preparación del proyecto de Ley de Financiamiento de la Seguridad Social que depende (en el plano legislativo) del ministro de asuntos sociales[78], le fue retirado para ser atribuido al ministro del presupuesto[79], marcando así el triunfo final de Bercy en su apropiación de las finanzas públicas francesas y de una visión global de las finanzas nacionales. ¿Quién se escandalizó?

[78] Incluso si ello imponía, en el sentido que le atribuye el Consejo Constitucional, una buena coordinación con el Ministerio de Finanzas (decisión 395DC del 30/12/1997).

[79] Decreto del 31/5/2007.

REGULACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL PRESUPUESTO EN RUSIA: TENDENCIAS ACTUALES DE SU DESARROLLO*

Por DANNIL V. VINNITSKI**

I. INTRODUCCIÓN

Conforme con la doctrina jurídica de Rusia, el derecho constitucional es el elemento central del sistema jurídico nacional. De acuerdo con el art. 15 (inc. 1°), la Constitución de la Federación Rusa[1] posee la suprema autoridad jurídica, acción directa y rige en todo el territorio de la Federación Rusa. Las leyes y otros actos jurídicos aprobados en la Federación Rusa no deben ser contrarios a la Constitución de la Federación Rusa.

Es universalmente reconocido que las relaciones presupuestarias son la base financiera de la actividad del poder y de una autonomía local. En el marco de las relaciones presupuestarias se formulan y emplean los fondos monetarios necesarios para el respaldo material de la actividad del poder público (es decir, estatal y municipal).

En la Federación Rusa las relaciones presupuestarias están reguladas por una rama particular del derecho nacional, una parte importante de cuyas normas están comprendidas en una ley federal especial, el Código Presupuestario de la Federación Rusa. Dicho acto normativo codificado fue aprobado el 31/7/1998 y entró en vigencia a partir del 1/1/2000. Posteriormente se introdujeron numerosas enmiendas al Código señalado.

Muchas cuestiones esenciales del orden presupuestario de Rusia están directamente predeterminadas por la Constitución, cuyas normas formaliza el Código Presupuestario de la Federación Rusa. En el presente artículo nos detendremos en

* Titular de la cátedra de Derecho Financiero y Fiscal de la Academia Jurídica Estatal de los Urales, doctor en Ciencias Jurídicas, profesor.

Traducción al español realizada por Fulvio Franchi. El autor expresa su sincero agradecimiento al candidato a doctor en Ciencias Jurídicas y profesor de la cátedra de Derecho Financiero y Fiscal de la Academia Jurídica Estatal de los Urales, E. L. Vasianin, por la ayuda en la preparación y selección de materiales para el presente artículo.

** Titular de la cátedra de Derecho Financiero y Fiscal de la Academia Jurídica Estatal de los Urales, doctor en Ciencias Jurídicas, profesor.

[1] La Constitución de la Federación Rusa aprobada por el sufragio universal del 12/12/1993.

el contenido de la regulación jurídico-constitucional en Rusia y en cómo se revela a través de las normas más detalladas de la legislación presupuestaria. Además, será necesario observar algunas tendencias del desarrollo del sistema presupuestario ruso tomando en consideración las últimas modificaciones en la legislación federal y en la práctica del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa.

II. RÉGIMEN LEGAL DE PRESUPUESTOS EN RUSIA: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

a) Bases del sistema constitucional de la Federación Rusa y régimen jurídico del presupuesto

El art. 1° de la Constitución establece que la Federación Rusa —Rusia— es un Estado jurídico democrático federativo con forma de gobierno republicana. De acuerdo con el art. 5° de la Constitución, la Federación Rusa se compone de repúblicas, territorios, provincias, ciudades federales, distritos autónomos y una provincia autónoma: son los *sujetos administrativos de la Federación Rusa*[2], de iguales derechos. En la actualidad, la Federación Rusa se compone de 83 sujetos administrativos, que pueden diferenciarse claramente entre sí por la cantidad de habitantes, el grado de su uniformidad étnica, el tamaño del territorio, el potencial económico, etc. Entre los mayores sujetos administrativos de la Federación Rusa se encuentran las ciudades federales de Moscú (con una población que supera los 10 millones y medio de habitantes), San Petersburgo (con una población de más de 4 millones y medio), las provincias de Moscú (cerca de 6 millones y medio), Sverdlovsk (cerca de 4 millones y medio) y Rostov (cerca de 4.400.000), el territorio de Krasnodar (cerca de 5.100.000), y la República de Bashkortostán (cerca de 4.100.000). Cada sujeto administrativo de la Federación Rusa tiene su legislación *regional*, cuyas disposiciones no deben contradecir las reglas normativas establecidas a nivel federal.

El art. 5°, inc. 3°, de la Constitución resalta que el orden federal de la Federación Rusa se funda en su integridad estatal, en la unidad del sistema del poder estatal, en la delimitación de las facultades y de las competencias entre los órganos del poder estatal de la Federación y los órganos de poder estatal de los sujetos administrativos de la Federación. A pesar de eso, en las relaciones recíprocas con los órganos federales del poder estatal todos los sujetos administrativos de la Federación Rusa poseen igualdad de derechos entre sí.

El orden federal de la Federación Rusa y el principio de autonomía del gobierno local predeterminan la estructura del sistema presupuestario del país. De acuerdo con el art. 10, Código Presupuestario de la Federación Rusa, al presupuesto del sistema presupuestario se corresponden:

[2] Se llama sujeto administrativo de la Federación Rusa (región) a una república o a un distrito autónomo cuando en su territorio habitó, históricamente, determinada comunidad nacional cuyos representantes actuales puedan reunir determinado porcentaje de la población general del sujeto administrativo.

1) el presupuesto federal[3] y los presupuestos estatales de los fondos[4] extrapresupuestarios de la Federación Rusa;

2) los presupuestos de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y los presupuestos estatales de los fondos extrapresupuestarios de los territorios;

3) los presupuestos locales, incluidos:

3.1) los presupuestos de los territorios municipales, los presupuestos de distritos, los presupuestos de las administraciones municipales internas de las ciudades federales de Moscú y San Petersburgo;

3.2) los presupuestos de los establecimientos urbanos y rurales.

El art. 11, Código Presupuestario de la Federación Rusa, establece las siguientes reglas:

– el presupuesto federal y los presupuestos estatales de los fondos extrapresupuestarios de la Federación Rusa se formularán y se aprobarán bajo la forma de leyes federales;

– los presupuestos de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y los presupuestos estatales de los fondos extrapresupuestarios territoriales (regionales) se formularán y se aprobarán bajo la forma de leyes de los sujetos administrativos de la Federación Rusa (regiones);

– los presupuestos locales se formularán y aprobarán bajo la forma de actos jurídicos municipales de los órganos representativos de la administración municipal.

De este modo, vemos una regularidad dictada por las exigencias de la Constitución de la Federación Rusa: un acto jurídico sobre cualquier presupuesto puede ser aprobado sólo bajo la forma de un acto jurídico sancionado por un organismo *representativo* del poder. La Constitución rusa y el Código Presupuestario de la Federación Rusa prácticamente no contienen excepciones a la presente regla general. Los órganos ejecutivos del poder estatal por la fuerza de su naturaleza y de su condición funcional, no pueden ser facultados por la Constitución para determinar el régimen jurídico del presupuesto, en particular para la determinación del procedimiento de formación de sus ingresos y las

[3] El concepto de presupuesto en el derecho ruso tiene muchos significados. Por él se puede comprender:

– el fondo de los recursos monetarios correspondientes que pertenece a una u otra formación público-territorial (Estado, municipalidad) y que tiene una asignación particular y específica;

– determinadas relaciones que se establecen con motivo de la formulación, distribución y utilización de dicho fondo de recursos monetarios públicos (estatales o municipales);

– el acto jurídico normativo (ley) que determina el régimen jurídico de dicho fondo de recursos monetarios públicos (estatales o municipales).

[4] Por fondos extrapresupuestarios se entiende a los fondos especialmente creados fuera del presupuesto para la realización de programas especiales de interés social. En la actualidad, en la Federación Rusa existen: 1) el Fondo Jubilatorio de Rusia; 2) el Fondo de Seguro Médico Obligatorio y los fondos territoriales de seguro médico obligatorio creados en las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa); 3) el Fondo de Seguro Social Obligatorio y los fondos territoriales de seguro social obligatorio creados en las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa). El régimen jurídico de los fondos extrapresupuestarios es parecido, según muchas opiniones, al régimen jurídico general de presupuestos.

asignaciones de la realización de sus egresos. Lo mencionado, sin embargo, no limita las posibilidades de los órganos ejecutivos del poder estatal de influir en el contenido del presupuesto en la instancia de elaboración del proyecto del acto jurídico sobre el presupuesto o en el momento de su presentación en el Parlamento (u otro organismo representativo) para su aprobación.

b) Unidad del espacio económico y unidad del sistema presupuestario de la Federación Rusa

El art. 8°, inc. 1°, de la Constitución resalta que en la Federación Rusa se garantizan la unidad del espacio económico, la libre circulación de mercancías, servicios y recursos financieros. Dicha norma constitucional predetermina un principio clave de la estructura del sistema presupuestario de la Federación Rusa: el principio de su *unidad*. Está más detalladamente revelado en el art. 29, Código Presupuestario de la Federación Rusa. De acuerdo con este artículo, el principio señalado significa:

1. Unidad de la legislación presupuestaria y de los principios de organización y funcionamiento del sistema presupuestario de la Federación Rusa

Desde un punto de vista jurídico, la unidad de la legislación presupuestaria es garantizada por las disposiciones del Código Presupuestario de la Federación Rusa sobre su prioridad para la regulación de las relaciones en el ámbito presupuestario. De acuerdo con el art. 2°, Código Presupuestario de la Federación Rusa, las leyes federales, las leyes de los sujetos administrativos de la Federación, los actos de los órganos de Administración municipal representativos que regulan las relaciones que establecen el objeto del derecho presupuestario, no pueden ser contrarios al mencionado Código.

La unidad *organizativo-jurídica* del sistema presupuestario está garantizada por el ejercicio, por medio de los órganos del poder federal, de una serie de facultades presupuestarias para la ejecución de los presupuestos de las regiones y de las administraciones municipales. Por ejemplo, las competencias en los *servicios de caja* de las cuentas de los presupuestos son ejercidas por la Tesorería Federal juntamente con el Banco de Rusia. Ante la existencia, en una región (sujeto administrativo de la Federación Rusa), de deuda vencida por el cumplimiento de las deudas y obligaciones presupuestarias, la competencia presupuestaria del organismo financiero es ejercida bajo el control de una *administración financiera provisional*, cuyo procedimiento de inclusión está previsto en el cap. 19.1 del Código Presupuestario de la Federación Rusa. El ejercicio de dichas facultades, por los órganos del poder federal, es motivado, antes que nada, por las exigencias constitucionales sobre la necesidad de incrementar la confiabilidad de la dirección de las finanzas públicas.

Técnicamente la unidad del funcionamiento del sistema presupuestario de la Federación Rusa está garantizada por la uniformidad de las formas de la documentación y la contabilidad presupuestaria, como también por un único procedimiento de cálculo presupuestario y de composición de la contabilidad presupuestaria de los presupuestos de la Federación Rusa y de las instituciones presupuestarias.

2. Existencia de reglas únicas sobre sanciones aplicables por infracción de la legislación presupuestaria a la Federación Rusa

De acuerdo con el art. 71, Constitución de la Federación Rusa, y también con las disposiciones de los arts. 7° y 282, Código Presupuestario de la Federación Rusa, el establecimiento de los fundamentos, de los tipos de responsabilidad y el orden de los procedimientos ante la infracción de la legislación presupuestaria, están relacionados con la competencia presupuestaria de la Federación Rusa. En la actualidad las medidas coercitivas aplicables a la infracción de la legislación presupuestaria están determinadas en los marcos del Código Presupuestario de la Federación Rusa. El procedimiento de aplicación de las medidas coercitivas está directamente reglamentado por el decreto 35-N del Ministerio de Finanzas del 26/4/2000, que fue aprobado fundándose en la competencia establecida por el art. 7°, párr. 22, Código Presupuestario de la Federación Rusa.

Aparece como controvertible la cuestión sobre el derecho de las regiones a participar en la reglamentación de las sanciones aplicables por la infracción de la legislación presupuestaria. La Corte Suprema de la Federación Rusa, basándose en el art. 71, Constitución de la Federación Rusa, y en el art. 7°, Código Presupuestario de la Federación Rusa, reconoció reiteradamente como no conformes con la legislación federal a los actos de los sujetos administrativos de la Federación Rusa, con los cuales fue fijado el procedimiento de aplicación de medidas coercitivas por las infracciones a la legislación presupuestaria[5].

Junto con esta cuestión interesante para el análisis, se presenta la posición del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, expresada en la res. del 8/4/2004, 137-O, y en la disposición del 10/12/1997, conforme a la cual el principio constitucional de la unidad del espacio económico, que predetermina la aceptación de una única política financiera, no excluye la posibilidad de los órganos del poder estatal de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa) de participar en las relaciones financieras que tienen categoría federal. De este modo, los sujetos administrativos, en opinión del Tribunal Constitucional, no están privados por la legislación (en especial, por los arts. 15.14, 15.15 y

[5] Véase, por ejemplo, la res. de la Corte Suprema de la Federación Rusa, del 17/10/2007, 88 G 07-4, y del 26/11/2008, 44 G 08-37, y también el inc. g), pto. a.18. La disposición de la sesión plenaria de la Corte Suprema de la Federación Rusa, del 29/11/2007, nro. 48, "Sobre la práctica de la vista del tribunal de las causas de impugnación de actos jurídicos normativos íntegra o parcialmente".

15.16, Código de Infracciones de Leyes Administrativas de la Federación Rusa) de competencia para determinar la responsabilidad administrativa de la infracción de la legislación presupuestaria bajo la condición de la correspondiente reproducción de las disposiciones de las normas señaladas sobre responsabilidad administrativa en la ley del sujeto administrativo de la Federación Rusa.

De este modo, alguna imprecisión en la determinación, en la Constitución de la Federación Rusa, de las facultades de la Federación y de las regiones en el ámbito de las relaciones presupuestarias, conduce a un problema en la regulación jurídica del procedimiento de aplicación de medidas coercitivas en el ámbito presupuestario, lo que provoca la necesidad de la intervención periódica en el proceso de aplicación de la norma judicial por parte de las altas instancias judiciales.

3. Determinación de un procedimiento único de formación de los ingresos y realización de gastos de los presupuestos del sistema presupuestario de la Federación Rusa

Aun cuando el legislador otorgue autonomía a las administraciones público-jurídicas en cuanto a la formación de una base de ingresos de los presupuestos del sistema presupuestario de la Federación Rusa, en la determinación de las formas y de las asignaciones de los egresos de los recursos presupuestarios, un único procedimiento de formación de los ingresos y de la realización de los egresos está garantizado, antes que nada, por una *única forma de clasificación presupuestaria*. Así, de acuerdo con las disposiciones de la legislación presupuestaria, las posiciones fundamentales en la clasificación de los ingresos, de los egresos, de las fuentes de financiamiento de los déficit de los presupuestos están determinadas a nivel federal, dentro de los marcos del Código Presupuestario, y se detallan en los actos normativos de los sujetos administrativos de la Federación Rusa, de los órganos municipales, al surgir de las necesidades de tal o cual región o administración municipal.

Además, al formar las fuentes de ingresos, los sujetos administrativos de la Federación Rusa y las administraciones municipales están limitados por las disposiciones del Código Fiscal en cuanto al procedimiento de determinación de impuestos regionales y locales. Así, el legislador federal, al establecer un sistema de impuestos regionales y locales, delega a las regiones (sujetos administrativos) y administraciones municipales, solamente el derecho a la puesta en vigencia y también a la determinación de ciertos elementos separados de imposición de impuestos regionales (locales), por ejemplo, en la parte de las exenciones fiscales y también de los plazos y en el procedimiento del pago de los impuestos.

4. Unidad del procedimiento de ejecución de los actos judiciales de acción ejecutiva sobre los recursos de los presupuestos del sistema presupuestario de la Federación Rusa

El legislador fija un único procedimiento de acción ejecutiva sobre los recursos del sistema presupuestario de la Federación Rusa, que está condicionado

por un régimen legal particular (la inmunidad de los presupuestos) ante el que la acción ejecutiva sobre los recursos de los presupuestos es admitida sólo sobre el fundamento del acto judicial y con un procedimiento especial (y no a través del servicio de agentes judiciales, como tiene lugar en relación con los sujetos del derecho privado[6]).

c) Régimen jurídico del presupuesto y su tendencia social

El art. 7° de la Constitución establece que la Federación Rusa es un Estado social, cuya política está orientada a la creación de condiciones que aseguren una vida digna y el libre desarrollo del individuo. En la Federación se defienden el trabajo y la salud de las personas, se determina un salario mínimo garantizado, se asegura un apoyo estatal a la familia, a la maternidad, a la paternidad y a la infancia, a los inválidos y a los ciudadanos de edad avanzada, se desarrolla un sistema de servicios sociales, se determinan las jubilaciones estatales, subsidios y otras garantías de protección social. Es claro que estas garantías sociales consagradas serían una declaración inútil si no estuviesen respaldadas por los recursos presupuestarios necesarios y por un sistema de normas de derecho presupuestario que garanticen explícitamente un *régimen legal de financiamiento de prestaciones sociales y otras formas de apoyo social.*

Al afirmar el derecho del individuo a la seguridad social, inmediatamente el Estado determina, a nivel legislativo, también un sistema para garantizar este derecho, ante todo, por vía de la creación, a nivel de la Federación Rusa, de sus sujetos administrativos y administraciones municipales, de fondos monetarios que sirvan como base financiera para el cumplimiento de las obligaciones ante los ciudadanos. Esos fondos monetarios, que resultan el mecanismo más importante del desarrollo socio-económico del Estado, son *los presupuestos de cada nivel territorial* (y también, en parte, los fondos extrapresupuestarios).

El presupuesto, como mecanismo más importante de la realización socio-económica del desarrollo del Estado en conjunto y de sus regiones, está caracterizado en el marco del Código Presupuestario de la Federación Rusa con acento, en primer lugar, en sus características económicas. Así, de acuerdo con el art. 6°, Código Presupuestario de la Federación Rusa, el presupuesto *representa la forma de la formación y del empleo del fondo de medios monetarios destinados a cuestiones del abastecimiento financiero y las funciones de la autonomía estatal y local*[7].

El acto jurídico sobre el presupuesto correspondiente crea las condiciones financieras adecuadas para la realización de las normas afirmadas en los actos legales normativos, emitidos hasta su aprobación, que prevén la concesión de

[6] Véase el art. 239 y también el cap. 24.1, Código Presupuestario de la Federación Rusa.

[7] El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, en su disposición 10-P, del 18/7/2008, define al presupuesto como el fondo público de recursos financieros formado por ingresos fiscales y no fiscales, destinados a garantizar la autonomía financiera y la independencia del poder estatal y también la misma posibilidad de su cumplimiento de los plenos poderes y de la función pública que le imponen las leyes y la Constitución de la Federación Rusa.

garantías materiales en diversas formas[8]. En otras palabras, la ley (resolución) de presupuesto es el mecanismo de ejecución de pagos sociales, establecidos en el marco de los actos jurídicos normativos, en relación con los cuales aparecieron las obligaciones de egresos de la Federación Rusa, de sus sujetos administrativos o administraciones municipales.

Considerando las disposiciones de la Constitución de la Federación Rusa, el legislador federal goza suficientemente de la amplia libertad de discreción ante la determinación de las formas de las garantías sociales. Así, las garantías sociales pueden ser concedidas a los ciudadanos tanto de forma monetaria como de forma natural a través del procedimiento de distribución de los recursos monetarios determinado por la legislación presupuestaria. Por ejemplo, por la legislación presupuestaria de la Federación Rusa están previstas las *asignaciones presupuestarias* para la remuneración del trabajo, seguridad social de la población, prestación de servicios estatales (o municipales) y también para la concesión de subsidios a categorías especiales de ciudadanos[9].

Sin embargo, en algunos casos el legislador concede garantías sociales a través del mecanismo de *exenciones fiscales* para categorías especiales de ciudadanos. Por ejemplo, *en algunos casos* determinadas personas pueden liberarse del pago de tal o cual impuesto de acuerdo con la legislación de la Federación Rusa; en *otros*, la legislación fiscal puede prever un mecanismo de reducción de la base fiscal por medio de la concesión de reducciones impositivas, por ejemplo, en el impuesto a los ingresos de las personas físicas, una medida singular de ayuda social concedida por el Estado. Desde un punto de vista financiero, el mecanismo de concesión de garantías sociales con la forma de *reducción impositiva de base fiscal* se ejecuta por medio de la devolución de recursos monetarios presupuestarios en determinados impuestos y en orden que establece la legislación presupuestaria (como regla, sobre la base de la declaración entregada y de la solicitud correspondiente).

Es necesario también remarcar que en una serie de casos, con el objetivo de la ejecución de una política social, el legislador estipula un mecanismo particular de ejecución de pagos presupuestarios en beneficio de personas físicas. Por ejemplo, los pagos en los marcos del *financiamiento conjunto de ahorros jubilatorios voluntarios de los ciudadanos* se efectúan a través de un Fondo de Bienestar Nacional especialmente formado en la composición del presupuesto federal, con el procedimiento determinado por la legislación vigente[10].

[8] Véase la disposición 9-P del Tribunal Constitucional del 23/4/2004.

[9] Por ejemplo, la concesión de subsidios a ciudadanos está prevista por la ley federal 125-F3, del 25/10/2002, "Sobre subsidios de viviendas a los ciudadanos que emigran de las regiones del extremo norte y lugares similares", y también por la disposición 63 del gobierno de la Federación Rusa, del 27/1/2009, "Sobre la concesión a empleados públicos federales de un subsidio único para la adquisición de viviendas".

[10] El régimen legal del fondo mencionado está determinado por el cap. 13.2, Código Presupuestario de la Federación Rusa.

De este modo, la concesión de las garantías sociales de las más variadas formas se efectúa a través del presupuesto como el principal *elemento de la realización de la política social del Estado*. Y los mecanismos de concesión de las garantías sociales dependen de las formas de ayuda social concretas, determinadas por el legislador.

III. INSTITUCIONES BÁSICAS DEL DERECHO PRESUPUESTARIO RUSO Y SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES-LEGALES

a) Participantes fundamentales de las relaciones presupuestarias y del proceso del presupuesto

El proceso del presupuesto, como variante de un proceso jurídico, se orienta a la formación de los elementos principales de la realización de las funciones socio-económicas del Estado —un acto jurídico sobre el presupuesto—. La regulación jurídica de las relaciones que pone en marcha el proceso presupuestario se realiza por el legislador con un procedimiento de realización de las disposiciones de la Constitución de la Federación Rusa, relacionadas con el principio fundamental de la delimitación de las competencias de esa Federación, de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa) y de las administraciones municipales, como participantes de las relaciones jurídicas.

El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, a partir de una interpretación normativo-doctrinal de la Constitución, señaló el estatus particular de las administraciones público-jurídicas (Federación Rusa, sujetos administrativos de la Federación Rusa, administraciones municipales) como participantes autónomos de las relaciones jurídicas presupuestarias. Este estatus está condicionado por el hecho de que ellos ejercen un poder de propietario en relación con los recursos monetarios y otros bienes y además participan en las relaciones jurídicas correspondientes representando a sus organismos[11]. Además, el carácter especial del estatus de las administraciones público-jurídicas, en el derecho presupuestario, obliga al legislador federal a elegir los medios y determinar los mecanismos orientados *a la ejecución conveniente para ellos de los plenos poderes presupuestarios y al cumplimiento de los compromisos presupuestarios*[12]. Así, de acuerdo con el cap. 19.1, Código Presupuestario de la Federación Rusa, una medida de lucha contra la insolvencia de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y las administraciones municipales es la introducción de una *administración financiera temporal*, cuyos plenos poderes fundamentales están orientados a la recuperación de la solvencia de las administraciones público-jurídicas. El cap. 24.1 del mencionado Código contempla el procedimiento de sanción monetaria de las administraciones público-jurídicas con el objeto de

[11] Véase la res. 12-P del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, del 17/6/2004.

[12] Véase la res. 60-O del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, del 24/2/2005.

compensar el daño causado como resultado de las acciones ilegales de los órganos estatales (órganos de autonomía local) y sus funcionarios. Además, de acuerdo con las disposiciones del art. 242.3-242.5, Código Presupuestario de la Federación Rusa, en conexión con las disposiciones del art. 120, Código Civil de la Federación Rusa, las administraciones público-territoriales (Federación Rusa, regiones y administraciones municipales) actúan en carácter de *deudores subsidiarios* de las obligaciones incumplidas de las instituciones presupuestarias, de cuyos bienes resultan propietarios.

Examinaremos aún más los fundamentos constitucionales y jurídicos de las facultades presupuestarias de los órganos legislativos (representativos) y ejecutivos del poder.

De acuerdo con los arts. 71, 76, 94, 106 y 114, Constitución de la Federación Rusa, el Parlamento tiene las siguientes competencias: *sanciona el presupuesto federal, determina en el presupuesto las sumas de ingresos y egresos del Estado y controla la ejecución del presupuesto*. Las competencias señaladas del Parlamento de la Federación Rusa están detalladas en el marco de la legislación presupuestaria, que reglamenta detalladamente el procedimiento de examen y aprobación del presupuesto federal.

Una competencia análoga tienen los órganos legislativos (representativos) de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa) y las administraciones municipales.

Los órganos estatales del Poder Ejecutivo, órganos ejecutivos de las autonomías locales, están dotados por el legislador de un volumen bastante amplio de competencia presupuestaria. Sin embargo, aunque la competencia presupuestaria de los órganos legislativos (representativos), como regla, está *claramente delimitada* entre los niveles del sistema presupuestario, "...la Constitución de la Federación Rusa y también el Código Presupuestario de la Federación Rusa *no excluyen la participación conjunta* de los órganos del Poder Ejecutivo federales y regionales en procedimientos aislados del proceso presupuestario"[13]. Así, en la instancia de la ejecución del presupuesto, la competencia *sobre los servicios de caja* de los presupuestos de todos los niveles del sistema presupuestario es otorgada a un órgano federal del poder del Estado: *el Tesoro Federal de Rusia*. Bajo el control de las instancias superiores, es decir, los órganos federales del Poder Ejecutivo, se ejerce también la competencia para la ejecución de los presupuestos de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa) y administraciones municipales, ante la presencia de índices de insolvencia de las últimas (cap. 19.1, Código Presupuestario de la Federación Rusa). A la vez, es posible también la situación inversa, cuando la competencia presupuestaria del poder federal, sobre las bases de *acuerdos* correspondientes, se transmite a órganos de poder de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa).

[13] Véase la res. 10-P del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, del 15/12/2006.

Al poseer bastante libertad de criterio en la determinación de los aspectos concretos del control del Estado, el legislador federal otorga poderes de control tanto a los órganos legislativos (representativos), como a los órganos de poder ejecutivos de todos los niveles del poder (federal, regional, local). Así, de acuerdo con la Constitución de la Federación Rusa, el control parlamentario de la ejecución del presupuesto federal resulta un elemento constitucional imprescindible de realización del poder estatal por la Asamblea Federal (como parlamento federal). De acuerdo con el art. 101 de la Constitución para la realización del control de la ejecución del presupuesto federal, la Asamblea Federal forma el Tribunal de Cuentas de Rusia, cuya composición y régimen de actividad son determinados por la legislación presupuestaria, precisamente por una ley especial: la ley federal "Sobre el Tribunal de Cuentas de la Federación Rusa". Fundándose en el art. 265, Código Presupuestario de la Federación Rusa, los órganos legislativos (representativos) de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y las administraciones municipales también están dotados del derecho de crear *organismos propios de control financiero* (por ejemplo, tribunales de cuentas regionales) en los niveles de poder correspondientes.

Es necesario remarcar que la legislación presupuestaria rusa define *una lista bastante extensa de órganos del Poder Ejecutivo que ejercen el control en el ámbito presupuestario*. A la vez, el procedimiento de ejercicio del control que existe en la actualidad en el ámbito presupuestario necesita un perfeccionamiento. Es sintomático que el presidente de la Federación Rusa en uno de sus mensajes presupuestarios del 25/5/2009 señaló la necesidad de eliminar *el paralelismo y la duplicación* en el trabajo de los órganos de control estatal y municipal.

b) Ingresos y egresos de los presupuestos de la Federación Rusa

En las condiciones de la situación socio-económica presentada en el país, es un problema clave la regulación constitucional y jurídica de los ingresos y el ejercicio efectivo de los egresos de los presupuestos de los territorios correspondientes. La búsqueda de fuentes óptimas para la formación de la base de ingresos de los presupuestos puso en primer plano, al mismo tiempo, el problema del perfeccionamiento de los mecanismos de ejercicio de los egresos.

La formación de ingresos de los presupuestos del sistema presupuestario de la Federación Rusa se realiza de acuerdo con el principio constitucional de delimitación de la competencia de los órganos federales del poder estatal, de los órganos del poder estatal de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de los órganos de autonomía local, pero también de acuerdo con las normas sobre autonomía financiera de las administraciones público-territoriales. Las disposiciones señaladas están detalladas en el marco de la legislación presupuestaria, de acuerdo con la cual los órganos estatales, órganos de autonomía local, ejecutan independientemente la formación de la base de ingresos de los presupuestos de los territorios correspondientes (art. 31, Código Presupuestarios

de la Federación Rusa). Junto con ello, en cuanto a la formación de los ingresos de los presupuestos, las administraciones público-territoriales están ligadas a las determinadas, a nivel federal, *formas únicas de clasificación presupuestaria*, y también por las disposiciones de la legislación fiscal relativas a un *procedimiento único de ejecución de los presupuestos regionales y locales*[14].

La formación de los ingresos fiscales de los presupuestos se ejecuta de acuerdo con la legislación fiscal vigente. Además, fundándose en el art. 58, Código Presupuestarios de la Federación Rusa, las regiones tienen el derecho de transmitir *partes de los impuestos regionales* o determinar *partes proporcionales de los impuestos regionales* para su posterior acreditación en los presupuestos locales, con el objeto de nivelar las *garantías presupuestarias mínimas de las administraciones municipales*. Y los impuestos federales que se encuentran, de acuerdo con el art. 71, Constitución de la Federación Rusa, bajo la dirección exclusiva de la Federación, están sujetos a la distribución posterior entre los presupuestos de otros niveles de acuerdo con la ley federal sobre el presupuesto federal del año financiero siguiente[15].

Un grupo particular de ingresos presupuestarios lo conforman los *ingresos del gas y el petróleo*[16], que, a diferencia de otros ingresos, no se descuentan en la distribución de las asignaciones presupuestarias en el marco del diseño unificado del presupuesto federal. Dichos ingresos se acreditan en fondos especialmente creados en la composición del presupuesto federal: el *Fondo de Reserva* y el *Fondo de Bienestar Nacional*, cuyos medios están sujetos a cálculo y administración separados.

Notaremos, con ese cálculo, que las fuentes fundamentales de ingresos presupuestarios son los ingresos fiscales, las orientaciones prioritarias de la optimización de las fuentes de ingresos son la fijación en la legislación tributaria de *instrumentos efectivos de resistencia al abuso de las normas fiscales*[17].

Conforme al art. 65, Código Presupuestario de la Federación Rusa, los egresos de los presupuestos se formulan en relación con las *obligaciones de gastos*, respecto de cuya aprobación y ejecución las administraciones público-jurídicas poseen una autonomía relativa. Así, según el art. 31, Código Presupuestario de la Federación Rusa, los órganos del poder del Estado, los órganos de autonomía

[14] De acuerdo con el art. 12, Código Fiscal de la Federación Rusa, los organismos legislativos (representativos) de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y las administraciones municipales tienen el derecho de introducir en los territorios correspondientes sólo los impuestos regionales y locales contemplados por el mencionado Código.

[15] Véase el art. 2° de la ley federal 204 F-3, del 24/11/2008, "Sobre el Presupuesto Federal para el año 2009 y el período planificado de los años 2010-2011".

[16] De acuerdo con el art. 96.6, Código Presupuestario de la Federación Rusa, con los ingresos del gas y el petróleo del presupuesto federal se refiere a los ingresos del presupuesto federal por pagos de *aranceles aduaneros de las exportaciones de petróleo crudo, gas natural y también de aranceles aduaneros de exportación de mercancías elaboradas del petróleo.*

[17] La opinión expuesta está señalada en el marco de la carta presupuestaria del presidente de la Federación Rusa del 25/5/2009.

local, tienen el derecho de determinar autónomamente las formas y las destinaciones de los gastos de los recursos presupuestarios (con excepción de los gastos cuyo respaldo financiero se realiza por cuenta de *subsidios interpresupuestarios* y *subvenciones* de otros presupuestos del sistema presupuestario de la Federación Rusa). Sin embargo, dado que el presupuesto de las administraciones público-territoriales debe fundarse sobre los principios del equilibrio, la autenticidad y la realidad, y la Federación Rusa, como un Estado jurídico y social, no puede renunciar arbitrariamente al cumplimiento de las obligaciones público-jurídicas asumidas, la realización de los gastos presupuestarios debe ser respaldada por los mecanismos presupuestarios y por el sistema de normas presupuestarias jurídicas que permitan asegurar el *respaldo financiero correspondiente*.

La legislación presupuestaria vigente establece los siguientes mecanismos que permiten asegurar ampliamente el cumplimiento de las obligaciones de gastos de la Federación Rusa, de los sujetos administrativos y de las administraciones municipales:

1) inadmisibilidad de la aprobación de un acto normativo-jurídico, que contemple el incremento de las obligaciones de gastos o de la inclusión de nuevos tipos de obligaciones de egresos sin la determinación de la *fuente de financiamiento* y del procedimiento de ejecución de esas obligaciones de egresos;

2) concesión de transferencias interpresupuestarias en forma de *dotaciones* con objeto de igualar el *respaldo presupuestario* de los presupuestos de los niveles inferiores del sistema presupuestario de la Federación Rusa, y también de otras *formas específicas de ayuda financiera*;

3) concesión de *créditos presupuestarios* al presupuesto de otro nivel del sistema presupuestario;

4) creación, en la constitución de los presupuestos de todos los niveles del sistema presupuestario, de fondos presupuestarios con el objeto del respaldo financiero de *gastos imprevistos*[18], y también con el objeto del pleno cumplimiento, por parte de las administraciones público-territoriales, de las obligaciones de egresos en casos de insuficiencia de las fuentes de ingresos en el transcurso del año financiero[19];

5) la posibilidad de introducir una *dirección financiera provisional* con el objeto de la resolución operativa de las cuestiones de recuperación de la solven-

[18] De acuerdo con el art. 81, Código Presupuestario de la Federación Rusa, los fondos de reserva de los organismos ejecutivos del poder estatal y también de las administraciones locales son creados en la parte de los egresos de los presupuestos correspondientes. Los recursos de dichos fondos de reserva se destinan al respaldo financiero de gastos imprevistos, entre ellos a la realización de trabajos de salvamento y otras medidas relacionadas con la liquidación de consecuencias de siniestros recientes. De acuerdo con el art. 82, Código Presupuestario de la Federación Rusa, los recursos del fondo de reserva del presidente de la Federación Rusa también se utilizan como respaldo financiero de gastos imprevistos.

[19] En virtud del art. 81.1, Código Presupuestario de la Federación Rusa, los recursos de los *fondos de reserva regionales* están destinados a la ejecución de las obligaciones de los egresos de determinada región (sujeto administrativo de la Federación Rusa) en caso de insuficiencia de los ingresos correspondientes al presupuesto regional.

cia de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de las administraciones municipales[20].

c) Relaciones jurídicas interpresupuestarias y federalismo presupuestario

En las condiciones de disminución de los ingresos y de conservación prácticamente en el nivel anterior de las obligaciones de los egresos de las administraciones público-territoriales, se plantea, con toda seriedad, un problema de *desequilibrio* de los presupuestos, que exige la disposición de mecanismos jurídicos más completos de regulación de las relaciones interpresupuestarias. Así, en el anuncio del presupuesto del presidente de la Federación Rusa sobre la política presupuestaria para los años 2010-2012, del 25/5/2009, se establecen las disposiciones sobre la necesidad de elaboración de mecanismos de compensación para los presupuestos de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de los presupuestos locales con *ingresos caducos* en relación con las *exenciones y excepciones* de los objetos fiscales en los impuestos regionales y locales determinados por la legislación federal.

Así, la regulación jurídica de las relaciones interpresupuestarias está orientada, antes que nada, a *garantizar el equilibrio de los presupuestos* de las administraciones público-territoriales por medio de la prestación de ayuda financiera a los presupuestos de todos los niveles del sistema presupuestario.

En general, en el fundamento de la organización de las relaciones interpresupuestarias en la Federación Rusa reside un *federalismo presupuestario*, cuyos fundamentos jurídicos están afirmados en el marco de su Constitución. Así, según la Constitución de la Federación Rusa, las bases del federalismo presupuestario se expresan en las siguientes disposiciones:

1) en el principio de la *división precisa de los objetivos de la conducción* entre los niveles del poder y, en consecuencia, de la división de las obligaciones de egresos de la Federación Rusa, de sus sujetos administrativos (regiones) y de sus administraciones municipales;

2) en el principio de la *autonomía financiera* de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de las administraciones municipales;

3) en el principio de la admisibilidad de la *delegación* de atribuciones en la base de acuerdos, tanto de parte de los órganos de poder federales hacia los órganos de poder de los sujetos administrativos de la Federación Rusa como en sentido inverso.

Disposiciones más detalladamente señaladas a los fines de la regulación de las relaciones interpresupuestarias se revelan en el marco del Código Presupuestario de la Federación Rusa.

[20] El cap. 19.1, Código Presupuestario de la Federación Rusa, contempla el procedimiento de introducción, en los territorios de los sujetos administrativos de la Federación Rusa o en las administraciones municipales, de una administración financiera provisional.

De acuerdo con el art. 6º de dicho Código, las relaciones interpresupuestarias son las relaciones mutuas entre las administraciones público-territoriales en cuanto a la regulación de las relaciones jurídicas presupuestarias, la organización y la ejecución del proceso presupuestario. En un plano práctico, el contenido de las relaciones interpresupuestarias resulta, antes que nada, la actividad de los órganos estatales y municipales por la concesión (y recepción) de recursos monetarios en el marco de la prestación de ayuda financiera a los presupuestos de otros niveles del sistema presupuestario[21].

La forma fundamental de las relaciones interpresupuestarias son las transferencias interpresupuestarias[22]. La legislación presupuestaria contempla las siguientes formas fundamentales de transferencias:

– dotaciones para equilibrar el nivel mínimo de cobertura presupuestaria;

– subsidios y subvenciones para el financiamiento de gastos específicamente identificados.

Además, en el marco de las relaciones interpresupuestarias se utiliza el *crédito presupuestario*, otorgado por un presupuesto para otro presupuesto del sistema presupuestario en las condiciones de reembolso, vencimiento, pago (onerosidad). A diferencia de otras transferencias interpresupuestarias, los créditos presupuestarios originan consecuencias económico-jurídicas específicas: las obligaciones de las administraciones público-territoriales respecto de los créditos presupuestarios están sujetas a la incorporación en la composición *de la deuda estatal (municipal)*.

Es necesario señalar que teniendo en cuenta el principio del federalismo en la regulación de las relaciones interpresupuestarias a nivel federal están incluidas rígidas limitaciones en relación con la concesión de transferencias interpresupuestarias (arts. 130 y 136, Código Presupuestario de la Federación Rusa). Es más, la legislación presupuestaria de la Federación Rusa contempla un mecanismo de "transferencia negativa" que limita notoriamente las atribuciones presupuestarias correspondientes a las regiones y administraciones municipales (particularmente a las más pudientes o acaudaladas) en la definición de las destinaciones de los egresos de los recursos presupuestarios[23]. Al mismo tiempo, el legislador federal delega a los sujetos administrativos de la Federación Rusa un volumen bastante amplio de atribuciones para la delimitación de los objetivos y de las condiciones de la concesión de subsidios interpresupuestarios a presupuestos de niveles inferiores del sistema presupuestario.

Considerando lo expuesto más arriba, las formas interpresupuestarias de transferencias contempladas en el marco de las relaciones interpresupuestarias,

[21] Véase SHEVELEVA, H. A., *Sistema presupuestario de Rusia*, San Petersburgo, 2004, p. 189.

[22] De acuerdo con el art. 6º, Código Presupuestario de la Federación Rusa, las *transferencias interpresupuestarias* son los recursos de un presupuesto del sistema presupuestario de la Federación Rusa transferidos por otro presupuesto del sistema presupuestario de la Federación Rusa.

[23] Véanse los arts. 142.2 y 138.2, Código Presupuestario de la Federación Rusa.

como regla, permiten asegurar el equilibrio de los presupuestos de los territorios correspondientes y la total ejecución de las obligaciones ante los ciudadanos de la Federación Rusa. A la vez, la reducción de la base de los ingresos de los presupuestos de las regiones y de las administraciones municipales a causa de la política estatal de *centralización del presupuesto* llevada a cabo, dicta la necesidad de un mayor perfeccionamiento de los mecanismos de regulación de las relaciones interpresupuestarias.

IV. TENDENCIAS ACTUALES DEL DESARROLLO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE PRESUPUESTOS

a) Búsqueda del equilibrio entre el respaldo de la unidad del sistema presupuestario y el principio de autonomía de los presupuestos regionales y locales

La regulación jurídica de las relaciones en el ámbito presupuestario debe ser construida sobre la base del equilibrio entre dos principios constitucionalmente importantes:

– el principio de la unidad del sistema presupuestario (como base económico-financiera de la realización de las funciones públicas del Estado), *por un lado*, y

– el principio de la autonomía financiera o de autonomía de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa), y también de las administraciones municipales, *por otro lado*.

De acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional a los arts. 73 y 132, Constitución de la Federación Rusa, las atribuciones relativas a la regulación financiera de la competencia de la Federación Rusa no obstaculizan a los órganos del poder público de la región y a los órganos de autonomía local dentro de los límites de sus atribuciones a tomar *medidas relativas a la movilización y gasto de los recursos financieros propios*[24].

El principio de autonomía financiera de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de las autonomías locales se concretizó en el Código Presupuestario: de acuerdo con el art. 31 del Código señalado, dicho principio presupone el derecho de los órganos del poder público de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de los órganos de autonomía local *a realizar autónomamente el proceso presupuestario, a tene*r fuentes propi*as de ingresos presupuestarios, a determinar la destinación de los egresos d*e los recursos presupuestarios[25].

[24] Disposición de la Corte Constitucional de la Federación Rusa 137-P, del 8/4/2004.

[25] El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa en su res. 16-P, del 11/11/2003, remarca que la autonomía de la autogestión local en el ámbito de la actividad presupuestaria está garantizada por la prohibición de determinar la *subordinación* de una Administración municipal a

A la vez, el legislador federal contempla los mecanismos de delimitación de la autonomía de las regiones (sujetos administrativos de la Federación Rusa) y de las administraciones municipales para el ejercicio de sus atribuciones presupuestarias. Esos mecanismos acordes con la legislación presupuestaria vigente son:

1) la delegación, en los casos determinados por la legislación presupuestaria, de las atribuciones de control del ejercicio del proceso presupuestario en los territorios de las regiones o administraciones municipales a los órganos de poder de un nivel superior en el sistema presupuestario[26];

2) la delegación de las atribuciones del *servicio de caja* de la ejecución de los presupuestos de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y de los presupuestos locales a la *Tesorería Federal*. El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa ve en esto un medio de respaldo de la confiabilidad de la administración de las finanzas públicas, de transparencia del proceso presupuestario[27];

3) la utilización de mecanismos de *igualación financiera*, en particular de mecanismos de "transferencia negativa", que delimitan significativamente la autonomía de los correspondientes órganos de poder público de las regiones y de los órganos de autonomía local en relación con el gasto de parte de los ingresos presupuestarios (arts. 138.2 y 142.2, Código Presupuestario de la Federación Rusa).

De este modo, al afirmar el principio de la unidad del sistema presupuestario y, al mismo tiempo, reconociendo el principio de autonomía de los presupuestos de todos los niveles, el legislador federal con el objeto de garantizar el equilibrio de estos principios contempla:

– *por un lado*, mecanismos jurídicos concretos que limitan las atribuciones presupuestarias de las regiones y de las administraciones municipales;

– *por otro lado*, garantías especiales orientadas al respaldo de la *solvencia* de las regiones y administraciones municipales, imprescindible para que la autonomía del presupuesto de cada nivel sea real y no declarativo.

---

otra. Otra cosa habría contradicho el principio constitucional de autonomía de una población en la decisión de las cuestiones de valor local, concretizado en el párr. 3°, art. 6°, de la ley federal, "Sobre los principios generales de la organización de las autonomías locales en la Federación Rusa".

[26] El cap. 19.1, Código Presupuestario de la Federación Rusa, contempla la instauración de una *administración financiera provisional* en los territorios de las regiones o de las administraciones municipales ante la existencia en ellos de deuda vencida por la ejecución de obligaciones crediticias y/o presupuestarias. Además, de acuerdo con el art. 268, Código Presupuestario de la Federación Rusa, el Servicio Federal de Supervisión Financiera y Presupuestaria realiza el control de la utilización de las transferencias interpresupuestarias concedidas a las regiones o municipalidades del presupuesto federal. Es más, el mencionado servicio federal ejecuta revisiones anuales del *balance anual de la ejecución del presupuesto regional*, si en el presupuesto de determinada región la parte de las transferencias interpresupuestarias excede el monto de ingresos propios del presupuesto consolidado fijado por el Código Presupuestario.

[27] Disposición 10-P del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, del 15/12/2006.

b) Normas del derecho presupuestario y normas de otras ramas del derecho: problema de la prioridad

El problema de la correlación de las normas del derecho presupuestario y de otras ramas del derecho tiene particularmente un sentido práctico principal, cuando las normas sostenidas en los actos jurídicos normativos de pertenencia a diversas ramas entran en contradicción. Las normas jurídicas contradictorias de forma natural generarán una práctica judicial contradictoria, crearán antecedentes para una *interpretación arbitraria.*

El problema señalado está sujeto a una resolución, antes que nada, con la ayuda de los principios y prioridades fijados por la Constitución de la Federación Rusa. La Constitución afirma los siguientes principios de resolución de contradicciones contenidas en diferentes actos normativos jurídicos:

1) *principio de supremacía de la Constitución de la Federación Rusa*;

2) *principio de prioridad de las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales*. Respecto de dicho principio, la contradicción entre las normas presupuestario-jurídicas nacionales y las contenidas en un tratado internacional se resuelven sobre la base del art. 15, inc. 4°, Constitución de la Federación Rusa y el art. 5°, inc. 2°, Ley Federal Sobre los tratados internacionales de la Federación Rusa. De acuerdo con estos artículos, la prioridad la tienen las disposiciones de un tratado internacional;

3) *principio de prioridad de las normas jurídicas contenidas en las leyes federales constitucionales*. Al regular las relaciones sociales de la Constitución de la Federación Rusa, deriva de la supremacía de las leyes constitucionales federales en relación con la ley federal, asegurando que las leyes federales no pueden contradecir las federales constitucionales (del art. 76, inc. 3°, de la Constitución);

4) *principio de prioridad de las leyes federales sobre las regionales ante la regulación de las relaciones en las materias de competencia conjunta de la Federación Rusa y de los sujetos administrativos de la Federación* (art. 76, incs. 5° y 6°, Constitución de la Federación Rusa).

Sin embargo, la Constitución de la Federación Rusa, al determinar la jerarquía de los actos jurídicos según su fuerza jurídica, no resuelve unívocamente la cuestión respecto de la prioridad de las normas jurídicas contenidas en los actos jurídicos normativos de un nivel de jerarquía pero pertenecientes a diversas ramas de la legislación.

En una serie de casos la cuestión señalada se resuelve en el nivel de las leyes de la rama federal, por ejemplo, en el marco del Código Presupuestario de la Federación Rusa. Así, en el art. 2° de dicho Código, el legislador federal afirma su prioridad ante la regulación de las relaciones *que constituyen el objeto de la regulación presupuestario-jurídica*. De acuerdo con el artículo señalado, las leyes federales, las leyes de los sujetos administrativos de la Federación Rusa y los actos jurídicos de los órganos representativos de las administraciones municipales que regulan las relaciones y constituyen el objeto de la regulación

presupuestario-jurídica, no pueden contradecir el *Código Presupuestario de la Federación Rusa*.

De este modo, por un lado, al afirmar un significado determinado del Código Presupuestario en el sistema de los actos de la legislación presupuestaria, el legislador se esfuerza por garantizar la unidad y la concordancia de las acciones, en la Federación Rusa, del *sistema de fuentes jurídicas que reglamentan las relaciones en el ámbito presupuestario* (cuyo círculo está definido en el art. 1° del Código señalado). Sin embargo, por otro lado, una vez determinada la prioridad del Código Presupuestario, el legislador "...afirmó con ello una jerarquía de leyes distinta de la Constitución, o una regla particular para resolver la colisión"[28]. Efectivamente, el Código Presupuestario de la Federación Rusa es una *ley federal* codificada, y no una *ley federal constitucional*; de acuerdo con la Constitución de la Federación Rusa los actos codificados *como tales* no tienen prioridad alguna sobre otras leyes federales[29]. El Tribunal Constitucional señaló que en el art. 76 de la Constitución de la Federación Rusa no se determina ni puede determinarse las jerarquías de los actos *del mismo tipo*: ninguna ley federal tiene mayor fuerza jurídica respecto de otra[30].

Sin embargo, posteriormente, en su resolución 13-P, del 29/6/2004, el Tribunal Constitucional de la Federación Rusa alude a la posibilidad de determinar la prioridad de un acto codificado sobre otras leyes federales ya *desde otro punto de vista*. Dicha resolución fue aprobada en relación con el Código Procesal Penal de la Federación Rusa; en opinión del Tribunal Constitucional, la determinación de la prioridad de dicho Código sobre otras leyes procesales penales es una condición necesaria *de la realización de los principios constitucionales del estado jurídico, la igualdad y un único régimen de legitimidad*. Suponemos que se aplican conclusiones análogas también al Código Presupuestario de la Federación Rusa. Al fijar en el marco del art. 2° del Código Presupuestario la exigencia de su prioridad, el legislador se basó en el rol particular que cumple en el sistema jurídico de la Federación Rusa un acto jurídico normativo codificado, el que ejecuta una compleja regulación en el ámbito presupuestario, *necesario para garantizar la unidad de los presupuestos y la uniformidad de las garantías financieras para los destinatarios de los recursos presupuestarios*. De este modo, la prioridad del Código Presupuestario de la Federación Rusa es fundamentada no por su codificación como tal, sino por el rol funcional particular de determinado acto normativo.

La prioridad de las normas del derecho presupuestario de regulación de las relaciones de derecho real en el ámbito presupuestario está colateralmente corroborada por otros importantes actos codificados, en especial por el Código

[28] ANDRÉIEVA, M. B., *Las acciones de la legislación fiscal en el tiempo*, Tatyt, Moscú, 2006.

[29] BIELIJ, B. C. - VINNITSKI, Dannil V., *El derecho fiscal de Rusia*, Moscú, 2004, p. 158.

[30] Res. 182-O del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, del 5/11/1999.

Civil de la Federación Rusa. De acuerdo con el art. 2°, inc. 3°, de este Código, respecto de las relaciones de propiedad basadas en la dependencia administrativa o de otro poder de las partes, incluso respecto de las relaciones fiscales y de otras *relaciones financieras*, la legislación civil no rige. Aunque el carácter público de la regulación jurídico-presupuestaria no excluye la adaptación a las relaciones presupuestarias de las disposiciones de la legislación civil, pero sólo en los casos directamente contemplados por las leyes federales.

Se debe señalar que no en todos los casos en que se observan relaciones jurídicas controvertibles los tribunales reconocen la prioridad del Código Presupuestario de la Federación Rusa. Así, de acuerdo con la disposición 31 del pleno de la Corte Suprema de Arbitraje, del 17/5/2007, las disposiciones de los arts. 239, 242.1, 242.2 y 242.5, Código Presupuestario, que contemplan que la sanción sobre los recursos de los presupuestos por las obligaciones presupuestarias de las instituciones, producida por un fallo judicial en razón de un mandamiento de ejecución dirigido al organismo de la Tesorería Federal, no pueden contemplarse como procedimiento judicial que se establece con las sumas de pagos de seguros de instituciones presupuestarias. De este modo, en la resolución contemplada, la Corte Suprema de Arbitraje de la Federación Rusa señaló fácticamente la prioridad de la Ley Federal "Sobre los seguros de jubilación obligatorios" (dicha ley contempla un procedimiento extrajudicial de cobro de las sumas de los pagos de seguros de los deudores) sobre el Código Presupuestario para la regulación del procedimiento de cobro de la deuda de las instituciones presupuestarias.

Hay fundamentos para suponer que la opinión señalada de la Corte Suprema de Arbitraje contradice las exigencias de cobro sobre la deuda a las *instituciones presupuestarias* determinadas por el art. 45, Código Tributario de la Federación Rusa, y por los arts. 242.3 y 242.5, Código Presupuestario de la Federación Rusa. Teniendo en cuenta las opiniones jurídicas elaboradas en la práctica del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, con el objeto de asegurar un único régimen jurídico de las relaciones de regulación que constituyen el objeto del derecho presupuestario, ante la aparición de una colisión, las normas presupuestarias deben tener prioridad frente a las normas de otras ramas del derecho, que "se entremezclan" en la regulación de las relaciones presupuestarias. Al mismo tiempo, es necesario que dicha regla rija independientemente del tiempo de la aprobación de los actos jurídicos normativos que contienen las correspondientes normas jurídicas contradictorias.

Además, en una serie de casos, la resolución sobre la cuestión de la prioridad de las normas del derecho presupuestario para la regulación de las relaciones financieras fue complicada por el problema de la delimitación del objeto de la regulación jurídica del derecho presupuestario y de otras ramas del derecho. Así, ante la resolución de la cuestión de responsabilizar a las organizaciones crediticias de la infracción del procedimiento de ejecución de las órdenes de pago por transferencia de recursos al sistema presupuestario (en la actualidad

la responsabilidad por las acciones señaladas de las organizaciones crediticias está determinada tanto en el art. 304, Código Presupuestario como en el art. 133, Código Fiscal de la Federación Rusa) es necesario que se determine claramente: el objeto de la regulación jurídica del derecho impositivo o presupuestario comprende las correspondientes relaciones establecidas en el proceso de transferencia de los recursos monetarios (p. ej., la suma de los impuestos) al sistema presupuestario de Rusia.

c) Modelos jurídico-constitucionales de aseguramiento de la efectividad de los egresos presupuestarios

En las condiciones de la brusca caída de los ingresos presupuestarios por la influencia de la crisis financiera mundial, una de las principales tendencias de la política presupuestaria del Estado es la optimización de los egresos presupuestarios[31]. La resolución de dicha cuestión supone una inmediata interrelación de los egresos presupuestarios con los aspectos concretos y con la cantidad de los servicios sociales prestados a la población en ámbitos donde la realización de gastos del Estado puede producir un efecto social mayor.

El Código Presupuestario de la Federación Rusa afirma en el art. 34 el principio de efectividad de la ejecución de los gastos. Este principio se entiende como *el logro de mejores resultados con la utilización de menor cantidad de recursos financieros*; sin embargo, en el mencionado artículo del Código no se afirma el método "...de determinación de la efectividad de la utilización de los recursos presupuestarios"[32].

Al mismo tiempo, saliendo de una interpretación sistémica de las disposiciones de la legislación presupuestaria, se puede distinguir una serie de mecanismos utilizados para asegurar la realización del principio señalado que poseen significación jurídico-constitucional.

Ante todo, un importante mecanismo orientado hacia la efectividad de la utilización de los recursos presupuestarios es el particular mecanismo del procedimiento de composición y de aprobación del acto jurídico sobre el presupuesto fijado por el legislador. Así, de acuerdo con el art. 104, inc. 3°, Constitución de la Federación Rusa, los proyectos de ley que prevén los egresos cubiertos a cuenta del presupuesto federal pueden ser introducidos sólo *ante la existencia de una conclusión favorable* del gobierno de la Federación Rusa.

De acuerdo con el art. 114, Constitución de la Federación Rusa, el proyecto de ley federal sobre el presupuesto federal es elaborado y presentado a la Duma Estatal de la Federación Rusa exclusivamente por el gobierno, mientras que proyectos de las demás leyes federales pueden presentarlos también otros

[31] Dicha tendencia de la política presupuestaria está señalada en el mensaje sobre el presupuesto del presidente de la Federación Rusa, del 25/5/2009.

[32] *Comentarios al Código Presupuestario de la Federación Rusa*, redactor responsable: Iu. A. Krojina, Moscú, 2008, p. 137.

sujetos jurídicos de iniciativa legislativa. Es más, a diferencia de otras leyes federales, de acuerdo con el art. 106 de la Constitución, la ley federal sobre el presupuesto federal está sujeta *a la consideración obligatoria de la Segunda Cámara del Parlamento, el Consejo de la Federación*.

Las disposiciones constitucionales expuestas están reglamentadas más detalladamente y dadas a conocer en el marco del Código Presupuestario de la Federación Rusa. Por ejemplo, en el mencionado Código está contemplado el procedimiento particular de aprobación del acto jurídico sobre el presupuesto en la parte de la fijación del procedimiento de realización de los *procedimientos conciliatorios* ante la no aprobación de un órgano legislativo (representativo) en la consideración del proyecto del acto jurídico sobre el presupuesto *ante un desacuerdo con los parámetros fundamentales de las partes de los ingresos y egresos del presupuesto*. Dichas reglas normativas permiten asegurar un estudio cuidadoso de los índices fundamentales de los presupuestos de los territorios correspondientes teniendo en cuenta las necesidades socio-económicas fundamentales de la sociedad y el Estado en su totalidad.

Otros mecanismos para asegurar la efectividad de la utilización de los recursos presupuestarios son los procedimientos, reglamentados por la legislación presupuestaria, de ejecución del presupuesto en cuanto a ingresos, egresos y fuentes de financiamiento del déficit presupuestario[33], en cuyo marco, de parte de los órganos apoderados, se realiza un control tanto de la formación de la base presupuestaria de los ingresos como de la utilización específica por parte de los destinatarios elegidos de los medios presupuestarios.

Un factor sistemático en el área de la reglamentación de la ejecución de los gastos de los presupuestos es el procedimiento de canalización de pedidos de suministro de mercancías (de trabajos, de servicios) para necesidades estatales o municipales. En relación con este procedimiento, la compra de mercancías (trabajos, servicios) por parte de las instituciones presupuestarias, por regla general, se realiza sólo *con base en contratos estatales (municipales) a través de la celebración de concursos abiertos*. Un procedimiento similar, reglamentado por la ley, permite asegurar aun en la instancia de conclusión de un contrato estatal (municipal) los mínimos gastos presupuestarios en la compra de los recursos materiales necesarios.

De este modo, vemos que los mecanismos de aseguramiento de la ejecución de una de las tendencias prioritarias de la política presupuestaria del Estado —la optimización de los gastos presupuestarios— están fijados en todas las instancias del proceso presupuestario realizado en el territorio de la Federación Rusa.

[33] Véase los arts. 218, 219 y 219.2 del Código Presupuestario de la Federación Rusa. De acuerdo con el art. 219 de dicho Código la utilización de los medios presupuestarios por parte de los destinatarios del presupuesto se realiza dentro de *los límites alcanzados de las obligaciones presupuestarias* en el año financiero corriente.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, advertiremos que el derecho presupuestario ruso actual, originado en los comienzos de la década del 90, como resultado del pasaje de los mecanismos soviéticos de administración de los recursos presupuestarios, en la actualidad está formado en un conglomerado lo suficientemente complejo de normas jurídicas, que determinan un único régimen legal del funcionamiento del sistema presupuestario de la Federación Rusa. La complejidad señalada del derecho presupuestario actual está determinada, ante todo, por la complejidad de la estructura estatal de Rusia como un Estado federativo, y también por la magnitud de la economía y el polifacetismo y la complejidad de los problemas sociales que debe resolver el Estado con la utilización de mecanismos de financiación presupuestaria.

Entre las tendencias dominantes del desarrollo del derecho presupuestario ruso consideramos que es necesario distinguir:

– *primero*, la búsqueda de una práctica judicial y de un equilibrio legislativo entre el principio de garantía de la unidad del sistema presupuestario y el principio de autonomía de los presupuestos regionales y locales;

– segundo, los esfuerzos ininterrumpidos dirigidos a la elaboración de una resolución óptima de las cuestiones controversiales sobre la prioridad de las normas del derecho presupuestario sobre las normas de otras ramas del derecho;

– tercero, la formación de renovados mecanismos jurídicos para garantizar la efectividad de los gastos presupuestarios.

Una base jurídica fundamental de apertura del potencial del derecho presupuestario, que resulta un fundamento de su posterior desarrollo, la representa la Constitución de la Federación Rusa y la práctica del Tribunal Constitucional de Rusia a través de su interpretación.

COMENTARIOS A LA ÚLTIMA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA EN MATERIA PRESUPUESTARIA

Por Xóchitl Raquel G. Pérez Cruz*

I. INTRODUCCIÓN

El principio de división de poderes se creó para establecer un sistema de pesos y contrapesos; por ejemplo, desde los primeros tiempos del constitucionalismo inglés, el Parlamento no sólo ejerció la función de legislar sino que también atendió las relativas al control político y económico de los monarcas, el cual comprendía las exacciones y gabelas que el soberano pretendía imponer a sus súbditos, así como los mecanismos de control de gastos para evitar los excesos en que podía incurrir la Corte.

Con base en dicho principio tenemos que el Poder Legislativo moderno se gestó en los Estados democráticos como consecuencia del perfeccionamiento de los mecanismos de control del poder público; es decir, al órgano legislativo se le atribuyó la función particular de limitar a los poderes que ejecutan las leyes por ellos aprobadas.

En virtud de la importancia de la función legislativa de control en las diferentes leyes fundamentales que han regido en México, se ha regulado el proceso presupuestal; la Constitución Política vigente ha otorgado para el Congreso de la Unión en su conjunto y a las Cámaras que lo integran, un cúmulo de atribuciones relacionadas con la política financiera, la cual abarca las políticas fiscal, de gasto público, monetaria y crediticia, y bancaria. El tema central que abordamos en este trabajo se refiere a las reformas constitucionales en materia presupuestaria que se aprobaron recientemente en México; iniciamos con los antecedentes históricos para fijar en dónde surgió esta figura; asimismo, referimos algunos datos del establecimiento y la regulación presupuestaria en el México antiguo; enseguida señalamos, de manera detallada, al proceso legislativo de la importante reforma constitucional aprobada en mi país. Cabe señalar al respecto que este proceso legislativo que aunque es muy semejante al de una ley ordinaria, aquella por su trascendencia presenta sus variantes. En este mismo apartado

* Magistrada presidenta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Oaxaca y presidenta del Consejo Directivo Nacional de la Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, AC.

se plasman las modificaciones que se hicieron a la iniciativa original presentada por el Ejecutivo Federal y las razones que las Cámaras tuvieron para ello. Finalmente, planteamos nuestro punto de vista a esta reforma constitucional, que consideramos pudo haber sido mejor.

II. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL PRESUPUESTO

Si nos remontamos a los antecedentes de civilización del hombre, sabemos que uno de sus primeros pasos para sobrevivir fue agruparse; después surgieron otras necesidades que debieron cubrirse por los mismos miembros de la comunidad, y es ahí donde inician, si se quiere en su modo más rudimentario, las finanzas públicas.

Posteriormente, cabe recordar al rey Salomón de Israel, que por los años 1010 y 926 a.C. estableció el pago de impuestos, al surgir la necesidad de pagar los gastos del palacio, que antes de esto habían sido subsidiados por los dominios personales del soberano[1]. Aquí podemos observar el destino que tienen los impuestos que se pagan, aunque no existía una autoridad que supervisara.

En Atenas, tenía el control del erario, la bulé o boule, Consejo de los cuatrocientos, pero el destino de éste era para cubrir necesidades públicas, aunque tampoco se tienen datos precisos[2].

En Roma, los *quaestores* eran quienes administraban el erario. Pero hay que tener presente que durante la diarquía la administración financiera del imperio romano estaba repartida en un erario administrado por el Senado, y el Fisco administrado por el emperador, los dos con fuentes separadas de ingresos. También la administración de las provincias estaban distribuidas entre estos dos centros de poder, las provincias pacíficas fueron administradas por el Senado, mientras que las inquietas, por el Emperador[3].

Se cree que las previsiones presupuestarias, como tal, nacen de la Carta Magna, que los nobles ingleses hicieron firmar y promulgar al Rey Juan sin Tierra en 1215; originalmente la autorización se refirió solamente a su aspecto parcial de lo que hoy comprende un presupuesto (recursos), posteriormente se agregó el capítulo gastos, porque pronto se arribó a la conclusión de que el problema no se limitaba sólo a las exacciones (cobro ilegal y violento) del soberano, sino más bien a los despilfarros en que incurría la Corte. Las autorizaciones presupuestarias comprendieron los capítulos de gastos y recursos, con lo que se asentaron los recursos y las bases de esta institución universal que poco a poco se ha ido incorporando a las prácticas de todos los Estados modernos[4].

[1] FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Panorama de la historia del Derecho*, 6ª ed., Porrúa, México DF, 1998, p. 37.

[2] *www.es.encarta.msn.com/encnet/refpages/search.aspx?q=bul%C3%A9*.

[3] FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Panorama de la historia del Derecho*, cit., ps. 92/99.

[4] *Enciclopedia Jurídica Omeba II*, CD 3, Bibliográfica Omeba, versión electrónica actualizada a 2007, edición especial de 50 aniversario. Cfr. también en edición impresa, t. XXIII, p. 48.

La tesorería del Estado medieval era manejada por el máximo jerarca, quien no tenía obligación de rendir cuentas al pueblo sobre el manejo de los fondos del Estado; no debemos olvidar que en esa época los súbditos carecían de derechos ante el monarca.

En el período que los alemanes llaman del ordenamiento social gentilicio, el patrimonio del rey es el que atiende a todos los gastos necesarios para el cumplimiento de los deberes del rey, que reconcentra en sus manos todos los poderes, y los gastos que exigían el servicio militar y la administración de justicia, los cuales eran sometidos individualmente por cada ciudadano que solicitaba aquél o pedía ésta. En Francia y en España, los reyes debieron obtener el consentimiento de sus vasallos para establecer los impuestos y las Cortes reclamaron la vigilancia en el empleo de las rentas que los reyes sometieron a órganos establecidos por ellos mismos. En Inglaterra aparece ya la idea del presupuesto en el siglo XVII; y en Francia la Asamblea Constituyente de 1789 estableció ciertos principios que si no contienen toda la teoría del presupuesto, formulan algunas de sus leyes esenciales; pero no se decretaron ni formaron verdaderos presupuestos, existiendo a lo sumo programas financieros irregularmente presentados y más irregularmente seguidos, propuestos por los ministros a la autoridad real, para ilustrar a ésta, pero sin limitar el ejercicio de sus prerrogativas soberanas en la materia. Sólo cuando los gobiernos, conmovidos por la Revolución Francesa y por las guerras y las conquistas napoleónicas, debieron recurrir al pueblo para procurarse los medios con que sostener la lucha por la libertad e independencia nacional y el aumento de los gastos públicos, hizo indispensable calcular de año en año las entradas y las salidas en el tesorero, buscando su equilibrio; llegó a ser principio fundamental que los representantes de la Nación tuviesen el derecho de aprobar y regular los ingresos y gastos del Estado mediante una ley especial, comenzándose a contraponer a determinados gastos ocurrentes en todos los presupuestos, determinados ingresos.

La Revolución Francesa se generó por causas financieras basadas en déficits presupuestales que fueron motivo de la convocación de los Estados generales. Estos déficits que fueron el mal crónico de la monarquía y la principal causa de la revolución, se agravaron considerablemente por la Independencia de Estados Unidos de América en 1776, en la cual los franceses tuvieron participación política; a partir de ese momento el equilibrio de las finanzas de la monarquía quedó definitivamente comprometido.

La obra financiera de la Revolución Francesa es el fiel reflejo de las ideas políticas que empezaron a manifestarse desde los últimos años de la monarquía de Luis XIV con Montesquieu, para continuar con Voltaire, Rousseau y con los enciclopedistas.

En el siglo XIX los estudios financieros se ven poco desarrollados, debido a la influencia que hay en Adam Smith y David Ricardo; en esta época se considera al Estado como una forma de cooperación social más elevada destinada a realizar algo más completo que la protección de los derechos privados.

De lo anterior es posible señalar que el presupuesto, tal y como hoy lo entendemos, representa una institución relativamente joven, que aparece en los tiempos modernos, coincidiendo en la época constitucional[5].

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ESTABLECIMIENTO Y REGULACIÓN PRESUPUESTARIA EN MÉXICO

a) Época prehispánica

En el México prehispánico, los tributos que existían entre los aztecas pueden dividirse en dos grandes grupos[6]:

a) los impuestos que se cargaban a los pueblos sometidos por los aztecas, y

b) los tributos interiores que debían pagar los propios aztecas.

Los pueblos que estaban sometidos a los aztecas tenían que pagar los tributos siguientes: en especie o mercancía y tributos en servicios especiales.

En tanto que los aztecas pagaban a su señores naturales el tributo religioso y el tributo en tiempo de guerra.

"Como entre éstos se hallaba muy arraigado el culto religioso a sus diferentes dioses, era natural que existieran también muchos ministros. Según cálculos de los historiadores Orozco y Berra, Clavijero y Torquemada, en la República existían 40.000 teocallis con un millón de ministros; para este cálculo se basaron en que solamente en el templo mayor había 5000 ministros. Para el sostenimiento y gastos de reparación de los templos se tenían dedicadas grandes extensiones de tierras, denominadas teotoalpan o tierras de los dioses, y tres clases de tributos: el de las primicias de los frutos del campo, el de mantenimiento, bebidas, carbón, leña, copal y vestidos y tributo de servicios, labrando los terrenos dedicados a los templos"[7].

"A nadie le valía razón ni excusa para exceptuarse del pago del tributo; si era pobre debía trabajar; si estaba enfermo, se esperaba a que sanase. Los exactores perseguían a todos con la mayor crueldad y tenían facultad para vender como esclavos a los incumplidos"[8].

b) Época colonial

La base del sostenimiento colonial eran los impuestos mismos, que eran fuentes de riqueza indiana y fueron manejados por los miembros de la Corona,

[5] PRIEGO ÁLVAREZ, Freddy, *Introducción al derecho presupuestario. Naturaleza y efectos jurídicos*, 1ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 1.

[6] CARRASCO IRIARTE, Hugo, *Derecho fiscal constitucional*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 2004, p. 157.

[7] YÁÑEZ RUIZ, Manuel, *El problema fiscal en las distintas etapas de nuestra organización política*, t. I, Talleres de Impresión de Estampillas y Valores, México, 1958, ps. 23 y 24. Citado también por CARRASCO IRIARTE, Hugo, *Derecho fiscal constitucional*, cit., p. 158.

[8] Ídem.

los cuales eran utilizados para cubrir los gastos de la Administración local, pero existían tributos de los indios de corregimiento, el quinto y el diezmo de los metales preciosos, el almojarifazgo sobre las mercancías del comercio marítimo, las condenaciones pecuniarias de justicia, los cuales fueron transformados en oro y plata y enviados por embarcaciones a España. Cabe señalar que el almojarifazgo fue un impuesto aduanero que se pagaba por el traslado de mercaderías que ingresaban o salían del reino de España o que transitaban entre los diversos puertos (peninsulares o americanos), equivalente al actual arancel[9].

Básicamente el rey imponía los impuestos y era quien se quedaba con ellos. Posteriormente se implementaron organismos, que fueron las instituciones coloniales, dentro de las cuales la institución colonial original fue la Hacienda Indiana. La "Administración por Mayor" de ésta se encontraba constituida por el propio soberano, el Consejo de Indias, la Casa de Contratación y, en su tiempo, el Consejo de Hacienda, junto con el virrey en las Indias, representante directo del monarca, y la "Administración Menor" se encargaba de una serie de funcionarios que dependían de los oficiales reales de Hacienda[10].

La administración financiera de las Indias estaba formada por la Junta Superior de la Real Hacienda, presidida por el virrey, nombrado superintendente de la Hacienda por el rey, y por un fiscal y por el decano de los jueces de la Real Audiencia (supremo órgano de justicia).

Otra de las instituciones coloniales fue la Real Hacienda o Hacienda de Castilla, que tuvo intervención de forma indirecta en asuntos económicos y de administración financiera de las Indias, cuyos principales agentes eran los oficiales reales de Hacienda, los cuales eran nombrados por el Rey. Las funciones de su cargo era de recaudación, de registro y de cuidado del tesoro real; estos oficiales eran el tesoro, el contador, el factor y el veedor[11]. Pero la estructura del sistema hasta que fue reemplazado por otro —por el que cabría llamar sistema colonial del tributo indígena— continuaría siendo la misma:

1. El tributo seguiría consistiendo en prestaciones materiales y personales (especies y servicios). Las especies no cambiarían gran cosa: productos del campo y la naturaleza, principalmente para la alimentación y la construcción de casas, objetos industriales para diversas necesidades —prendas de vestir calzado, loza, etc.—. Mucho se transformarían, en cambio, los servicios, por ser añadidos a los de antaño los requeridos por las empresas ganaderas y mineras de los encomenderos.

[9] García Icazbalceta, Joaquín, *Colección de documentos para la historia de México*, "Parecer de don Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo, y presidente de la real audiencia de Nueva España", 10/11/1525, texto en la web Cervantes Virtual: "...Las rentas y provechos que V.M. ha de tener al presente en estas partes, son las siguientes: primeramente, *el almojarifazgo de siete y medio por ciento en todos los puertos desta Nueva España*. Ítem, el quinto del oro que se oviere por tributo o por contratación de los indios...".

[10] Rossell, Cecilia, *Cartas cuentas, la Real Hacienda en Nueva España. 1557*, 1ª ed., Centro de Estudios Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 1984, p. 160.

[11] Ídem, ps. 11/21.

2. Seguiría siendo dado por los macehuales y terrazgueros.

3. Seguiría existiendo los plazos indígenas, de 80 días, medio año, etcétera.

4. Seguiría vigente el señalamiento colectivo particular —por grupo— y el repartimiento igual dentro del grupo.

5. Seguiría en pie el sistema de repartimiento y recaudación por caciques y calpixques.

6. Seguiría registrándose en pinturas el tributo señalado y repartido.

7. Seguiría siendo la sementera hecha en comunidad la forma principal de dar, los más importantes productos del campo —maíz, trigo, etc.— y la elaboración colectiva , la de dar algunos objetos industriales —la ropa, por ejemplo—; y la tanda o rueda, el modo de repartir toda clase de servicios.

8. Seguirían sirviendo para la medida del objeto tributario muchas de las unidades indígenas: el zontle, el xiquipil; y algunos de sus recipientes: el chiquihuite, el caxitl, el tenalt.

9. Se continuó recogiendo el tributo en casas especiales, etcétera[12].

En síntesis, hasta mediados del siglo XVI, el tributo prehispánico permanece, en gran parte vivo. Los españoles lo utilizaron en un principio tal como lo hallaron y fueron acomodándolo luego a las normas europeas y al régimen económico-social que se iba formando en la Nueva España. El sistema tributario indígena tuvo la flexibilidad necesaria para soportar los ajustes que impondría la superposición de las dos sociedades, la española y la autóctona[13].

c) Época independiente

En los inicios de la vida independiente de México, un factor que se debe tomar en cuenta para juzgar la situación financiera que prevaleció en la Nación es la guerra de Independencia, con sus once años de duración y su prolongación mediante luchas internas y las invasiones, estado de inquietud e incertidumbre que terminó en el tercer cuarto del siglo XIX; por ende, es fácil imaginar que el erario era paupérrimo, sin descartar que lo que predominaba en esa época era el contrabando, aunado a esa anarquía, los cambios de gobernantes, cada uno de los cuales desconocía la maquinaría de la administración.

Una vez superado el período de 1810 a 1824, el acta constitutiva de la federación mexicana de 1824, en su art. 13 estableció:

"Pertenece exclusivamente al Congreso General dar leyes y decretos, que entre otras cosas, son:

"VII. Para fijar cada año los gastos generales de la Nación, en vista de los presupuestos que le presentará el Poder Ejecutivo;

"...XI. Para contraer deudas sobre el crédito de la República y designar garantías para cubrirlas;

[12] Citado por CARRASCO IRIARTE , Hugo, *Derecho fiscal constitucional*, cit., p. 161.

[13] CARRASCO IRIARTE , Hugo, *Derecho fiscal constitucional*, cit., p. 161.

"XII. Para reconocer la deuda pública de la Nación y señalar medios de consolidarla".

En tanto que la primera Constitución mexicana, promulgada también en 1824, estableció en diversas fracciones del art. 50 lo siguiente:

"Son facultades exclusivas del Congreso General las siguientes:

"VIII. Fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión y tomar anualmente cuentas al gobierno...

"X. Reconocer la deuda nacional, y señalar medios para consolidarla y amortizarla".

Posteriormente en 1857 se promulga otra Constitución de la República Mexicana, que derogó a su antecesora de 1824. La nueva Carta Magna estableció en su art. 31 la obligación de todo mexicano de "...II. Contribuir para los gastos públicos, así como de la Federación como del Estado y municipio en que resida, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

Derivada de la revolución mexicana de 1910, se expide en 1917 una nueva Constitución, que es reconocida como la primera Constitución en el mundo de corte social. Ahora bien, no obstante que permanece vigente, la Carta Magna ha experimentado múltiples modificaciones a fin de responder a los cambios políticos y sociales de nuestro país; entre ellas son particularmente importantes las referidas a nuestro tema materia de análisis, esto es, el presupuesto; por lo que enseguida se exponen las reformas que se han hecho al art. 74, en su fracción IV, de la Ley Suprema mexicana.

El texto original de este artículo, fracción IV, decía en 1917:

"Art. 74. Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

"IV. Aprobar el presupuesto anual de gastos, discutiendo primero las contribuciones que a su juicio deben decretarse para cubrir aquél".

En los años 1928, 1971 y 1974 se reformó el citado artículo, pero sin que se afectará la redacción de la fracción IV. No fue sino hasta 1977 cuando se modifica la mencionada fracción, para quedar de la forma siguiente:

"IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo; así como revisar la Cuenta Pública del año anterior.

"El Ejecutivo federal hará llegar a la Cámara las correspondientes iniciativas de leyes de ingresos y los proyectos de presupuesto a más tardar el día último del mes de noviembre, debiendo comparecer el secretario del Despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos.

"No podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que se consideren necesarias, con ese carácter, en el mismo presupuesto; las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del presidente de la República.

"La revisión de la cuenta pública tendrá por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

"Si del examen que realice la Contaduría Mayor de Hacienda aparecieran discrepancias entre las cantidades gastadas y las partidas respectivas del presupuesto o no existiera exactitud o justificación en los gastos hechos, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la ley.

"La cuenta pública del año anterior deberá ser presentada a la Comisión Permanente del Congreso, dentro de los diez primeros días del mes de junio.

"Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación de las iniciativas de leyes de ingresos y de los proyectos de presupuesto de egresos, así como de la cuenta pública cuando medie solicitud del Ejecutivo suficientemente justificada a juicio de la Cámara o de la Comisión permanente, debiendo comparecer en todo caso el secretario del Despacho correspondiente a informar de las razones que lo motiven".

En noviembre de 1982 se reformó el párr. 2° de la fracción IV, del art. 74, para quedar en los términos siguientes: "El Ejecutivo federal hará llegar a la Cámara las correspondientes iniciativas de leyes de ingresos y los proyectos de presupuestos a más tardar el día quince del mes de noviembre o el quince de diciembre cuando se inicie su encargo en la fecha prevista en el art. 83, debiendo comparecer el secretario del Despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos".

Cinco años más tarde, en 1987, se reformó el párr. 6° de la fracción IV, del artículo en comento, señalándose que la cuenta pública se debería presentar ante la Cámara de Diputados, y no ante la Comisión Permanente de ésta, como se disponía anteriormente.

En 1993 se quitó al Congreso de la Unión la facultad de aprobar el presupuesto del Departamento del Distrito Federal[14].

En 1990 se reforma el párr. 5° de la citada fracción y artículo. Dicha reforma se refería a la posibilidad de que existieran discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, en relación con los conceptos y las partidas respectivas o no existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en lo gastos realizados, hipótesis en las que se tendrían que determinar las responsabilidades.

Derivado de las citadas reformas constitucionales, se expidieron en su momento las respectivas leyes ordinarias, que a continuación se enlistan.

La Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación tuvo vigencia de 1936 a 1976, y contenía una clasificación presupuestaria por ramos de

[14] A partir de 1997, los ciudadanos del Distrito Federal, eligieron por primera vez a un jefe de gobierno, por lo que la Jefatura de Departamento dejó de existir, ya que cabe recordar al jefe de Departamento del DF lo nombraba el presidente de la República, era como un secretario más de su gabinete, cuya facultad era la administración política y económica de este territorio.

actividades, ya que se consideraba como un instrumento administrativo y contable, entre las preocupaciones que se tenían era el control del gasto para cada entidad autorizada, sin ocuparse del destino que éstas le dieran.

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal publicada por el entonces presidente José López Portillo, en el Diario Oficial de la Federación el 31/12/1976, cuya vigencia inició el 1/1/1977, ordenamiento que derogó Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Dicho ordenamiento tuvo una vigencia de veinte años, por lo que al iniciar el siglo XXI sus disposiciones se habían quedado rezagadas, debido a los cambios habidos año con año en el presupuesto de egresos de la Federación y a las modificaciones que en los últimos años había sufrido el marco constitucional.

Finalmente, el 10/3/2005 la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública de la Cámara de Diputados dictaminó la iniciativa de Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la que el 13 de diciembre de ese mismo año fue aprobada por la referida Cámara, turnada posteriormente al Senado de la República para sus efectos constitucionales, éste la aprueba el 28/2/2006, ésta se remite nuevamente a la Cámara de origen, donde fue ratificada el 9 de marzo de ese año y entró en vigor el 1/4/2006.

La citada ley supera ostensiblemente en algunos aspectos a su antecesora, particularmente, entre otros, por ser más exhaustiva y precisar, de manera específica, por cuanto ahora nos importa, la concepción del presupuesto, el fortalecimiento de un presupuesto por resultados y su estricta valoración a través de un sistema de evaluación del desempeño con metas y objetivos cuantificables y medibles por indicadores precisos. Además, incluyó gran parte de la normatividad que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHyCP) emitía en el Manual de Normas Presupuestales, cuyo ámbito de aplicación era exclusivo de la Administración Pública Federal. También se incluyeron en esta ley parte de las disposiciones que cada año contenía el decreto de presupuesto de egresos, elevando a rango de ley a todas estas disposiciones, y haciendo extensiva su aplicación a los Poderes Legislativo y Judicial, así como a los órganos autónomos. Se determinan en la ley los criterios que servirán de base para la distribución de los "ingresos excedentes", así como los criterios de recortes presupuestales, cuando los ingresos de la ley de la materia no se capten en su totalidad.

Sin embargo, algunos todavía cuestionan su contenido por adolecer de deficiencias que comparte con la ley anterior; en concreto, por no señalar mecanismos eficaces de participación de la Cámara de Diputados, tratándose de modificaciones por incremento o disminución del presupuesto en la fase de ejecución, esto es, cuando ya ha sido aprobado por este órgano[15].

[15] El art. 21 de la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria alude a que en una reducción equivalente al 3% de los ingresos por impuestos, el Ejecutivo enviará a la Cámara dentro de los 15 días siguientes el monto de gasto a reducir para que la Cámara, por conducto de la Comisión Presupuesto y Cuenta Pública, analice la composición de dicho monto, proponiendo

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 7 DE MAYO DE 2008 EN MATERIA PRESUPUESTARIA

Los profundos cambios políticos ocurridos en México desde finales de la década de los 80, con la consolidación de la democracia, reflejada, entre otros ámbitos, en la alternancia de partidos al frente de los gobiernos federal y locales y, especialmente, en una amplia pluralidad política al interior del Poder Legislativo federal, dejó en claro que la distribución de potestades en torno a la determinación del gasto público exigía una reordenación legal acorde con las circunstancias ya imperantes. Antes de 2008, durante el sexenio de Vicente Fox Quezada (2000-2006), los expertos en finanzas y presupuesto señalaban la urgencia de una reforma en materia fiscal, sin embargo, dada la composición del Poder Legislativo, en la que el partido del gobernante en turno no tenía la mayoría, y tampoco existían diálogos, negociaciones o acuerdos entre las diversas fuerzas políticas, hicieron imposible que en ese período sexenal se diera la anhelada reforma. Con la asunción al poder de Felipe Calderón Hinojosa, la composición en el Congreso de la Unión, tampoco favoreció a su partido, pero contrariamente a sus antecesores, el actual presidente optó por tener acercamientos con las diversas corrientes políticas, alcanzándose el consenso, con lo que se logró la aprobación de la reforma fiscal.

d) Proceso legislativo

1. Iniciativa

En congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, el que dentro del Eje 2, "Economía competitiva y generadora de empleos", en su apart. 2.1, "Política hacendaria para la competitividad", contempla como uno de sus objetivos el contar con una hacienda pública responsable, eficiente y equitativa que promueva el desarrollo en un entorno de estabilidad económica, así como es congruente con la estrategia 1.3 de dicho objetivo, que consiste en garantizar una mayor transparencia y rendición de cuentas del gasto público para asegurar que los recursos se utilicen de forma eficiente, así como para destinar más recursos al desarrollo social y económico, el Ejecutivo federal, presentó el 20/6/2007 ante la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión, la iniciativa con proyecto de decreto que *reforma* los arts. 74, fracción IV, actuales párrs. 1° y 8°; 79, fracciones I, párr. 2°, y II, y actual párr. 5° del artículo, y 134, actuales párrs. 1° y 4°; se *adicionan* los arts. 73, fracción XXVIII; 74, fracción VI; 79, párr. 2°, pasando los actuales párrs. 2° a 6° a ser párrs. 3° a 7°, respectivamente; y fracciones I, párr. 3°, pasando el actual párr. 3° a ser párr. 4°, y IV, párr. 2°; 134, párr. 2°, pasando los actuales párrs. 2° a 5° a ser párrs. 3° a 6°, respectivamente,

modificaciones a dicha composición, que no es más que una simple opinión, sobre la que el Ejecutivo resolverá lo conducente.

y se *deroga* el art. 74, fracción IV, párrs. 5°, 6° y 7°, pasando el actual párr. 8° a ser párr. 5°, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

"Art. 73

"I. a XXVII...

"XXVIII. Para expedir leyes en materia de contabilidad que regirán los sistemas armonizados de contabilidad pública y presentación homogénea de información financiera, presupuestaria y patrimonial, para los gobiernos federal, de las entidades federativas y de los municipios;

"XXIX. a XXX...

"Art. 74

"I. a III...

"IV. Aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del proyecto enviado por el Ejecutivo federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Asimismo, autorizar en dicho presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subsecuentes Presupuestos de Egresos.

"Quinto párrafo. (Se deroga)

"Sexto párrafo. (Se deroga)

"Séptimo párrafo. (Se deroga)

"Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación de la iniciativa de Ley de Ingresos y del Proyecto de Presupuesto de Egresos, cuando medie solicitud del Ejecutivo suficientemente justificada a juicio de la Cámara o de la Comisión Permanente, debiendo comparecer en todo caso el secretario del despacho correspondiente a informar de las razones que lo motiven;

"V...

"VI. Revisar la cuenta pública del año anterior, con el objeto de conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el Presupuesto y verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

"Para la revisión de la cuenta pública, la Cámara de Diputados se apoyará en la entidad de fiscalización superior de la federación. Si del examen que ésta realice aparecieran discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, con relación a los conceptos y las partidas respectivas o no existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la ley. En el caso de la revisión sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas, dicha entidad sólo podrá emitir las recomendaciones para la mejora en el desempeño de los mismos, en los términos de la ley.

"La cuenta pública del ejercicio fiscal correspondiente deberá ser presentada a la Cámara de Diputados a más tardar el 30 de abril del año siguiente.

Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación en los términos de la fracción IV, último párrafo, de este artículo; en dicho supuesto la entidad de fiscalización superior de la Federación contará con el mismo tiempo adicional para la presentación del informe de resultados de la cuenta pública.

"La Cámara concluirá la revisión de la cuenta pública a más tardar el 30 de abril del año siguiente al de su presentación, con base en las conclusiones técnicas del informe de resultados de la entidad de fiscalización superior de la federación, a que se refiere el art. 79 de esta Constitución.

"VII. a VIII...

"Artículo 79...

"La función de fiscalización será ejercida conforme a los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad e imparcialidad.

"I...

"También fiscalizará directamente los recursos federales que reciban, administren o ejerzan los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales y, en general, cualquier persona o fondo. Sin perjuicio del principio de anualidad, la entidad de fiscalización superior de la Federación podrá solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la cuenta pública en revisión, sin que por este motivo se entienda, para todos los efectos legales, abierta nuevamente la cuenta pública del ejercicio al que pertenece la información solicitada, exclusivamente cuando el programa o proyecto contenido en el presupuesto en revisión abarque para su ejecución y pago diversos ejercicios fiscales o se trate de revisiones sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales. Las observaciones y recomendaciones que, respectivamente, la entidad de fiscalización superior de la Federación emita, sólo podrán referirse al ejercicio de los recursos públicos de la cuenta pública en revisión.

"Asimismo, sin perjuicio del principio de posterioridad, en las situaciones excepcionales que determine la ley, podrá requerir a los sujetos de fiscalización que procedan a la revisión, durante el ejercicio fiscal en curso, de los conceptos que estime pertinentes y le rindan un informe. Si estos requerimientos no fueren atendidos en los plazos y formas señalados por la ley, se podrá dar lugar al fincamiento de las responsabilidades que corresponda.

"II. Entregar el informe del resultado de la revisión de la cuenta pública a la Cámara de Diputados a más tardar el 30 de diciembre del mismo año de su presentación, el cual tendrá carácter público.

"Dentro de dicho informe se incluirán los dictámenes de su revisión, los apartados correspondientes a la fiscalización del manejo de los recursos federales por parte de los sujetos de fiscalización a que se refiere la fracción anterior y a la verificación del cumplimiento de los objetivos de los programas federales, así como también los comentarios y observaciones de los auditados.

"Para tal efecto, el titular de la entidad de fiscalización superior de la Federación enviará a los sujetos de fiscalización, a más tardar el 30 de octubre del año de presentación de la cuenta pública, los respectivos informes preliminares del resultado de su revisión, a efecto de que aquéllos presenten las justificaciones y aclaraciones que correspondan en un plazo de 15 días hábiles.

"En la fecha en que se entregue a la Cámara de Diputados el informe del resultado, el titular de la entidad de fiscalización superior de la Federación enviará a los sujetos de fiscalización las observaciones que se desprendan de la revisión de la cuenta pública y, en su caso, las recomendaciones de desempeño sobre la revisión del cumplimiento de los objetivos de los programas, para que aquéllos emitan la respuesta correspondiente en un plazo de 30 días hábiles posteriores a su notificación. Una vez recibida la respuesta, si la entidad de fiscalización superior de la Federación no presenta un nuevo requerimiento en un plazo de 60 días hábiles, la observación correspondiente se tendrá por atendida. En el caso de las recomendaciones, los sujetos de fiscalización informarán las medidas que llevarán a cabo para mejorar el cumplimiento de los programas.

"La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá guardar reserva de sus actuaciones y observaciones hasta que rinda el informe de resultados a la Cámara de Diputados a que se refiere esta fracción; la ley establecerá las sanciones aplicables a quienes infrinjan esta disposición.

"III...

"IV...

"Las sanciones y demás resoluciones de la entidad de fiscalización superior de la Federación podrán ser impugnadas por los sujetos de fiscalización y, en su caso, por los servidores públicos afectados adscritos a los mismos, ante la propia entidad de fiscalización o ante los tribunales a que se refiere el art. 73, fracción XXIX-H, de esta Constitución conforme a lo previsto en la ley...

"Los servidores públicos y las personas que reciban, administren o ejerzan recursos públicos, facilitarán los auxilios que requiera la entidad de fiscalización superior de la Federación para el ejercicio de sus funciones y, en caso de no hacerlo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la ley...".

"Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan los gobiernos federal, de los estados y municipios, del Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

"Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por instancias técnicas, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior...

"El manejo de recursos económicos federales por parte de los Estados y municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias...".

Los puntos que destacó la iniciativa se pueden resumir en los tres siguientes:

1. Incrementar la calidad del gasto, para tal efecto, *se propuso establecer un principio a nivel constitucional para que los recursos públicos se programaran, administraran y ejercieran con un enfoque para el logro de resultados.* Es decir, que los entes públicos fijaran los objetivos que se lograrían con los presupuestos que se asignen a sus respectivos programas, y que el grado de cumplimiento de dichos objetivos fuera efectivamente verificado, con base en indicadores y metas específicas susceptibles de evaluar y comprobar.

2. *Erogaciones plurianuales* para inversión en infraestructura, con la finalidad de contar con un marco jurídico que brinde mayor certidumbre a los inversionistas en la materia.

3. Fortalecer la *transparencia y la rendición de cuentas.*

2. Discusión y aprobación de dictamen

En la sesión de la Comisión Permanente de la Cámara de Diputados, celebrada el día 20/6/2007, la iniciativa con proyecto de decreto señalada se turnó para su estudio y dictamen a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Hacienda y Crédito Público, y de Presupuesto y Cuenta Pública.

El 13/9/2007, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Hacienda y Crédito Público, y de Presupuesto y Cuenta Pública, presentaron al Pleno de la Cámara de Diputados, el dictamen con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual propuso las siguientes modificaciones a la propuesta del Ejecutivo federal[16]:

En la fracción XXVIII del art. 73 constitucional, precisaron que la facultad para expedir leyes con el objeto de armonizar a nivel nacional la contabilidad gubernamental, se orientará a regir la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales.

En el art. 74, fracción VI constitucional, se acotó a 30 días naturales la duración de la prórroga que, en su caso, solicite el Ejecutivo federal para presentar la cuenta pública del ejercicio fiscal correspondiente y, en tal supuesto, la Auditoría Superior de la Federación contará con el mismo tiempo adicional para la presentación del informe del resultado de la revisión de la cuenta pública.

Asimismo, aclaró que la fecha límite para concluir la revisión de la cuenta pública es independiente de los procedimientos relativos a las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas por la entidad de fiscalización superior de la Federación, las cuales seguirán el trámite correspondiente en términos de lo dispuesto en el art. 79 constitucional. Asimismo, se prevé que el pleno

[16] Cfr. *www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm.*

de la Cámara de Diputados pueda evaluar los trabajos de fiscalización y sus resultados.

En relación con el art. 79 constitucional, propusieron diversos ajustes a la propuesta del Ejecutivo federal, con el objeto de fortalecer la función de fiscalización a cargo del Poder Legislativo; en este sentido se propuso lo siguiente:

– Incluir como principio a observar en la función de fiscalización, el de confiabilidad.

– Precisar la facultad de la Auditoría Superior de la Federación de realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales. Con ello, adujeron, se busca que la Auditoría Superior de la Federación, al revisar la cuenta pública, efectúe auditorías específicas sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales, emitiendo las recomendaciones que considere pertinentes para promover mejoras en dichos programas.

– Se excluyó de la fiscalización directa por parte de la Auditoría Superior de la Federación las participaciones federales que son transferidas a las entidades federativas y a los municipios.

– Se previó la fiscalización directa de los recursos federales que ejerza cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, mandatos, fondos o cualquier otro acto jurídico. Con la finalidad que los particulares que ejerzan recursos públicos, al igual que los servidores públicos, rindan cuentas sobre la aplicación de dichos recursos y, en caso de que a través de la fiscalización se detecten irregularidades, se finquen las responsabilidades que correspondan; en el mismo sentido, se consideró que los recursos públicos que se transfieran a fideicomisos, fondos o cualquier otro acto jurídico sean fiscalizados y, en caso de que no se apliquen conforme a la ley, se finquen las responsabilidades correspondientes.

– Se estableció que todas las entidades fiscalizadas lleven el control y registro contable, patrimonial y presupuestario de los recursos de la Federación que les sean transferidos y asignados, de acuerdo con los criterios que establezca la ley.

– Se precisó que las revisiones de las situaciones excepcionales durante el ejercicio fiscal en curso, procederán derivadas de denuncias, así como que la Auditoría Superior de la Federación rinda un informe específico a la Cámara de Diputados y, en su caso, imponga las sanciones correspondientes o promueva el fincamiento de responsabilidades ante las autoridades competentes.

– En relación con el procedimiento previsto en la iniciativa relativo a un informe preliminar sobre el resultado de la revisión de la cuenta pública, se reformuló dicho procedimiento para prever que

I) La entrega del informe del resultado de la revisión de la cuenta pública a la Cámara de Diputados sea a más tardar el 20 de febrero del año siguiente al de la presentación de la citada cuenta. Asimismo, se propuso que el informe se someta a la consideración del pleno de dicha Cámara.

II) Dentro de dicho informe se incluirán las auditorías practicadas, los dictámenes de su revisión, los apartados correspondientes a la fiscalización del manejo de los recursos federales por parte de las entidades fiscalizadas y a la verificación del desempeño en el cumplimiento de los objetivos de los programas federales, así como también un apartado específico con las observaciones de la entidad de fiscalización superior de la Federación que incluya las justificaciones y aclaraciones que las entidades fiscalizadas hayan presentado sobre las mismas.

III) De manera previa a la presentación del informe del resultado se darán a conocer a las entidades fiscalizadas los resultados de su revisión, en la parte que les corresponda, a efecto de que estén en posibilidad de presentar las justificaciones y aclaraciones respectivas, las cuales deberán ser valoradas por la Auditoría Superior de la Federación para la elaboración del informe del resultado de la revisión de la cuenta pública.

IV) El titular de la Auditoría Superior de la Federación enviará a las entidades fiscalizadas, a más tardar a los 10 días hábiles posteriores a aquel en que se entregue, el informe del resultado a la Cámara de Diputados, las recomendaciones y acciones promovidas que correspondan para que, en un plazo de hasta 30 días hábiles, presenten la información y realicen las consideraciones que estimen pertinentes.

V) En caso de que las entidades fiscalizadas no cumplan con lo señalado en el inciso anterior, se harán acreedoras a las sanciones establecidas en la ley.

VI) Los pliegos de observaciones y las promociones de responsabilidades se sujetarán a los procedimientos y términos que establezca la ley.

VII) La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá pronunciarse en un plazo de 120 días hábiles sobre las respuestas emitidas por las entidades fiscalizadas, en caso de no hacerlo se tendrán por atendidas las recomendaciones y acciones promovidas.

VIII) En el caso de las recomendaciones al desempeño, las entidades fiscalizadas deberán informar a la Auditoría Superior de la Federación sobre las mejoras que se hayan realizado o, en su caso, justificar su improcedencia.

– Se estableció que la Auditoría Superior de la Federación deberá entregar a la Cámara de Diputados, los días 15 de los meses de abril y octubre de cada año, un informe sobre la situación que guardan las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas.

– Finalmente, se estimó fortalecer a la Auditoría Superior de la Federación previendo que los poderes de la Unión, las entidades federativas y las demás entidades fiscalizadas facilitarán los auxilios que aquélla les requiera para el ejercicio de sus funciones y, en caso de no hacerlo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la ley; así como que los servidores públicos federales y locales que reciban o ejerzan recursos públicos federales, y cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, fideicomiso o fondo, que reciba o ejerza recursos de la Federación, deberán proporcionar la información y documenta-

ción que solicite la entidad de fiscalización superior de la Federación y, en caso de no proporcionarla, serán sancionados en los términos que establezca la ley.

El dictamen en comento fue aprobado por el pleno de la Cámara de Diputados, con 463 votos en pro y 2 abstenciones, el 13/9/2007, en los términos siguientes:

"Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Artículo único. Se *reforman* los arts. 74, fracción IV, actuales párrs. 1° y 8°; 79, fracciones I y II, y actual párr. 5°; 122, fracción V, incs. c), párrs. 1° y 2°, y e); y 134, actuales párrs. 1° y 4°; se *adicionan* los arts. 73, fracción XXVIII; 74, fracción VI; 79, párr. 2°, pasando los actuales párrs. 2° a 6° a ser párrs. 3° a 7°, respectivamente, y fracción IV, párr. 2°; 116, fracción II, párrs. 3°, 4° y 5°; 122, fracción V, inc. c), párr. 3°; y 134, párr. 2°, pasando los actuales párrs. 2° a 5° a ser párrs. 3° a 6°, respectivamente, y se *deroga* el art. 74, fracción IV, párrs. 5°, 6° y 7°, pasando el actual párr. 8° a ser párr. 5°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"[17].

Debe aclararse, en cuanto a los arts. 116, fracción II, párrs. 3°, 4° y 5°, 122, fracción V, inc. c), párr. 3° que no se consideraron en la iniciativa presentada por el Ejecutivo; sin embargo, en el dictamen de la Cámara de Diputados se consideró que sí eran parte de la iniciativa, según se lee:

"Respecto de las modificaciones propuestas a los arts. 116 y 122 constitucionales, la exposición de motivos señala que: '...También se reforman los arts. 116 y 122 para establecer en las legislaturas estatales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal órganos estatales de fiscalización y hacer de aplicación general los principios rectores de la fiscalización en todas las entidades federativas'"[18].

El decreto aprobado por la Cámara de Diputados fue turnado el 13/9/2007 a la Cámara de Senadores, para su discusión y dictamen correspondiente. En esa misma fecha, la Mesa Directiva de esta H. Cámara turnó la Minuta con Proyecto de decreto antes señalada, a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Hacienda y Crédito Público, y de Estudios Legislativos, para su estudio y dictamen.

El 18 de septiembre de ese mismo año, la Cámara de Senadores, aprobó con 118 votos en pro, el dictamen que le había remitido su colegisladora.

De conformidad con el art. 135 constitucional, para adicionar o reformar la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes las aprueben, y que éstas además sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados[19].

[17] Ídem.

[18] Ídem.

[19] La República Mexicana se integra por 31 Estados y el Distrito Federal, por lo que, para que sea aprobada una reforma a la Constitución Federal, se requiere la aprobación de 17 Legislaturas estatales.

Por lo que, una vez que el dictamen fue remitido a los Estados, en sesión celebrada el 5/2/2008, la Cámara de Senadores realizó el cómputo de los votos de los Congresos de Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Durango, Guanajuato, Jalisco, México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas[20] y declaró reformadas, adicionadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, remitiendo el expediente con el proyecto de declaratoria a la Cámara de Diputados, para sus efectos constitucionales.

3. Sanción

El 19/2/2008, la Cámara de Diputados emitió la declaratoria de reformas constitucionales en materia de gasto público.

4. Publicación

El 6/5/2008, el presidente de la República remitió el decreto al periódico oficial para su respectiva publicación.

Finalmente, el 7 de mayo del mismo año apareció publicado en el diario oficial de la Federación el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución federal, en los términos siguientes:

"*Artículo único.* Se *reforman* los arts. 74, fracción IV, actuales párrs. 1° y 8°; 79, fracciones I y II, y actual párr. 5°; 122, apart. C, base primera, fracción V, incs. c), párr. 1°, y e) y 134, actuales párrs. 1° y 4°; se *adicionan* los arts. 73, fracción XXVIII; 74, fracción VI; 79, párr. 2°, pasando los actuales párrs. 2° a 6° a ser párrs. 3° a 7°, respectivamente, y fracción IV, párr. 2°; 116, fracción II, párrs. 4° y 5°; 122, apart. C, base primera, fracción V, inc. c), párr. 3°, y 134, párr. 2°, pasando los actuales párrs. 2° a 8° a ser párrs. 3° a 9°, respectivamente, y se *deroga* el art. 74, fracción IV, párrs. 5°, 6° y 7°, pasando el actual párr. 8° a ser párr. 5°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

"Art. 73

"I. a XXVII...

"XXVIII. Para expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, a fin de garantizar su armonización a nivel nacional;

"XXIX. a XXX...

"Art. 74

[20] La legislatura del Estado de Chihuahua fue la única que votó en contra de la reforma constitucional.

"I. a III...

"IV. Aprobar anualmente el presupuesto de egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Asimismo, *podrá* autorizar en dicho presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subsecuentes presupuestos de egresos...

"Quinto párrafo. (Se deroga)

"Sexto párrafo. (Se deroga)

"Séptimo párrafo. (Se deroga)

"Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación de la iniciativa de Ley de Ingresos y del Proyecto de Presupuesto de Egresos, cuando medie solicitud del Ejecutivo suficientemente justificada a juicio de la Cámara o de la Comisión Permanente, debiendo comparecer en todo caso el Secretario del Despacho correspondiente a informar de las razones que lo motiven;

"V...

"VI. Revisar la cuenta pública del año anterior, con el objeto de evaluar los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

"La revisión de la cuenta pública la realizará la Cámara de Diputados a través de la entidad de fiscalización superior de la Federación. Si del examen que ésta realice aparecieran discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, con relación a los conceptos y las partidas respectivas o no existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la ley. En el caso de la revisión sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas, dicha entidad sólo podrá emitir las recomendaciones para la mejora en el desempeño de los mismos, en los términos de la ley.

"La cuenta pública del ejercicio fiscal correspondiente deberá ser presentada a la Cámara de Diputados a más tardar el 30 de abril del año siguiente. Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación en los términos de la fracción IV, último párrafo, de este artículo; la prórroga no deberá exceder de 30 días naturales y, en tal supuesto, la entidad de fiscalización superior de la Federación contará con el mismo tiempo adicional para la presentación del informe del resultado de la revisión de la cuenta pública.

"La Cámara concluirá la revisión de la cuenta pública a más tardar el 30 de *septiembre* del año siguiente al de su presentación, con base *en el análisis de su contenido y* en las conclusiones técnicas del informe del resultado de la entidad de fiscalización superior de la Federación, a que se refiere el art. 79 de esta Constitución, sin menoscabo de que el trámite de las observaciones, reco-

mendaciones y acciones promovidas por la entidad de fiscalización superior de la Federación, seguirá su curso en términos de lo dispuesto en dicho artículo.

"La Cámara de Diputados evaluará el desempeño de la entidad de fiscalización superior de la Federación y al efecto le podrá requerir que le informe sobre la evolución de sus trabajos de fiscalización.

"VII. a VIII...

"Artículo 79...

"La función de fiscalización será ejercida conforme a los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad...

"I. Fiscalizar en forma posterior los ingresos y egresos; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales, a través de los informes que se rendirán en los términos que disponga la ley.

"También fiscalizará directamente los recursos federales que administren o ejerzan los Estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, con excepción de las participaciones federales; asimismo, fiscalizará los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, mandatos, fondos o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

"Las entidades fiscalizadas a que se refiere el párrafo anterior deberán llevar el control y registro contable, patrimonial y presupuestario de los recursos de la Federación que les sean transferidos y asignados, de acuerdo con los criterios que establezca la ley.

"Sin perjuicio del principio de anualidad, la entidad de fiscalización superior de la Federación podrá solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la cuenta pública en revisión, sin que por este motivo se entienda, para todos los efectos legales, abierta nuevamente la cuenta pública del ejercicio al que pertenece la información solicitada, exclusivamente cuando el programa, proyecto o la erogación, contenidos en el presupuesto en revisión abarque para su ejecución y pago diversos ejercicios fiscales o se trate de revisiones sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales. Las observaciones y recomendaciones que, respectivamente, la entidad de fiscalización superior de la Federación emita, sólo podrán referirse al ejercicio de los recursos públicos de la Cuenta Pública en revisión.

"Asimismo, sin perjuicio del principio de posterioridad, en las situaciones excepcionales que determine la ley, derivado de denuncias, podrá requerir a las entidades fiscalizadas que procedan a la revisión, durante el ejercicio fiscal en curso, de los conceptos denunciados y le rindan un informe. Si estos requerimientos no fueren atendidos en los plazos y formas señalados por la ley, se

impondrán las sanciones previstas en la misma. La entidad de fiscalización superior de la Federación rendirá un informe especifico a la Cámara de Diputados y, en su caso, fincará las responsabilidades correspondientes o promoverá otras responsabilidades ante las autoridades competentes.

"II. Entregar el informe del resultado de la revisión de la cuenta pública a la Cámara de Diputados a más tardar el 20 de febrero del año siguiente al de su presentación, el cual se someterá a la consideración del pleno de dicha Cámara y tendrá carácter público. Dentro de dicho informe se incluirán las auditorías practicadas, los dictámenes de su revisión, los apartados correspondientes a la fiscalización del manejo de los recursos federales por parte de las entidades fiscalizadas a que se refiere la fracción anterior y a la verificación del desempeño en el cumplimiento de los objetivos de los programas federales, así como también un apartado específico con las observaciones de la entidad de fiscalización superior de la Federación que incluya las justificaciones y aclaraciones que, en su caso, las entidades fiscalizadas hayan presentado sobre las mismas.

"Para tal efecto, de manera previa a la presentación del informe del resultado se darán a conocer a las entidades fiscalizadas la parte que les corresponda de los resultados de su revisión, a efecto de que éstas presenten las justificaciones y aclaraciones que correspondan, las cuales deberán ser valoradas por la entidad de fiscalización superior de la Federación para la elaboración del informe del resultado de la revisión de la cuenta pública.

"El titular de la entidad de fiscalización superior de la Federación enviará a las entidades fiscalizadas, a más tardar a los 10 días hábiles posteriores a que sea entregado a la Cámara de Diputados el informe del resultado, las recomendaciones y acciones promovidas que correspondan para que, en un plazo de hasta 30 días hábiles, presenten la información y realicen las consideraciones que estimen pertinentes, en caso de no hacerlo se harán acreedores a las sanciones establecidas en ley. Lo anterior no aplicará a los pliegos de observaciones y a las promociones de responsabilidades, las cuales se sujetarán a los procedimientos y términos que establezca la ley.

"La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá pronunciarse en un plazo de 120 días hábiles sobre las respuestas emitidas por las entidades fiscalizadas, en caso de no hacerlo, se tendrán por atendidas las recomendaciones y acciones promovidas.

"En el caso de las recomendaciones al desempeño las entidades fiscalizadas deberán precisar ante la entidad de fiscalización superior de la Federación las mejoras realizadas o, en su caso, justificar su improcedencia.

"La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá entregar a la Cámara de Diputados, los días *1* de los meses de *mayo* y *noviembre* de cada año, un informe sobre la situación que guardan las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas.

"La entidad de fiscalización superior de la Federación deberá guardar reserva de sus actuaciones y observaciones hasta que rinda el informe del resul-

tado a la Cámara de Diputados a que se refiere esta fracción; la Ley establecerá las sanciones aplicables a quienes infrinjan esta disposición;

"III...

"IV...

"Las sanciones y demás resoluciones de la entidad de fiscalización superior de la Federación podrán ser impugnadas por las entidades fiscalizadas y, en su caso, por los servidores públicos afectados adscritos a las mismas, ante la propia entidad de fiscalización o ante los tribunales a que se refiere el art. 73, fracción XXIX-H, de esta Constitución conforme a lo previsto en la ley...

"Los poderes de la Unión, las entidades federativas y las demás entidades fiscalizadas facilitarán los auxilios que requiera la entidad de fiscalización superior de la Federación para el ejercicio de sus funciones y, en caso de no hacerlo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la Ley. Asimismo, los servidores públicos federales y locales, así como cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, fideicomiso, mandato o fondo, o cualquier otra figura jurídica, que reciban o ejerzan recursos públicos federales, deberán proporcionar la información y documentación que solicite la entidad de fiscalización superior de la Federación, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero. En caso de no proporcionar la información, los responsables serán sancionados en los términos que establezca la ley.

"Artículo 116...

"I...

"II...

"Las legislaturas de los Estados contarán con entidades estatales de fiscalización, las cuales serán órganos con autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que dispongan sus leyes. La función de fiscalización se desarrollará conforme a los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, imparcialidad y confiabilidad.

"El titular de la entidad de fiscalización de las entidades federativas será electo por las dos terceras partes de los miembros presentes en las legislaturas locales, por períodos no menores a siete años y deberá contar con experiencia de cinco años en materia de control, auditoría financiera y de responsabilidades.

"III a VII...

"Artículo 122...

"A) y B)...

"C)...

"Base primera...

"I a IV...

"V...

"a) y b)...

"c) Revisar la cuenta pública del año anterior, por conducto de la *entidad de fiscalización del Distrito Federal* de la Asamblea Legislativa, conforme a los criterios establecidos en la fracción *VI* del art. 74, en lo que sean aplicables...

"El titular de la entidad de fiscalización del Distrito Federal será electo por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa por períodos no menores a siete años y deberá contar con experiencia de cinco años en materia de control, auditoría financiera y de responsabilidades.

"d)...

"e) Expedir las disposiciones legales para organizar la hacienda pública, el presupuesto, la contabilidad y el gasto público del Distrito Federal, y la entidad de fiscalización dotándola de autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones, y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones. La función de fiscalización será ejercida conforme a los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, imparcialidad y confiabilidad.

"f) a o)...

"Base segunda a base quinta...

"Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los Estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

"Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los arts. 74, fracción VI, y 79...

"El manejo de recursos económicos federales por parte de los Estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párr. 2° de este artículo...

"Transitorios

"Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo lo previsto en el transitorio tercero siguiente.

"Segundo. El Congreso de la Unión, *así como las legislaturas de los Estados y del Distrito Federal*, deberán aprobar las leyes y, en su caso, las reformas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente decreto, a más tardar en un plazo de un año, contado a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, salvo en el caso de lo dispuesto en el art. 74, fracción IV constitucional.

"Tercero. Las fechas aplicables para la presentación de la cuenta pública y el informe del resultado sobre su revisión, entrarán en vigor a partir de la cuenta pública correspondiente al ejercicio fiscal 2008.

"Cuarto. Las cuentas públicas anteriores a la correspondiente al ejercicio fiscal 2008 se sujetarán a lo siguiente:

"I. La Cámara de Diputados, dentro de los 180 días naturales posteriores a la entrada en vigor de este decreto, deberá concluir la revisión de las cuentas públicas correspondientes a los ejercicios fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005.

"II. Las cuentas públicas correspondientes a los ejercicios fiscales 2006 y 2007 serán revisadas en los términos de las disposiciones aplicables en la materia antes de la entrada en vigor de este decreto.

"III. La Cámara de Diputados deberá concluir la revisión de la cuenta pública del ejercicio fiscal de 2006 durante el año 2008.

"IV. La cuenta pública correspondiente al ejercicio fiscal 2007 será presentada a más tardar el 15 de mayo de 2008, el informe del resultado el 15 de marzo de 2009 y su revisión deberá concluir en 2009".

V. COMENTARIOS

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la que se hizo referencia resultó inacabada; sin embargo, con ella se retomó el diálogo y la concertación entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, perdido desde 1997, en la segunda mitad del la Presidencia de Ernesto Zedillo y durante el sexenio de Vicente Fox, este diálogo ha fructificado en la aprobación de diversas reformas en materia electoral, seguridad pública y la polémica reforma al sector energético, en concreto al régimen de petróleos mexicanos.

Las reformas en materia presupuestaria evidenciaron, en primer lugar, el papel protagónico que en todo sistema corresponde al Poder Legislativo, o a la Cámara de Diputados, como en el caso de México[21], en la aprobación de las erogaciones anuales que han de realizar los entes públicos y en tal virtud, que el ejercicio de dichas potestades exigía imperiosamente una ampliación del plazo para poder examinar discutir y, en su caso, modificar el Proyecto de Presupuesto remitido por el titular del Ejecutivo, así se modificó la Constitución a

[21] Como se advierte del art. 74 constitucional en su fracción IV, reformado que se transcribió con antelación, se establece que constituye una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la aprobación del Presupuesto de Egresos y, por ende, de los gastos públicos, dejando al margen al Senado de la República, e independientemente de las críticas que pueda recibir, en razón de la unidad esencial y funcional que tienen los gastos respecto de los ingresos, y de que tiene su razón de ser en una reminiscencia histórica de la evolución de nuestro país, de la alternancia entre el centralismo y federalismo, desde la década del 60 del siglo XIX, lo cierto es que es competencia sólo de la Cámara la aprobación del presupuesto anual de gastos.

efecto de establecer el nuevo plazo al que se sujetaría tal aprobación, pasando de 15 a 68 días[22]

Reforma que la crítica y el tiempo dejaron en claro, que era inconclusa, ya que incluso, concretamente, el 13/11/2008, se consolidaron otros cambios, aunque no de carácter constitucional, que, al decir de algunos, aún dejan algunos temas en el tintero, bien por una insuficiente regulación o, peor todavía, por grave omisión[23].

Estas reformas se centran sobre cuatro aspectos esenciales:

– el establecimiento de una competencia a favor del Congreso de la Unión para la creación de una ley de contabilidad obligatoria para todos los niveles de gobierno;

– el reconocimiento constitucional de los gastos plurianuales;

– la fijación de principios para la ejecución del gasto, para su revisión y, especialmente, la concreción de diversas facultades y procedimientos de revisión a favor de la Auditoría Superior de la Federación; y

– la necesaria creación de órganos estatales de fiscalización similares al federal y con la suficiente independencia respecto de los ejecutores del gasto.

Respecto del primer punto, el establecimiento de la nueva facultad a favor de la Federación y en concreto del Congreso de la Unión, para emitir una nueva ley en materia de contabilidad gubernamental, que tendrá la naturaleza de ley general, esto es, obligatoria tanto para la Federación, como para los Estados y los municipios, debe decirse que lo que se pretende con ello es homogenizar la información financiera, incluyendo la patrimonial de todos los entes y recursos públicos, sean federales, estatales o municipales y garantizar su armonización nacional.

El segundo de los puntos reconoce constitucionalmente los gastos plurianuales, que de hecho ya tenían una regulación legal, no sólo en la vigente

[22] El día 30 del mes julio del año 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación. El decreto por el que se aprueba la reforma al art. 74, en su fracción IV, para quedar como sigue:

"Art. 74... IV. Aprobar anualmente el presupuesto de egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del proyecto enviado por el Ejecutivo federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la cuenta pública del año anterior.

"El Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 8 del mes de septiembre, debiendo comparecer el secretario de despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos. La Cámara de Diputados deberá aprobar el Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de noviembre.

"Cuando inicie su encargo en la fecha prevista por el art. 83, el Ejecutivo federal hará llegar a la Cámara la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de diciembre...".

[23] Se dice que el simple señalamiento genérico de la aprobación de gastos plurianuales, su necesaria inclusión en los presupuestos subsecuentes y la finalidad de dichos gastos no colman el vacío del número de ejercicios que podrían incluir, así como su vinculación con la legislatura concreta que los apruebe a fin de no invadir las competencias de la siguiente; la omisión se refiere al posible derecho de veto del ejecutivo en relación con el ordenamiento de gastos hecho por la Cámara en el presupuesto.

ley de presupuesto público y responsabilidad hacendaria, sino, incluso, en la ley anterior[24]. Regulación que precisa su objeto, que son gastos en infraestructura, cuyos límites se establecen por remisión en la ley presupuestaria y que precisan el efecto de dicha aprobación, es decir, su necesaria inclusión en los subsecuentes presupuestos de egresos. A diferencia de la vacilante regulación de la normatividad ordinaria presupuestaria, que merced a esta nueva norma se ve derogada. No obstante el beneficio del reconocimiento constitucional de esta práctica de ventaja económica, en el plano político, no se duda, entrañara algún conflicto dado que, por un lado, no se fija el número de años en que anticipadamente los gastos pueden ser aprobados, por otro, si ellos se vinculan únicamente a la propia legislatura que los aprobó o se someterán a sujeción a la siguiente legislatura que la suceda, limitando su facultad de aprobar todos los gastos que se ejerzan en ese presupuesto, esto al margen, claro esta, de no fijar un tope o proporción que de dichos gastos entrañen respecto del total de las erogaciones a realizarse en ese ejercicio.

Sobre este mismo tópico, se aduce que no se describió o conceptualizó el término "infraestructura" ni en la Constitución ni en la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, lo que podrá causar abusos, ya que la interpretación del término citado quedará al arbitrio de quien solicite el presupuesto plurianual.

Es de destacarse que con la reforma energética de noviembre de 2008, concretamente con la reforma al párr. 6° del art. 32 de la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, se estableció que petróleos mexicanos no podrá realizar proyectos de infraestructura a largo plazo o pidiregas y que toda su inversión en adelante sería presupuestaria[25].

En relación con el tercero de los aspectos enunciados, que es muy amplio y novedoso porque constituye cambios importantes; en primer lugar cabe decir que se constitucionalizan diversos principios para la ejecución del gasto, pero

[24] Ante la necesidad de ampliar la infraestructura energética estratégica en un contexto de astringencia presupuestaria, en diciembre de 1995 el Honorable Congreso de la Unión aprobó reformas y adiciones a los arts. 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público federal y 18 de la Ley General de Deuda Pública, para implantar el esquema de inversión financiada bajo los proyectos de inversión productiva con impacto diferido en el registro del gasto (pidiregas).

[25] Se considero que Pemex ya no debería emplear el esquema pidirega y que toda su inversión fuera presupuestaria, ya que si bien reconocieron los senadores, al dictaminar la iniciativa, que el esquema pidirega permitió en el pasado encontrar espacios para la inversión en la entidad en un contexto caracterizado por la precariedad fiscal, pero que en la actualidad la situación es diferente de la observada a mediados de la década pasada, principalmente por el fortalecimiento de las finanzas públicas. Al respecto, es conveniente señalar que se generó un consenso importante en torno a que Pemex contara con mayor autonomía de gestión, se ampliara la transparencia de su administración, se aprovecharan mejor los recursos tecnológicos disponibles y se multiplicara su capacidad de gestión, lo que le permitiría consolidarse como una institución con posibilidades reales de competir con empresas similares en el entorno global. En este contexto, estimaron que el esquema pidirega para Pemex resultaba innecesario. Dejar de emplearlo se reflejaría en una mayor eficiencia en la gestión de la paraestatal. Debe señalarse que la conversión del pasivo pidirega en deuda presupuestaria de Pemex se amortizó en parte por disponibilidad de la paraestatal y que el saldo histórico de los requerimientos financieros del sector público no se vio afectado, en tanto que estos pasivos ya estaban considerados en dicho saldo.

también para su revisión y control. En su ejecución se enfatiza en la eficiencia, eficacia y economía para su aplicación, lo que implica lograr lo más con lo menos, procurando se evite el dispendio, potenciando la obtención de los resultados programados, en atención a metas y objetivos cuantificables y, desde luego, censurando los subejercicios. Es de subrayarse que la transparencia es especialmente importante en dichos principios, expresamente enunciada, ya que ésta se encuentra precedida de toda una política de transparencia y rendición de cuentas de cara a la sociedad, incluso, establecida con toda una normatividad que señala autoridades y procedimientos para exigir el contenido de la información solicitada.

Por cuanto hace a los principios en relación con la revisión o control de la gestión financiera, los cambios señalados por las nuevas disposiciones mandan, no obstante, señales encontradas, puesto que, por un lado, ordenan expresamente, para evitar discusiones, que todos los recursos federales, los use cualquier nivel de gobierno, o incluso particulares, no pierden su naturaleza pública, deben ser contabilizados en términos de las leyes aplicables y son revisables por órganos de control, autónomos, especialmente, por la Auditoría Superior de la Federación, es el caso, por ejemplo, que son objeto de fiscalización todos los recursos públicos que constituyan fondos, fideicomisos o cualquier figura jurídica en el que se envuelvan para pretender evitar su revisión. Pero, por otro lado, no se explica porqué se restringe la fiscalización, especialmente a un principio de definitividad y de anualidad, fijados en esos términos; definitividad que deja fuera cualquier ilegalidad que se relacione con un ejercicio cuya revisión del órgano competente no refleje dicha irregularidad aunque se haya cometido, priorizando un aparente derecho de certeza a favor de un funcionario en detrimento del interés público de revisión, de transparencia y de rendición de cuentas de los servidores públicos y del escaso lapso de su duración, prácticamente sólo un año; mientras que el de anualidad excluye la revisión y más que eso la imputación de responsabilidades por ilegalidades que se vinculen con otros ejercicios distintos al que se revisa. El procedimiento ahora constitucionalizado enfatiza en la permisión de que los entes fiscalizados puedan presentar justificaciones y aclaraciones antes de la dictaminación del resultado de su gestión.

La reforma tampoco no es del todo congruente con esos principios de rendición de cuentas y de imputación de responsabilidades por el hecho de restringir las potestades del órgano de control, a la simple facultad de hacer recomendaciones (y no de imputar responsabilidades) cuando no se logran las metas y los objetivos de los programas, entre ellos los de desarrollo social, más aún que se desnaturaliza la importancia de los presupuestos actuales, que no es otra que un medio para el logro de los objetivos y metas tasadas y medibles en cada caso concreto.

El último de los cambios constitucionales también fortalece la fase presupuestaria de fiscalización por órganos de control externo, ya que de manera im-

perativa y con un nivel de independencia equivalente al de la Auditoría Superior de la Federación, grado máximo en nuestro derecho, obliga a que las entidades federativas cuenten con un órgano de fiscalización, legalmente independiente.

Por cuanto hace a la Auditoría Superior de la Federación, debo señalar que se trata de un órgano de control externo, de revisión de la gestión financiera de los ejecutores del gasto, es decir, con posterioridad a su ejercicio, lo que realiza a través de la denominada cuenta pública[26]. Es un órgano creado constitucionalmente (art. 79), con autonomía técnica y de gestión suficiente para el ejercicio de sus atribuciones, para su organización interna, para su funcionamiento y emisión de sus resoluciones, dependiente, o más bien adscrita a la Cámara de Diputados, a la que auxilia en la revisión técnica de la cuenta pública. Sus funciones son esencialmente la fiscalización posterior de la gestión financiera de los entes públicos, la investigación de ilicitudes o irregularidades en dicha gestión y, en la imputación de daños y perjuicios, consecutivos a procedimientos por ella practicados, y la denuncia de ilegalidades ante las autoridades competentes.

Los objetivos y las metas a conseguirse a través de los programas, entre ellos y especialmente los sociales, son revisables por medio de las denominadas auditorías de desempeño, que incomprensiblemente desde la reforma constitucional señalada, sólo dan lugar a la emisión de recomendaciones, o a la imputación directa de responsabilidades por no haber alcanzado las metas a las que estaban afectas.

En este último aspecto cabe citar las razones, en particular del Senado de la República, para emprender las reformas, y que se traducen en las constantes objeciones de gobiernos locales que se oponían a que el órgano de fiscalización de la Cámara de Diputados auditara el uso de los recursos públicos federales que les son transferidos o asignados, argumentando que ello implica una "invasión a la soberanía de los Estados". Asimismo, señalaron en el dictamen correspondiente que nueve legislaturas locales se habían negado a suscribir convenios con la Auditoría Superior de la Federación para coordinar la fiscalización de los recursos federales transferidos a esas entidades.

El problema de fondo es que, de no auditarse, los recursos federales quedaban fuera de control o insuficientemente fiscalizados.

La reforma era necesaria para crear bases jurídicas, obligatorias para todos, que sustenten la construcción de un sistema nacional de fiscalización que, sin menoscabo de la soberanía de las entidades federativas, estableciera principios rectores de la fiscalización, asegurara la autonomía de los organismos fiscalizadores y, mediante la homologación de normas y criterios contables entre la Federación y las entidades federativas y de éstas entre sí, asegurara una rendición más responsable y rigurosa de toda la gestión pública del país.

[26] La cuenta pública es un documento consolidado por el Ejecutivo en el que se contiene el resultado de la gestión financiera de los entes públicos que corresponden al ejercicio fiscal del año anterior (art. 74, fracc. VI, de la Constitución).

Respecto de las modificaciones propuestas a los arts. 116 y 122 constitucionales, se considera acertada, toda vez que con la reforma se buscó homologar las funciones de fiscalización y revisión de cuentas públicas de las entidades federativas y del Distrito Federal, con su equivalente en el nivel federal, lo cual facilitaría a la Auditoría Superior de la Federación la revisión de los recursos federales ejercidos por las entidades federativas en razón de que serían fiscalizados por los órganos de fiscalización locales bajo los mismos principios. Con estas modificaciones se prevé, a nivel constitucional, la creación de órganos de fiscalización a nivel estatal; asimismo, se establecen los principios rectores de la fiscalización, armonizando de esta manera las disposiciones en materia de fiscalización a nivel local con las respectivas en el nivel federal, respetando la autonomía de las entidades federativas, dejando que sean las propias entidades quienes decidan, a través de sus legislaciones locales, las particularidades de dichos órganos y sus procedimientos.

Por lo que se refiere al art. 134 constitucional, debe señalarse que con pleno respeto a la soberanía de las entidades federativas, la evaluación sobre el ejercicio de los recursos públicos corresponderá a las instancias técnicas que establezcan dichas entidades, sin perjuicio de las atribuciones que, en el marco de la revisión de la cuenta pública, incluyendo las auditorías de desempeño, son facultad de la Cámara de Diputados, realizadas a través de la Auditoría Superior de la Federación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Adam, Alfredo - Becerril Lozada, Guillermo, *Auditoría al desempeño en México*, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 2008.

Amieva-Huerta, Juan, *Temas selectos de finanzas públicas*, Porrúa, México, 2002.

Calva, José L., "Responsabilidad hacendaria", en *Reflexiones sobre la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, UNAM, México, 2006.

Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho fiscal constitucional*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 2004.

Cayon Galiardo, Antonio, "Los problemas presupuestarios en España y la Unión Europea", en Nava, Oscar - Ortega, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006.

Chapoy Bonifaz, Dolores B., *Finanzas nacionales y finanzas estatales*, UNAM, México, 2006.

— *Planeación, programación y presupuestación*, UNAM, México, 2003.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Mapas de pobreza por ingreso y rezago social 2005", México, 2007.

— "Normatividad para la evaluación de los programas federales", México, 2007.

CORDERA CAMPOS, Rolando, "Devolver al presupuesto su papel central", en *Reflexiones sobre la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, UNAM, México, 2006.

Enciclopedia Jurídica Omeba II, CD 3, Bibliográfica Omeba, versión electrónica actualizada a 2007, edición especial de 50 aniversario.

ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuesto del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

FAYA BISECA, Jacinto, *Finanzas públicas*, Porrúa, México, 1986.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Panorama de la historia del derecho*, 6ª ed., Porrúa, México DF, 1998.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, vol. I, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993.

GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, *Introducción al derecho presupuestario*, Derecho Financiero, Madrid, 1973.

LABRA MANJAREZ, Armando, "Sobre la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria", en *Reflexiones sobre la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*, UNAM, México, 2006.

LIDEN, J. Fremon - MILLER, G. Ernest, *Presupuesto público*, Trillas, México, 1983.

MABARAK CERECEDO, Doricela, *Derecho financiero público*, 2ª ed., McGraw-Hill, México, 2000.

MARTNER, Gonzalo, "Planificación y presupuesto por programa", 18ª ed., Siglo XXI, México, 1981.

MIRANDA PÉREZ, Armando, "Nociones de derecho constitucional presupuestario", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006.

ORTEGA GONZÁLEZ, Jorge, "La planeación y el presupuesto por programas en México", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006

PÉREZ ROLLO, Fernando, *Derecho financiero y tributario*, 9ª ed., Civitas, Madrid, 1999.

PRIEGO ÁLVAREZ, Freddy, *Introducción al derecho presupuestario. Naturaleza y efectos jurídicos*, 1ª ed., Porrúa, México, 2004.

— "Génesis y evolución del presupuesto público en México", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006.

Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Ley Reglamentaria, Auditoría Superior de la Federación Cámara de Diputados, México, 2008.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado*, Tecnos, Madrid, 1970.

ROJAS GUTIÉRREZ, Francisco J., "Discrecionalidad presupuestaria y rendición de cuentas", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006

ROSSELL, Cecilia, *Cartas cuentas, la Real Hacienda en Nueva España. 1557*, 1ª ed., Centro de Estudios Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 1984.

SILVA-HERZOG FLORES, Jesús, "El equilibrio presupuestal y la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006.

SUÁREZ DÁVILA, Francisco, "Hacia una nueva Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria para México. La experiencia internacional", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006.

TELLO MACÍAS, Carlos, "Presupuesto, gasto y financiamiento público en la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria", en NAVA, Oscar - ORTEGA, Juan M. (coords.), *Derecho presupuestario (Temas selectos)*, Porrúa, México, 2006.

Visión Institucional, Auditoría Superior de la Federación Cámara de Diputados, México, 2006.

DERECHO PRESUPUESTARIO CHILENO: NOTAS SOBRE SUS ACTORES, PROCEDIMIENTO Y PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN

Por SERGIO ENDRESS G.*

I. INTRODUCCIÓN

Chile presenta en esta materia un débil estudio dogmático[1], lo que, a su vez, incide en la exigua y poco sistemática normativa que contiene la Constitución de 1980. La regulación legal, en cambio, es extensa y técnicamente muy desarrollada, y se contiene en el dec.-ley 1263[2], denominado Decreto-Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado. Atendido la materia de nuestro trabajo, aludiremos a estas normas en notas.

El constituyente chileno de 1980 se preocupó más de establecer la preeminencia del Ejecutivo en la definición y proposición del presupuesto[3], sobre todo

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Agradezco especialmente los útiles comentarios y sugerencias de la profesora de Derecho Administrativo Gladys Camacho C. y del profesor de Derecho Constitucional Augusto Quintana B., ambos de la Universidad de Chile, pero, naturalmente, los errores que pudieran observarse son de mi exclusiva responsabilidad. Sus comentarios a sendress@eioabogados.cl.

[1] VERDUGO M., Mario - PFEFFER U., Emilio - NOGUEIRA A., Humberto, *Derecho constitucional*, t. II, 2ª ed. actualizada, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 192, sólo alude a algunas normas constitucionales.

[2] Publicado en el Diario Oficial el 28/11/1975.

[3] Fruto de una larga evolución constitucional que refiere J. PRECHT PIZARRO, Jorge, "Principios jurídicos de hacienda pública", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, nro. 23, 1993, p. 785. Como el autor señala, "La Constitución de 1980 culmina este proceso en que la repartición de competencias en materia de hacienda pública es radicada con clara preeminencia del Ejecutivo sobre el Parlamento, especialmente en los arts. (hoy) 65 y 67" (p. 788). El autor señala esta preeminencia como "principio de competencia y su repartición entre el Ejecutivo y el Parlamento en materias de hacienda pública".

en desmedro del Congreso[4], que de fijar los principios a que debe someterse esta importante regulación financiera[5].

En la definición de las normas presupuestarias intervienen, como actores principales, el presidente de la República y el Congreso Nacional, conforme expondremos más adelante. En la ejecución del presupuesto y su control interviene también la Contraloría General de la República[6].

El procedimiento asegura la aprobación del presupuesto, aun en caso de renuencia legislativa.

Los principios del derecho presupuestario están delineados implícitamente en el texto constitucional. La ley señala que "El sistema de administración financiera del Estado comprende un conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado. La administración financiera incluye, fundamentalmente, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos"[7]. Para la definición del presupuesto del sector público debemos acudir a la ley que señala que éste "consiste en una estimación financiera de los ingresos

[4] Exactamente al contrario de lo que sucede en la Argentina, como nos señala Horacio Corti, "Todas las decisiones fundamentales relativas a las actividad financiera están en manos del Congreso..." (CORTI, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 181).

[5] "En 1925 los constituyentes no dieron normas específicas para el derecho financiero del Estado mismo, de modo que los marcos jurídico-financieros de las demás instituciones (personas jurídicas de derecho público) deben señalarse respecto de cada una por la ley correspondiente" (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1963, p. 308), y agrega: "La reforma de 1943 afirmó el predominio del presidente de la República sobre el Congreso en el orden financiero al aumentar el campo de exclusividad de aquél en cuanto iniciativa de las principales leyes de tal naturaleza y establecer un recurso extraordinario en caso de emergencia económica (arts. 21, 45 y 72, nro. 10)".

[6] Sus funciones, de acuerdo con el art. 98 de la CPR, son: "ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración; fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevar la contabilidad general de la Nación, y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva". Y el Tribunal Constitucional, como nos señala el siguiente considerando: "10) A esta enumeración de preceptos constitucionales relacionados con el requerimiento, debe agregarse el art. 82 que consagra la competencia de este Tribunal Constitucional para resolver los siguientes conflictos de constitucionalidad que puedan afectar a la Ley de Presupuestos: a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de la ley. b) Resolver los reclamos en caso que el presidente de la República no promulgue la Ley de Presupuestos cuando debe hacerlo, promulgue un texto diverso o dicte un decreto inconstitucional. c) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del art. 60" (rol 254, del 26/4/1997).

[7] Art. 1°, dec.-ley 1263, del 28/11/1975. El decreto supremo de hacienda 1256, del 28/12/1990, contiene una definición de conceptos presupuestarios, tales como glosa, partida, subpartida, capítulo, programa, etcétera.

y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos"[8].

A continuación examinaremos los tópicos propuestos.

II. LOS ACTORES DEL PRESUPUESTO

a) Presidente de la República

El presidente de la República es elegido en elecciones directas[9], abiertas y secretas por cuatro años no reelegibles[10] y es el jefe de Estado, correspondiéndole el gobierno y la administración del Estado[11 y 12].

La Constitución radica fundamentalmente la potestad financiera en el presidente de la República. Su intervención se produce en la génesis y definición del mismo presupuesto, conforme a la obligación central que le asigna la Carta Magna, al señalar que es atribución especial del presidente "cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley"[13]. En el mismo sentido y más ampliamente, el art. 65, inc. 2°, señala que "Corresponderá al presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación... con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos..."[14].

La iniciativa exclusiva se le entrega para los ingresos, pues a él corresponde imponer tributos, determinando su forma, proporcionalidad y progresión[15], com-

[8] Art. 11, dec.-ley 1263. El Tribunal Constitucional, citando a José Luis Cea, señala: "Consid. 22. Que la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución". En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña, que estima que "la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional. Dicho en otras palabras, la Ley de Presupuestos es una normativa típicamente autorizatoria, en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario, cuya aplicación queda entregada al jefe de Estado" (rol 254, del 26/4/1997).

[9] Art. 26, CPR. Salvo que se indique otra cosa, las referencias a artículos se deben entender realizadas a la Constitución Política de la República de Chile (CPR), actualizada al 30/6/2009.

[10] Art. 25, CPR

[11] Art. 24, CPR.

[12] Respecto del tema, sent. del 20/9/1989, rol 78, señala que esta potestad está sujeta a la Constitución y es distinta de la ostentada por el Banco Central, como organismo autónomo: citado por PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, antecedentes y jurisprudencia*, Jurídica Conosur, Santiago, 1999, p. 332.

[13] Art. 32, nro. 20, CPR.

[14] Sobre el cálculo de entradas, el art. 17, dec.-ley 1263, y sobre el presupuestos de gastos el art. 19 del mismo cuerpo legal.

[15] Art. 65, nro. 1°, CPR.

prometer la responsabilidad financiera del Estado y contratar empréstitos[16], y para la estimación del rendimiento de los recursos de la misma Ley de Presupuestos[17].

En materia de egresos, le queda reservada la iniciativa para la supresión, reducción, condonación o exención de tributos[18]; la condonación, reducción o modificación de las cargas financieras de cualquier naturaleza a favor del Fisco[19], la creación de nuevos servicios públicos[20], y la creación, concesión, aumento y modificación de remuneraciones, emolumentos y beneficios en favor de funcionarios de la Administración Pública[21].

El presidente de la República puede decretar pagos no autorizados por la ley, conforme a la norma constitucional expresa y específica, en casos de urgencia constitucional. Se trata de necesidades impostergables fundadas en una calamidad pública, agresión exterior, conmoción interna, grave daño o peligro para la seguridad nacional o el agotamiento de recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país[22]. El monto anual de los giros por estas causas no puede exceder el 2% de los gastos anuales presupuestados, y la contravención de los límites indicados impone la responsabilidad solidaria y personal de los funcionarios públicos que autoricen o den curso a dichos gastos, incluidos los ministros de Estado[23].

El art. 28 del dec.-ley 1263 permite al Ejecutivo ordenar pagos "excediéndose de las sumas consultadas en los rubros correspondientes", para el cumplimiento de sentencias, devolución de impuestos, cubrir la deuda pública y gastos de previsión social. Todo lo cual debe financiarse con reasignaciones presupuestarias o mayores ingresos.

La Contraloría General de la República no dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución, en caso alguno[24 y 25].

[16] Art. 65, nro. 3°, CPR. La exigencia de ley no es aplicable al Banco Central, órgano constitucional autónomo, técnico, con patrimonio propio, que por regla general no puede realizar préstamos, garantizar instituciones financieras públicas ni adquirir documentos por emitidos por el Estado, sus organismos y empresas, conforme a los arts. 63, nros. 7° y 8°, inc. 2°; 108 y 109, CPR.

[17] Art. 67, nro. 3°, CPR.

[18] Art. 65, nro. 1°, CPR. Es inconstitucional el artículo que indica la fuente de recursos, pero no cuenta con el patrocinio del Ejecutivo: sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), 12/8/1996, rol 242, citado por PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Constitución Política...*, cit., p. 470.

[19] Art. 65, nro. 3°, CPR.

[20] Arts. 65, inc. 2°, y 32, nro. 2°, CPR.

[21] Art. 65, nro. 4°, CPR.

[22] Art. 32, nro. 20, CPR.

[23] Incorporado a la Constitución de 1925, en el art. 72, nro. 10, por la reforma constitucional contenida en la ley 7727, del 23/11/1943, y cuyo origen fija A. Silva Bascuñan, en el dictado de decretos de insistencia, por medio de los cuales se ordenaban pagos no autorizados por ninguna en ley en emergencias (*Tratado de derecho constitucional...*, cit., p. 332). Véase en extenso en las ps. 332 a 339 del texto recién citado.

[24] Art. 99, CPR.

[25] Sin mención constitucional se encuentran la Dirección de Presupuestos, que es el "organismo técnico encargado de proponer la asignación de recursos financieros del Estado", conforme al art. 15, dec.-ley 1263, y el Servicio de Tesorerías, al cual el mismo texto indicado le encarga

b) Congreso Nacional

El Congreso Nacional se compone de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado[26]. La primera está integrada por ciento veinte miembros[27], y el Senado, por treinta y ocho miembros.

Humberto Nogueira alude a la intervención parlamentaria en el derecho comparado calificándola como la "función financiera" del Congreso, que actúa "autorizando la recaudación de ingresos y la realización de gastos, como también analiza y examina la manera en que se ejecuta el presupuesto, llegando a poder modificar las tendencias programáticas de un gobierno, al no aprobarle los recursos necesarios para realizar determinados aspectos de su programa"[28].

En Chile, desconfiando de la intervención del Congreso en los presupuestos, el art. 67 establece que la estimación del rendimiento de los ingresos corresponde exclusivamente al presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos[29], y que el Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de estos ingresos[30].

"La función recaudadora de todos los ingresos del sector público... salvo aquellos que constituyan entradas propias de los servicios". Art. 30, CPR.

[26] Art. 46, CPR.

[27] Art. 47, CPR.

[28] VERDUGO M., Mario - PFEFFER U., Emilio - NOGUEIRA A., Humberto, *Derecho constitucional*, cit., t. II, p. 125.

[29] Art. 67, inc. 3°, CPR. Según el Tribunal Constitucional, en relación con la estimación se indica: "Consid. 15. Que, sobre el particular, debe precisarse cuál es el régimen de ingresos y egresos que contempla la Ley de Presupuestos en conformidad con las disposiciones constitucionales y legales pertinentes ya invocadas en esta sentencia. Respecto de los ingresos y conforme al inc. 2° del art. 64 de la Carta Fundamental, la 'estimación' corresponde exclusivamente al presidente de la República". En concordancia con la norma antes citada, el art. 11, dec.-ley 1263, de 1975, preceptúa: "El presupuesto del sector público consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos". Más adelante, en su art. 17 reitera que el cálculo de entradas "debe contener una proyección del rendimiento del sistema de ingresos públicos". No hay pues, aquí, una fijación de los ingresos, sino tan sólo una estimación de ellos. En cuanto a los gastos, y de acuerdo con el sistema legal, no son ellos propiamente fijados en la Ley de Presupuestos, sino autorizados por ella. El mismo art. 11 antes citado expresa que el presupuesto del sector público consiste en una estimación financiera de los gastos para este sector para un año dado. Por su parte, el art. 19 del mismo decreto-ley referido dispone que "los presupuestos de gastos son estimaciones del límite máximo a que pueden alcanzar los egresos". De lo hasta aquí expuesto debe destacarse la importante diferencia que existe entre el concepto de "fijación" usado en el art. 44, nro. 4°, de la Constitución de 1925, y el de "estimación", que contempla la actual Constitución y al que reiteradamente alude el dec.-ley 1263, tantas veces citado (rol 254, 26/4/1997).

[30] Art. 67, inc. 2°, CPR.

En materia de tributos, ya indicamos que su iniciativa exclusiva corresponde al presidente de la República y la Cámara de origen para la discusión respectiva es la Cámara de Diputados[31 y 32].

En relación con los gastos, el Congreso no puede aprobar nuevos gastos sin que indique las fuentes de recursos necesarios para atender dicho erogación[33]. En caso de ser insuficiente tal origen de fondos, el presidente deberá reducir proporcionalmente todos los gastos cualquiera sea su naturaleza, previo informe favo-

[31] El art. 65, inc. 2°, señala: "Las leyes sobre tributos de cualquier naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados...".

[32] Art. 67, inc. 4°, CPR. Conforme al art. 109, inc. 2°, CPR.: "Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central", salvo guerra exterior o peligro de ella. Ya en la Constitución de 1925, art. 44, nro. 4°. Señala A. Silva Bascuñan que "el origen de esta norma fue una indicación de Mr. Kemmerer, que exigía terminantemente que la ley siempre creara la fuente de ingreso, aspecto en el cual se modificó haciendo posible que por lo menos se indique esa fuente, porque, como expresó el Sr. Alessandri, 'puede suceder que exista un sobrante de fondos y entonces se toma para hacer el nuevo gasto'" (*Tratado de derecho constitucional*, cit., p. 332).

[33] Relativas al traslado de sede legislativa y los gastos que pudiera irrogar, el Tribunal Constitucional indica en los consids. 6° a 12, que se transcriben: "6°. Que el proyecto de ley en examen, por las motivaciones ya expuestas, es generador de gastos actualmente no considerados, ya que ellos corresponderían a las exigencias del traslado del Congreso Nacional de su actual sede a la ciudad de Santiago, lo que indiscutiblemente es un hecho nuevo, no previsto hasta este momento; 7°. Que, de acuerdo con la ya transcripta norma del art. 64 de la Constitución Política, para que el Congreso Nacional pueda pronunciarse sobre un gasto no previsto debe, 'al mismo tiempo', esto es, en el mismo acto de su aprobación, 'indicar' las fuentes de recursos necesarios para atenderlo; 8°. Que, de conformidad con el art. 19, nro. 20, inc. 3°, de la Constitución Política, 'Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado', disposición ésta que obliga a excluir la posibilidad de que la indicación de fuentes de recursos para atender el nuevo gasto generado pueda corresponder al producto de una exacción tributaria; 9°. Que, de consiguiente, la indicación que obligadamente debe acompañar a la generación de un gasto no previsto, sólo puede vincularse a los recursos generales de la Nación, cuyo uso y aplicación están llamados a ser previstos en la formación y aprobación del presupuesto nacional; 10. Que el proyecto de ley de que se trata, cuyas consecuencias fácticas ya han sido precisadas, no contempla en su texto indicación de especie alguna con respecto a las fuentes del financiamiento de los gastos que demandarán los hechos con los cuales debería materializarse su cumplimiento, ya que sólo se limita a consignar una nueva sede y un nuevo lugar para las sesiones del Congreso Nacional, agregando que sus actuales instalaciones deberán ser destinadas a otras entidades, dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley, todo lo cual otorga a las disposiciones del proyecto una aplicación inmediata o, a lo más, dentro del breve plazo que señala; 11. Que, por todas las razones ya indicadas, mal podría entenderse que las consecuencias económicas del proyecto materia de las cuestiones de constitucionalidad no comprometan o comprometerían la administración presupuestaria del Estado, ya que, de una u otra manera, sería en el presupuesto nacional donde debería preverse la atención de los gastos que desencadenaría el referido traslado; 12. Que de tal manera y acorde con todo lo consignado precedentemente, forzoso se hace concluir que el artículo único del proyecto de ley que motiva este requerimiento adolece de inconstitucionalidad porque infringe los arts. 62, en sus incs. 3° y final, y 64, en su inc. 4°, de la Carta Fundamental, por no indicarse en él un financiamiento que demostrare que sus consecuencias resultarían ajenas a la administración presupuestaria del Estado, lo que lo hace, consiguientemente, entrar en el ámbito de tal administración sin la iniciativa constitucionalmente reservada al presidente de la República, ni indicar fuente alguna de recursos para atender los no previstos gastos que originaría" (rol 242, del 12/8/1996).

rable de la institución a través de la cual se recaude el nuevo ingreso (art. 67, letra f[34]). El Congreso puede solamente disminuir, aceptar o rechazar gastos, préstamos, servicios, empleos, emolumentos, beneficios y demás iniciativas que proponga el presidente de la República[35, 36 y 37].

Finalmente, en la participación del Congreso, cabe agregar la existencia de acuerdos políticos logrados entre el Ejecutivo y sectores políticos representados en el Congreso, con el objeto de obtener su apoyo al proyecto de presupuesto, que establecen compromisos no vinculantes para el gobierno, destinados a realizar estudios, análisis y proponer planes destinados a fortalecer la eficiencia y rentabilidad social de los proyectos financiados por el presupuesto[38].

La Constitución indica que, por norma general aplicable a todo proyecto de ley, el debate legislativo deber ser concentrado y excluyente de intervenciones parlamentarias misceláneas, estableciendo que durante la tramitación de él, que "en ningún caso se admitirán las (adiciones o correcciones) que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"[39 y 40].

[34] Art. 65, inc. final, CPR. Cea Egaña señala que "por vez primera se aplicó el art. 64 de la nueva Constitución (actual art. 67), con excepción de su inciso final, en la ley 18.073, publicada en el Diario Oficial el 1/12/1981, que contiene el presupuesto de la Nación para 1982" (CEA EGAÑA, José L., *Tratado de la Constitución de 1980*, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1988 en cita al pie 88, p. 176).

[35] Un tema pendiente técnicamente ha sido planteado por el economista Ronald Fischer, de la U. de Chile, al señalar que respecto de las concesiones "sus costos no quedan reflejados bien en la contabilidad fiscal", y agrega: "Desde un punto de vista político, ése es uno de los atractivos de las concesiones, ya que permiten gastar en infraestructura usando pocos recursos del presupuesto anual. Esta ficción contable tiene la ventaja adicional de limitar la supervisión de gastos del Congreso. El problema —agrega el autor— es que el país pierde la flexibilidad para ajustar el gasto de ser necesario, ya que los pagos a los concesionarios no pueden interrumpirse por una crisis", en el artículo de opinión: "No más concesiones (por ahora)", en el diario *La Segunda*, del martes 23/6/2009, p. 20.

[36] En el mismo sentido, respecto de la Constitución de 1925, A. Silva Bascuñan, señala que esta ley "presenta más bien los rasgos de una autorización anual", atendido el marco estrecho en que el Congreso puede moverse (*Tratado de derecho constitucional*, cit., p. 327).

[37] En materia de gastos variables, el art. 44, nro. 4°, establecía la posibilidad de modificar los gastos variables, pero sólo a iniciativa del presidente para su aumento.

[38] Representan sin duda un importante instrumento de colaboración legislativa entre partidos y grupos políticos representados en el Congreso y el Ejecutivo, con objeto de mejorar la calidad de las políticas públicas: así, Protocolo de 17/11/2008 y Protocolo Adicional de 25/11/2008.

[39] Art. 69, CPR. Sobre su alcance sentencia del Tribunal Constitucional, 14/6/2004, rol 410, citado por PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Constitución Política...*, cit., p. 131.

[40] De acuerdo con el Tribunal Constitucional, consid. 7°: "Que el requerimiento impugna la citada norma legal por una razón de forma, ya que es producto de una indicación que excede la idea matriz de la Ley de Presupuestos, y, por razones de fondo, consistentes éstas en vulnerar derechos garantizados constitucionalmente a los funcionarios públicos, cuales son la libertad de conciencia, el derecho de reunión, la igualdad ante la ley, el respeto de la vida privada y la libertad de opinión". Posteriormente agrega el mismo alto tribunal: "9°. Que habiéndose impugnado primeramente el precepto contenido en la segunda parte del art. 24 del Proyecto de Ley de Presupuestos de 2008 por ser producto de una indicación que excede la idea matriz de esta ley, debe recordarse brevemente qué doctrina ha sustentado este tribunal sobre la materia". Así, en sentencia reciente de 13/6/2007, rol 786, luego de recordar en el consid. 16: "Que, de conformidad con

III. EL PROCEDIMIENTO DEL PRESUPUESTO

En general, "los presupuestos de la Administración Pública" deben tener por Cámara de origen exclusivamente la Cámara de Diputados[41].

El presidente de la República posee la iniciativa exclusiva para proponer el Proyecto de Ley de Presupuesto[42], y debe hacerlo con al menos tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir (esto es, el 1 de enero de cada año[43]).

La Ley de Presupuesto no se encuentra sujeta a ningún quórum especial en su aprobación[44].

La ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional señala: "El Proyecto de Ley de Presupuestos será informado exclusivamente por una comisión especial, que se integrará con el mismo número de diputados y de senadores que establezcan las normas reglamentarias que acuerden las Cámaras. Formarán parte de ella, en todo caso, los miembros de sus respectivas comisiones de hacien-

---

lo que dispone el art. 69, inc. 1°, de la Constitución, los proyectos de ley pueden ser adicionados o corregidos en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, siempre que tales adiciones o correcciones tengan relación directa con sus ideas matrices o fundamentales", añade que "la jurisprudencia de este tribunal ha precisado que la voz 'indicación', referida a un proyecto de ley, comprende, para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación" (sentencias rol 259, consid. 16, y rol 719, consid. 21), y que "Congruente con lo expresado, el art. 24, inc. 1°, de la ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, precisa que sólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto". Como es sabido y de acuerdo con lo establecido en el art. 23, inc. 3°, de la misma ley 18.918, "se considerarán como ideas matrices o fundamentales de un proyecto aquellas contenidas en el mensaje o moción, según corresponda", razón por la que "las indicaciones que tienen relación directa con las mismas son las que guardan con las primeras no sólo una vinculación inmediata sino que, además, sustantiva" (sentencia rol 786, consid. 17); y, finalmente, resuelve que "12. Que, como se aprecia, no hay obstáculo para que en la ley anual de presupuestos se incluyan normas sobre materias relativas a su ejecución o a la administración financiera del Estado..." (rol 1005-2007, del 24/12/2007. Hay fallo de minoría).

[41] Art. 65 inc. 2°, CPR. En los mismos términos en la Constitución de 1925, art. 45, inc. 4°.

[42] Art. 65.3, CPR. El mensaje presidencial 829-356, del 29/9/2008, contenía el Proyecto de la Ley de Presupuestos de 2009.

[43] Art. 67, inc. 3°, CPR. En la Constitución de 1925, eran cuatro meses de antelación, conforme al art. 44, nro. 4, de la misma Carta Magna.

[44] Respecto del aumento en la partida presupuestaria de una empresa pública, se discutió si aplicaba el quórum calificado que para dichas actividades requiere la Constitución: "Consid. 6°. Que de los considerandos precedentes es forzoso concluir que no ha habido violación al art. 19, nro. 21, de la Carta Fundamental, con el proyecto de ley en análisis, puesto que cuando en el presupuesto de la Nación se contempla una partida para que el servicio público Corporación de Fomento de la Producción reciba una suma de dinero destinada exclusivamente a aumentar el capital accionario de una sociedad anónima, de la cual es su principal accionista, no está el Estado generando una nueva actividad empresarial ni participando en ella ya que la empresa beneficiaria de este aumento, Enacar SA, mantiene su misma actividad y objeto social, por lo que no resulta aplicable el quórum calificado para la aprobación de la ley que así lo autorice" (rol 249, del 4/11/1996).

da. La comisión será presidida por el senador que ella elija de entre sus miembros y deberá quedar constituida antes del término de la legislatura ordinaria.

"Esta comisión especial fijará en cada oportunidad sus normas de procedimiento y formará de su seno las subcomisiones que necesite para el estudio de las diversas partidas del proyecto sin sujeción en ellas a la paridad de que trata el inciso anterior".

Y el art. 24, de la misma ley, expresa que "en la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento".

El inc. 2° del art. 36 dispone: "El proyecto de Ley de Presupuestos aprobado por el Congreso Nacional podrá ser observado por el presidente de la República si desaprueba una o más de sus disposiciones o cantidades. Sin embargo, la parte no observada regirá como Ley de Presupuestos del año fiscal para el cual fue dictada a partir del 1 de enero del año respectivo"[45].

Finalmente, el art. 26 señala que las normas de este artículo y de los arts. 27, 28 y 29 no se aplicarán a la tramitación del Proyecto de Ley de Presupuestos, el que deberá ser despachado en los plazos establecidos en la Constitución Política, con la preferencia que determinen los reglamentos de las Cámaras.

Por su parte, el Reglamento de la Cámara de Diputados se refiere al tema en los arts. 173 a 182. El art. 180, inc. 1°, señala: "La aprobación general del Proyecto de Ley de Presupuestos importa por sí sola la aprobación de todos los gastos fijos, entendiéndose por tales los que deban su origen a leyes especiales o generales de efectos permanentes".

Como sabemos, el proyecto presentado por el presidente rige como el presupuesto nacional, si el Congreso no lo despacha dentro de los sesenta días posteriores a su presentación (art. 67, inc. 1°, CPR). Esta norma se encuentra inspirada, sin duda, en el trágico episodio histórico que, formalmente, desencadenó la revolución de 1891, en la cual el presidente José Manuel Balmaceda, en ejercicio, dio por aprobado el presupuesto del año anterior ante la renuencia del Congreso a prestar su aprobación al presentado en esa oportunidad[46].

[45] El art. 53 de la ley 18.918, citada, establece: "La Ley de Presupuestos de la Nación deberá consultar anualmente los recursos necesarios para el funcionamiento del Congreso Nacional, sujetándose a la clasificación presupuestaria común para el sector público". Otras normas pueden consultarse en el Reglamento del Senado, especialmente en sus arts. 28, 44, 187 y 207 a 211.

[46] Como nos dice SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, cit., ps. 315 y 316, la Carta de 1833, disponía que "las contribuciones se decretan por el tiempo de dieciocho meses" (art. 37, nro. 3°) y agregaba: "Se distinguía, por lo tanto, la legislación permanente, que determinaba el respectivo tributo, de la autorización periódica, que permitía cobrarlo, de modo que, sin ésta, el Ejecutivo quedaba impedido de recaudarlo". Y precisa: "llegó el 1 de enero de 1891, sin que el presupuesto para este año fuera aprobado por las Cámaras, y como el presidente Balmaceda dictó un decreto ordenando regir el presupuesto del año precedente, ello fue origen inmediato de la revolución" (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, cit., p. 322).

Como se observa, la enfática asignación al presidente de la iniciativa de proyectos de ley para ingresos y gastos, y la regulada participación del Congreso para aceptarlos o rechazarlos, configura claramente la preeminencia del Poder Ejecutivo en la marcha económica de la Administración.

IV. LOS PRINCIPIOS DEL PRESUPUESTO

a) Principio de legalidad

1. Introducción

Conforme al art. 6° de la carta constitucional, "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República". Y el art. 7° señala que "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

"Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

A propósito del requerimiento de doce senadores, relativo a diversas modificaciones presupuestarias realizadas por el Ejecutivo[47], sin presunta habilitación legal, el Tribunal Constitucional, en su sent. del 26/4/1997, piedra basal del derecho presupuestario chileno, rol 254, consids. 18 y 19 señala:

"18. Que, el principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica, ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico. Es, en definitiva, la herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas.

"La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador. En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco su normativa reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos.

"En esta contingencia, el otorgamiento al Ejecutivo de facultades de ejecución resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal.

[47] Tales como la autorización de gastos no aprobados por el Congreso Nacional; el aumento del monto de gastos determinados aprobados por el Congreso Nacional por una cantidad inferior; la modificación de la estructura del presupuesto creando subtítulos de gastos sin la aprobación del Congreso Nacional y el incremento de los montos de gastos limitados en las glosas presupuestarias que contemplan las leyes respectivas.

"Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina de que el Ejecutivo es el órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar esta ley.

"19. Que, en esta línea de argumentación, el presidente de la República está habilitado para efectuar, vía decreto, determinadas adecuaciones al presupuesto nacional y —aún más— se encuentra facultado por la Constitución y la ley para ordenar mayores gastos que los contemplados por la Ley de Presupuestos.

"Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos, o no rígidos o absolutos, porque es la propia Constitución la que habilita al legislador para obrar así, concretamente, en el art. 32, nro. 22".

Y agrega en el mismo fallo, "24. Que el análisis de las normas que regulan el presupuesto nos permite concluir:

"A) Que el presupuesto general de la Nación es materia de ley, encontrándose así consagrado a su respecto el principio de reserva legal. Sin embargo, esto no puede llevar a desconocer que atendida su propia naturaleza, dicho principio recibe una aplicación atenuada y flexibilizada;

"B) Que, por su naturaleza, la Ley de Presupuestos dura un año y, por lo tanto, a su vencimiento deberá impulsarse nuevamente el mecanismo para la dictación de la próxima;

"C) Que la reserva de ley, en materia presupuestaria, está complementada por las normas legales citadas en esta sentencia, que autorizan el uso de la potestad reglamentaria para colaborar en la aplicación concreta de su normativa para que ella logre su plena eficacia, y

"D) Que la ley remite al ejercicio de la potestad reglamentaria, la operación de la Ley de Presupuestos, con lo cual se produce la trilogía Constitución, ley y decreto".

El dec.-ley 1263 refuerza la legalidad del presupuesto en los incs. 2° y 3° del art. 25, al establecer que sólo por ley puede autorizarse el incremento de las sumas globales de gasto, previa habilitación de la misma ley de presupuesto, así como el traspaso de fondos entre Ministerios; el traspaso entre las diferentes partidas del presupuesto; los aportes a las empresas del Estado y la concesión de aporte fiscal a las municipalidades. Otras modificaciones presupuestarias, pueden realizarse por decreto del ministro de Hacienda[48].

Del principio de legalidad y su relación con otras normas constitucionales, que veremos a continuación, se colige su necesidad para establecer tributos, comprometer el crédito público, realizar la enajenación o cesión de bienes públicos.

[48] Según el art. 26, CPR, en concordancia con el art. 70, dec.-ley 1263.

2. Los tributos

La Constitución, al entregarle al presidente de la República la iniciativa exclusiva para establecer tributos[49] y determinar que dichas iniciativas requieren de ley[50], guarda armonía con el mandato del art. 19, nro. 20, que señala que la Constitución asegura a todas las personas "La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas".

3. Responsabilidad financiera estatal

El principio de legalidad se expresa como exigencia general en el art. 63, nro. 8°, que precisa la necesidad de ley para autorizar "la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades".

4. Préstamos

En relación con los préstamos o empréstitos, los que autoricen a endeudarse al Estado, sus organismos o las municipalidades, son materias de ley (art. 63, nro. 7°[51]). La fuente para el servicio de tales deudas debe indicarse en la misma ley y el destino del préstamo debe ser un proyecto específico. La contratación de préstamos que excedan el período presidencial requiere una ley de quórum calificado.

5. Enajenación o concesión

Asimismo, la enajenación, el arriendo o la concesión de bienes del Estado o de municipalidades, también es materia de ley[52].

[49] Art. 65, inc. 4°, CPR.

[50] Art. 63, nro. 14, CPR. Respecto del tema, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26/4/1997, rol 254, citada por PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Constitución Política...*, cit., p. 469.

[51] En la Constitución de 1925, art. 44, nro. 2°, respecto de la cual señala A. Silva Bascuñan: "Se ha precisado, en mejor forma, el precepto de 1833 que prescribía ley para contraer deudas, reconocer las contraídas hasta el día y designar fondos con qué cubrirlas" (*Tratado de derecho constitucional...*, cit., p. 313). Según el art. 39, dec.-ley 1263, "Se entiende por crédito público la capacidad que tiene el Estado para contraer obligaciones internas o externas a través de operaciones tendientes a la obtención de recursos".

[52] Art. 63, nro. 10, CPR. Alejandro Silva Bascuñan nos señala al respecto que esta norma fue introducida en la Constitución de 1925, con la siguiente redacción: "sólo por ley se puede autorizar la enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades, o su arrendamiento o concesión por más de veinte años" (art. 44, nro. 3; *Tratado de derecho constitucional...*, cit., p. 312). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, consid. 19: "Que luego y en consecuencia, si respecto de los bienes del Estado sólo son materias de ley las que fijen las normas sobre su enajenación, arrendamiento o concesión, conceptos muy claros y precisos y definidos por la ley, y no otras,

6. El control

El control de ingresos, inversión y del límite establecido en la Constitución, está entregado a la Contraloría General de la República[53], a través del control de legalidad de las actos de la administración referidos a éstos[54 y 55].

7. Gastos

En relación con los gastos, las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedida por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago[56].

b) Otros principios

Respecto de los principios presupuestarios y tal como nos indica H. Corti, la certeza exige que la Ley de Presupuesto debe contenerse en una única ley

como su destinación o destino, es decir el que se les consigne, señale o aplique a un fin o efecto determinado, conforme fluye de la apreciación conjunta de la primera acepción del verbo destinar y de la cuarta significación del sustantivo destino dadas por el *Diccionario de la lengua española*, al regular el artículo transitorio cuestionado la forma en que el presidente de la República debe proceder en la destinación del inmueble del Congreso Nacional en Valparaíso, está inmiscuyéndose en una atribución propia y ordinaria del jefe del Estado y vulnerando, por ende, no sólo el art. 60 de la Constitución, porque está referido a materia que no es de dominio legal, sino que, además, el art. 7° de la misma, por cuanto invade una facultad que es de competencia reservada al Poder Ejecutivo" (rol 242, 12/8/1996).

[53] Art. 99, CPR.

[54] Arts. 98 y 99, CPR. En la Constitución de 1925, los incisos referidos fueron agregados al art. 21 por la ley 7727, del 23/11/1943, que indicaba en su inc. 1°: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades, de la beneficencia pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional, que serán juzgadas de acuerdos con sus reglamentos internos". Y su inc. 2°: "La Contraloría no dará curso a los decretos que excedan el límite señalado en el nro. 10 del art. 72 de la Constitución, y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la Cámara de Diputados", todo esto conforme SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado...*, cit., p. 310.

[55] Los títs. V y VI, del dec.-ley 1263, se titulan "Del sistema de control financiero" y "Del sistema de contabilidad gubernamental", respectivamente.

[56] Art. 100, CPR. La legalidad del gasto es reforzada por Cea cuando afirma: "La interpretación sistemática de todas las disposiciones citadas induce a sostener que con ellas ha quedado excluida la posibilidad de que se introduzcan gastos públicos no legislados. Además, puede decirse que ha sido recortada la discrecionalidad administrativa en la materia. En resumen, en su intención o espíritu ha sido terminante el constituyente al exigir decisiones responsables, adoptadas con conocimiento de los costos y beneficios que ellas implican" (CEA EGAÑA, José L., *Tratado de la Constitución de 1980*, cit., p. 176).

(unicidad), que separadamente (universalidad) contenga un cálculo de todos los gastos de todos los poderes y órganos públicos (generalidad), especificando las cantidades y finalidades de aquellos gastos (especificación cuantitativa y cualitativa)[57 y 58].

No obstante la mención plural del art. 6°[59], creemos que nuestra Carta Fundamental también establece la unidad del presupuesto y las exigencias de concentración, eficiencia y planificación que resultan evidentes en la administración financiera del Estado.

El Tribunal Constitucional ha señalado que "el Presupuesto es un instrumento de política fiscal que baraja la variable de ingreso y gasto público, lo que explica que éste contenga elementos de periodicidad, discrecionalidad y condicionalidad que lo distinguen de las leyes tradicionales[60]".

En el detalle de estos aspectos seguimos fundamentalmente a Jorge Precht.

1. Unidad

Para Jorge Precht P., "El principio de la unidad tiene en materia de ingresos una consagración constitucional como principio de no afectación de recursos"[61 y 62].

Para Alejandro Silva B., en cambio[63], respecto de la Constitución de 1925, "Se dudó durante la vigencia de la Constitución de 1833 si la ley anual de presupuestos debe considerarse como una sola legislación indivisible como un conjunto de tantas leyes diversas como son las autorizaciones que contiene", posición esta última en que se inscribe Jorge Huneus por él citado, y el mismo A. Silva Bascuñan, pero ahora respecto de la Constitución de 1980[64], citando en abono a su opinión la sentencia del TC de 26/4/1997, que sostuvo: "Que... el presupuesto

[57] CORTI, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, cit., p. 187.

[58] Nos parece sistemáticamente coherente lo que plantea Horacio Corti, que observa que estos principios denominados "principios presupuestarios" por la doctrina y corrientemente abordados como "reglas técnicas (no jurídicas) elaboradas por la ciencia financiera a los fines de elaborar un buen presupuesto...", deben ser "reinterpretados como aspectos jurídicos de la reserva legal, lectura que enfatiza la centralidad de la ley y una visión unificada, sistemática y constitucional del asunto" (CORTI, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, cit., ps. 186 y 187).

[59] El art. 65, inc. 2°, señala: "Las leyes sobre tributos de cualquier naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento".

[60] Sent. de 26/4/1997, rol 254, consid. 16.

[61] El art. 19, nro. 20, en su inc. 2° señala: "Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado", norma flexibilizada por la reforma de la ley 19.097, del 12/11/1991.

[62] "El presupuesto, la contabilidad y la administración de fondos estarán regidos por normas comunes que aseguren la coordinación y la unidad de la gestión financiera del Estado", art. 3°, inc. 1°, dec.-ley 1263, y agrega el art. 4° que todos los ingresos deben reflejarse en un presupuesto y todos los gastos deben estas contemplados en el mismo.

[63] SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, cit., p. 329.

[64] Sobre todo en el t. V de su *Tratado*, cit., edición del año 2000, p. 259.

es un instrumento de política fiscal que baraja la variable ingreso y gasto público, lo que explica que contenga elementos de periodicidad, discrecionalidad y condicionalidad que lo distinguen de las leyes tradicionales" (consid. 16[65]).

Se acepta por el texto constitucional que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional o que aquellos tributos que gravan actividades o bienes que tienen una clara identificación regional o local, puedan ser aplicados al financiamiento de obras de desarrollo por las autoridades respectivas, dentro de los marcos que la ley señale[66]. En el mismo sentido, el art. 19, nro. 22, inc. 2°, primera parte, expresa que "Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras"[67 y 68].

[65] Según el Tribunal Constitucional, "23. Que son razones históricas, doctrinarias y de texto las que permiten avanzar, como conclusión, que la Ley de Presupuestos se aparta en varios aspectos de las características y objetivos universalmente reconocidos a la ley. En efecto, resulta necesario buscar una explicación a las disposiciones vigentes que autorizan al poder administrador para que, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda efectuar adecuaciones al presupuesto consistentes en traspasos, incrementos, reducciones y otras modificaciones".

La historia nos muestra que la guerra civil de 1891, bajo el gobierno de Balmaceda, se originó en su disputa con el Congreso a raíz de la discusión de la Ley de Presupuestos. Dicha experiencia hizo que el constituyente de 1925 se cuidara de regular en forma exhaustiva el tema. La detenida regulación constitucional, que proviene del texto de 1925, procura evitar así lo que sucedió en el pasado, durante la vigencia de la Constitución de 1833, cuando con el pretexto del despacho de la Ley de Presupuestos, el Parlamento presionaba y ejercía influencia sobre el Ejecutivo".

Por su parte, respecto de la Constitución de 1980, debe ponerse de relieve, como lo destaca el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, que "todo lo relativo al presupuesto anual se encuentra sumido en el propósito sustancial de darle unidad de manejo tributario y financiero al sector público, entregando la responsabilidad de su formulación y ejecución al presidente de la República, como una de las manifestaciones del vigoroso presidencialismo consagrado en la Constitución de 1980" (rol 254, del 26/4/1997).

[66] Hasta la fecha, no sabemos de la existencia de este marco legal. En la actualidad, parte importante de la recaudación por el impuesto territorial, contenido en la ley 17.235, del 16/12/1998, se destina presupuestariamente a las municipalidades en que se ubican los bienes gravados. Por otro lado, las denominadas patentes municipales, gravamen a la actividad profesional, también posee uso y destino local, según el dec.-ley 3063, del 20/11/1996, sobre rentas municipales. Ello, sin perjuicio de la subsistencia de tributos anteriores a la Constitución que financian a la Superintendencia de Bancos, conforme al texto de la disposición transitoria 6ª, que establece que "sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. 3° del nro. 20 del art. 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas".

[67] De acuerdo con el TC, "Las diferenciaciones y la ampliación de las preferencias arancelarias a favor de Bolivia, en su carácter de país de menor desarrollo relativo, establecidas para superar las trabas de intercambio económico con ese país, manifiestamente no configuran diferencias arbitrarias, ni discriminación de esa índole en el trato que debe dar el Estado en materia económica, por cuanto aparecen revestidas de razonabilidad y fundamento plausible" (citado por PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Constitución política...*, cit., p. 239).

[68] Respecto de la finalidad de esta norma, según el Tribunal Constitucional: "2°. Que la norma constitucional del inc. 3° del nro. 20 del art. 19, de no afectación de un tributo a un destino determinado, si bien no fue precisada suficientemente en la historia fidedigna de su establecimiento, ha sido la doctrina nacional la que se ha preocupado de dar una explicación del precepto a través de su objetivo", señalando que la norma pretende evitar las dificultades que al manejo de las

Como contenido obligatorio de la Ley de Presupuestos, la Constitución establece que en el caso de franquicias y beneficios indirectos "la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos"[69].

2. Anualidad

Siempre siguiendo a Jorge Precht, el hoy art. 67, en relación con el art. 19, nro. 22, inc. 3°, y 65, inc. 3°, establece el principio de anualidad, si bien agrega que "salvo el art. 19, nro. 22, no se dice expresamente que el presupuesto debe ser anual"[70 y 71].

3. Universalidad

Respecto del principio de universalidad, el autor recién citado lo afinca en normas de jerarquía legal establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, dec.-ley 1263, de 1975[72]. Derivándolo del principio de servicialidad del Estado, Jorge Precht identifica el principio de flexibilidad en el art. 1° de la Carta Magna, en relación con los arts. 3° y 25 de la LOC 18.575 de Bases de la Administración del Estado.

---

finanzas públicas generarían un compromiso dado de antemano sobre el destino de los impuestos, pues "las necesidades para cuya satisfacción se destinan los recursos son esencialmente variables de año en año (FIGUEROA VALDÉS, Juan E., *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 107)". Es decir, lo que se señala y se desprende de una interpretación armónica de la norma, y es lo que el constituyente ha querido, es que no haya una relación absoluta dependiente y directa entre lo que se recauda por concepto de impuestos y el destino que se da a lo recaudado. Así, el constituyente quiere evitar un vínculo directo y subordinado de un tributo a un gasto determinado (rol 219, de 10/7/1995).

[69] Art. 19, nro. 22, inc. 2°, segunda parte, CPR. Jorge Precht identifica además la primera parte del art. 19, nro. 22, como el principio de no discrecionalidad administrativa.

[70] PRETCH PIZARRO, Jorge, "Principios jurídicos...", cit., p. 781. Sobre el tema, a propósito de la Constitución de 1925, Alejandro Silva B., indica que la Ley Orgánica de Presupuestos (ley 4520, del 9/1/1929), se dictó dentro de los principios de la Misión Kemmerer, texto refundido en el decreto del Ministerio de Hacienda del mismo número, publicado en el Diario Oficial con fecha 23/7/1951, posteriormente DFL 47, del 4/12/1959.

[71] Diversas normas del dec.-ley 1263 señalan que el ejercicio presupuestario coincidirá con el año calendario (art. 12, inc. 1°); que existirá un sistema presupuestario compuesto por presupuestos anuales, debidamente coordinados entre sí y por un programa financiero de tres o más años (arts. 5° y 9°). Excepcionalmente, estudios de inversión, ejecución de obras y adquisición de materiales (art. 19 bis); compromisos pendientes de pago a fin de año (art. 24) e ingresos o gastos aprobados en ejercicios anteriores o en el ejercicio presupuestario (art. 21) pueden incorporarse a un presupuesto posterior o asignarse a más de un presupuesto.

[72] PRETCH PIZARRO, Jorge, "Principios jurídicos...", cit.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL PRESUPUESTARIO ARGENTINO: VISIÓN HISTÓRICA Y ACTUAL

Por ADOLFO ATCHABAHIAN

I. ALGUNOS PROLEGÓMENOS CONSTITUCIONALES

Formas embrionarias de cuanto en el curso del tiempo se han constituido en partes esenciales del presupuesto —como instrumento vital inherente a la hacienda pública—, fueron conocidas en la Argentina desde los albores de la nacionalidad.

En puridad de verdad, esas formas recogieron —así sea con relativa precariedad formal, pero con auténtico sentimiento patriótico—, manifestaciones preexistentes a mayo de 1810, en torno al orden deseable para el manejo de la *cosa pública*. Ya en ese tiempo anterior ello se vio puesto de relieve, con algún énfasis, respecto del deber de rendir cuentas, por parte de la Real Hacienda, sobre la recaudación y administración de los recursos financieros percibidos en nombre de la Corona española. Las complejidades de todo orden, generadas en el devenir histórico, requirieron —a los fines de cumplir acabadamente con dichas actividades— adoptar mecanismos de control, inicialmente instituidos para los virreinatos del Perú, de Nueva Granada y de Nueva España, mediante ordenanzas promulgadas por Felipe III, el 24/8/1605, a fin de establecer sendos tribunales de cuentas para desempeñarse en lo que por entonces abarcaba la jurisdicción de cada uno de aquellos virreinatos.

En lo atinente a las provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán —dada la ineficacia del ejercicio del pertinente control de las cuentas por parte del tribunal limeño—, el 12/9/1767 se instituyó una Contaduría Mayor de Cuentas, para tener sede en Buenos Aires; en 1780 —o sea, después de ser creado el Virreinato del Río de la Plata, en 1776— esa Contaduría Mayor fue convertida en Tribunal Mayor de Cuentas, para ejercer funciones análogas a las de los demás tribunales actuantes en la América Hispánica[1].

[1] Sobre esta temática, recorrida en sus muchas transformaciones, ilustra con singular amplitud el trabajo de ASPELL DE YANZI FERREIRA, Marcela, "Los tribunales de cuentas en tiempos indianos. El control del gasto público", *Tribunales de Cuentas*, t. II, publicación del Honorable Tribunal de Cuentas de la Municipalidad de Córdoba, Marcos Lerner, Córdoba, 1993, ps. 201/283.

Todo cuanto, en muy prieta síntesis, acabamos de reseñar, se refiere —como es muy obvio— al seguimiento de la conducta observada por los funcionarios encargados de la percepción de los ingresos públicos, pero nada de ello comprendía la decisión sobre la autorización para realizar los gastos en los cuales procedía utilizar esos ingresos. En realidad, determinar qué clase de ingresos se habrían de obtener y a qué gastos se los habría de dedicar eran medidas que emanaban fundamentalmente de la voluntad del monarca.

Hacia la época a cuyo respecto ahora aludimos, el encauzamiento normativo más trascendente vino dado, por obra de Carlos III, el 28/1/1782, con la "Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires". Muy fundadamente, por cierto, afirma María Laura San Martino de Dromi sobre ese particular: "Este gran Código de fines del siglo XVIII será la primera Constitución política y administrativa para las regiones del Plata", "una auténtica Constitución política de las autonomías regionales durante la época virreinal", "pues consta de un 'preámbulo' que precede al articulado", "contiene además declaraciones y derechos, la organización de las instituciones y la distribución de sus competencias"[2].

Esa minuciosa legislación atiende a la anteriormente señalada inquietud de preservar la correcta percepción de los ingresos públicos, mediante preceptos como los contenidos en sus arts. 23 a 27, 29, 31 a 34, 41 a 43 —comprendidos en la *Causa de Hacienda*—, destinados a regular las funciones de la Junta Superior de Real Hacienda, a disponer la creación de una Contaduría General en Buenos Aires, y a prever sobre la administración relativa a los *propios*, *arbitrios*[3] y *abastos públicos*, como recursos principales de los Cabildos; a esos ingresos se sumaban las *alcabalas reales*, las rentas por los estancos del tabaco, la pólvora y los naipes, así como también el papel sellado y los diezmos, recaudados durante el virreinato.

Además, el art. 27 de la Real Ordenanza encomendaba a los intendentes "elaborar un presupuesto o reglamento particular para el manejo de propios y arbitrios de cada pueblo, bajo los principios de austeridad y contención de los gastos públicos"[4].

Es digno de ser destacado, por otro lado, que el art. 28 contemplaba la preparación de un "presupuesto de gastos", dentro del cual se proveyese el detalle de las diversas partidas de gastos, y a tal efecto "podrá el intendente fijar una

---

En cuanto concierne a la evolución observada en el ordenamiento normativo para toda esta materia, dentro del derecho indiano, TAU ANZOÁTEGUI, Vicente, *Casuismo y sistema*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, es obra de inestimable consulta.

[2] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales argentinos*, Ciudad Argentina, Madrid, 1994, ps. 24, 43, 47, 51, 52 y 68.

[3] El alcance y el significado de cada uno de estos tributos son explicados en ASPELL DE YANZI FERREIRA, Marcela, "Los tribunales...", cit., ps. 272/273.

[4] Así reza la glosa del mencionado art. 27, ver SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., p. 74.

cantidad ya prevista para el pueblo de indios y otra para el pueblo de españoles, cuando no alcance lo presupuestado".

Para coadyuvar al financiamiento de tales gastos, el art. 45 preveía los porcentajes que —del producto de los *propios* y *arbitrios* y de los *bienes de la comunidad*— se han de destinar para "abonar los gastos y los salarios de los contadores, tesoreros y oficiales".

Asimismo, los arts. 46 y 47 imponían el deber de preparar una cuenta sobre los gastos de la administración, y una suerte de "cuenta de inversión" sobre el estado general de la intendencia, "descriptiva del estado general de propios y arbitrios y bienes de la comunidad", dirigido a la Junta Superior de Real Hacienda, para que esta última confeccionara otra cuenta por separado, comprensiva de todo el virreinato, a fin de remitirla al monarca, "informándole de cuanto creía conveniente para mejorar el manejo de los caudales públicos"[5].

La vastedad del universo legislativo, abarcado con grande profundidad y sabiduría, dentro de esta Real Ordenanza, guardó su reflejo en no pocos de los documentos emanados durante la gesta de la emancipación argentina. Así lo revela ya el 25/5/1810 el acta extendida por el Cabildo —previa a la que instrumentara la instalación de la Primera Junta gubernativa, presidida por Cornelio de Saavedra—, en la cual, entre otros compromisos asumidos por sus integrantes, se hace constar, como cláusula 8ª, que la Junta "ha de publicar todos los días primeros del mes un estado en que se dé razón de la administración de la Real Hacienda"[6].

"Esa prescripción fue llevada a la práctica", señala José A. Terry[7], quien agrega: "En los libros oficiales de la época encontramos planillas de tesorería

[5] Afirma MARILUZ URQUIJO, José M., "La causa de hacienda", en *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1995, ps. 83/111: "En Buenos Aires la primera cuenta municipal de propios y arbitrios se erigió, según consta en las actas del Cabildo, a fines de 1785, y el primer reglamento de propios y arbitrios fue extendido por el entonces superintendente de Real Hacienda, Francisco de Paula Sanz. *Se ha señalado alguna vez que este reglamento, con su anticipado cálculo de recursos y de gastos, es el primer presupuesto elaborado en nuestro país*" (p. 110) (el destacado es propio).

[6] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., p. 1844. El acta arriba recordada también dispone que la Junta "no puede imponer contribuciones, ni gravámenes al pueblo o sus vecinos, sin previa consulta y conformidad de este Excmo. Cabildo". Asimismo Juan Bautista Alberdi vincula la precedente disposición del acta del 25/5/1810 —era su cláusula novena— a la influencia de la tradición inglesa consistente en dividir "el poder de crear los recursos y votar los gastos públicos, y el poder de recaudar, administrar y emplear esos recursos en los gastos designados" (ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Vaccaro, Buenos Aires, 1921, tercera parte, cap. V. p. 210).

La obra referida ilustra sobre un Proyecto de reforma a la Real Ordenanza de Intendencias, fechado en el año 1812 (ps. 1943 a 2001). También las modificaciones proyectadas sobre la *Causa de hacienda* aparecen dirigidas a reglamentar con el mayor detalle las disposiciones contenidas en la Real Ordenanza sobre aspectos operativos atinentes a la materia hacendística (ps. 1976 a 1999).

[7] TERRY, José A., *Finanzas* (la publicación reúne los apuntes taquigráficos de sus conferencias dictadas en la Facultad de Derecho, como catedrático de la materia), Imprenta de M. Biedma e Hijo, Buenos Aires, 1898, p. 69.

que comprenden únicamente las entradas en dinero, las salidas en dinero y la existencia de caja".

En los años sucesivos a 1810, otras expresiones normativas fueron reveladoras del particular cuidado con el cual las autoridades procuraban velar por el buen orden en la percepción de tributos. Así surge de lo dispuesto en 10/2/1811 por aquella Primera Junta, al crear las Juntas Provinciales; la cláusula 14ª ordena que éstas, a los fines de actuar "en favor de la defensa general", habrán de meditar y calcular "los recursos de cada ciudad en razón de los auxilios de que sean capaces, y propondrán los medios y arbitrios extraordinarios, que podrán tocarse al efecto"[8].

Por su parte, la Soberana Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, instalada el 31/1/1813 —tan recordada en nuestra historia como Asamblea del año XIII—, emitió el 27 de febrero siguiente el denominado Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo, para el cual estableció, en el párr. 5° referente a las facultades de que lo consideró investido, lo siguiente: "Administrar las rentas del Estado, y ejercer la superintendencia de las fábricas de moneda"[9].

En vísperas de ser iniciadas las sesiones de la mencionada Asamblea del año XIII, se conoció, el 27/1/1813, el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata[10]. Lo precede una Declaración de los derechos y

[8] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., p. 1874. La p. 1921 de esta obra señala que el 23/12/1811 fueron suprimidas tales Juntas provinciales.

[9] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2018/2020; RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas constituyentes argentinas*, t. I, 1813-1833, Talleres SA Casa Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937, ps. 16/17, en su calidad de director del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires registra tal antecedente de la Asamblea del año XIII.

[10] Este proyecto aparece referido por RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. VI, segunda parte, ps. 623 a 633, mientras que sus ps. 633 a 638 remiten al Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud, aludido hacia el final de esta nota. La obra citada en nota 2 hace especial mención, entre sus ps. 2089 y 2156, de otros tres proyectos de Constitución, todos ellos fechados en el año 1813, que en cuanto a temas atinentes a nuestro estudio, vierten las propuestas indicadas en la siguiente reseña:

a) Proyecto de Constitución de la Comisión *Ad Hoc*.

– Cap. 9°, art. 3°: sólo la Sala de Representantes podrá proponer los proyectos de contribuciones, o los aumentos en las ya impuestas.

– Cap. 14, "De las facultades del Congreso"; éste "tendrá poder":

Art. 1. "Para señalar las cuotas y contingentes con que han de contribuir los pueblos, imponer derechos... Pero todos los derechos han de imponerse en exacta proporción de la población y riquezas de cada una.

Art. 15. "Al Congreso corresponde exclusivamente la aprobación de los impuestos municipales que las municipalidades juzguen conveniente establecer en su territorio".

Art. 16. "A él corresponde aprobar las distribuciones de los impuestos generales que se hagan a las provincias, y las que las municipalidades hagan en sus territorios".

Art. 18. "Examinar y aprobar las cuentas de la inversión de caudales públicos y hacer efectiva la responsabilidad de los empleados en la administración".

Art. 22. "No podrá imponer derechos sobre artículos exportados de cualquier provincia".

Art. 23. "No podrá imponer capitación ni otra cualquiera contribución directa, sino en proporción a los censos y razones estadísticas mandadas formar por la presente Constitución".

de los deberes del hombre en sociedad: su pto. 4° proclama: "Toda contribución se establece para utilidad común; ella debe repartirse igualmente entre todos en razón de sus facultades" (esta última expresión remeda fielmente uno de los cánones de la tributación, pronunciados por Adam Smith en su *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, publicada en 1776, evidentemente conocida por nuestros patriotas). En el cap. 7° del proyecto, titulado Del Cuerpo Legislativo, el art. 73 atribuye a la sala de Representantes el derecho exclusivo de formar los proyectos de ley sobre contribuciones, subsidios y cualesquiera impuestos para sostener los gastos del Estado; y el art. 74 dice que igualmente corresponde a esa sala examinar, aprobar y publicar las cuentas del gasto anual de los fondos del Estado.

Al referirse a *las facultades del Cuerpo Legislativo*, en ese cap. 7°, el art. 88 reitera de alguna manera el principio antes establecido en el proyecto, al afirmar: "Todas las contribuciones se harán en proporción a la población y riqueza de cada provincia", como también que le compete "arreglar el sistema de las rentas del Estado en todos sus ramos", al igual que "fijar las distribuciones de los impuestos generales en las respectivas provincias". Por el art. 99, el Cuerpo Legislativo "no podrá imponer capitación, ni contribución directa, sino en proporción a los censos y facultades de los contribuyentes".

Durante los años siguientes a 1813, en medio de las agudísimas incertidumbres para preservar la emancipación nacional proclamada en mayo de 1810, se presentaron varios escenarios en cuyo transcurso fueron notables los muy encomiables esfuerzos para superar las muchas vicisitudes de naturaleza institucional —internas y externas— que por entonces comprometían la suerte de la epopeya emancipadora.

Procede destacar, entre esos esfuerzos, los intentos para procurar la adopción de un plexo normativo adecuado —sea en forma de reglamento, de estatuto o de constitución— para encauzar la vida de la naciente Nación y el acontecer

b) Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica.

– Cap. 11, titulado "De las atribuciones del Congreso": su art. 87 le otorga la facultad "de establecer las contribuciones, derechos de alcabala de cualesquier género, aunque sean provisionales y arreglar el modo o método de recogerlas"; en su art. 90 preveía: "El Congreso no hará tributario ninguno particular ni podrá imponer derechos y alcabalas que no sean reguladas por la población y el comercio del país, guardando igualdad y proporción con las demás".

Art. 94. "Las exportaciones comerciables que se hiciesen para puertos extranjeros no se gravarán con una contribución perpetua y el Congreso sólo podrá imponerla por tiempo limitado, si una causa accidental las hiciese perjudiciales".

c) Proyecto de Constitución de carácter federal

Art. 25. "Toda ley para levantar rentas tendrá su origen en la Sala de Representantes; pero el Senado concurrirá con sus reparos como en cualquier ley".

Art. 29. "Ninguna provincia establecerá algunos impuestos, o derechos que puedan chocar con algunas estipulaciones, tratados hechos, por las Provincias Unidas juntas en Congreso, con algún rey, príncipe o Estado".

Art. 35. "El Congreso tendrá poder para imponer tasas, derechos, impuestos y sisas, pero todos los derechos, impuestos y sisas serán iguales en todas las Provincias Unidas".

de sus ciudadanos. En ese orden de ideas fue preparado, por diferentes cuerpos deliberativos:

(i) el *Estatuto Provisorio*, que aparece fechado el 5/5/1815[11];

(ii) el *Estatuto Provisional*, que data del 22/11/1816[12], de estructura similar —con articulado más detallado— al precedente *Estatuto Provisorio*, cuyos lineamientos mantiene, salvo prestar una atención algo mayor, aunque limitada, a las facultades del Poder Legislativo; en cuanto a las del Poder Ejecutivo le otorgaba, por un lado, *superintendencia general en todos los ramos de Hacienda, casas de moneda, bancos, minería, azogues, correos, puestos y caminos*, y, por otro lado, disponía que aquél "no podrá imponer pechos, contribuciones y empréstitos, ni aumentos en derechos de ningún género, directa ni indirectamente, sin previa resolución del Congreso". Separadamente, el *Estatuto* creaba al Poder Ejecutivo la obligación de remitir "cada seis meses a la representación nacional una razón exacta de las entradas de todas las cajas del Estado y municipalidades de los pueblos en numerario, especies y créditos activos, como también de las inversiones, existencias y deudas";

(iii) el *Reglamento Provisorio sancionado por el Soberano Congreso de las Provincias Unidas de Sud-América, para la dirección del Estado*, "mandado observar entre tanto se publica la Constitución", fechado el 3/12/1817[13]: lo produjo el referido Congreso de Tucumán, que se había trasladado a Buenos Aires en mayo de 1817; contenía iguales previsiones a las del anterior *Estatuto Provisional*, en cuanto a las facultades y límites del Poder Ejecutivo. Aquella información que, según el *Estatuto Provisional* de 1816, el Poder Ejecutivo debía remitir cada seis meses a la representación nacional, este *Reglamento* de 1817 la establecía para ser cumplida *cada año*;

(iv) el *Proyecto de Constitución*, del 25/5/1818, emanado del precitado Congreso General Constituyente de 1816-1819[14], cuyo contexto general resulta bastante cercano al que por entonces empezó paulatinamente a tomar forma y regir para los cuerpos análogos en la era constitucionalista; sus arts. 9°, 30 y 85 se vieron reproducidos en sendas normas de la Constitución de 1819, a las cuales nos referimos en el siguiente apartado;

(v) el *Proyecto de Constitución*, del 25/5/1818, fue convertido, el 22/4/1819, en lo que el Congreso mencionado en el apartado anterior denominó

[11] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2174/2213. LAFONT, Julio B., *Historia argentina*, FVD, Buenos Aires, 1942, p. 211, sostiene al respecto: "El Estatuto es una copia del proyecto redactado por Monteagudo en 1813, a nombre de la Sociedad Patriótica", al cual aludimos en nota 10, como acápite b).

[12] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2216/2258.

[13] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2258/2298.

[14] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2298/2318.

"Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América"[15], grandemente basado —como era previsible— sobre las orientaciones del aludido Proyecto. Así, el art. VI de aquélla reproduce literalmente el art. 9° de este último, al disponer: "La Cámara de Representantes tiene exclusivamente la iniciativa en materia de contribuciones, tasas e impuestos, quedando al Senado la facultad de admitirlas, re(h)usarlas u objetarles reparos". Igualmente, el art. XXXIII de la Constitución repetía el art. 30 de aquel Proyecto, al fijar entre las atribuciones del Congreso: "Establecer derechos; y por un tiempo que no pase de dos años, imponer para las urgencias del Estado contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio". Asimismo, el art. XLIII reiteraba el art. 42 del Proyecto, pues determinaba como atribución del Congreso: "Recibir anualmente del Poder Ejecutivo la cuenta general de las rentas públicas, examinarla y juzgarla". El art. 85 del Proyecto, en cuanto incorporara, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, en forma muy general, *todos los objetos y ramos de Hacienda*, tenía su correlato en el art. LXXXIII de la Constitución. Ésta fue rechazada por casi todas las provincias, ante la definida orientación unitaria consagrada en su texto.

Lo antes expuesto sobre los preceptos de la Constitución de 1819 permite observar que, en sentido estricto, ella no fue pródiga en cuestiones vinculadas con la materia de nuestro estudio. Entonces, al margen del respaldo constitucional en el cual pudiera verse apoyada, interesa poner de relieve que, mientras estuvo en vigor esa Constitución, adquirió grande significación la reforma financiera encarada durante el gobierno de Martín Rodríguez en la provincia de Buenos Aires (años 1821 a 1824), en que su ministro de Hacienda, Manuel José García, propuso instituir la práctica de elaborar presupuestos anuales de ingresos y de gastos para la provincia.

En tal sentido, la Legislatura sancionó la ley del 5/9/1821, por la cual ella se reservó el derecho tanto para la autorización de los gastos como para la creación de tributos, junto con obligar al gobierno a presentar, al final de cada año, un cálculo de ingresos y gastos para el período del presupuesto siguiente[16].

Además, por leyes del 24/12/1821 y del 19/12/1822, se prohibieron las inversiones de fondos en destinos distintos de los especificados por la Legislatura, como también se dispuso que el gobierno no podía excederse legalmente del

[15] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2318/2338. En las ps. 2339/2359 se reproducen el texto del extenso Manifiesto emitido por el Soberano Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sud América al dar la Constitución: en el desarrollo de aquel documento aparecen crudamente descriptos los avatares creados por las aciagas circunstancias en medio de las cuales discurrieran los nueve años de la vida del país, desde los tiempos de su emancipación en mayo de 1810. Esta Constitución no contiene un capítulo referente a la forma de gobierno adoptada —a diferencia de la Constitución de 1826—; pero dicho Manifiesto, al dar cuenta de las diversas estructuras gubernativas que la Constitución desecha, pone de relieve la orientación unitaria de ésta, al decir que ella no sigue *ni la Federación complicada de algunos Estados*.

[16] TERRY, José A., *Finanzas*, cit., p. 92, reproduce el texto completo de esa ley del 5/9/1821.

presupuesto, salvo con autorización especial de aquélla. Sin embargo, frecuentemente se hacía caso omiso de tal requisito[17].

Concluido el mandato de Martín Rodríguez, asumió el cargo de gobernador de la provincia de Buenos Aires el general Gregorio de Las Heras, y durante su periodo se reunió, desde el 16/12/1824, la asamblea que adoptó la denominación de Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata; éste aprobó, el 23/1/1825, la llamada Ley Fundamental, que contó con el apoyo de todas las provincias, dado que ese documento les permitía regirse interiormente por sus propias instituciones hasta la sanción de la Constitución destinada a reorganizar el Estado: ella habría de ser "ofrecida a la consideración de las provincias, y no será promulgada, ni establecida en ellas, hasta que haya sido aceptada" (art. 6º).

La circular que el gobierno de la provincia de Buenos Aires, el 28/1/1825, dirigió a las demás provincias, sobre la Ley Fundamental impartió algunas directrices para éstas, tales como:

Primera: arreglar cada provincia su administración interior sobre un pie de estricta economía; esto es, que no se gaste más en administrar, que lo puramente necesario al buen servicio.

Segunda: publicar con exactitud los medios y recursos de la provincia y sus gastos, sin temor de que aparezca un déficit; porque el crédito no se perjudica tanto por el conocimiento de un déficit, que por el misterio por la incertidumbre y confusión.

Tercera: el establecimiento de impuestos con inteligencia y arreglo a los buenos principios, para que ellos perjudiquen lo menos posible a la acción productiva de la industria, que es la fuente de la riqueza pública y el fondo inagotable de las rentas.

Es de advertir que la recordada práctica iniciada en 1821 por el ministro Manuel J. García, sobre elaboración de un presupuesto anual para el gobierno, tuvo arraigo, pues la práctica continuó en lo sucesivo, como surge de la ley del 27/10/1825[18], que dispone sobre el Ministerio nacional, y en su art. 7º establece: "La suma que demande el cumplimiento de esta ley sea comprendida en el presupuesto general de gastos". Igualmente, la ley de 19/11/1825[19], conocida como

[17] BURGIN, Mirón, *Aspectos económicos del federalismo argentino*, Librería Hachette, Buenos Aires, 1960, ps. 75/84. El cap. V de la obra de NICOLAU, Juan Carlos, *La reforma económico-financiera en la provincia de Buenos Aires (1821-1825). Liberalismo y economía*, Fundación Banco de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1988, en especial ps. 93 a 102, relata en acertada síntesis la trascendencia de la acción ministerial de Manuel J. García, en el referido gobierno de Martín Rodríguez; TERRY, José A., *Finanzas*, cit., ps. 70/71, recuerda palabras de Manuel J. García en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, y añade que "la memorable administración de Martín Rodríguez había de inaugurar el primer presupuesto en estos pueblos del Río de la Plata".

[18] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2372/2373.

[19] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2374/2375.

de Duplicación de la Representación Nacional, en su art. 10 contiene una norma idéntica a la del precitado art. 7°: "La suma que demanda la ejecución de esta ley se incluirá en el presupuesto de gastos nacionales". No cabe dudas de que ello tiene su obvia explicación en el hecho de que durante el gobierno de Gregorio de Las Heras, siguió Manuel J. García en el ejercicio de funciones ministeriales.

Después de muchas vacilaciones, durante las sesiones del Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, los debates iniciados el 11/9/1826 finalizaron el 24/12/1826 con la aprobación de la Constitución de ese año[20]: según su art. 7°, "la Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana, consolidada en unidad de régimen"[21]. En la secc. cuarta, "Del Poder Legislativo", el cap. I, "Cámara de Representantes", dispuso que esta última "tiene exclusivamente la iniciativa en la imposición de contribuciones, quedando al Senado la facultad de admitirlas, rehusarlas y objetarles reparos" (art. 18[22]). Además, por primera vez, el capítulo relativo a las atribuciones del Congreso incluyó, entre ellas, la de "fijar cada año los gastos generales, con presencia de los presupuestos presentados por el gobierno" (art. 44), y, asimismo, "recibir anualmente la cuenta de inversión de los fondos públicos, examinarla y aprobarla" (art. 45[23]).

La primera de las normas mencionadas en el párrafo anterior da claramente a entender que la preparación del presupuesto ha de estar a cargo del Poder Ejecutivo, aun cuando ello no aparece consagrado expresamente en el texto constitucional, que sólo en su art. 96 ubica, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, "todos los objetos y ramos de Hacienda", como en otros textos constitucionales que precedieron al de 1826.

No obstante, la potestad de autorizar cuáles han de ser *los gastos generales* es otorgada al Poder Legislativo. Entre tanto, cabe entender que este último, al tiempo de examinar la cuenta de inversión, no aparece facultado para observarla, y dar su aprobación después de contar con las debidas aclaraciones sobre las partes observadas.

[20] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2406/2437, precedido del "Manifiesto del Congreso General Constituyente a los pueblos de la República Argentina". En RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. III, ps. 1192 a 1203, el texto íntegro de esta Constitución de la República Argentina forma parte del acta del 24/12/1826.

[21] Ese art. 7° dio lugar al más prolongado debate durante el Congreso General; fue votado en forma nominal, con 41 votos a favor y 11 en contra, registrados al finalizar la sesión celebrada el 4/10/1826 (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. III, p. 960).

[22] Este art. 18 repetía la fórmula del antes recordado art. VI de la Constitución de 1819, en cuanto al papel de la Cámara de Representantes, como cuerpo provisto de la exclusividad para iniciar los proyectos sobre contribuciones. Se lo discutió muy brevemente en la sesión del 10/10/1826 (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes* argentinas, cit., t. III, ps. 1013/1014).

[23] Estos dos artículos de la Constitución de 1826 fueron aprobados sin debate alguno en la sesión del 16/10/1826 (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. III, p. 1042).

Las peripecias del devenir nacional, inmediatamente posteriores a la Constitución de 1826, hicieron que no prosperase iniciativa alguna tendiente a proveer del necesario marco constitucional a la vida de las instituciones en el país, principalmente en razón del precepto consagrado en el antes recordado art. 7° de aquélla. En ese tiempo tal vez se creyó en la posibilidad de ver atenuados los temores de esa proclamación mediante lo afirmado en el texto del "Manifiesto del Congreso General Constituyente a los pueblos de la República Argentina", donde al hacer referencia a las previsiones constitucionales sobre la administración provincial se decía: "Quizá excedan las esperanzas de aquellos mismos pueblos, que buscaban exclusivamente en la Federación la garantía de sus intereses locales", como también se expresaba: "Vuestros representantes... han entresacado todas las ventajas del gobierno federal, separando sólo sus inconvenientes; y han adoptado todos los bienes del gobierno de unidad, excluyendo únicamente cuanto podía tener de perjudicial a los derechos públicos e individuales. Una simple y rigurosa federación sería la forma menos adaptable a nuestras provincias en el estado y circunstancias del país"[24].

Así arribamos, en cuanto tiene conexión con el desarrollo del presente trabajo[25], a las *Bases y puntos de partida para la organización política de la*

[24] Juan Bautista Alberdi dedica el apart. III de las *Bases* —citadas en nota 26— a las Constituciones ensayadas en la República Argentina, pero en realidad concentra su atención a la que fuera aprobada en 1826, y dice de ella, en el primer párrafo *in fine* de aquel apartado: "...es un antecedente que de buena fe debe ser abandonado por su falta de armonía con las necesidades modernas del progreso argentino". En párrafos posteriores fundamentó Alberdi esa afirmación de la manera siguiente: "El progreso material, la población, la riqueza, los intereses económicos, que hoy son todo, eran cosas secundarias para los legisladores constituyentes de 1826... La Constitución unitaria de 1826, copia confesada de una Constitución del tiempo de la guerra de la independencia (se refiere a la de 1819), carecía igualmente de garantías de progreso. Ninguna seguridad, ninguna prenda daba de reformas fecundas para lo futuro... Se ve que en cada una de esas omisiones, la ruidosa Constitución desatendía las necesidades económicas de la República, de cuya satisfacción depende todo su porvenir".

[25] Ello es así toda vez que, por más de veinte años precedentes, a la formulación de las *Bases*, según es lugar común expuesto en la historiografía nacional, la institución presupuestaria no tuvo marco de sustentación alguno, seriamente fundado en preceptos teóricos, ni tampoco asumió realización práctica en la acción de gobierno. Afirma Miron Burgin (BURGIN, Miron, *Aspectos económicos...*, cit., ps. 259/260): "Después de la caída del régimen de Rivadavia, la preparación del presupuesto se convirtió en una función muerta", como también que "las leyes del 5/9/1821 y del 19/12/1822 —arriba citadas— fueron abandonadas casi continuamente. Al principio la Legislatura insistió en conservar la fiscalización de los gastos, votando sumas globales para cada año fiscal. Pero como el gobierno no se ajustaba a las limitaciones señaladas, se fue dejando gradualmente esa práctica, y cuando Rosas comenzó su segundo período la Legislatura no trató de recuperar la inspección de los gastos públicos. Investido con la suma del poder público, Rosas tenía plena autoridad para conducir las finanzas de la provincia sin tener que consultar a la Asamblea... Los cálculos de gastos que Rosas incluía en su mensaje anual a la Junta no eran, hablando con precisión, verdaderos presupuestos. No cercenaban de ningún modo la libertad de acción del gobierno, quedando tácitamente entendido por las dos ramas, la ejecutiva y la legislativa, que si los gastos excedieran de los previstos, no se exigiría al gobierno que requiriera la aprobación de la Legislatura. Después de 1835, la Legislatura no consideró nunca con minuciosidad los gastos de la provincia. Sus actividades en este campo se limitaban a la aprobación más o menos superficial de las partes correspondientes incluidas en los mensajes anuales".

República Argentina, cuya primera edición se dio a conocer por Juan Bautista Alberdi en Valparaíso, durante mayo del año 1852; en julio del mismo año fueron acompañadas por un proyecto de Constitución, difundido al ser publicada, en la misma ciudad, la segunda edición de la obra[26].

El art. 8° del Proyecto de Constitución citado en el párrafo anterior preveía: "Los gastos de la Confederación serán sostenidos por un tesoro federal creado con impuestos soportados por todas las provincias", mientras que el art. 65 disponía: "A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y sobre reclutamiento de tropas".

En el art. 69 del Proyecto, dedicado al ramo de *finanzas y de hacienda*, los incs. 1°, 2° y 3° establecían, respectivamente, como atribuciones del Congreso:

– "Aprueba y desecha la cuenta de gastos de la administración de la Confederación";

– "Fija anualmente el presupuesto de esos gastos";

– "Impone y suprime contribuciones, y regla su cobro y distribución".

Respecto del Poder Ejecutivo, en el ramo de hacienda, como atribución 15 del art. 85, afirmaba que es "atribución del presidente hacer recaudar las rentas de la Confederación y decretar su inversión con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales".

Junto con la difusión del Proyecto de Constitución preparado por Juan Bautista Alberdi, el año 1852 fue escenario de otras iniciativas con idénticos propósitos. Una de ellas es la de Pedro de Angelis[27]: las peculiaridades de su texto —sobre todo en la forma, como también en su estructura, plagada de imprecisiones terminológicas y privado de léxico jurídico adecuado— no lo hacían un modelo apto, ya en su tiempo, de cuanto se concibiera como carta constitucional.

Sin embargo, en lo que concierne a la materia relativa al presente trabajo, escuetamente preceptuaba, en el art. 47, sobre "obligaciones y atribuciones del Congreso":

[26] ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 2ª ed., Estrada, Buenos Aires, [S.F.]. Esta edición de las *Bases* incluye el proyecto sobre Constitución de la Confederación Argentina, preparado por Alberdi en julio de 1852 (ps. 296 a 326). SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2441/2459.

[27] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2459/2482. Pedro de Ángelis, periodista de origen napolitano, hacia 1834 anunció la publicación de una *Memoria sobre el estado de la hacienda pública*, pero que vio la luz pública en forma fragmentaria; a ello se refiere Juan Carlos Nicolau en el cap. VII de *Rosas y García. La economía bonaerense (1829-35)*, Sadret, Buenos Aires, 1980, ps. 135/162, junto con el debate que suscitó la aparición parcial de dicha *Memoria*. Por otro lado, alguna otra información sobre Pedro de Ángelis provee también la polémica que mantuvo con Esteban Echeverría, a cuyo *Dogma Socialista* descalifica como *el parto de un cerebro trastornado* (PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Historia de la originalidad constitucional argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 42/50). Las *Cartas a don Pedro de Angelis editor del Archivo Americano*, publicadas en Montevideo, al correr el año 1847, forman parte de la edición de ECHEVERRÍA, Esteban, *Dogma Socialista y otras páginas políticas*, Estrada, Buenos Aires, 1948, ps. 185/270.

– "Fijar los gastos de la administración y aprobar los presupuestos que se le presenten" (inc. 13);

– "Decretar anualmente las contribuciones y los impuestos" (inc. 14);

– "Determinar la parte que cada provincia debe tomar en los gastos nacionales" (inc. 17);

– "Examinar y aprobar las cuentas del erario y de todas los administradores de caudales públicos" (inc. 19).

En la parte final del art. 48 de esa iniciativa, dentro de la sección sobre la formación de las leyes, estipulaba que los proyectos de ley "que versen sobre contribuciones o impuestos" no pueden ser iniciados "sino en la Cámara de Diputados".

En lo tocante a las atribuciones del presidente, el art. 84, inc. 8°, incorporaba entre ellas la de "decretar la inversión de los fondos asignados a cada ramo de la administración". Separadamente, el art. 86, se ocupaba de "lo que no puede hacer el presidente", y su inc. 8° rezaba: "Imponer contribuciones o aumentarlas sin el consentimiento del Congreso".

El proyecto de "Constitución de las Provincias Unidas del Río de la Plata", preparado por el ilustre convencional por Santiago del Estero, Dr. José Benjamín Gorostiaga[28] —quien más tarde, a partir de 1865, fuera uno de los primeros integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, expresa en su art. 48, sobre atribuciones del Poder Ejecutivo: "Hace recaudar las rentas de la Confederación y decreta su inversión con arreglo a la ley, o presupuesto de gastos nacionales" (inc. 14).

En la segunda sección de este Proyecto el cap. V alude a los "ministros del Poder Ejecutivo" y en él prevé el art. 52: "Los ministros presentan anualmente al Congreso el presupuesto de gastos de la Confederación en sus departamentos respectivos, y la cuenta de la inversión dada a los fondos votados el año precedente". Es ésta una previsión que no aparecía en los textos constitucionales anteriores, como tampoco se ha visto reflejada en ellos con posterioridad.

II. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA (1853-1860): ANTECEDENTES INMEDIATOS

La Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente reunido en la ciudad de Santa Fe desde el 20/11/1852, redactó su Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, fechado el 18/4/1853[29]. A ese Proyecto acompañó un muy valioso informe dirigido al citado Congreso General, que es sumamente esclarecedor de sus verdaderos alcances y de sus generosos objetivos, plenos de espíritu visionario, a favor de la prosperidad nacional.

[28] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2482/2495; respecto de este Proyecto, la obra contiene algunos artículos referidos al Poder Legislativo, y los concernientes a los Poderes Ejecutivo y Judicial.

[29] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2495/2527.

Desde sus primeros párrafos el informe pone el acento en que el Proyecto está formulado de acuerdo con el sistema federal, por haber quedado así estatuido en el art. 2° del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos (31/5/1852), y por el art. 16 del tratado celebrado en Santa Fe el 4/1/1831, conocido como Pacto Federal, Liga del Litoral o Tratado del Cuadrilátero[30].

"El sistema federal —dice el informe— es, por consiguiente, la base del Proyecto que la comisión ha concebido. Según él, conserva cada provincia su soberanía y su independencia: se gobierna según sus propias instituciones, y la elección de magistrados y legisladores se verifica exclusivamente por la libre voluntad de sus habitantes".

A propósito del art. 4° del Proyecto —en definitiva adoptado por el Congreso General Constituyente— dijo el informe: "La Comisión confía en que V.H. hallará acertada la elección que se ha hecho de los ramos que han de formar el tesoro nacional, los cuales se reducen casi exclusivamente a las contribuciones indirectas de origen aduanero y al producto que proporcionen las tierras de propiedad nacional".

Agrega más adelante el informe, en cuanto a materia relacionada con la del párrafo que acabamos de transcribir: "Bien conocerá V.H. que las contribuciones directas con que el gobierno federal puede gravar a la Nación, no serán impuestas sino en aquellos casos en que la existencia independiente del pueblo esté en peligro, o cuando la opinión se adelante a ofrecer lo que una palpable utilidad llegase a exigir".

En suma, en lo atinente a la temática afín con la del presente trabajo, mediante el texto constitucional aprobado por el Congreso General Constituyente de 1853 fueron adoptadas gran parte de las propuestas del despacho emanado de su Comisión de Negocios Constitucionales. Nos referimos a:[31]

– Art. 4°, relativo a la formación del Tesoro nacional; su texto estableció entonces: "El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación de las Aduanas, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y propor-

[30] La obra de SAROBE, José M., *El general Urquiza (1843-1852). La campaña de Caseros*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, vol. II, ps. 219/222, reproduce el texto íntegro de dicho Tratado.

[31] El debate en particular de los artículos del despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales tuvo inicio en la sesión del 20/4/1853 (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. IV, p. 467). Con relación a las normas de interés para este trabajo, aludidas en la enumeración arriba vertida, la discusión más prolongada fue la concerniente al art. 4°, aprobado por mayoría en la sesión del 23 de abril, en tanto que el art. 9°, en la misma sesión, fue aprobado por unanimidad, prácticamente sin discusión previa (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. IV, ps. 503 a 506); también fue por unanimidad la aprobación del art.. 40 en la sesión del 26 de abril (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. IV, ps. 516 a 522); los incs. 1°, 2° y 7° del art. 64 se aprobaron por unanimidad en la sesión del 27 de abril (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. IV, ps. 522 a 528); el inc. 13 del art. 83 se aprobó por unanimidad en la sesión del 29 de abril (RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas constituyentes argentinas*, cit., t. IV, ps. 531 a 534).

cionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional".

– Art. 9°: "En todo el territorio de la Confederación no habrá más Aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso".

– Art. 40: "A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas"[32].

– Art. 64: "Corresponde al Congreso:

"1°. Legislar sobre las aduanas exteriores, y establecer los derechos de importación y exportación que han de satisfacerse en ellas[33];

"2°. Imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Confederación, siempre que la defensa, seguridad común y el bien general del Estado lo exijan...

"7°. Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Confederación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

– Art. 83, sobre atribuciones del Poder Ejecutivo, cuyo inc. 13 dispuso: "Hace recaudar las rentas de la Confederación, y decreta su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales".

He ahí, en los preceptos que acabamos de reproducir, la síntesis abarcadora sobre lo medular en la Constitución de la Confederación argentina aprobada en 1853[34], concerniente a materias que a ella compete disponer en lo relacionado con la ecuación presupuestaria, esto es, la consistente en ordenar quién autoriza los gastos del Estado, quién tiene a su cargo la ejecución estricta de esas autorizaciones y cómo se proveen los recursos para financiar tales gastos.

Esos preceptos rigieron hasta que la Convención Nacional *Ad Hoc*, reunida también en la ciudad de Santa Fe, se pronunciara a su respecto mediante las reformas recogidas en resolución extendida mediante acta fechada el 23/9/1860[35].

Respecto de los artículos precitados de la Constitución de 1853, la referida Convención Nacional dispuso "las siguientes reformas":

– Al art. 4°, suprimir las palabras "de las aduanas", y agregar, después de la palabra "exportación": "hasta 1866, con arreglo a lo estatuido en el inc. 1° del art. 64".

[32] En virtud de lo resuelto por la Convención Nacional *Ad Hoc* de 1860, varió la numeración de los artículos de la Constitución: los arts. 40, 64 y 83, se transformaron en arts. 44, 67 y 86, respectivamente. Ver *Constitución de la Nación Argentina. Sancionada por el Congreso General Constituyente el 1° de mayo de 1853, en la ciudad de Santa Fe, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 (Reproducción facsimilar)*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1942.

[33] A este inc. 1° la Convención Nacional *Ad Hoc* de 1860 le dio diferente redacción; ese texto, a su vez, fue modificado por la reforma constitucional de 1866.

[34] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2527/2552.

[35] SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales...*, cit., ps. 2553/2582.

– Al art. 64, inc. 1°, para ser reemplazado por el siguiente texto: "Legislar sobre las aduanas exteriores y establecer los derechos de importación, los cuales así como las avaluaciones sobre que recaigan serán uniformes en toda la Nación, bien entendido que ésta, así como las demás contribuciones nacionales, podrán ser satisfechas en la moneda que fuese corriente en las provincias respectivas, por su justo equivalente. Establecer igualmente los derechos de exportación hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial".

Hemos anunciado en la nota 33 que el año 1866 fue testigo de otra reforma constitucional, igualmente celebrada en la ciudad de Santa Fe, instrumentada mediante acta extendida el 12 de septiembre de ese año, donde se puntualiza que tal reforma fue declarada *necesaria* (el destacado consta en la versión facsimilar del acta citada) por ley 171, del 14/6/1866, dictada "con el único objeto de reformar la Constitución en el art. 4° e inc. 1° del art. 67, en la parte que limitan la facultad de imponer derechos de exportación"[36].

Como consecuencia de ello, por la reforma de 1866 se eliminaron de la Constitución de la Nación Argentina: (i) en su art. 4°, las palabras que le agregara la Convención Nacional de 1860 ("hasta 1866, con arreglo a lo estatuido en el inc. 1° del art. 67"; esta última es la numeración que había adquirido el anterior art. 64); (ii) en su art. 67, inc. 1°, las palabras también añadidas por aquella Convención Nacional, "hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial".

Por lo tanto, la Constitución histórica de 1853-1860 —habida cuenta de la reforma producida por la Convención Reformadora de 1866, reseñada en el párrafo precedente— consagró, como disposiciones relativas a la materia atinente a gastos y recursos del Estado, las resultantes de lo expuesto en los párrafos anteriores. Importa echar un vistazo sobre la vivencia que tuvieron esas disposiciones en la realidad de su aplicación. Esto es: se trata de visualizar en qué medida la letra de la Constitución Nacional se vio respetada en la práctica hacendística del gobierno federal[37].

Un buen esbozo de ello resulta de la opinión objetiva, emitida por un muy ilustre tratadista, como lo fuera Gaston Jèze, al exponer acerca de "El presu-

[36] *Constitución de la Nación Argentina...*, cit. en nota 32, ps. 47/52.

[37] No consideramos de más hacer presente que ya por ese tiempo —con carácter precursor respecto de los otros países de la América latina— fue aprobada la ley 428, del 26/9/1870, llamada Ley de Contabilidad, como cuerpo orgánico de disposiciones dirigidas a encauzar racionalmente las prácticas presupuestarias argentinas; mantuvo su vigencia hasta el año 1947, cuando fue sustituida por la ley 12.961, y ésta, a su vez, por el dec. 23.354, del 31/12/1956. El ordenamiento normativo vigente sobre la materia, desde el 1 de enero de 1993, es el de la ley 24.156, del 26/10/1992.

Mientras rigiera la ley 12.961, en sus primeros años, la Constitución Nacional de 1949 —derogada mediante "proclama con fuerza obligatoria" dictada el 27/4/1956— había instituido en su art. 68, inc. 7°, entre las atribuciones del Congreso, la de fijar el presupuesto "por un año, o por períodos superiores hasta un máximo de tres años, a propuesta del Poder Ejecutivo". Sobre esa base, se dictaron dos leyes de presupuesto con vigencia plurianual (14.158, para los ejercicios de los años 1953 y 1954, y 14.395, para los ejercicios de los años 1955 y 1956).

puesto nacional de la República Argentina" en una de las conferencias que pronunciara durante su visita al país entre los meses de abril y junio de 1923[38].

La primera frase con la cual el gran maestro francés inició su disertación fue la siguiente: "Una de las grandes causas del mal estado de las finanzas públicas de la República Argentina es el déficit"[39].

A poco de iniciada su disertación, Gastón Jèze plantcó el requisito de lo que denominara "presupuesto verdadero", y en seguida expresó, con grande sabiduría: "No sería necesario creer que baste inscribir en la Constitución o en una ley que habrá un presupuesto para que sean llenadas las condiciones esenciales de una buena gestión de las finanzas públicas: un programa de gastos, un programa de ingresos, el equilibrio entre los dos programas de gastos y de ingresos"[40].

Ante ese desiderátum, el maestro francés señaló entonces que muy pocos países practican lo que es en realidad un "presupuesto", y que la mayor parte no tiene sino una apariencia de presupuesto: a pesar de que "votan, todos los años, estados de gastos y de ingresos, no tienen programa financiero, no tienen presupuesto".

Entonces, se formuló él la pregunta: "¿Tiene la Argentina un presupuesto verdadero?". "La respuesta no parece dudosa", dice, dado que "todos los años el Poder Ejecutivo propone, y el Congreso vota, un estado de los gastos y de los ingresos públicos; y se hacen esfuerzos para obtener el equilibrio entre los unos y los otros", pero concluye: "Con toda franqueza, la Argentina no tiene sino la apariencia de un presupuesto"; y "La Argentina no ha conocido 'jamás' un presupuesto verdadero".

Lo afirma sin dejar de reconocer que hasta fines del siglo XIX fue imposible para el país contar con un presupuesto verdadero, dadas sus condiciones tanto políticas cuanto monetarias, pero que "desde el comienzo del siglo XX la Argentina no tiene más excusas". Sin embargo —puntualizó—, tampoco a partir de esa época la Argentina ha tenido un presupuesto verdadero, debido a "los malos hábitos adoptados por los poderes públicos, en lo que concierne a la gestión financiera del país".

[38] JÈZE, Gastón, *Las finanzas públicas de la República Argentina*, Le Courrier de la Plata, Buenos Aires, 1924, ps. 43/59.

[39] Tal afirmación resultaba ciertamente fundada si tomamos en cuenta la información contenida al respecto en el despacho de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, sobre *Proyecto de ley general de gastos y recursos y leyes impositivas para 1922*, Imprenta y Encuadernación de la Cámara de Diputados, Buenos Aires, 1922: se trata de un grueso volumen, de 627 ps., con un excelente Informe general (ps. 3 a 191), descriptivo de diferentes aspectos de la realidad económica y financiera nacionales, provisto de valiosas referencias doctrinarias; en ps. 52 a 54 luce el cuadro "Rentas y gastos de la Nación en los últimos cincuenta y siete años", o sea, desde 1864 a 1918, durante los cuales hubo magros superávit solamente en los años 1893 y 1908; mientras en todos los demás se registran déficit de mayor o menor magnitud. En otras palabras: ese cuadro exhibe un estado de cosas que, desde entonces, se ha visto repetido muchas veces en la historia financiera del Estado federal argentino.

[40] En la publicación citada en nota 39 (ps. 229 a 233), el final del Informe general ahí mencionado incluye el cap. XII, donde es abordado expresamente "El equilibrio del presupuesto. Gastos y recursos", y acude con frecuencia para ello al pensamiento de Adolfo Wagner.

No solamente mencionó, como al pasar, esas prácticas viciosas vinculadas con la ejecución de las autorizaciones presupuestarias, sino que las describió con llamativa minuciosidad, las criticó certeramente, y al mismo tiempo puso el acento en la responsabilidad del Poder Legislativo en cuanto, al hacer caso omiso de la idea de que el presupuesto constituye un programa de gobierno, da lugar para la realización de gastos que lo alteran inopinadamente.

En acuciosa mirada, Jèze recuerda "los orígenes lejanos del presupuesto argentino"; pasa revista de la cláusula 8ª del acta del 25/5/1810 —que ya ha sido objeto de nuestra previa mención— y cita a Manuel J. García como "el creador del presupuesto en la Argentina", para añadir que su reforma siguió el modelo francés, probablemente inspirado por Rivadavia, "que conocía bien las instituciones europeas", pues ni los modelos ingleses ni los de Estados Unidos —acota— "han servido para redactar la ley del 25/9/1821", durante el gobierno de Martín Rodríguez en la provincia de Buenos Aires. Para Gastón Jèze, el presupuesto de García "es un presupuesto a la francesa, el que Rivadavia había visto funcionar en Francia bajo Luis XVIII", y añade: "En esa época esas cosas se hacían así solamente en Francia", como también que "el presupuesto francés no ha existido verdaderamente bajo la revolución ni bajo el primer imperio. No existe sino desde 1814".

Para que exista "presupuesto verdadero", sostuvo Jèze que deben concurrir tres condiciones esenciales: *paz exterior, paz interior y estabilidad de la moneda nacional*. A ello se debe agregar la comprensión de un concepto fundamental, cual es que el presupuesto constituye "un programa esencialmente 'político'", por cuanto "el carácter 'político' del presupuesto es lo principal", en tanto representa "programa de gobierno", del cual es preciso adquieran cabal conciencia todos los poderes del Estado[41].

Es ésa, nada más ni nada menos, que una afirmación revestida de todos los caracteres de un dogma, al cual adherimos sin hesitaciones. Cayetano Licciardo, con la preclara convicción que lo caracterizara, frente a los fenómenos institucionales, en muchos de sus trabajos se constituyó en perseverante aban-

[41] Diríase que los condicionamientos planteados por Jèze, para la existencia de un "presupuesto verdadero", están referidos al contexto o núcleo de circunstancias externas en medio de las cuales puede adquirir carácter "verdadero" la formulación del presupuesto del Estado.

En cambio, Terry (*Finanzas*, cit., ps. 102/103), desde otro punto de vista, formula requerimientos cualitativos, de índole axiológica, para las cláusulas presupuestarias, en torno a lo que debiera estar ínsito en ellas. Explica a ese respecto: "Los gastos innecesarios, de lujo, superfluos, improductivos, que no encuadren dentro de los deberes del Estado, deben ser rechazados o eliminados, porque en definitiva importan un gravamen injusto o ilegal para el contribuyente o para el pueblo que los paga". Por ello, reflexiona del siguiente modo: "He meditado mucho sobre esta materia, porque un buen cálculo de gastos y recursos garante la solvencia del gobierno", y después de "conocer diversas opiniones y la experiencia adquirida en otras partes", expresa: "...he concluido por aceptar tres reglas, que las considero fundamentales y dignas de quedar bien fijadas en vuestra memoria. Estas tres reglas son: 1) verdad, 2) verdad y 3) verdad. El ministro de Hacienda debe proceder con toda honradez y con patriotismo, sin olvidar que se trata del honor y del crédito de su país. El engaño en esta materia es un crimen, cuyas consecuencias funestas no pueden ser previstas".

derado de esa idea: "El presupuesto depende de la política", decía. "Si en algo se manifiesta el quehacer político es, precisamente, en la dimensión y el destino del gasto público: toda decisión de gobierno implica un gasto, y éste debe estar en el presupuesto que, por ello, es la manifestación positiva del quehacer del Estado. Es por decisiones derivadas del ejercicio del poder, que el cumplimiento de una función se convierte en gasto"[42].

Esa convicción permite colegir, como meollo de la institución presupuestaria —más allá de que su puesta en práctica ha de ser en estricto cumplimiento de cuanto consagran la Constitución y las leyes que la reglamentan—, que, de modo simultáneo con esa fidelidad normativa, la trascendencia política del presupuesto reviste la calidad de factor sustantivo que no se ha de perder de vista.

Muy bien dice Alberdi: "Este programa o presupuesto es una garantía de orden y de economía en las entradas, de pureza en el manejo del Tesoro y de buen juicio en sus aplicaciones, por la intervención inmediata que el país toma en esas funciones decisivas del fruto de su sudor, y por la inmensa garantía de la publicidad que acompaña a la discusión y sanción de la ley, que fija la carga o sacrificio anual del bolsillo del pueblo y los objetos y destinos con que se lo hace"[43].

El precedente concepto fundamental está comprendido en el mismo capítulo de su *Sistema económico y rentístico* donde, con el párrafo inicial, Alberdi exterioriza su visión de estadista al decir: "El poder de crear, de manejar y de invertir el Tesoro Público, es el resumen de todos los poderes, la función más ardua de la soberanía nacional. En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país".

[42] LICCIARDO, Cayetano A., "Presupuesto y ética política a la luz de la Constitución Nacional", conferencia dada el 21/5/1991 en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, como parte del Simposio sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional (1989-1991), organizado por las Academias Nacionales de Ciencias Económicas, de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Buenos Aires, 1994, ps. 167/191). El texto de la conferencia también ha sido reproducido en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Económicas*, vol. XXXVI (1991), ps. 23/46.

En esa oportunidad, Licciardo también se apoyó en el pensamiento plasmado en GERLOFF, Wilhelm - NEUMARK, Fritz (dirs.), *Tratado de finanzas*, El Ateneo, Buenos Aires, 1961, donde se registra este concepto categórico: "...la forma que toma el 'presupuesto' en todos los Estados y economías nacionales se relaciona estrechamente con la forma que toma la 'voluntad política' en el respectivo Estado" (p. 90).

Análogos enfoques fluyen de las páginas de GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, actualizada por Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey, en el tít. II, "El presupuesto", especialmente en el cap. I, que versa sobre Concepto del presupuesto.

[43] ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico...*, cit., p. 212.

III. CONSTITUCIÓN NACIONAL VIGENTE

La norma constitucional de la cual surge, en esencia, la potestad parlamentaria de la autorización para realizar los gastos públicos —la comprendida entre las atribuciones del Poder Legislativo (léase art. 67, inc. 7°, en la Constitución Nacional histórica, y art. 75, inc. 8°, en la Constitución vigente)— experimentó modificaciones aprobadas por la Convención Constituyente celebrada en la ciudad de Santa Fe durante el año 1994.

La última de las disposiciones constitucionales citadas en el párrafo anterior prevé que corresponde al Congreso[44]: "Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

Por un lado, cabe observar que se mantiene el principio de la fijación anual del presupuesto, tal como lo estableciera la Constitución histórica 1853-1860.

Por otro lado, las "pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2°", a las cuales remite la norma que acabamos de transcribir, derivan y están conectadas con la distribución de los recursos tributarios "entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas", de modo que ella sea efectuada "en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas". A tales efectos se han de contemplar "criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

Según lo interpreta la doctrina, la conformidad requerida por la disposición constitucional respecto de las pautas aludidas, apunta hacia el propósito de "que el Tesoro de la Nación esté virtualmente unificado con reglas de reparto, permitiendo una mayor y más eficiente gestión fiscal", y, de tal modo, en consecuencia, "el presupuesto anual de la Nación tendrá en cuenta este principio como contrapartida o garantía de las provincias"[45].

Los autores citados en la nota 45 sustentan la idea de que, además, con el texto dado al art. 75, inc. 8°, la Constitución agregó otras dos pautas: "La fijación del presupuesto será en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas". Estas dos incorporaciones son muy afortunadas porque, en rigor, manifiestan una seriedad institucional y así el presupuesto pasa a ser un verdadero "instrumento de gobierno y de control". A este respecto, esa parte de la obra de los autores concluye con la afirmación siguiente: "El presupuesto en lo 'político' debe rescatar su rol de instrumento de gobierno y control"

[44] Horacio G. Corti (*Derecho constitucional presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 77/86) enumera los varios proyectos presentados en 1994 por los convencionales constituyentes a fin de dar nuevo texto a esta cláusula presupuestaria de la Constitución Nacional.

[45] DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 228.

En la fase de ejecución administrativa de las autorizaciones presupuestarias, también innova la Constitución Nacional vigente. Ella no incluye, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, la que dispusiera el art. 86, inc. 13, de la Constitución Nacional histórica, en el sentido de que "hace recaudar las rentas de la Nación y decreta su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales". En términos diferentes, ello aparece contemplado mediante el vigente art. 99, inc. 10, CN.

Sobre este particular debemos recurrir, primero, al art. 100, CN vigente: cuando él regla qué corresponde al jefe de Gabinete de Ministros, prevé por su inc. 7°: "Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional".

Ello está dispuesto a continuación de que el mismo art. 100, en su inc. 6°, asigne al jefe de Gabinete de Ministros el deber de: "Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo".

Es preciso tener muy en cuenta, sin embargo, que por el antes citado art. 99, inc. 10, la Constitución Nacional vigente instala, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, la de supervisar "el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales".

El debate llevado a cabo durante las sesiones de la Convención Nacional Constituyente[46], echa alguna luz sobre el alcance que cabe dar a estos preceptos, principalmente el art. 75, inc. 8°, CN. En la primera de esas sesiones en la que se expuso sobre esta reforma, el miembro informante de la mayoría de la comisión formula la siguiente afirmación concluyente: "La nueva redacción sugerida pone el acento en la importancia del presupuesto como instrumento de gobierno y como herramienta de planificación económica. De esta manera, merece ser destacado que se jerarquiza el rol del Parlamento, ya que deberá evaluar no una mera planilla de gastos y recursos sino la armonización de las metas presupuestarias con el programa general de gobierno y con el plan de inversiones públicas".

En sesión posterior, otro convencional constituyente hizo particular hincapié sobre un atinado concepto, en la misma línea de pensamiento: "En términos estrictamente técnicos, aunque también políticos, podemos afirmar que la cuenta de inversión tiene la misma importancia que el presupuesto general, puesto que este último suele constituirse en una mera expresión de deseos, mientras que la cuenta de inversión muestra la realidad cruda tal cual es".

Las opiniones vertidas por los convencionales constituyentes de 1994 son idóneas para inferir que la Constitución Nacional vigente, en cuanto a la *cláusula presupuestaria* concierne, ha significado enfatizar la trascendencia política

[46] *Diario de Sesiones*, reuniones del 4/8/1994 (p. 3177), 8/8/1994 (p. 3360), y 9/8/1994 (p. 3557).

del presupuesto —en medida que acaso no emanaba de la letra de la Constitución Nacional histórica—, como instrumento cuya razón de ser está dada por la decisión de la voluntad popular representada en el Poder Legislativo. Así lo proclamaba también en su texto el primigenio art. 37, ley 24.156, hasta que fuera sustituido por la ley 26.124[47], con la cual fueron delegadas en el jefe de gabinete de ministros facultades sólo inherentes al Poder Legislativo. De esa manera fue desvirtuado el significado profundo de toda ley de presupuesto, como expresión política genuina y excluyente que debe ser del Parlamento, en tanto constituido por la voluntad popular, pues conforma el órgano del Estado llamado a disponer —con exclusividad— el destino cuantitativo y cualitativo de los gastos públicos.

La ley 26.124 eliminó del texto original del art. 37, ley 24.156, la parte de su párr. 2° en cuya virtud se entendían reservados al Congreso Nacional "los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades".

De conformidad con la opinión de Horacio G. Corti, mediante la sanción de la ley 26.124, el Congreso "no cumplió con ninguno de los requisitos establecidos por el art. 76 de la Constitución Nacional: no fijó un plazo de vigencia ni bases para la actuación del delegado. Tampoco, claro, vinculó la reforma a la situación de emergencia"[48].

Para María Angélica Gelli, "según el sistema institucional vigente, la reforma sancionada" (se refiere a la ley 26.124) "es manifiestamente inconstitucional ya que la asignación de los gastos públicos constituye una atribución legislativa (art. 75, inc. 8°, CN), por principio indelegable, salvo supuestos de excepción —art. 76, CN—, de cuyos requisitos la ley de reforma prescindió. Tampoco la distribución de partidas presupuestarias constituye un cometido propio del jefe de gabinete de ministros, ya que el art. 100, inc. 7°, de la Constitución Nacional sólo lo habilita en esta materia para dictar decisiones administrativas de ejecución, y no decretos delegados"[49].

IV. CONSTITUCIONES PROVINCIALES Y DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

La "cláusula presupuestaria" está igualmente presente en los textos constitucionales en vigor en cada una de las provincias argentinas y en la Ciudad

[47] Nos remitimos a los conceptos exteriorizados al respecto en nuestra obra *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 318/322, donde el § 7, 2 está dedicado específicamente a este tema, y en él se exponen, además, los juicios que mereció a los autores tal sustitución legislativa (Horacio A. García Belsunce, Oscar D. García, Rubén N. F. Ingaramo, Alejandro Spessot, Horacio G. Corti).

[48] CORTI, Horacio G., *Derecho constitucional...*, cit., p. 375.

[49] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, t. II, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 166.

Autónoma de Buenos Aires, bien que los textos respectivos se hallan concebidos con diversidad terminológica, pero con coincidencia conceptual sobre la primacía excluyente de las facultades del Poder Legislativo para la autorización de los gastos públicos.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, aprobada en 1994, sigue al respecto los lineamientos que ella tenía consagrados en el texto constitucional de 1934. Así, el vigente art. 103 prevé, entre las atribuciones del Poder Legislativo, como primer párrafo de su inc. 2°, la de "fijar anualmente el cálculo de recursos y el presupuesto de gastos". Pero la norma se completa con una limitación según la cual, "con relación a nuevos gastos, dentro de la ley de presupuesto, la iniciativa corresponderá exclusivamente al Poder Ejecutivo", aunque "la Legislatura podrá disminuir o suprimir los que le fuesen propuestos".

De conformidad con el párr. 2° de aquel inc. 2°, "La ley de presupuesto será la base a que debe ajustarse todo gasto en la administración general de la provincia".

La Constitución de la Provincia de Catamarca, aprobada en 1988, por su art. 110 dispone que corresponde al Poder Legislativo:

"1) Fijar anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos.

"2) Establecer impuestos y contribuciones para la formación del Tesoro Provincial.

"3) Aprobar o desechar la cuenta de inversión de la renta pública del año fenecido...".

La Constitución de la Provincia del Chaco, aprobada en 1994, por su art. 119 dispone que corresponde a la Cámara de Diputados:

"...2. Dictar la legislación impositiva.

"3. Fijar anualmente el presupuesto de gastos, el cálculo de recursos y aprobar la cuenta general del ejercicio vencido... En ningún caso la Cámara podrá aumentar los gastos ordinarios y los sueldos fijados en el proyecto del Ejecutivo...".

La Constitución de la Provincia del Chubut, aprobada en 1994, en el art. 135 prevé que corresponde al Poder Legislativo:

"...2. Dictar la legislación tributaria creando impuestos, tasas y contribuciones, cuyo monto fija en forma equitativa, proporcional o progresiva de acuerdo con el objeto perseguido y con el valor de los bienes o de sus réditos, en su caso.

"...4. Fijar la planta de personal y el presupuesto de gastos y cálculo de recursos anual o plurianual, no pudiendo este último exceder el término del mandato de la autoridad remitente, quien acompaña obligatoriamente el detalle de recursos previstos para afrontar las erogaciones de cada ejercicio financiero. La ley de presupuesto es la base a que debe sujetarse todo gasto de la administración general de la provincia y en ella deben figurar todos los ingresos y egresos ordinarios y extraordinarios, aun cuando hayan sido autorizados por leyes especiales.

"...7. Las leyes impositivas rigen en tanto la Legislatura no las deroga ni las modifica, debiendo estas modificaciones hacerse por medio de ley especial.

"8. Aprobar, observar o desechar las cuentas de inversión que le remite el Poder Ejecutivo en el mes de junio de cada período ordinario, que comprenden el movimiento administrativo hasta el 31 de diciembre inmediato anterior...".

La Constitución de la Provincia de Córdoba, según fuera reformada en 2001, establece por su art. 104 que corresponde a la Legislatura provincial:

"...29. Considerar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos que remite el Poder Ejecutivo antes del 15 de noviembre para el período siguiente o por uno mayor, siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio. La ejecución de leyes sancionadas por la Legislatura y que importen gastos se realiza a partir del momento en que existan fondos disponibles en el presupuesto, o se creen los recursos necesarios para satisfacerlos.

"30. Sancionar el presupuesto anual sobre la base del que se encuentre vigente, si el Poder Ejecutivo no presenta el proyecto antes del término que fija esta Constitución.

"31. Aprobar o desechar las cuentas de inversión del año fenecido, dentro del período ordinario en que se remitan. Si no son observados en ese periodo, quedan aprobadas.

"32. Establecer tributos para la formación del tesoro provincial".

La Constitución de la Provincia de Corrientes, aprobada en 2007, en el art. 118 prevé que corresponde al Poder Legislativo:

"...6) Establecer anualmente los impuestos y contribuciones para los gastos del servicio público, debiendo estas cargas ser uniformes en toda la provincia.

"7) Fijar anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos.

"8) Aprobar, observar o desechar anualmente las cuentas de inversión que le remitirá el Poder Ejecutivo en todo el mes de mayo de cada año, abrazando el movimiento administrativo hasta el treinta y uno (31) de diciembre próximo anterior...".

La Constitución de la Provincia de Entre Ríos, aprobada en 2008, en su art. 122 prevé que corresponde al Poder Legislativo:

"...7. Dictar la legislación impositiva observando lo dispuesto por el art. 79[50], y a esos fines y efectos establecerá impuestos, tasas y contribuciones cuyo monto fijará, en forma equitativa, proporcional o progresivamente, de acuerdo con el objeto perseguido y en el valor o el mayor valor de los bienes o de sus réditos, en su caso.

"8. Fijar el presupuesto de gastos y cálculo de recursos. La Ley de Presupuesto será la base a que debe sujetarse todo gasto de la administración general de la provincia y en ella deberán figurar todos los ingresos y egresos ordinarios y extraordinarios de la administración, aun cuando hayan sido autorizados por leyes especiales. En ningún caso podrá la Legislatura aumentar el monto de

[50] Dispone este art. 79: "La Legislatura, al dictar las leyes de carácter tributario, propenderá a la eliminación paulatina de los impuestos que pesen sobre los artículos de primera necesidad, debiendo evolucionar hacia la adopción de un régimen impositivo basado en los impuestos directos y en los que recaigan sobre los artículos superfluos".

las partidas del cálculo de recursos presentado por el Poder Ejecutivo, ni autorizar por la Ley de Presupuesto una suma de gastos mayor que la de recursos, salvo el derecho del Poder Legislativo de crear nuevos impuestos o aumentar las tasas...".

La Constitución de la Provincia de Formosa, aprobada en 2003, por su art. 120 establece que corresponden al Poder Legislativo las siguientes atribuciones:

"...3. Establecer las bases, tipos y modalidades de recaudación de los tributos de toda clase. Su monto se fijará equitativa, proporcional y progresivamente, de acuerdo con la finalidad perseguida o con el valor de los bienes o de sus rentas...

"5. Preparar su presupuesto anual para el ejercicio siguiente, adecuado a las pautas contenidas en el presupuesto general y remitirlo al Poder Ejecutivo sesenta días antes de la finalización del período de sesiones ordinarias.

"6. Fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración, incluyendo en él todos los servicios ordinarios, aun cuando hayan sido autorizados por leyes especiales, como los extraordinarios, las que no será cumplidas mientras no se hubieren consignado en el presupuesto las partidas correspondientes para su ejecución.

"7. Sancionado un presupuesto, seguirá en vigencia en sus partidas ordinarias hasta la sanción de otro; la Cámara, al dictar esta ley, no podrá aumentar los sueldos ni gastos parciales proyectados por el Poder Ejecutivo.

"8. Aprobar o rechazar, en sesiones ordinarias, las cuentas de inversión, que el Poder Ejecutivo remitirá dentro de los primeros sesenta días de las mismas...".

La Constitución de la Provincia de Jujuy, aprobada en 1986, por su art. 123 prevé que corresponde a la Legislatura:

"2. Sancionar anualmente la ley general de presupuesto...

"6. Dictar la legislación tributaria...

"35. Aprobar, observar o desechar en sesiones ordinarias las cuentas de inversión que el Poder Ejecutivo remitirá dentro de los dos primeros meses de su iniciación y que incluyan el movimiento administrativo hasta el 31 de diciembre anterior...".

La Constitución de la Provincia de La Pampa, aprobada en 1994, prevé en su art. 68 que son atribuciones y deberes de la Cámara de Diputados:

"...12. Dictar la legislación impositiva.

"13. Fijar anualmente, a propuesta del Poder Ejecutivo, el presupuesto general de gastos, en el que deberán figurar todos los servicios ordinarios y extraordinarios de la administración provincial, aun cuando hayan sido autorizados por leyes especiales. En ningún caso la Cámara podrá votar aumentos de gastos que excedan el cálculo de recursos...".

La Constitución de la Provincia de La Rioja, aprobada en 2002, prevé en su art. 102 que corresponde a la Cámara de Diputados:

"...2. Establecer tributos para la formación del tesoro provincial.

"3. Fijar anualmente el presupuesto de gastos y el cálculo de recursos. Podrá fijarse por un período mayor, siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio y que establezca en base a ejercicios anuales.

"4. Aprobar, rechazar u observar en el plazo de noventa días las cuentas de inversión que deberá presentar el gobernador hasta el 30 de junio de cada año respecto al ejercicio anterior...".

La Constitución de la Provincia de Mendoza, aprobada en 1916, por su art. 99 establece que corresponde al Poder Legislativo:

"...2. Establecer los impuestos y contribuciones necesarios para los gastos del servicio público.

"3. Fijar anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos, no pudiendo aumentar los gastos ordinarios y sueldos proyectados por el Poder Ejecutivo...".

La Constitución de la Provincia de Misiones, aprobada en 1958, por su art. 101 estipula que corresponde a la Cámara de Representantes:

"...2. Establecer los impuestos y contribuciones necesarios para atender los gastos de servicio de la administración, seguridad y bienestar general de la provincia.

"3. Fijar por un año o período superior hasta un máximo de tres, a propuesta del Poder Ejecutivo, el cálculo de recursos y el presupuesto de gastos...".

La Constitución de la Provincia del Neuquén, aprobada en 2006, por su art. 189 establece que corresponde a la Cámara de Diputados:

"...7. Dictar la legislación impositiva estableciendo impuestos y contribuciones cuyo monto fijará en forma equitativa, proporcional o progresivamente, de acuerdo con el objeto perseguido y con el valor o mayor valor de los bienes o de sus réditos, en su caso.

"8. Sancionar anualmente el presupuesto general de la Administración Pública provincial de gastos y cálculo de recursos, el cual podrá incluir una estimación plurianual. La ley de presupuesto es la base a que debe sujetarse todo gasto de la Administración Pública de la provincia y en ella deben figurar todos los ingresos y egresos ordinarios y extraordinarios, aun cuando hayan sido autorizados por leyes especiales. En ningún caso la Legislatura podrá votar aumento de gastos que excedan el cálculo de recursos.

"9. Aprobar o desechar anualmente las cuentas de inversión de la Administración...".

La Constitución de la Provincia de Río Negro, aprobada en 1988, por su art. 139 establece, entre las facultades y deberes de la Legislatura, las siguientes:

"...8. Establece anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos, y aprueba o impugna las cuentas de inversión. La cantidad de cargos y el monto de sueldos proyectados por el Poder Ejecutivo en la ley de presupuesto, no pueden ser aumentados en ésta y dichos incrementos sólo se hacen por medio de proyectos de ley que siguen el trámite ordinario...".

La Constitución de la Provincia de Salta, aprobada en 1998, por su art. 127, prevé que corresponde al Poder Legislativo:

"...2. Sancionar la Ley de Presupuesto General. La Ley de Presupuesto debe comprender la totalidad de los recursos y erogaciones de la hacienda central, hacienda descentralizada y haciendas paraestatales, y fijar el número de cargos de la planta de personal permanente y transitorio. No pueden las Cámaras pasar a receso sin haber aprobado el presupuesto y sin haber considerado la cuenta general del ejercicio.

"3. Aprobar, observar o desechar anualmente la cuenta general del ejercicio que le remita el Poder Ejecutivo antes del 30 de junio, correspondiente al movimiento de la totalidad de la hacienda pública provincial realizado durante el año anterior...".

La Constitución de la Provincia de San Juan, aprobada en 1986, por su art. 150 dispone que son atribuciones de la Cámara de Diputados:

"...3. Establecer tributos en todo el territorio de la provincia, destinados al servicio de la administración, seguridad y bienestar del pueblo.

"4. Aprobar, modificar o rechazar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos que remita el Poder Ejecutivo anualmente para el período subsiguiente o por uno mayor, siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio. Si la Cámara rechaza el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, rige el del año anterior...

"5. Efectuar el control y evaluar la conveniencia, oportunidad y mérito de las cuentas de inversión sobre la gestión presupuestaria ejecutada y remite el poder administrador, aprobándolas o rechazándolas...".

La Constitución de la Provincia de San Luis, aprobada en 1987, en su art. 144 prevé que corresponde a la Legislatura:

"...3. Establecer impuestos y contribuciones de acuerdo a lo prescripto por esta Constitución. Las leyes impositivas que sean de plazo determinado mantienen su vigencia aun vencido éste, hasta la sanción de las nuevas.

"4. Sancionar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Pública. En ningún caso las Cámaras pueden votar aumentos de gastos que excedan el cálculo de recursos.

"5. Aprobar, observar o rechazar anualmente, antes del 31 de julio, las cuentas de inversión que abarquen la gestión del gobierno provincial correspondiente al ejercicio anterior...".

La Constitución de la Provincia de Santa Cruz, aprobada en 1994, por su art. 104 determina que corresponde al Poder Legislativo:

"...6. Establecer los impuestos y contribuciones necesarias para la formación del tesoro provincial, de acuerdo a los principios de los arts. 38 y 43...[51].

[51] Los mencionados artículos preceptúan: Art. 38. "Las contribuciones se inspirarán en propósitos de justicia social y deberá procurarse que no graviten sobre los artículos de primera necesidad y el patrimonio mínimo familiar. Las autoridades provinciales denunciarán los contra-

"25. Fijar anualmente, a propuesta del Poder Ejecutivo, el presupuesto general de gastos y recursos, en el que deberán figurar todos los servicios ordinarios y extraordinarios de la Administración provincial, aun cuando hayan sido autorizados por leyes especiales. En ningún caso la Cámara podrá sancionar leyes que importen gastos sin crear los recursos necesarios cuando no existan fondos disponibles en el presupuesto...".

La Constitución de la Provincia de Santa Fe, aprobada en 1962, en su art. 55 dispone que corresponde a la Legislatura:

"...7. Crear las contribuciones especificadas en el art. 5°..."[52].

La Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, aprobada en 2005, por su art. 136 dispone sobre las atribuciones del Poder Legislativo, al cual corresponde:

"...5. Establecer los tributos necesarios para solventar los gastos e inversiones de la Administración Pública.

"6. Fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos. En ningún caso la Legislatura podrá votar aumentos de gastos que excedan el cálculo de recursos.

"7. Aprobar, observar o desechar, anualmente, la cuenta de inversión que remitirá el Poder Ejecutivo en el mes de octubre de cada año, comprendiendo el movimiento administrativo hasta el treinta y uno de diciembre próximo anterior...".

La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aprobada en 1991, en su art. 105 determina como atribuciones de la Legislatura:

"...15. Establecer tributos para la formación del Tesoro provincial.

"16. Aprobar o rechazar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos para el período siguiente.

"17. Aprobar o desechar las cuentas de inversión del año fenecido, dentro del período ordinario en que se remitan...".

La Constitución de la Provincia de Tucumán, aprobada en 2006, establece en su art. 67, que corresponde al Poder Legislativo:

"...2. Establecer los impuestos y contribuciones necesarios para los gastos del servicio público, debiendo estas cargas ser uniformes en toda la provincia.

---

tos leyes que existan firmados con la Nación para la unificación de impuestos y reivindicarán la plenitud de sus derechos impositivos".

Art. 43. "La Cámara al sancionar las leyes impositivas eximirá a las instituciones que realicen obras de bien social sin espíritu de lucro, y estimulará en las empresas agropecuarias e industriales la reinversión con fines productivos".

[52] Este art. 5° estatuye lo siguiente: "El gobierno de la provincia provee a los gastos públicos con los fondos provenientes de las contribuciones que establezca la ley; de las rentas producidas por sus bienes y servicios; de la enajenación de bienes de su pertenencia; de la propia actividad económica que realice; y de las operaciones de crédito que concierte.

"Todos los habitantes de la provincia están obligados a concurrir a los gastos públicos según su capacidad contributiva. El régimen tributario puede inspirarse en criterios de progresividad".

"3. Aprobar o desechar las cuentas de inversión que le remitirá el Poder Ejecutivo anualmente, comprendiendo el movimiento administrativo del año económico.

"4. Fijar para la administración provincial el presupuesto de gastos y cálculo de recursos que deberá elaborar y someter anualmente al Poder Ejecutivo, como así también fijará e incorporará a éste, su propio presupuesto. Esta incorporación no podrá ser vetada...".

Dispone el art. 80 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobada en 1996, que la Legislatura de la Ciudad:

"...2. Legisla en materia:

"a) administrativa, fiscal, tributaria, de empleo y ética públicos, de bienes públicos, comunal y de descentralización política y administrativa...

"12. Sanciona anualmente el presupuesto de gastos y recursos.

"13. Considera la cuenta de inversión del ejercicio anterior, previo dictamen de la Auditoría...".

SOBRE EL PROGRAMA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PRESUPUESTARIO

Por ENRIQUE G. BULIT GOÑI

I. EL TEMA

Hemos dicho en otra oportunidad, parafraseando a Gandhi[1], que más que aludir a un programa constitucional, a nuestro juicio es procedente referir a la Constitución como programa[2], y así hemos abordado ese plexo normativo, ese marco orientatdor, ese programa, aunque lo hemos hecho específicamente desde el ángulo tributario[3].

En esta oportunidad, con visión y objetivos coincidentes porque además son temas absolutamente ligados[4], nos centramos en algunos pocos aspectos de la materia presupuestaria, señalando, si bien no hace falta, que el programa constitucional es uno, que se proyecta sobre todas las materias según las notas específicas de cada una.

II. PASAJES DE ESE PROGRAMA CONSTITUCIONAL

A ese programa, así concebido, se lo advierte como una gran fuerza centrípeta[5], consagrada por sobre la lucha de las facciones, como resultado del triunfo de la razón, del sentido común, de la reconocible naturaleza de las cosas.

[1] "No hay un camino para la paz, la paz es el camino".

[2] BULIT GOÑI, Enrique, "El programa constitucional como directiva para el legislador y como límite para el ejercicio del poder tributario" y sus citas, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. (coord.), *Estudios de derecho constitucional tributario en homenaje al profesor Juan Carlos Luqui*, Depalma, 1994, ps. 41/75, y "La constitucionalización del poder tributario; evolución y perspectivas", en *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, t. I, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2008, ps. 471/485.

[3] BULIT GOÑI, Enrique G., *Constitución Nacional y tributación local*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

[4] Por ejemplo, BULIT GOÑI, Enrique G., "La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994", LL 1995-D-977, citado por CORTI, Horacio G., "La Ley de Presupuesto ante la Constitución", en *Lecciones y Ensayos* 2002-77, p. 39, nota 10.

[5] Jarach enseña que todo sistema federal contiene fuerzas centrífugas, siendo el gran desafío articular las fuerzas que las neutralicen (*Curso superior de derecho tributario*, Cima, Buenos Aires, 1969, ps. 23 y ss.).

Y en ese programa, observado desde la perspectiva de esa fuerza, de ese espíritu, con las indispensables buenas intenciones, con la buena fe que debe impregnar toda interpretación jurídica, se reconocen los valores que lo conforman y sustentan.

La *unidad nacional*; unidad en el reconocimiento y hasta en el afianzamiento de las diversidades, pero también en su articulación, con la conciencia de la unidad en el origen, en el pasado, en el esfuerzo conjunto del presente, en los derechos y en las obligaciones, unidad en el proyecto y en el devenir comunes, unidad en la integridad y la integración del territorio, sin aduanas separadoras, unidad en el aprovechamiento pleno y justo de todas sus riquezas, y unidad en su proyección hacia afuera.

Una patria *representativa republicana federal*, como tres nociones inescindiblemente soldadas, formulada adrede sin comas, sin interjecciones, construyendo una sola fórmula en la unidad de sus componentes, haciendo inseparables y que se interimpliquen a las tres nociones que la integran.

Provincias unidas, no enfrentadas, no recelosas las unas de las otras, amalgamadas en el reconocimiento del destino necesaria e inevitablemente común, interesadas cada una en la mejor funcionalidad propia, de las demás y del conjunto de la Nación, engarzadas en la concertación, no interfiriendo sino apuntalando los fines comunes.

Municipalidades parte de sus respectivas provincias, integrándolas e integradas, coordinando su accionar, potenciadas en la atención de esas funciones en las que son indispensables e irremplazables.

Tres poderes separados, independientes, soberanos en su accionar, pero respetuosos los unos de los otros, de lo esencial e indispensable de sus respectivas funciones, no para entorpecerse sino para facilitarse y aun potenciarse recíprocamente en su rol institucional, nunca intercambiable.

El trabajo, el esfuerzo, como derecho inalienable pero asimismo como obligación ineludible, enunciado antes y en cierto modo como condición de todos los demás.

La igualdad entre iguales en iguales circunstancias, reconociendo las diferencias, los méritos y los deméritos, apuntando a asegurar igualdad de oportunidades, para que las condiciones, las aptitudes, el trabajo, la perseverancia, el tesón de cada uno, hagan lo suyo.

La propiedad, no sin restricciones, no de espaldas a los demás, no en el egoísmo, la desaprensión, ni el abuso, pero tutelada en la razón como símbolo de respeto a la dignidad del trabajo y del esfuerzo, a su mérito, en reconocimiento a su aptitud de ser motor del logro de fines generales.

La libertad en sociedad, en el compromiso con los bienes y los intereses generales, no en la indiferencia o en el desinterés, esa libertad que en un sentido termina donde empiezan los derechos de los demás, pero que en otro sentido es allí donde justamente comienza, en su verdadera significación jurídica constitucional, que es la libertad en y para la convivencia.

Los principios de *inocencia*, del derecho a la *defensa*, al *debido proceso*, al *amparo* accesible y oportuno de la *justicia*, la *razonabilidad* como parámetro de apreciación de todos los valores constitucionales, de todos los actos, de todas las conductas, de todas las aspiraciones.

La *supremacía* de la Constitución y de la ley como expresiones de la *voluntad general* a través de los mecanismos establecidos por ella. Unicidad del *derecho sustantivo*, no interferencias locales con las *actividades interjurisdiccionales* o de *utilidad general*, atribuciones superiores para el *desarrollo* y el *bienestar*, acatamiento a la ley y a la autoridad, fases todas que apuntalan a aquellas fuerzas centrípetas antes mencionadas.

Potestades tributarias distribuidas entre los distintos niveles de gobierno de conformidad con las directrices generales apuntadas, y dejando amplias atribuciones para la coordinación entre los niveles y entre las jurisdicciones.

Enunciaciones que son sólo matices siempre interrelacionados de un mismo ordenamiento, que debe interpretarse en la unidad, en la coordinación, en la armonía, con enfoque sistémico, nunca poniendo a las disposiciones unas contra otras, sino articulándolas de modo que queden todas con valor y efecto, y pueda así cada una proyectar toda la riqueza que encierra. Pasajes muchos de los cuales carecen de vinculación directa, estricta, visible, con la materia presupuestaria, pero que conforman el marco dentro del cual ella se desenvuelve.

III. APROXIMACIÓN

Es dentro de ese marco que se inserta y desenvuelve la función presupuestaria como acto del Estado y el presupuesto como resultado del ejercicio de aquélla, y como uno de los sustentos de la legitimidad de tales actos.

En esencia, el presupuesto consigna, en definitiva, con qué recursos contamos, con cuáles otros podremos contar mediante el endeudamiento, y a qué los vamos a destinar, una suerte de haber y debe, dinámico, de la función pública. Situado en este aspecto inmediatamente por debajo de la Constitución Nacional —la "ley de leyes"—, así como podría decirse que aquélla expresa el programa deseado, el presupuesto expresa el programa posible, el cual, desde luego, no debe ir a contramano de la Constitución[6], sino que debe ser una suerte de manual operativo para su razonable implementación efectiva.

Un eufemismo que se arrastra de las finanzas clásicas afirma que a diferencia del ámbito privado —empresario, familiar, personal—, en el que primero se analizan los recursos disponibles y luego se deciden los gastos o inversiones en función de aquella disponibilidad efectiva, en la economía pública, en cambio,

[6] Sobre la temática del control de constitucionalidad del presupuesto ver las referencias de CORTI, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, "Introducción", y ps. 881 y ss., con sus citas, sin duda uno de los mayores aportes que registra la doctrina argentina contemporánea sobre el tema.

primero se deciden los gastos e inversiones y luego se arbitran los recursos para atenderlos. Sin desconocer las marcadas diferencias —cualitativas y cuantitativas— que separan a ambos campos, ni la realidad del principio de *suficiencia financiera*[7], ni el variado haz de atribuciones del Estado, aquello no deja de ser un eufemismo, y la crisis descomunal que impregna a todos los razonamientos en los tiempos en que esto se escribe aparece como una lacerante confirmación.

Porque la *suficiencia financiera* es sin duda un concepto relativo, que más allá de los planos declamatorios, o aun demagógicos, se enfrenta con la inevitable y ancestral escasez de los recursos públicos ante las necesidades exponencialmente crecientes de los requerimientos —que, paradójicamente, no sólo no se calman sino que se acentúan con los logros—, en una relación dialéctica, una suerte de *free riding*, que plantea no sólo pujas entre sectores del Estado[8], sino aun entre generaciones[9], y que da —o debe dar— lugar a uno de los puntos más altos de la sabiduría política, que a mi juicio radica, en último análisis, en el reconocimiento de la necesidad de establecer prioridades, en su adecuada selección y en el aseguramiento de un ritmo inflexible en su ejecución.

Y más allá de las delicadas cuestiones jurídicas involucradas en toda esta temática y esta trama normativa referidas al presupuesto, obvio es señalar que las pujas por los fondos no han de transcurrir en la asepsia caballeresca de la pedana de esgrima, sino en el clima desordenado y turbio de las barras bravas. Porque, en definitiva, esconden cuestiones de poder, de intereses, más o menos perceptibles, más o menos directas, más o menos coyunturales.

IV. REFERENCIA GENERAL A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 SOBRE EL TEMA

El texto constitucional ha experimentado un cambio con la reforma de 1994, que en el plano normativo podría decirse que ha acentuado[10] el carácter federal de la materia presupuestaria nacional, particularmente en el que ahora es art. 75, inc. 8°, antes art. 67, inc. 7°.

En efecto:

La Constitución Nacional dispone en el art. 4°[11] que "el gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, forma-

[7] CORTI, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, cit., ps. 97 y ss., con sus citas

[8] ¿Recursos a educación o a salud?, ¿a jubilaciones o a salarios?, ¿a los niveles iniciales de la educación para afianzar la base, o a los niveles terciarios y de posgrado para que succionen hacia arriba?, etcétera.

[9] ¿Se contrae un empréstito que pagarán las próximas generaciones para obras urgentes que disfrutarán las actuales?, ¿se aumentan los impuestos a la actual generación para hacer obras que disfrutarán las futuras?, etcétera.

[10] Aunque pueden considerarse notas ya existentes, ahora han sido explicitadas.

[11] Norma que no tuvo ni pudo haber tenido cambios en la reforma de 1994, por imperio del art. 30, CN, y de los arts. 6°, 7° y concs., ley 24.309.

do del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional".

Es decir, enuncia genérica o conceptualmente los recursos que se prevén y autorizan, con los que se han de realizar los gastos en el nivel nacional, materias ambas que son deferidas en sus precisiones al Congreso Nacional. Es la *cláusula financiera* de la Constitución, la que bien vincula, desde el comienzo, los ingresos y los gastos.

La Constitución de 1853-60, al enunciar en su art.67 —hoy 75— las atribuciones/deberes del Congreso Nacional, en orden a esos recursos que se mencionan en el art. 4°, le confiere la potestad/deber para establecer *derechos de importación y exportación* consignando sus recaudos (inc. 1°), *contribuciones directas* (inc. 2°), las *demás contribuciones* (art. 4°), contraer *empréstitos* (inc. 3°), disponer de las *tierras nacionales* (inc. 4°), arreglar y establecer las postas y *correos* generales de la Nación (inc. 13), fuentes todas ellas de los recursos que se mencionan en el art. 4° como fondos del Tesoro nacional con los cuales proveer a los gastos de la Nación, y le confiere también la potestad/deber para fijar el *presupuesto* (inc. 7°).

Por su parte, la reforma de 1994, sobre esas mismas materias, en el ahora art. 75:

a) Adecua y mejora la terminología y redacción del inc. 1°, manteniendo la sustancia en cuanto a legislar en materia aduanera[12], establecer derechos de importación y exportación, y el doble recaudo de que las alícuotas y las avaluaciones sean uniformes en toda la Nación, es decir que con esta materia que se le confía —después de tan arduas disputas— la Nación no discrimine a favor de unas regiones y en detrimento de otras.

b) En la primera parte del ahora párr. 1° del inc. 2° incluye la referencia a las contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias[13], y a continuación mantiene intacta la referencia a las contribuciones directas, legitimando a la coparticipación federal[14] y consignando en su parte final y en los cinco párrafos siguientes una extensa referencia a ella.

[12] Elimina la referencia a *exteriores*, pues ella consta ya en los arts. 9° a 12, CN, en cuanto se proscriben las aduanas interiores.

[13] Siguiendo así a la jurisprudencia de la Corte nacional, desde Fallos 149:260, 28/9/1927, "SA Simón Mattaldi Ltda. v. Provincia de Buenos Aires s/repetición de pago de impuestos".

[14] Cuyo régimen debería modificarse antes de finalizar 1996 mediante la sanción de un nuevo régimen (Disposición transitoria sexta) y que aún no lo ha sido.

c) Agrega como inc. 3° la atribución nacional de establecer y modificar las asignaciones específicas de recursos coparticipables bajo las condiciones que dispone[15].

d) Y corre de ahí en más la numeración de los incisos siguientes, manteniendo en lo esencial las formulaciones, en el inc. 4° la referencia a la atribución de contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación[16], en el inc. 5° a disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional[17], y en el inc. 14 a arreglar y establecer los correos generales de la Nación[18].

Se advierte, por un lado, que en materia de recursos tributarios no se registran demasiados cambios sustantivos[19], y que la modificación específicamente relevante para esta nota es la del inc. 7°, que pasa a ser inc. 8°, referido al presupuesto, y especialmente en las pautas que se han agregado para éste, que son tres, de las cuales una se hace por remisión directa al párr. 3° del inc. 2° del mismo art. 75, comprendido en la materia de la coparticipación federal, y las otras dos se refieren a funciones propias del Poder Ejecutivo, sea del presidente de la Nación[20], o del jefe de Gabinete[21], cuales son el *programa general de gobierno* y el *plan de inversiones públicas*, respectivamente.

En efecto, antes el inc. 7° disponía como atribución del Congreso Nacional "Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión", mientras que ahora el inc. 8° dispone "Fijar anualmente, *conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo*, el presupuesto *general* de gastos *y cálculo de recursos* de la Administración nacional, *en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas* y aprobar o desechar la cuenta de inversión" (se destacan los textos agregados al anterior).

V. LAS NUEVAS PAUTAS PRESUPUESTARIAS EN GENERAL

Se observa que antes se acordaba la atribución presupuestaria al Congreso Nacional sin establecerle pautas, y ahora se establecen tres.

La menos importante de las modificaciones contenidas en el que era art. 67, inc. 7°, ahora art. 75, inc. 8°, es la alusión a "presupuesto general" en lugar de a "presupuesto", y a "presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la

[15] Por tiempo determinado, mediante ley especial, y aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

[16] Sin cambios.

[17] Acertadamente se limita a las nacionales.

[18] Eliminando acertadamente la referencia a las "postas".

[19] Aduana para la Nación, directos e indirectos en concurrencia entre Nación y provincias con el condicionante temporal y causal nunca cumplido para los primeros, y ahora la coparticipación legitimada.

[20] Art. 99, incs. 1°, 2°, 8°, 10 y concs., CN.

[21] Art. 100, incs. 1°, 6°, 7°, 10 y concs., CN.

Administración nacional" en lugar de "presupuesto de gastos de Administración de la Nación". Se presentan como cambios meramente formales, en tanto los dos textos, en la terminología presupuestaria moderna, significan básicamente lo mismo, ya que, según ella, el instituto debe ajustarse al principio de generalidad, y debe consignar no sólo los gastos a realizarse en el ejercicio sino también el cálculo de los recursos con que atenderlos[22].

La referencia inicial a "fijar anualmente", como la final a "aprobar o desechar la cuenta de inversión", se han mantenido sin cambios.

Las directrices de significación que se establecen son tres, debiendo ahora fijarse el presupuesto: a) conforme a las pautas establecidas en el párr. 3° del inc. 2°, art. 75, b) con base en el programa general de gobierno, c) y con base en el plan de inversiones públicas.

a) La pauta de la coparticipación

La primera de ellas remite a la coparticipación federal de impuestos[23], tema que he abordado en otras oportunidades[24], pudiendo destacarse, como también lo hace Horacio Corti[25], el acierto de referir la materia del presupuesto nacional

[22] Ver ley nacional 26.422, promulgada por dec. nacional 1936/2008, ambos BO del 21/11/2008, cuyo cap. I del tít. I se denomina "Del presupuesto de gastos y recursos de la Administración nacional"; en su art. 1° refiere al "Presupuesto general de la Administración nacional"; en su art. 2° alude al "Cálculo de recursos corrientes y de capital de la Administración nacional", etcétera.

[23] Destaco que en realidad se remite sólo al párr. 3° del inc. 2°, siendo que éste se refiere a aquélla en los párrs. 2° a 6°, todos agregados por la reforma.

[24] Ver BULIT GOÑI, Enrique G., "Reformas al régimen unificado de coparticipación de impuestos nacionales", *La Información*, t. XL, p. 179 (1979); "Acerca de tres aspectos del nuevo régimen de coparticipación federal", *La Información*, t. LVIII, p. 464 (1988); "Acerca de las obligaciones de las partes en la Ley de Coparticipación Federal", *La Información*, t. LXII, p. 414 (1990); "Reflexiones sobre el régimen de coparticipación federal y respecto de los impuestos locales", *Doctrina Tributaria Errepar*, p. 569 (1991); "Coparticipación Federal de Impuestos: el tironeo recurrente muestra como único camino el sinceramiento colectivo y una nueva concertación", *Revista Impuestos*, t. LI-A p. 3 (1993); "Algunas consideraciones sobre la coparticipación federal y la reforma constitucional de 1994", en *El federalismo fiscal a partir de la reforma constitucional*, Criterios Tributarios, Asociación Mutual de Empleados de la DGI, ps. 423/442 (1995); "Cuatro cuentas regresivas en curso", *La Información*, t. 72, p. 27 (julio 1995); "La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994", LL 1995-D-977, Seminario de Coparticipación Federal, Documento de Trabajo, *Revista de la Asociación Argentina de Presupuesto Público*, ps. 17/20 (1996); "Hacia el espíritu de la nueva coparticipación", *Periódico Económico Tributario*, La Ley, nro. 115, p. 1 (1996); "Consideraciones sobre descentralización fiscal y regímenes de coparticipación impositiva", en *Seminario Internacional*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Económicas, Departamento de Economía, p. 18 (29/8/1996); "La Ciudad de Buenos Aires y la afectación de impuestos nacionales ante la actualidad de la coparticipación federal", *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, p. 27 (1997); "El futuro de la coparticipación federal", *Aplicación Profesional*, nro. 18, p. 3 (1998); "Federalismo fiscal: el caso argentino", *Revista de la Economía Social y de la Empresa*, nro. 27-28, Barcelona, p. 57 (1998).

[25] *Derecho constitucional presupuestario*, citado.

a la coparticipación, que es en nuestro medio el principal eje vertebrador vertical de la materia tributaria entre niveles[26].

El texto del inc. 8° dispone ahora que el presupuesto general de gastos y recursos debe fijarse "conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo", el cual, con referencia a "la ley convenio a dictarse sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias que instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones"[27], dispone que "La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional"[28].

El ahora extenso inc. 2° del art. 75, CN, dispone al final de su párr. 1° que "las contribuciones previstas en este inciso[29], con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica[30], son coparticipables"[31], y en los cinco párrafos siguientes del mismo inc. 2°, agregados todos por la reforma de 1994, se establecen distintos recaudos: manda que el régimen sea el fruto de acuerdos y que los fondos se remitan automáticamente, acepta regímenes en plural dentro de la ley única con origen en el Senado, exige la "aprobación"[32] de las provincias, prohíbe las modificaciones o reglamentaciones unilaterales[33], proscribe las transferencias de responsabilidades sin recursos y conformidad de la jurisdicción receptora, etcétera.

Como puede advertirse, esas pautas, a las que remite en primer lugar el inc. 8° para fijar el presupuesto, están referidas al núcleo del régimen de coparticipación federal, al aspecto que en la nueva manda constitucional tiene de principio liminar, por fuera y por sobre la normativa vigente, en cuanto dispone

[26] Ello sin perjuicio de señalar que la coparticipación no es un río sino un delta, del cual la ley 23.548 es un cauce importante, pero no el único.

[27] Art. 75, inc. 2°, párr. 2°, CN.

[28] Art. 75, inc. 2°, párr. 3°, CN.

[29] Refiere a las contribuciones directas e indirectas, es decir, a todos los tributos nacionales salvo los derechos de importación y exportación, que son materia del inc. 1°.

[30] El tema es objeto de un inciso agregado, como 3°, que da atribuciones al Congreso para "Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por la ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

[31] Hemos subrayado que por dos veces el nuevo texto no alude a recursos *coparticipados*, sino a recursos *coparticipables*, lo que permitiría sostener que a la coparticipación no se la impone sino que sólo se la autoriza, la cual, como se sabe, es una de las varias formas conocidas para la distribución de la renta pública a distintos niveles de gobierno, pero no la única.

[32] Debió decir ratificación por ley, ya que la aprobación es parte del proceso de sanción de la ley, que se cumple íntegramente en el Congreso Nacional, aunque tal vez se haya querido significar que la vigencia misma de la ley ha de depender de esas ratificaciones, de esas adhesiones, como nota diferencial de esta ley convenio respecto de todas las demás que emite el Congreso.

[33] Sólo podría hacerse por una ley convenio posterior.

que los recursos vayan allí donde estén las competencias, servicios y funciones, y en cuanto fija tres criterios objetivos de reparto, de los cuales el primero es devolutivo, y los otros dos redistributivos.

Los otros cinco párrafos agregados en el inc. 2°, a los que no se remite el inc. 8°, se refieren a otros aspectos menos sustanciales de la coparticipación, pudiendo agruparse del siguiente modo:

a) Comienza disponiendo que la distribución de las contribuciones nacionales coparticipables debe hacerse "entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas", por lo que pareciera que los recursos nacionales que deben incluirse en el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional serán los ya coparticipados, los correspondientes a la Nación, no así los que correspondan a las provincias ni a la Ciudad de Buenos Aires, y, por otro lado, que se alude a una distribución primaria entre la Nación, por una parte, y, por la otra, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires[34].

En la ley 23.548, la distribución secundaria se hace con base en porcentajes fijos para cada provincia y ahora también para la Ciudad de Buenos Aires, y no a criterios objetivos de reparto como lo manda la Constitución Nacional reformada según este mismo párr. 3° al que remite el inc. 8°, pudiendo asegurarse que aquellos porcentajes fijos, establecidos en enero de 1988 con base en la realidad de 1985, han de estar más que desactualizados[35].

b) La primera directiva en esta materia sienta una suerte de sabio principio general, cual es que aquella distribución se haga "en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas" (Nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires), el cual aparece enfatizado en el párr. 5° cuando establece que "no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso".

c) Y complementa esa directiva disponiendo que tal distribución se haga "contemplando criterios objetivos de reparto", lo cual, como se ha dicho, no se compadece con los porcentajes fijos establecidos —bien que por dos años— en la ley 23.548 (arts. 3° y 4°), salvo que se interprete que "criterios objetivos de reparto" significa solamente lo opuesto a repartos conforme a criterios subjetivos, o discrecionales, lo cual no se corresponde con la naturaleza y los caracteres de los regímenes de coparticipación[36].

[34] Siempre la Ciudad de Buenos Aires participó de la porción de la Nación —lo mismo que el entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego—, y aquí se la menciona en el bloque de las provincias, lo que ya se ha materializado, aun cuando la ciudad aspira, con razón, a aumentar su participación.

[35] Fueron establecidos de compromiso, en un régimen establecido como transitorio por dos años, luego de tres años sin Ley de Coparticipación Federal por haber vencido la ley 20.221, con sus reformas, el 31/12/1984.

[36] La interpretación no puede presumir ligereza o incapacidad o distracción del legislador (Fallos 304:794, 1733, 1820, 308:283, entre muchos).

d) Para esos criterios objetivos con que debe hacerse la distribución, dispone que ella: i) "será equitativa", ii) será "solidaria", iii) "y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida, e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

Como se ha dicho, el recaudo de que el parámetro objetivo al que se ajuste la distribución sea "equitativo", manda claramente a un criterio *devolutivo*, es decir: tanto aportas a la masa coparticipable total tanto te llevas de ella, como era, por ejemplo, en los regímenes anteriores a la ley 23.548, el reparto en proporción directa a la población[37].

El recaudo de que sea "solidario" manda justamente en dirección opuesta, es decir *redistributiva*: tanto necesitas tanto te llevas de la masa, como era, por caso, en aquellos regímenes anteriores, la proporción inversa a la población[38].

Y el recaudo final, que en nuestro país suena a quimérico, constituye una de las directivas constitucionales de mayor relevancia, cual es la de "dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional". Se trata también de una pauta *redistributiva*: tanto más necesitas comparativamente para el fin indicado, tanto más te llevas.

Como puede observarse, esta primera remisión del art. 75, inc. 8°, a la sustancia de la coparticipación introduce un matiz netamente federal en la pauta a que debe ajustarse el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional. En síntesis, parece que, consciente de la realidad deformada de nuestra Argentina y de la gravitación del nivel nacional en el contexto federal, la pauta constitucional ha querido que el presupuesto nacional se ajuste no sólo a la realidad de la Administración nacional, sino más bien a la realidad federal.

b) Las otras dos pautas

Además de remitir a la parte nuclear de la coparticipación, el art. 75, inc. 8°, manda que el presupuesto nacional se haga "en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas", dos instrumentos propios del nivel nacional, pero que abarca a todos los niveles del Estado, como que el gobierno proyecta su accionar y sus inversiones sobre todo el territorio nacional.

El Congreso es el que decide, en definitiva; es el órgano que "*fija* el presupuesto" (art. 75, inc. 8°, CN), pero el Poder Ejecutivo nacional, el gobierno nacional, el presidente, que "es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país"[39], tiene una partici-

[37] Se supone que a mayor población, mayor recaudación tributaria.

[38] Lo contrario a la nota anterior.

[39] Art. 99, inc. 1°, CN, norma a leerse en conexión con el art. 100, inc. 1°, CN, y en cotejo con el art. 86, inc. 1°, del texto de 1853-60 para apreciar la reforma de 1994.

pación decisiva en su confección. El Poder Ejecutivo nacional trata en acuerdo de gabinete y aprueba el proyecto de presupuesto que ha de elevarse al Congreso[40], y esa vinculación se advierte también, por ejemplo, en el ensamble de los incs. 18 y 19 del propio art. 75, y de los incs. 1°, 2°, 8°, 10 y concs. del art. 99, referido al presidente de la Nación, 1°, 6°, 7°, 10° y concs. del art. 100, referido al jefe de gabinete.

La mención expresa que ahora se hace *al programa general de gobierno* y *al plan de inversiones públicas*, más allá de si importe una nota de refuerzo del rol del Poder Ejecutivo nacional en la fijación del presupuesto, o de afianzamiento de la pauta federal, es innegable que constituye una nota de realismo, posiblemente en un doble sentido, con un doble propósito, es decir, como una suerte de ida y vuelta que vincule a estos polos: de un lado, con el eje en el *programa* y en el *plan*, para que el presupuesto refleje los recursos con los que efectuar los gastos[41] involucrados en el *programa de gobierno* y en el *plan de inversiones*, a fin de que éstos no queden en meras formulaciones demagógicas; y, de otro lado, con el eje en el *presupuesto*, para que éste consigne los gastos a que destinar los recursos previstos, aportando así en dirección opuesta a la generalidad, abstracción y hasta vaguedad, que suele caracterizar a estos instrumentos.

c) Algo más sobre la primera pauta

Con referencia a aquella primera pauta que la reforma le señala al presupuesto, la referida a la coparticipación, debe señalarse que las relaciones financieras entre Fiscos dista de ser ordenada o pacífica, no sólo en cuanto a las cuentas recíprocas en los hechos, sino también en lo normativo[42], y en tal sentido cabe referir a las tentativas ordenadoras contenidas en los llamados pactos fiscales[43], de los cuales puede destacarse:

Por ejemplo, del primero de esos Pactos, de contenido más presupuestario, en cuanto sus objetivos se vinculan con la asistencia conjunta por todos los niveles a las necesidades sociales básicas —en especial jubilaciones—, con afianzar el federalismo reconociendo el creciente papel de los gobiernos provinciales y municipales en la atención de las demandas sociales, con la necesidad conjunta de todos los niveles estatales de consolidar la estabilidad y promover el desarrollo, el acceso a la vivienda, profundizar la redimensión del sector público y

[40] Art. 100, inc. 6°, CN.

[41] Expresión genérica que incluye a las inversiones.

[42] El profesor canadiense Richard Bird, uno de los reconocidos expertos en federalismo fiscal, la calificó de verdadero *laberinto*.

[43] Mencionamos el Acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales, del 12/8/1992, y el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, del mismo día y mes de 1993, suscriptos por el presidente de la Nación y los gobernadores, y ratificados por leyes nacionales y de las provincias, pero además existen varios otros.

su descentralización. Así como que en orden a esos fines se acordaron dos detracciones significativas de la masa coparticipable[44], cesaron las amputaciones para el financiamiento de la DGI, se garantizó un piso de coparticipación a las provincias, se aseguró la remisión de sumas adeudadas por la Nación para diversos Fondos[45] como parte del ajuste de cuentas entre Nación y provincias, se establecieron topes a los gastos corrientes a financiarse con coparticipación, la Nación se comprometió a no efectuar otras detracciones y a no transferir servicios a las provincias sin su conformidad, y éstas a establecer presupuestos equilibrados y a desistir de los juicios contra la Nación por remisiones de fondos, etcétera.

O del segundo de ellos[46], de contenido más tributario, por el cual las provincias se comprometieron a reemplazar ingresos brutos y mientras tanto consagrar numerosas exenciones, eliminar sellos, disminuir inmobiliario, racionalizar las tasas municipales, etc., y la Nación a acompañar esos esfuerzos en direcciones convergentes, por ejemplo, eliminar el impuesto a los activos sobre bienes afectados a la producción, adecuar las retenciones y pagos a cuenta del IVA, disminuir los aportes patronales, apuntalar financieramente a las actividades agropecuarias y de la construcción, aceptar las transferencias de las Cajas —todas deficitarias—, etcétera.

Sólo queremos destacar el valor de la práctica de concertación en el ámbito de la estructura federal, más allá de los juicios que puedan emitirse sobre el contenido de estos pactos, y de que no sólo no se han llevado a la práctica, sino que han sido contradichos estrictamente en los hechos por parte de los Fiscos.

Desde esos compromisos hasta hoy puede decirse, de un lado, que las cuentas entre la Nación y las jurisdicciones se han puesto al rojo vivo, y el litigio está ya lanzado, y, de otro lado, que tanto la Nación como las provincias y las municipalidades, bajo la invocación general de la escasez, acudiendo a los más variados y a veces insostenibles justificativos, acosan a los sujetos económicos con una sucesión impredecible e imprevisible de exigencias tributarias.

Pero sin perjuicio de todo ello, debemos asumir que el federalismo, si ha de ser funcional a sus fines superiores y eficaz en su realización, no puede prescindir de la coordinación y la concertación, en sentido vertical —Nación, provincias, municipalidades—, y en sentido horizontal —provincias con provincias, municipalidades con municipalidades—, bastando lo señalado para advertir que la primera de las tres pautas constitucionales en materia presupuestaria, con su remisión a la coparticipación federal, resulta acertada en la formalidad norma-

[44] Una del 15% para la atención por la Nación de las Cajas provinciales de jubilaciones, la otra de $ 43.800.000, luego ampliada para distribuir entre veinte provincias en las proporciones indicadas.

[45] Vivienda, agua y saneamiento, desarrollo eléctrico del interior y vial.

[46] Celebrado en orden a mejorar la competitividad de la economía y la armonización y racionalización de la tributación de los tres niveles para facilitar la integración regional y la penetración en otros mercados, sustituyendo tributos distorsivos y bajando la presión global.

tiva, en abstracto, pero en tanto no se cambien sustancialmente las conductas, remite al caos o a la ficción.

VI. CONSTITUCIÓN, PRESUPUESTO, Y REALIDAD

No podríamos dejar de señalar que el programa constitucional excede al presupuesto, como que excede al Estado. El rol institucional del Estado en el cumplimiento del programa constitucional reviste suma importancia, y lo mismo el presupuesto nacional dentro de ese rol estatal. Pero no lo son todo en relación con tal programa, ni con mucho.

El presupuesto como instrumento, en sus aspectos formales, trae reminiscencias externas del balance, aunque con la diferencia de que el balance refleja el pasado, mientras el presupuesto refleja el futuro, y por eso el balance, que es una fotografía, se confecciona después de cerrado el ejercicio, mientras que el presupuesto, que es un proyecto, debe confeccionarse por el Poder Ejecutivo, enviarse al Congreso, y tratarse por éste, durante el año anterior al presupuestado.

El vínculo entre el presupuesto así considerado, como proyecto de futuro, y el programa constitucional, o la Constitución como programa, sólo se refiere a una parte de la cuestión, en tanto los recursos públicos y su destino los gastos o inversiones públicos son sólo una parte de la temática más amplia que involucra a los fines constitucionales, que son múltiples.

La garantía de los derechos que en amplitud consagra la Constitución Nacional, la relación entre las jurisdicciones, la atracción de inversiones, el desarrollo pleno y justo de las fuerzas productivas, el empleo, el combate a la pobreza, la integración entre las regiones, entre las etapas y niveles de la producción, entre las clases y sectores sociales, la inserción en el mundo y los tantos otros fines que anidan en la trama constitucional, no se satisfacen automáticamente con la mera sanción de la Ley de Presupuesto, por más que ésta se ajuste a todos los recaudos constitucionales, o se desenvuelva con la rara especie de su ejecución prolija y no amañada. Hacen falta además políticas inteligentes en muchas direcciones, cuidadosamente definidas, con suficiente sustento, de aplicación e implementación sostenida en el tiempo, cuantiosas inversiones, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, adecuadamente localizadas, sobre la base de prioridades bien elegidas, agentes calificados, accionar idóneo, gerenciamiento adecuado de los proyectos, etcétera.

Transcribo lo que escribí hace poco, pues viene a cuento: "Es que en esto tienen mucho que ver factores en apariencia extraños al tema de esta nota, por ejemplo cuestiones tan importantes y tan diversas como el subdesarrollo estructural, los desniveles internos de todo orden, las exclusiones intolerables, las asimetrías o desigualdades en el intercambio interno y externo, la insuficiencia de recursos o lo que es equivalente su desigual asignación, la irracionalidad del gasto, el despilfarro, el clientelismo político, los sistemas electorales deficientes, el decaimiento de los parlamentos, de su representatividad, de su nivel, de

su gravitación efectiva, la pérdida de independencia y de nivel de los poderes judiciales, el abarrotamiento de los tribunales, las falencias notorias y crecientes de la dirigencia política, económica y social, el retraimiento de los mejores a la participación institucional por el deterioro o aun el salvajismo de las reglas de juego, la declinación de la educación —formal y no formal—, la escasa cohesión social, las concentraciones de poder —en las metrópolis, en los poderes ejecutivos, en las centrales empresarias o sindicales—, la incapacidad de la burocracia, su falta o su exceso de continuidad, la no aplicación de las normas sobre responsabilidad de los funcionarios, los vaivenes pendulares de las políticas u orientaciones predominantes, etcétera"[47].

Desde luego que si se presupuesta por debajo de lo que se piensa recaudar para disponer del excedente, si por ineficiencia no se ejecuta en plenitud el presupuesto en curso, si se manipulan las partidas, si se abusa de las cuestionables delegaciones, si no se aplica máxima racionalidad y austeridad en el gasto, etc., las mejores intenciones del programa constitucional serán siempre letra muerta.

[47] BULIT GOÑI, Enrique G., "La constitucionalización del poder tributario: evolución y perspectivas", cit., ps. 484/485.

SECCIÓN IV

LOS PRINCIPIOS GENERALES PRESUPUESTARIOS

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS PRESPUESTARIOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESPUESTARIA

Por CÉSAR GARCÍA NOVOA*

I. EL CONCEPTO DE PRESUPUESTO COMO EXPRESIÓN POLÍTICA Y COMO INSTITUTO INHERENTE AL DERECHO FINANCIERO

La idea originaria del poder presupuestario surge en el marco de la Escuela alemana de Derecho Público, y sólo puede ser explicada desde la estructura constitucional de la Alemania del siglo XIX. La idea de *monarquía* limitada y la teoría orgánica de Jellinek, que configuran al monarca como órgano inmediato e independiente, están en el origen de una teoría que se basa en la idea del monarca como órgano supremo, cuyo poder sólo estaría limitado por la voluntad de las Cámaras respecto de algunas materias. Entre esas materias estaría la aprobación de los presupuestos. Las Cámaras tendrían así un poder presupuestario singular, que no se traduciría en la aprobación de una ley. Esta proposición está en la base de la formulación del poder presupuestario de las Cámaras por Laband, y de la Ley de Presupuestos como *ley formal*[1]. Se trata de una concepción ligada históricamente al principio monárquico y a una fórmula autoritaria de Estado, que en el lado de los ingresos se proyecta en la idea de la relación tributaria como una "relación de poder", como una fórmula que "tiene sus raíces en el Estado absoluto y es aceptable y aceptada en el momento histórico anterior al Estado de Derecho"[2]. En función de esta relación del poder público con la concepción autoritaria del poder tributario, el control parlamentario recae sobre los ingresos, única materia en la que el Parlamento podría dar su aprobación. Ello suponía un control indirecto sobre el gasto; la aprobación periódica del ingreso presuponía la del gasto, pues la legalidad financiera no se hallaba bifurcada en *ingresos y gastos*.

* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Santiago de Compostela, España.

[1] ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuesto del Estado y Constitución*, IEF, Madrid, 1981, p. 295.

[2] PÉREZ DE AYALA, José L., "Potestad administrativa y relación jurídica (I). La concepción de la relación tributaria como relación de poder", *RDFHP* nro. 79, 1969, p. 65.

Además, si bien la aprobación del ingreso suponía la emisión de una ley material, la aprobación del gasto por las Cámaras, concretado en el presupuesto, supondría autorizar un documento que sólo formalmente sería una ley.

Esta situación previa a la bifurcación del principio de legalidad y al correcto entendimiento de la legalidad tributaria, pronto quedaría superada de la mano de las formulaciones del Estado de Derecho y de la constitucionalización del fenómeno financiero.

Muestra de esta superación sería la admisión de que los presupuestos son ley en sentido pleno y material, consecuencia de entender que las leyes del gasto público forman también parte del orden financiero, frente a la tendencia histórica de delimitar el derecho financiero atendiendo exclusivamente a las normas tributarias. Frente a las normas tributarias, que disciplinaban auténticas relaciones jurídicas, se decía que las normas sobre gastos públicos tenían como objeto una mera regulación de competencias de los órganos públicos. Esta tendencia separadora del ingreso y el gasto sería pronto superada por la doctrina clásica española.

Entre otros autores partidarios de integrar los ingresos y los gastos, Vicentarche destacaría la dependencia entre uno y otro componente de las finanzas públicas, diciendo que "...las decisiones sobre el gasto público no son, en verdad, decisiones autónomas, sino recíprocamente interdependientes con las que, al mismo tiempo, deben adaptarse en la vertiente de los ingresos públicos. Desde esta perspectiva, pues, el bloque de los ingresos públicos no se concibe como una pura resultante predeterminada por las decisiones previamente realizadas en materia de gastos públicos sino como un factor presente y condicionante de la acción en el campo del gasto público"[3]. Lo que en realidad apunta el profesor Vicentarche es la existencia de una conexión lógica entre ingresos y gastos; no se puede ignorar el gasto público, pues, en última instancia, es la razón de ser de todo ingreso.

El problema, sin embargo, radicaba básicamente en averiguar si entre ingreso y gasto público existía una unidad en el orden jurídico. O, lo que es lo mismo, si el ingreso, más allá de un presupuesto lógico, estaría vinculado al instituto del gasto por unos valores y principios comunes. Fue Rodríguez Bereijo quien puso de relieve esta ligazón en el plano del derecho, afirmando lo que sigue: "en mi opinión existe una conexión instrumental, no ya en un plano lógico, sino también en el plano jurídico, entre los ingresos y los gastos públicos; conexión que se refleja en la unión entre los tributos y el deber general, sancionado por la Constitución, de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad contributiva. Y esta conexión, que se expresa en la institución del presupuesto, demuestra la unidad del fenómeno financiero y la imposibilidad de escindir su contenido intentando —como a veces se preten-

[3] VICENTE-ARCHE DOMINGO, Fernando, "Notas sobre el gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda", *Civitas, REDF*, nro. 3, 1974.

de— limitar la realidad financiera solamente a los ingresos públicos o, incluso, a los impuestos"[4]. Postura muy próxima a la adoptada en Italia por Buscema, quien concibe, "como contrapartida del tributo, el deber estatal de destinar los fondos recaudados a la consecución de los fines públicos"[5].

Así pues, la trascendencia y el protagonismo del gasto público como sector normativo con entidad propia en el seno del derecho presupuestario es hoy indudable. Tal es así que se ha llegado a propugnar la existencia de un derecho de los gastos públicos como sector del ordenamiento financiero con entidad propia[6] y susceptible, por tanto, de una cierta autonomía didáctica[7]. Este sector del derecho financiero tendría como "objeto formal" de conocimiento al "gasto público", definido desde la triple perspectiva en que lo hace Bayona de Perogordo; como "conjunto de necesidades públicas cuya satisfacción exige el empleo de fondos públicos", como "conjunto de actos del ente público y actuaciones de los particulares que se insertan en la función financiera del gasto público", y como "el conjunto de flujos monetarios que emanan del Tesoro público"[8].

Admitiendo la faceta del gasto público como parte integrante del derecho financiero, el presupuesto sería la institución fundamental en torno a la que se construye esta rama del derecho público. Si el poder presupuestario es una expresión del poder público y el presupuesto la plasmación política de este poder, desde el punto de vista del derecho, es también el *leit motiv* del derecho financiero del gasto público. De esta manera, es posible postular un derecho presupuestario que abarque el régimen jurídico de todo el gasto público[9], a lo que García de la Mora denomina *derecho contable público*[10].

En tal sentido, el presupuesto se convierte en el fundamental objeto de conocimiento de esta faceta del derecho financiero. Y lo hace al ser configurado

[4] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 72.

[5] BUSCEMA, Salvatore, *Il bilancio*, Giuffré, Milán, 1971, ps. 8 y ss.

[6] Rodríguez Bereijo entiende el derecho presupuestario como derecho de los gastos públicos y lo argumenta diciendo que "hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, el presupuesto, institución jurídica fundamental del derecho público, no constituye una ordenación jurídica sino contable de los ingresos públicos (tributos), por cuanto él ni crea ni disciplina el régimen de su establecimiento y exacción... Por ello, en lugar de la denominación tradicional omnicomprensiva de derecho presupuestario, quizás fuera preferible hablar de derecho de los gastos públicos" (RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado...*, cit., p. 198). También se ha referido al derecho de los gastos públicos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías, *Ordenamiento tributario español*, Civitas, Madrid, 1977, p. 178.

[7] Singularmente, BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., "Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos", *PGP* nro. 2, 1979.

[8] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., "El procedimiento de gasto público y su control", *Presupuesto y Gasto Público*, nro. 2, 1979.

[9] MARTÍNEZ LAGO, Miguel Á., *Manual de derecho presupuestario*, Colex, Madrid, 1992, p. 30.

[10] GARCÍA DE LA MORA, Leonardo, "El derecho presupuestario o contable como ordenamiento de control de la Hacienda Pública", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, nro. 52, 1978, p. 90.

como instituto básico dc la organización financiera del Estado y demás entes públicos[11].

a) La explicación dogmática de la figura jurídica del gasto público. Noción sustantiva y teoría general del gasto público

Las aportaciones tendientes a reconocer un derecho financiero de los gastos públicos suponen ampliar el contenido del derecho financiero, confirmando ya definitivamente la inclusión en el mismo de la faceta del gasto.

En este sentido, conviene señalar que han sido diversas las líneas doctrinales seguidas para una explicación lógico-jurídica del gasto público. Un primer grupo de autores ha intentado traducir y transplantar los esquemas de la concepción estática del derecho tributario al estudio del gasto público, hablando de una "relación jurídica de gasto". Como reacción a estas concepciones, se han desarrollado otras corrientes que han intentado referirse al gasto público como una "función pública". Por último, deberíamos referirnos a la posición adoptada por Bayona de Perogordo, quien singularmente ha desarrollado una explicación paralela a la del tributo como instituto jurídico, en la que aplica la sistemática seguida por Sainz de Bujanda, en cuanto al "haber" de la hacienda pública (recursos, derechos, ingresos y procedimientos), distinguiendo entre necesidades públicas, obligaciones económicas y fondos públicos, de una parte, y procedimientos de gasto público, de otra[12].

Entre los autores partidarios de la relación pública de gasto, se encuentran Pérez de Ayala[13] y González Sánchez[14], mientras que en Italia destacan Buscema[15] e Ingrosso[16]. Estas construcciones atribuyen un carácter sustantivo a la relación de gasto, desarrollando sus explicaciones en clave de derechos y obligaciones (Ingrosso, González Sánchez) o dotando de contenido específico al interés legítimo de los contribuyentes en una correcta disposición de los gastos (Buscema y Pérez de Ayala).

En contra de la conceptuación del gasto público como una relación jurídica se ha manifestado Rodríguez Bereijo, al señalar que "la idea de relación jurídica no sirve para elaborar una dogmática jurídica del gasto público porque las normas reguladoras de la ordenación del gasto público no son normas materiales o de relación, que se dirijan a crear derechos subjetivos de los particulares.

[11] ROGARI, Ubaldo, *Il bilancio dello Stato*, Cedam, Padova, 1977, ps. 70 y 71.

[12] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., "Notas para la construcción...", cit., ps. 116 y ss.

[13] PÉREZ DE AYALA, José L., voz "Gastos públicos", *Enciclopedia Jurídica Seix*, p. 593.

[14] GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel, "La relación jurídica de gasto público", *PGP* nro. 1, 1979, ps. 152 y ss.

[15] BUSCEMA, Salvatore, "La Contabilità Pubblica: natura e limiti", *Archivo Finanziario*, vol. XIV, 1967, ps. 383 y ss.

[16] INGROSSO, Gustavo, "La statuzione delle spese pubbliche", *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1938, ps. 227 y ss.

Por el contrario, de una manera si cabe más clara que en derecho tributario, las normas que componen el derecho de los gastos públicos son normas instrumentales que van dirigidas a regular el ejercicio de una función pública, de una serie de poderes o potestades atribuidos a la Administración para la realización de un objetivo final. Función pública financiera cuyo ejercicio da lugar a un procedimiento administrativo: el de ejecución del gasto"[17].

De forma semejante a lo que ocurrió en relación con el derecho tributario, y frente a la teoría "estática" de la relación jurídica de gasto, se propusieron para el presupuesto, orientaciones dinámicas como contrapartida del anterior intento. Así, se explicó el gasto público como la actividad instrumental ordenada a otorgar efectividad a la función financiera encomendada a los entes públicos[18]. Por lo que, como señala Palao Taboada, las normas de gasto público serían de acción, no de relación, y su contenido esencial se centraría en la relación de los procedimientos ordenados al pago de las obligaciones pecuniarias contraídas en otros órdenes del derecho[19].

Para Bayona de Perogordo, el gasto público ha de explicarse diferenciando tres realidades diversas situadas en tres planos diferentes: normativo, sustantivo y material. Para este autor, todo el sistema gravitará en torno a la consideración del instituto jurídico del gasto público a partir de la idea de *necesidades públicas*, que tienen su expresión normativa en las leyes de gasto. En un segundo plano se situarían las relaciones jurídicas de gasto entabladas en la cobertura de aquéllas, mediante el ejercicio de la función financiera encomendada al ente público, que se traducen en las obligaciones económicas contraídas por el Estado en su aplicación, como situación jurídica sustantiva. Por último, se produciría la disposición de fondos, que se traduciría en un pago como resolución material de ésta[20]. El modelo se completaría incorporando a los elementos estáticos el conjunto de procedimientos ordenados a su realización, que constituirían el aspecto dinámico del fenómeno financiero del gasto público. Procedimientos que no se limitarían a los estrictamente presupuestarios por cuanto, al integrar en el ámbito de la relación de gasto, el concepto de necesidad pública como parte nuclear de ésta antes de disponer del crédito presupuestario —comprometiendo

[17] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado...*, cit., p. 337.

[18] Así puede verse que autores como BAYONA DE PEROGORDO, Juan J. - SOLER ROCH, María T., analizan al gasto público como realizado a través de un "procedimiento funcionalizado" (*Materiales de derecho financiero*, Librería Compás, Alicante, 1997, p. 147); también ORON MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995, ps. 35 y ss.; PEÑUELAS I REIXACH, Lluis, "Facultad de gasto del Gobierno central, actividad de fomento, y bases para la planificación general de la actividad económica", *Civitas, REDF*, nro. 72, 1991, p. 523.

[19] PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho financiero y tributario*, t. I, 2ª ed., Colex, Madrid, 1989, p. 27.

[20] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., *El derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1991, ps. 8 a 37; id., "Notas para la construcción...", cit., p. 65.

el gasto y realizando el pago— se hace preciso evaluar la necesidad y programar su satisfacción[21].

Otros autores han propuesto diversas alternativas de aproximación al régimen jurídico de los gastos públicos. Así, Martínez Lago, entiende necesario distinguir dos planos en que se desarrolla el gasto público, que no son otros que la causa que origina el gasto público, que puede ser o no una relación de deuda —obligación del Estado— y el procedimiento administrativo de ejecución del gasto público[22]. Por su parte, Pérez Royo señala que la mayor parte del régimen sustantivo de los gastos públicos escapa del estudio del derecho financiero y entra en la teoría del servicio público —sanidad, defensa, justicia, enseñanza...—, dado que a nuestra disciplina lo que interesa es el estudio de las normas que regulan la asignación de los recursos públicos en las diferentes atenciones públicas, así como las referentes a la efectiva realización de las decisiones de gasto y el control de la correspondencia entre la asignación de recursos y su puesta en práctica. En lo que al derecho financiero interesa, el gasto público se resuelve en un entramado de procedimientos administrativos, dispuestos al efecto de procurar la realización de situaciones jurídicas encuadrables en otros sectores del ordenamiento[23]. Para estos autores, en una diferenciación ideal entre "causa" y "procedimiento" de gasto público, sólo interesaría al derecho financiero el segundo.

Estas construcciones tienen un indudable interés de cara a la formulación de una teoría general del gasto público, y hay que reconocerles el mérito de haber intentado armonizar en una explicación conjunta las distintas fases que convergen en la aplicación de fondos públicos a la cobertura de necesidades. Sin embargo, a partir de ellas no puede construirse una noción sustantiva de gasto público, teniendo en cuenta la explicación preferentemente "procedimental" que se hace de él. Resulta imprescindible, para dotar al gasto público de relevancia material, sujetarlo a principios materiales de justicia que vayan más allá de lo estrictamente presupuestario, lo que será la única vía de superar las disfunciones que se producen entre las causas de las obligaciones económicas públicas y el procedimiento presupuestario[24].

b) Los principios materiales de justicia financiera referibles al gasto público

Así, pues, en la parte del derecho presupuestario que integra el derecho financiero deben entenderse aplicables, como elementos axiológicos de justicia,

[21] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., "El procedimiento de gasto público y su control", *Presupuesto y gasto público*, nro. 13, 1982, p. 335.

[22] MARTÍNEZ LAGO, Miguel Á., *Manual de derecho presupuestario*, cit., p. 25.

[23] PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Civitas, Madrid, [S.F.], ps. 25 a 28.

[24] No es casual que Bayona de Perogordo analice con detalle la problemática relativa a la contracción de obligaciones sin crédito presupuestario al hilo de la exposición de la teoría general del gasto público (BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., "Notas para la construcción...", cit., ps. 70 a 76).

los principios constitucionales en materia financiera, que adquirirán la condición de elementos informadores de todos los aspectos del fenómeno financiero, incluida la "faceta del gasto". Si bien, como reconocen Lozano Serrano y Martín Queralt, el carácter esencialmente político de las decisiones en materia presupuestaria dificulta la penetración de los principios de justicia en el ámbito del ordenamiento de los gastos públicos, lo cierto es que determinados principios constitucionales, y, en especial los de justicia tributaria material, han de entenderse aplicables al gasto público. Así, es posible hablar de que la frecuente referencia a la *capacidad económica* como alternativa a la capacidad contributiva, tiene como finalidad extender la justicia material de la actividad financiera también a la faceta del gasto. De ahí que se pueda hablar de capacidad económica en el gasto, así como de igualdad y progresividad; el gasto público será materialmente igualitario cuando trate desigualmente a quienes tienen diferente capacidad económica, y progresivo cuando se dirija a quienes tienen una menor capacidad. Éste y no otro era el sentido de la enmienda del profesor Fuentes Quintana en la Comisión Constitucional del Senado en España, que supuso la admisión del principio de "gasto público equitativo", recogido hoy en el art. 31.2 de la Constitución española.

Y es que, en última instancia, la justicia del gasto legitima su inclusión en la totalidad de la "actividad financiera", y viene a suponer un elemento de contacto con el ingreso público, dando sentido a lo que hemos llamado "unidad funcional" del fenómeno financiero. Como señala Rodríguez Bereijo, "jamás la justicia del tributo debe desligarse del destino que haya de darse a los ingresos así obtenidos"[25], puesto que, siendo fundamento del tributo la satisfacción de necesidades públicas, el deber de una correcta asignación de las sumas recaudadas es una faceta más de la justicia financiera.

Por ello, y siguiendo en este punto la opinión de García de la Mora, el sector del ordenamiento que suministra el control de la corrección en el uso del dinero público y la regularidad de la acción financiera constituye "parte fundamental del ordenamiento jurídico público y, más concretamente, del ordenamiento financiero"[26].

Dentro de este sector del ordenamiento, cabría distinguir, siguiendo al propio García de la Mora, un "derecho presupuestario material" y un "derecho presupuestario formal". El primero abarcaría el estudio del presupuesto y de las leyes reguladoras de cada tipo de gasto, y que sería al que propiamente habría que llamar "Derecho de los gastos públicos". Sobre él incidiría la justicia material del gasto de forma directa. El derecho presupuestario formal comprendería "las formas, las competencias, los procedimientos de la actividad financiera", la contabilidad del Estado, en suma. Incluiría las normas referidas a la garantía

[25] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado...*, cit., p. 78.

[26] GARCÍA DE LA MORA, Luis, "El derecho presupuestario o contable como ordenamiento del control de la Hacienda Pública", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nro. 52, p. 76.

de la aplicación del derecho presupuestario sustancial, que, en su totalidad, forman el sector del ordenamiento tendiente a asegurar la disciplina y control de la actividad financiera[27]. Destaca García de la Mora que ello se consigue con la "formalización de la ejecución de los gastos, lo que se reconduce a garantizar su sometimiento a la legalidad"[28]. Como ocurre con los institutos formales en el derecho financiero, las reglas de justicia no pueden resultarles del todo ajenas.

Pero la justicia financiera, como principio "propio" de la actividad financiera y del derecho financiero, no puede ser expuesta completamente si no se hace referencia a los principios relativos al gasto público. Así, Rodríguez Bereijo, comentando el art. 31.2 de la Constitución española, señala que "...en nuestra Constitución el principio de capacidad económica de los tributos ha de combinarse con el de justicia en el gasto público"[29]. Es de destacar, sobre todo, la mención contenida en este precepto a la "asignación equitativa", es decir, a la asignación orientada por criterios de equidad, de los "recursos públicos".

Aunque resulta medianamente claro que nos encontramos ante un mandato de justicia en el gasto público, lo que sí resulta más conflictivo es lo que, en concreto, se puede entender como "asignación equitativa". Esta asignación equitativa recoge, como señalan Bayona de Perogordo y Soler Roch, el principio de justicia material que debe presidir la actividad financiera de gasto. Aunque estos autores recogen que la expresión "asignación equitativa" nos sitúa ante el problema del gasto justo, cuya solución sólo puede obtenerse a partir de un concepto específico de gasto público y una determinada idea de justicia, el propio Bayona de Perogordo señala tres niveles de aplicación del principio de "asignación equitativa" de los recursos públicos[30].

En primer lugar, tal asignación equitativa significa la "garantía de una mínima satisfacción de necesidades públicas por encima de intereses particulares". La "asignación equitativa" juega un papel similar a lo que es la capacidad económica en relación con la justicia tributaria. Constituye el principal, aunque no el único, elemento de valoración de la justicia del gasto público.

En consecuencia, existe asignación equitativa cuando se contempla un volumen de recursos económicos suficiente para hacer frente a las necesidades públicas. La cuestión es establecer con carácter objetivo, tanto qué necesidades son susceptibles de protección a través de la asignación de recursos económicos, como cuál es el volumen de recursos que se ha de contemplar para que se entienda cumplida esta regla de equidad.

Respecto del primer tema, parece claro que las necesidades públicas a cubrir se relacionan directamente con los principios rectores de la política social

[27] GARCÍA DE LA MORA, Luis, "El derecho presupuestario...", cit., p. 780.

[28] GARCÍA DE LA MORA, Luis, "El derecho presupuestario...", cit., ps. 82 y 83.

[29] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española", *Revista Española de Derecho Financiero*, nro. 100, 1998, p. 623.

[30] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J. - SOLER ROCH, María T., *Materiales de derecho financiero*, cit., p. 25.

de la aplicación del derecho presupuestario sustancial, que, en su totalidad, forman el sector del ordenamiento tendiente a asegurar la disciplina y control de la actividad financiera[27]. Destaca García de la Mora que ello se consigue con la "formalización de la ejecución de los gastos, lo que se reconduce a garantizar su sometimiento a la legalidad"[28]. Como ocurre con los institutos formales en el derecho financiero, las reglas de justicia no pueden resultarles del todo ajenas.

Pero la justicia financiera, como principio "propio" de la actividad financiera y del derecho financiero, no puede ser expuesta completamente si no se hace referencia a los principios relativos al gasto público. Así, Rodríguez Bereijo, comentando el art. 31.2 de la Constitución española, señala que "...en nuestra Constitución el principio de capacidad económica de los tributos ha de combinarse con el de justicia en el gasto público"[29]. Es de destacar, sobre todo, la mención contenida en este precepto a la "asignación equitativa", es decir, a la asignación orientada por criterios de equidad, de los "recursos públicos".

Aunque resulta medianamente claro que nos encontramos ante un mandato de justicia en el gasto público, lo que sí resulta más conflictivo es lo que, en concreto, se puede entender como "asignación equitativa". Esta asignación equitativa recoge, como señalan Bayona de Perogordo y Soler Roch, el principio de justicia material que debe presidir la actividad financiera de gasto. Aunque estos autores recogen que la expresión "asignación equitativa" nos sitúa ante el problema del gasto justo, cuya solución sólo puede obtenerse a partir de un concepto específico de gasto público y una determinada idea de justicia, el propio Bayona de Perogordo señala tres niveles de aplicación del principio de "asignación equitativa" de los recursos públicos[30].

En primer lugar, tal asignación equitativa significa la "garantía de una mínima satisfacción de necesidades públicas por encima de intereses particulares". La "asignación equitativa" juega un papel similar a lo que es la capacidad económica en relación con la justicia tributaria. Constituye el principal, aunque no el único, elemento de valoración de la justicia del gasto público.

En consecuencia, existe asignación equitativa cuando se contempla un volumen de recursos económicos suficiente para hacer frente a las necesidades públicas. La cuestión es establecer con carácter objetivo, tanto qué necesidades son susceptibles de protección a través de la asignación de recursos económicos, como cuál es el volumen de recursos que se ha de contemplar para que se entienda cumplida esta regla de equidad.

Respecto del primer tema, parece claro que las necesidades públicas a cubrir se relacionan directamente con los principios rectores de la política social

[27] GARCÍA DE LA MORA, Luis, "El derecho presupuestario...", cit., p. 780.

[28] GARCÍA DE LA MORA, Luis, "El derecho presupuestario...", cit., ps. 82 y 83.

[29] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española", *Revista Española de Derecho Financiero*, nro. 100, 1998, p. 623.

[30] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J. - SOLER ROCH, María T., *Materiales de derecho financiero*, cit., p. 25.

o económica, que en España recoge el cap. III del título I de la Constitución. Estos principios, que se califican como "normas de programación final", incorporan un mandato de igualdad que conlleva medidas de acción positiva o de discriminación para corregir y superar las desigualdades de origen, y lograr la igualdad "real y efectiva"[31]. Tales principios obligan, por tanto, a todos los poderes públicos y permiten un enjuiciamiento, de la constitucionalidad de sus actos y disposiciones. Por eso, en la medida en que fijan las que podemos llamar "necesidades públicas constitucionales", estos principios nos dan orientaciones para valorar la justicia constitucional del gasto público. Será "justa" en términos objetivos un asignación que contemple estas necesidades públicas recogidas en los principios de la política social o económica (vivienda, enseñanza, sanidad, promoción del empleo y asistencia social...).

Respecto de la segunda cuestión, como ya hemos apuntado, resulta muy complicado determinar cuándo un nivel de gasto público es insuficiente y, por tanto, inequitativo. Como ya se dijo, sólo en casos extremos, y por tanto puramente teóricos, de supresión o minoración inusitada de los créditos correspondientes a gasto social esencial, podríamos hablar de falta de equidad en la asignación del gasto. Fuera de estos casos, sería difícil apreciar una violación de la justicia del gasto público en la aprobación del presupuesto, si no es tras un análisis *in casu* de cada situación.

Este principio de asignación equitativa del gasto público, en su vertiente de "garantía de una mínima satisfacción de necesidades públicas", vincula especialmente al legislador a la hora de aprobar los presupuestos generales del Estado. En este sentido, el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucional una Ley de Presupuestos que no contemplase algún componente de gasto social, aunque la cuestión conflictiva, repetimos una vez más, es saber a partir de qué nivel de reducción de gasto social se produce una asignación "inequitativa".

Además, la asignación equitativa de recursos significa exclusión de discriminación e interdicción de la arbitrariedad lo que, como dice Oron Moratal, afectará no a la fase de elección de recursos públicos, sino a su asignación y autorización. Por eso, la evaluación del cumplimiento de este principio no recaerá sólo en la fase inicial de determinación de las necesidades públicas, sino también al momento final de evaluación del resultado[32].

En suma, podemos hablar del derecho financiero, como un sector de la Ciencia Jurídica, que tiene como objeto una "realidad normada", la actividad financiera en cuanto es regulada por normas de derecho. Y que además sirve a determinados valores y cuenta con sus propios objetivos de justicia, respecto de los cuales juega un papel primordial, aunque no exclusivo, el principio de capacidad económica.

[31] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "Los principios de la imposición...", cit., p. 624.

[32] ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional...*, cit., ps. 23 y ss.

II. PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS

Frente a los valores de justicia tributaria, propios del derecho del gasto público, la desconexión causal entre el ingreso y el gasto refuerza la necesidad de establecer un control parlamentario sobre este último, en la medida en que de esta manera se manifiesta el consentimiento del gasto por parte de quienes van a tener que sufragarlo. Dicho control ya no puede tener lugar en el momento mismo de consentir el ingreso, sino que ha de localizarse en un momento diferente, en el momento de la aprobación del gasto. Al servicio del control parlamentario del gasto, formulado precisamente en el momento de su aprobación, y para asegurar que la ejecución del gasto se ajuste a los términos estrictos de tal aprobación, surgen los denominados principios presupuestarios[33]. De entre esos principios hay que destacar los de competencia, unidad, especialidad y anualidad.

Vamos a referirnos de manera breve a cada uno de ellos, para concluir con un principio de carácter económico, de gran proyección política en Europa, como es el principio de estabilidad presupuestaria.

Al tiempo que nos referimos a los principios presupuestarios, vamos a hacer mención al proceso de progresiva flexibilización de ellos, que ha llevado a la aceptación de excepciones a tales principios. Tales excepciones reciben el nombre de *modificaciones presupuestarias*, y cada una de ellas se explica atendiendo al respectivo principio del que constituyen una concreta inaplicación.

Respecto de todas ellas hay que señalar que se las ha acusado de vulnerar la reserva de ley presupuestaria por consistir en un apoderamiento al Ejecutivo para alterar la previsión contenida en el presupuesto. Es verdad que el principio de reserva de ley en materia presupuestaria y los principios presupuestarios (en especial los de especialidad cuantitativa y cualitativa) no "casan" con las modificaciones presupuestarias. Pero existe una general aceptación acerca de su compatibilidad, dentro de ciertos límites, con la legalidad presupuestaria. La previsión de estas modificaciones flexibiliza la rigidez de los principios presupuestarios y su existencia es, según Rogari, perfectamente lícita[34]. Ésta, a nuestro juicio, no afecta a las exigencias impuestas por la legalidad en materia presupuestaria.

[33] Cfr. VILLAR PALASÍ, José L., "Fisco *versus* Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones alternativas", *RAP* nro. 24, 1957, p. 24, que apunta como consecuencia de la transformación de la Hacienda patrimonial en la Hacienda fiscal, "el traslado al derecho administrativo, incipiente entonces, de todas las figuras jurídicas de prestación en especie, de obtención de medios financieros *iure privato*, de la actividad industrial y económica de la Administración, y, por último, de toda la teoría general de las tasas y tarifas", aunque reconoce la autonomía del derecho tributario, pues "el impuesto no se inserta ya como un procedimiento más de intervención del Estado en la economía sino que, por el contrario, adquiere el carácter de monopolio de intervención siempre en el implícito presupuesto de neutralismo administrativo del Estado liberal. Administración y Hacienda van recluyéndose dentro de sí mismas en compartimentos estancos con fines, funciones e instituciones diferentes, que van haciendo perder al impuesto su típico y nuclear carácter administrativo" (p. 25).

[34] ROGARI, Ubaldo, *Il bilancio dello Stato*, cit., ps. 321 y 322.

Dicho esto, mencionaremos los principios de competencia, especialidad y no afectación, para reflexionar después sobre la *viabilidad* del nuevo principio de estabilidad presupuestaria.

a) El principio de competencia

Siendo la competencia la medida del poder o del *agere licere* o capacidad de hacer, y su atribución una responsabilidad del ordenamiento, es el orden constitucional el que asigna al Parlamento la facultad de aprobar el presupuesto (superada la cuestión de su calificación como *ley formal*) y a la Administración la facultad de ejecutarlo. Se trata de una expresión de la visión tradicional de la reserva de ley aplicable en materia presupuestaria, sobre la base de la efectiva separación de poderes[35].

Para garantizar la integridad de la competencia parlamentaria, la ejecución presupuestaria debe hacerse en los términos estrictos del presupuesto, operando la vinculación positiva, de manera que el presupuesto se erige en fundamento previo y necesario de cualquier acción administrativa en materia de gasto y estando, pues, prohibida toda actividad de realización efectiva del gasto que no goce de habilitación legal específica[36]. Se trata de una expresión de la vinculación en clave positivista, en los términos del aforismo kelseniano de que "una acción sólo vale como acto del Estado cuando es ejecución de su ordenamiento jurídico"[37].

El principio de competencia garantiza que la Administración ejecutará el presupuesto a partir de su aprobación por el Parlamento, y es, por tanto, consecuencia del poder público de aprobación del gasto que se atribuye a los Parlamentos. Además, presupone la conceptuación de una ejecución del presupuesto a cargo de la propia Administración, la cual está investida de una auténtica función financiera de gasto. Como tal función se trata de una actividad jurídica que se concreta en actos administrativos, ordenados de tal manera que integran un auténtico procedimiento administrativo.

A pesar de sus diferencias con el procedimiento administrativo común, el de ejecución del gasto tiene una estructura similar a la de cualquier procedimiento en el sentido de que a una fase de iniciación, ordenación instructora y terminación con resolución —cuya finalidad, en este caso, es que la Administración se declare, desde el punto de vista contable, deudora—, sigue una fase de ejecución, tendiente a materializar el contenido de la resolución adoptada en

[35] Véase, entre otros, GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, "El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978", en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. II, DGCE, IEF, Madrid, 1979, p. 971.

[36] GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 74.

[37] KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1958, p. 227.

la fase anterior. Este procedimiento podemos denominarlo como *de ordenación del gasto*, en el cual se encuadrarían los actos de autorización, compromiso del gasto y reconocimiento de la obligación. La fase ejecutiva, denominada *de ordenación del pago*, integraría la ordenación del pago y su realización material.

Como todo procedimiento, el de ejecución del gasto constituye una relación concatenada de actos que tienen como finalidad cumplir el mandato de la ley y, por tanto, el desarrollo del procedimiento de gasto está también condicionado por el mandato legal, contenido en la Ley de Presupuestos.

b) El principio de unidad presupuestaria

El principio de unidad presupuestaria es un logro del moderno Estado de Derecho. Éste plasma la exigencia de que la autorización del Parlamento en el acto jurídico-político de aprobación del presupuesto sea única para todo gasto que lleve a cabo la Administración. Ello requiere un presupuesto único y excluye las cajas especiales, a través de las cuales se llevaban a cabo gastos no controlados. El principio de unidad presupuestaria veda, por tanto, cualquier intento de difuminar la preeminencia del Parlamento en la elaboración y control del presupuesto. La existencia de un único presupuesto es un logro del Estado moderno y sólo admite las excepciones de ciertos organismos autónomos y entidades administrativas independientes, en todo caso, integrables y consolidables con los presupuestos generales del Estado.

c) El principio de especialidad

A la hora de percibir cómo los principios presupuestarios ponen de manifiesto la preeminencia del Parlamento y la subordinación del Ejecutivo, hay que destacar, por encima de todos, el principio de especialidad.

Como se ha visto, la finalidad del presupuesto es establecer una autorización del legislador al Ejecutivo para que éste gaste. Esta autorización se expresa a través de la figura del crédito presupuestario. Se puede afirmar que a cada crédito presupuestario corresponde una autorización, de manera que el crédito contiene una autorización cuya eficacia depende de que ella esté formulada en términos lo suficientemente concretos como para condicionar realmente la actividad de gasto. Para ello, el elemento clave en la formulación clásica del presupuesto es el principio de especialidad. Éste dota de auténtica virtualidad a la aprobación parlamentaria del presupuesto y a la soberanía que sobre la figura del presupuesto ejerce el órgano representativo de la voluntad ciudadana.

El principio de especialidad vincula a quien debe ejecutar el presupuesto de acuerdo con la regla de la competencia (la Administración) y lo vincula imponiéndole ejecutarlo en los términos estrictos de la aprobación parlamentaria, en un trasunto en el ámbito presupuestario de lo que es el principio de legalidad para toda la actuación pública. Esta visión de la legalidad como vinculación de

la Administración a la ley ha venido entendiéndose en clave positivista, en los términos del aforismo kelseniano de que "una acción sólo vale como acto del Estado cuando es ejecución de su ordenamiento jurídico"[38]; esto es, como "vinculación positiva", de manera que la ley constituye presupuesto y fundamento previo y necesario de cualquier acción administrativa, estando prohibida toda actividad que no goce de habilitación legal específica[39].

El principio de especialidad se pone de manifiesto en sus tres vertientes: cuantitativa, cualitativa y temporal. En primer lugar, la especialidad se proyecta en un ámbito cuantitativo, determinando que la ejecución del presupuesto no podrá suponer un gasto superior al aprobado por la ley presupuestaria. Y en un ámbito cualitativo, pues la ejecución del gasto no podrá conllevar un gasto en un objeto diferente del destino que el presupuesto ha dado a cada partida.

Este principio de especialidad fue considerado, durante mucho tiempo, una pauta de observancia rígida. Sin embargo, un modelo de presupuesto que promulgue un apego absoluto a este principio se ve privado de operatividad para afrontar contingencias que puedan sobrevenir durante la elaboración y ejecución presupuestaria. En aras de la flexibilidad, el principio de especialidad en sus tres vertientes tiene sus excepciones. Las instituciones presupuestarias que encarnan esas excepciones son las llamadas *modificaciones presupuestarias*. Desde una concepción amplia de ellas, podemos definirlas como las medidas referidas a la elaboración y ejecución del presupuesto que expresan excepciones al principio de especialidad. Como hemos dicho, en tanto excepciones a los principios presupuestarios, las modificaciones deben clasificarse según la manifestación del principio de especialidad que, en cada caso, excepcionan.

1. Modificaciones presupuestarias que excepcionan el principio de especialidad cuantitativa

El principio de especialidad cuantitativa impone que la cuantía consignada en el correspondiente crédito presupuestario tenga carácter limitativo; no se puede gastar más de lo consignado en cada crédito. En el ordenamiento español, el art. 60 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, traduce este principio en la determinación de que los actos administrativos y disposiciones generales que supongan compromiso de gasto por cuantía superior al crédito autorizado, son nulos de pleno derecho.

Son excepciones a este principio las figuras de los créditos ampliables que consisten en créditos presupuestarios afectados a determinados gastos y cuya cuantía es meramente indicativa, puesto que ella podrá verse incrementada en función de la evolución de la recaudación de los ingresos o del reconocimiento de obligaciones específicas del respectivo ejercicio. La condición de ampliable de

[38] KELSEN, Hans, *Teoría general...*, cit., p. 227.

[39] GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, cit., p. 74.

un crédito presupuestario, en concordancia con su naturaleza de excepción, no debe presumirse sino que debe ser expresamente calificado por la ley. Además, es característica general de todos los supuestos de créditos ampliables el que la cuantía de ellos aparece determinada sólo de forma provisional, pues puede modificarse posteriormente en función de determinados datos. Además, la ampliación puede establecerse en función de los ingresos que se recauden, los cuales estarán afectados a un gasto concreto. En este supuesto, el crédito ampliable no sólo afectará al principio de especialidad cuantitativa sino que incidirá en el principio de no afectación, al que haremos referencia después.

También puede hacerse depender la ampliación de la existencia de específicas obligaciones reconocidas durante el ejercicio, cuyo cumplimiento resulte inaplazable. En este caso, el crédito presupuestario no contendrá una autorización para gastar, sino una mera previsión; se preverá lo que se pueda necesitar para una determinada finalidad, pero se podrá aumentar la cantidad que se autoriza a gastar si las necesidades —manifestadas a través de obligaciones reconocidas— son superiores.

2. Modificaciones presupuestarias que excepcionan el principio de especialidad cualitativa

El principio de especialidad cualitativa constituye el reverso de la especialidad cuantitativa. En virtud de él, como se sabe, el crédito tributario no puede ser aplicado a finalidades diferentes a aquellas para las que está consignado. De todas formas, es frecuente que, teniendo en cuenta la clasificación económica de los presupuestos (capítulo, artículo, concepto y subconcepto...), la especialidad cualitativa no actúe en ciertos niveles de desagregación; por ejemplo, que no tenga carácter vinculante a nivel de subconcepto (las asignaciones podrían trasladarse libremente de un subconcepto a otro) pero sí en los niveles superiores de desagregación. Así, es frecuente que el *nivel de vinculación* se coloque en el concepto o el artículo, de modo que no se podría cambiar el destino de los fondos de un concepto a otro o de un artículo a otro.

Al margen de esta incidencia relativa de la especialidad cualitativa, este principio obliga también a habilitar excepciones.

Entre éstas, las más importantes son las transferencias de créditos, que tratan de responder a una de las rigideces más acusadas del principio de especialidad cualitativa. Si el presupuesto asigna invariablemente los fondos presupuestarios a una concreta finalidad no sería posible atender con ellos a otra finalidad distinta, aunque se tuviese el convencimiento de que dichos fondos no se van a gastar en la finalidad inicialmente fijada. La transferencia intenta evitar el absurdo de que, mientras los fondos de un determinado programa van a quedar sin gastar y, consiguientemente, se van a anular, haya que pedir un crédito extraordinario o un suplemento para hacer frente a necesidades de otro programa. Para evitar eso se crean las transferencias, que son los traspasos de la totalidad o parte de un crédito de un concepto del presupuesto de gastos a otro.

Si la transferencia de créditos es una excepción al principio de especialidad cualitativa, sólo podrá hablarse de ella cuando opere dicho principio. Por lo tanto, no son transferencias las operaciones de reasignación de fondos presupuestarios en los niveles de desagregación del crédito en que éste no tiene carácter vinculante.

Otras figuras que constituyen excepciones al principio de especialidad cualitativa son los denominados *créditos coyunturales o de acción coyuntural*. Son créditos que los presupuestos puedan incluir en el marco de programas de inversión, cuyo destino puede estar especificado en el propio presupuesto, para que el gobierno vaya disponiendo de él a medida que la situación económica lo requiera. El crédito se ejecutará a través de las oportunas transferencias. Aunque estamos ante una excepción al principio de especialidad cualitativa, tal excepción afecta también a la especialidad cuantitativa, pues el gobierno no sólo fija los objetivos del crédito coyuntural *a posteriori* de la aprobación del presupuesto, sino que también determina su cuantía definitiva.

3. Modificaciones presupuestarias que excepcionan, al mismo tiempo, los principios de especialidad cuantitativa y cualitativa

Existen algunas modificaciones presupuestarias cuyos efectos se proyectan, tanto en el principio de especialidad cuantitativa como en el de especialidad cualitativa.

Hay que destacar, los créditos extraordinarios y los suplementos de crédito que son las modificaciones presupuestarias por excelencia, en tanto responden a la filosofía de que el presupuesto ha de reaccionar ante la aparición de necesidades sobrevenidas, que no pudieron preverse a la hora de su aprobación inicial. Por eso, resulta indispensable para que se pueda acudir a esta modificación que haya de realizarse con cargo a los presupuestos generales del Estado algún gasto que no puede demorarse hasta el ejercicio siguiente, sin que exista crédito consignado o, si lo hay, éste debe ser insuficiente. En el primer caso, se solicitará un crédito extraordinario, y en el segundo, un suplemento de crédito.

La idea es que estos créditos extraordinarios o suplementos se tramiten como una especie de mini-presupuestos, siendo aprobados por el Parlamento, a partir de un proyecto presentado por el gobierno.

También constituyen excepciones a ambos principios (especialidad cuantitativa y cualitativa) la generación de créditos, que supone una técnica a través de la cual se crean nuevos créditos como consecuencia directa de la obtención imprevista de alguno de los ingresos expresamente señalados en la ley. Se trata de un mecanismo destinado a solucionar el problema que se puede generar cuando se tienen que gastar fondos cuyo ingreso no estaba inicialmente previsto en el presupuesto. Además, se puede hablar también de la reposición de créditos, que se dará cuando la Administración obtenga el reintegro de un pago que previamente efectuó y que, lógicamente, sería ejecución de un determinado crédito presupuestario.

d) El principio de anualidad

Y, por último, podría hablarse de una especialidad temporal. La autorización presupuestaria se extiende a un período de tiempo determinado, un año. De esta manera, la ley presupuestaria se erige en un ejemplo arquetípico de ley de vigencia temporalmente limitada, aunque la evolución dogmática de la Ley de Presupuesto dentro de la teoría de la legalidad y de la norma jurídica ha permitido limitar el contenido temporal a las disposiciones que, de modo estricto, se refieren a la aprobación de los gastos y a la previsión de los ingresos. Al margen de estas disposiciones, la Ley de Presupuestos puede incluir disposiciones de vigencia indefinida. Aunque, en lo concerniente a la autorización del gasto, ella es, por definición, limitada en el tiempo y, por consiguiente, el período anual será el referente cronológico de esa limitación temporal.

El principio de anualidad presupuestaria tiene, como es sabido, dos manifestaciones: anualidad en la aprobación y anualidad en la ejecución. Según la primera, la aprobación del presupuesto, en tanto autorización dirigida al Ejecutivo para gastar, debe renovarse periódicamente, lo que quiere decir que la vigencia del presupuesto está limitada a un período de tiempo, que en nuestro ordenamiento es de un año. Es una constante en el derecho constitucional presupuestario, pues parece obvio que la autorización presupuestaria que otorga el Parlamento no debe tener vigencia indefinida sino renovarse periódicamente.

Por su parte, el principio de anualidad en la ejecución significa que las operaciones de ejecución del presupuesto deben realizarse dentro de ese período anual.

La anualidad del presupuesto impone la determinación de un día como fecha de finalización del ejercicio presupuestario, día que normalmente será el 31 de diciembre. Habida cuenta de que el procedimiento de ejecución presupuestaria tiene varias fases, es perfectamente posible que buena parte de los créditos presupuestarios no hayan sido completamente ejecutados en esa fecha. En estos casos, el ordenamiento debe implementar las normas pertinentes para determinar las obligaciones pendientes de pago —también los derechos pendientes de cobro— y señalar su régimen jurídico.

Para ello, es necesario aclarar cuándo un gasto público se considera realizado dentro del ejercicio presupuestario. En este sentido, se puede acudir al criterio de ejercicio y entender que una obligación pertenece a un ejercicio presupuestario cuando resultó reconocida durante la vigencia de éste. O se puede acudir al sistema de gestión o caja, de modo que una obligación pertenece a un ejercicio presupuestario cuando se ha pagado durante su ejercicio. También existen *sistemas mixtos*, que sintetizan características de los dos anteriores.

También constituye una expresión tradicional del principio de anualidad en la ejecución, la regla de la *anulación de remanentes*. Lo problemático es saber en qué fase del procedimiento de ejecución presupuestaria debe encontrarse un crédito, a 31 de diciembre, para poder ser considerado remanente. En el ordenamiento español, todo crédito que el último día del ejercicio presupuestario no

haya dado lugar a obligaciones ya reconocidas, se catalogará como *remanente* y deberá ser anulado. En suma, para que excluyamos la existencia de un remanente anulable, la obligación tiene que estar reconocida, no siendo suficiente una aprobación o autorización del gasto.

1. Modificaciones presupuestarias que excepcionan el principio de especialidad temporal o anualidad

Podemos considerar excepciones al principio de anualidad en la aprobación, los créditos plurianuales y la prórroga presupuestaria. Las excepciones al principio de anualidad en la aprobación se justifican en virtud de que, por un lado, la necesaria aprobación anual del presupuesto puede ser un obstáculo para la realización de determinados gastos cuya contrapartida viene constituida por obras o servicios que se han de realizar durante la vigencia de varios ejercicios presupuestarios. Por otro, la aprobación anual es un trámite que puede, por diversos motivos, no llegar a cumplirse en la fecha adecuada. Para resolver uno y otro problema existen algunas soluciones: los créditos plurianuales y la prórroga presupuestaria.

Los créditos plurianuales pueden aparecer previstos en una determinada norma presupuestaria. Para que estos gastos puedan realizarse resulta imprescindible que los presupuestos a los que en el futuro se vayan a imputar estos compromisos, contemplen los correspondientes créditos, por lo que su eficacia real es muy relativa, al no poder garantizar que en el futuro estos gastos plurianuales tendrán cobertura presupuestaria.

En segundo lugar, tenemos la prórroga presupuestaria, que es una figura tradicional, la cual pone de manifiesto la tendencia a flexibilizar la rigidez de la anualidad presupuestaria.

El ejercicio presupuestario coincide con el año natural. Pero no existe seguridad absoluta de que a 31 de diciembre, fecha en que finaliza tal ejercicio, se encuentren aprobados los presupuestos siguientes. Por ello, resulta imprescindible arbitrar alguna medida tendiente a evitar el vacío presupuestario que haría inviable el funcionamiento de la Administración. Así, el derecho comparado contempla diversas soluciones, desde aprobaciones mensuales por el Parlamento, a cuenta del presupuesto futuro —sistema francés de las *doceavas provisionales*— hasta el sistema alemán de permitir al Gobierno realizar, aun sin presupuestos, los gastos imprescindibles y aquellos que ya contaban con consignación presupuestaria en el ejercicio anterior. En España, la solución establecida de modo claro por la Constitución en su art. 134.4, es la prórroga, esto es, la prolongación provisional del presupuesto extinguido en los mismos términos en que éste estaba vigente. La prórroga, sin embargo, no afectará a créditos correspondientes a servicios o programas que deban terminar en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan.

En cuanto a la anualidad en la ejecución podemos prever, en teoría, diversas excepciones.

En primer lugar, la *incorporación de remanentes*, que se explican en tanto las operaciones de ejecución de un presupuesto deben realizarse durante el período de vigencia de éste. En función de ello, con cargo a los créditos de cada presupuesto sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de gastos que se realicen en el año natural del propio ejercicio presupuestario. En los modelos de *presupuesto de ejercicio*, los créditos de un presupuesto que no se hayan gastado durante su vigencia no podrán reputarse al siguiente ejercicio y, por tanto, quedarán anulados. En el caso de España, el art. 62 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria señala que los créditos no gastados a 31 de diciembre se consideran remanentes y se anulan. Como ya apuntamos, en el ordenamiento español, lo determinante es que, a la finalización del ejercicio presupuestario, no se haya reconocido la obligación, aunque el gasto estuviese ya autorizado y/o comprometido. Esto será así siempre y cuando el reconocimiento no tenga lugar durante el mes de enero del ejercicio siguiente, como permite ahora el art. 49 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. Si al 31 de diciembre, el gasto ha sido ya autorizado y comprometido, el pago podrá efectuarse en el ejercicio siguiente. Pero si el compromiso se refiere a una operación clasificada como corriente, sólo se podrá pagar en el siguiente ejercicio si el compromiso de gasto se ha dictado durante el último mes —diciembre— del ejercicio presupuestario en curso. Si el compromiso se ha adoptado en meses anteriores nos hallaremos ante un remanente que sólo podrá ser objeto de un expediente de incorporación.

La figura de la incorporación de remanentes pretende, como dijimos, suavizar el rigor del principio de temporalidad en la ejecución. Así, podrán incorporarse al ejercicio siguiente, dictándose las correspondientes órdenes de pago, los remanentes que afecten a ciertos créditos (créditos extraordinarios y suplementos de crédito, transferencias de crédito que hayan sido concedidas o autorizadas, respectivamente, en el último mes del ejercicio presupuestario y que, por causas justificadas, no hayan podido utilizarse durante el mismo, créditos que amparen compromisos de gasto por operaciones corrientes contraídos antes del último mes del ejercicio, créditos autorizados en función de la efectiva recaudación de los derechos afectados...). Una vez incorporado el remanente sólo podrá ser gastado dentro del ejercicio presupuestario en que se haya acordado su incorporación.

III. EL PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN

Como colofón a todos los principios presupuestarios expuestos, el presupuesto, para expresar claramente su finalidad de autorizar al Ejecutivo a gastar, debe manifestarse como un documento contable bruto. En el presupuesto, los gastos no deben aparecer compensados o minorados por los ingresos. Ello ten-

drá una traducción jurídica en regla de la *no afectación*. Dicha regla supone, como dice el art. 27.3 de la ley española 47/2003, del 26 de noviembre, General Presupuestaria, que los recursos públicos se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo que por ley se establezca su afectación a fines determinados.

En suma, es inherente a las obligaciones públicas, satisfechas con recursos también públicos (y frente a lo que es normal en las economías privadas), que los ingresos obtenidos a través de ellas y consignados en la Ley de Presupuestos como una simple previsión, se destinen a satisfacer el conjunto de gastos autorizados, sin asignaciones específicas. De tal manera que no quepa evaluar el ingreso en función de la asignación concreta a un gasto.

Este principio cuenta también con excepciones, puesto que, como se sabe, existen figuras tributarias que, como la tasa, se ligan a la prestación de un servicio y contribuyen a sufragar ese servicio y no el conjunto de gastos. O, como las contribuciones especiales, que sólo tienen razón de ser como medios para obtener ingresos para realizar una obra pública o financiar un servicio público. De manera que es posible, como reconoce el art. 27.3 de la Ley General Presupuestaria española, que una ley tributaria distinta a la Ley de Presupuestos y de modo excepcional, pueda fijar la afectación de un ingreso a un gasto determinado. Además de las citadas tasas y contribuciones especiales[40], también se suelen destinar a fines específicos las cantidades recaudadas por medio de figuras tributarias de carácter ambiental. Una de las notas distintivas de éstos es servir a la función reparadora, de manera que lo recaudado, por haber realizado un presupuesto de hecho consistente en una actividad contaminante, se emplee en eliminar, reducir, mitigar o prevenir la contaminación, ya que el impuesto suele exigirse a los que ya contaminaron en detrimento de su finalidad preventiva, siendo esta finalidad reparadora la razón de ser de su condición de ingreso de las Administraciones Públicas[41]. Aunque también hay que tener en cuenta que la simple referencia a una afectación de lo recaudado a fines de reparación ambiental no supone, por sí solo, que el impuesto tenga un carácter medioambiental, como ha señalado en España el Tribunal Constitucional en la sent. 179/2006, del 13 de junio.

IV. EL CONCEPTO JURÍDICO-PÚBLICO DE DÉFICIT PRESUPUESTARIO

Una vez desarrollada la cuestión de cuándo un gasto público se considera realizado en un determinado ejercicio, es necesario tomar en consideración el régimen jurídico del cierre del ejercicio.

Al margen de las reglas puramente contables relativas al cierre de ejercicio, lo cierto es que cuando la liquidación revele un exceso de gastos públicos

[40] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías, *Ordenamiento tributario español*, cit., p. 77.

[41] ROSEMBUJ, Tulio, *Los tributos y la protección del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 1995, ps. 63 y ss.

sobre los ingresos públicos presupuestados, nos encontraremos ante la situación contable de déficit.

El déficit, como consecuencia de las operaciones de liquidación, merecía tradicionalmente una valoración estrictamente económica, matizada por fuertes connotaciones ideológicas. Pero tras la entrada en vigor del art. 104.c.1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, modificado por el Tratado de Maastricht, del 7/2/1992, en vigor desde el 1/11/1993, la valoración del déficit, como dice Pérez de Ayala, va a ser objeto de consideraciones jurídicas, más allá de las meramente políticas o ideológicas. El Tratado de la Unión Europea, jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros, impone a éstos evitar un déficit público excesivo. Se califica como *déficit público excesivo* todo el que cuantitativamente supere el 3% del producto interior bruto de la Nación, calculado año por año. Por lo tanto, el Tratado de la Unión Europea, que tiene aplicación directa en todos los Estados de la Unión Europea, impone no sólo el tener que aprobar el presupuesto con un cierto grado de equilibrio —lo que de modo expreso ya existe en el derecho comparado, por ejemplo, en el art. 110 de la Ley Fundamental de Bonn— sino también una gestión presupuestaria que impida que la operación de liquidación traduzca un déficit superior al 3%. Posteriormente —así se ha apuntado en la Conferencia de Dublín de septiembre de 1996—, la Unión Monetaria habilitó medidas permanentes de control del déficit, a través de un llamado Pacto de Estabilidad, jurídicamente vinculante, por lo que estamos ante un principio jurídico permanente de la Unión Europea.

El derecho comunitario europeo tiene fuerza normativa y primacía frente a las normas internas de los distintos Estados. Y este orden jurídico determina la existencia de una concepción jurídica del déficit y de un mandato específico de limitarlo o eliminarlo.

Así, el déficit y su limitación resulta asumido como un principio del derecho comunitario; como un elemento que permite defender la juridificación de esta figura. Y no cabe duda de que también su directa vinculación con el instituto de la deuda pública ha propiciado que el déficit se haya contagiado del sometimiento de la deuda al derecho.

Así, existe una concepción histórica ya superada, que han expuesto autores como Ingrosso[42] o Gaudemet[43], y en cuyo trasfondo latía la idea de que la deuda pública era una realidad ajena al derecho financiero (con el antecedente de

[42] Según Ingrosso "el lugar más adecuado para el tratamiento de los empréstitos es aquella parte del derecho financiero que se ocupa de las funciones merced a las cuales la Hacienda estatal integra, a través del crédito, los factores de la gestión ordinaria del presupuesto o, en términos más amplios, de la normal actividad financiera. Y puesto que las funciones del Estado que opera sobre el crédito público son, aun cuando sea indirectamente, de la competencia del Tesoro, que es el máximo órgano directivo de la Administración Financiera del Estado, ello explica el criterio sistemático de distribución de la materia seguido por nosotros en este campo" (INGROSSO, Gustavo, *Diritto Finanziario*, Jovene, Nápoles, 1956, p. 674).

[43] GAUDEMET, Paul, *Finances publiques. Politique financière: Budget et Trèsor*, Montchrestien, Paris, 1977.

la consideración de ésta como acto de soberanía, a la que se adscriben autores ya citados como Ingrosso, y con base en la conocida *Doctrina Drago*[44]. Esta doctrina resulta plenamente superada al ser entendido el crédito público como ingreso sujeto al derecho financiero y sometido a los moldes obligacionales[45]. Sobre esta cuestión ha pesado decisivamente en la doctrina española la opinión de Ferreiro Lapatza, quien en el año 1967 publicó en el nro. 53 de la *Revista de Administración Pública* su "Análisis jurídico de la deuda pública", en el que se defiende de manera determinante el carácter contractual de la deuda pública[46]. Esta reordenación jurídica de la deuda pública tendrá, como ha señalado Ataliba, una importancia radical; primero porque, desde este instante, la deuda podrá ser estudiada con métodos propios del derecho y no perderse en extravíos y consideraciones políticas. Y en segundo lugar, porque la relevancia de la manifestación de voluntad del ente público como requisito para que el ingreso se produzca, lleva a entender la deuda pública como un contrato de préstamo, lo que, a su vez, significa "fijar un objeto de prestación, necesariamente dinerario"[47].

Entre las cuestiones que han propiciado una importante reformulación del fenómeno de la deuda está el dato de que ha dejado de ser un ingreso extraordinario, que podía explicarse a través de fórmulas contractuales bilaterales[48]. Y ello ha sido de la mano de la toma en consideración de la realidad del déficit. El rechazo al déficit ha abierto la puerta, en la Unión Europea, a la estabilidad presupuestaria. Y ello, tanto desde la perspectiva de *déficit en la elaboración y presentación de los presupuestos*, como de la de *déficit tras su ejecución y liquidación*[49]. En este apartado se incluiría el llamado "déficit económico", es decir, aquel en que los gastos, restados los que se destinan a amortización de deuda pública preexistente, son superiores a los ingresos ordinarios, es decir, ingresos tributarios, rentas del patrimonio público, y precios públicos. Este desequilibrio normalmente se cubrirá acudiendo a la emisión de nueva deuda pública, por lo que *déficit* puede equivaler a endeudamiento neto. Es decir, habrá déficit cuando

[44] GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, vol. I, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 111.

[45] *Notas de derecho financiero. Seminario de derecho financiero de la Universidad de Madrid*, t. I, "Parte general", vol. 2, 1, Universidad Complutense, Madrid, 1967, p. 112.

[46] JÈZE, Gastón, *Cours de Finances Publiques*, Giard et Brière, París, 1929, ps. 246 y ss.; TROTABAS, Louis - COTTERET, Jean-Marie, *Droit Budgetaire et Compatibilitè publique*, Dalloz, París, 1978, p. 191.

[47] ATALIBA, Geraldo, *Empréstitos públicos e seu regime juridico*, Revista dos Tribunáis, San Pablo, 1973, p. 6.

[48] Sobre el proceso de evolución de la deuda pública, BERGES LOBERA, Ángel - EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, Ignacio, *Los mercados monetarios y la deuda pública*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, ps. 10 a 18.

[49] DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, Bosch, Barcelona, 1968, p. 193. Desde la perspectiva de los clásicos, una definición de "déficit" puede ser la que nos da Duverger: "...hay déficit cuando el conjunto de los gastos del Estado es superior a los recursos obtenidos de los impuestos y de las rentas patrimoniales, lo que obliga a financiar el excedente, bien mediante el empréstito, sea mediante la tesorería (empréstitos a corto plazo), bien mediante la emisión de dinero".

deba acudirse a la emisión de *nueva* deuda, por encima de la que se amortiza el propio año[50].

Por lo tanto, este concepto de "déficit" tiene una relación directa con el concepto de deuda pública, y su reformulación ha servido para dotar de un nuevo impulso jurídico a la idea de deuda. La limitación, tanto de la deuda pública como del déficit, ha servido para consolidar el principio de estabilidad.

V. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Ya hemos puesto en relación el concepto de déficit con la idea de deuda pública. La idea de deuda hace mención tanto al déficit inicial o presupuestado como al déficit liquidado[51]. Respecto del déficit inicial, a efectos jurídicos habrá déficit cuando los gastos públicos se cubran con ingresos públicos obtenidos con deuda pública *superior* a la que se amortiza en el ejercicio presupuestario correspondiente. De igual manera, habrá siempre déficit liquidado cuando los gastos públicos realizados excedan de los ingresos obtenidos y haya de financiarse con un endeudamiento público adicional neto[52].

El enquistamiento de este déficit, que dejó de ser "cíclico" para convertirse en "estructural", fue progresivamente convirtiendo a la deuda pública en un ingreso, si bien no "ordinario" en el sentido jurídico del término, sí habitual y frecuente, así como la evolución en su formalización y en los mecanismos de negociación en el mercado, han convertido en obsoletos muchos de los esquemas que tradicionalmente se empleaban para acercarse a este instituto jurídico.

Desde postulados liberales que inspiraban la concepción "clásica" de las finanzas públicas, se rechazaba el déficit al entender que los gastos públicos no sólo deberían quedar reducidos a los estrictamente necesarios, sino que ellos deberían resultar íntegramente cubiertos, en circunstancias normales, por los impuestos, lo que suponía también una implícita limitación al crecimiento de la presión fiscal[53]. Se llegó incluso a formular una "regla de oro" de la buena gestión presupuestaria, según la cual era repudiable el déficit, especialmente el mo-

[50] PÉREZ DE AYALA, José L., "La Unión Económica y Monetaria y sus repercusiones en el derecho financiero español", en *Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 200.

[51] El Tratado de Maastricht recogió entre los criterios de convergencia para la entrada en la tercera fase de la Unión Europea y Monetaria, un criterio de disciplina presupuestaria: que el déficit público no puede exceder de un 3% del PIB y la deuda pública del 60% del mismo. Tal medida responsabiliza al Estado español frente a las instituciones comunitarias, debiendo respetar los límites, incluyendo entre sus cálculos el endeudamiento del Estado, las Comunidades Autónomas y otras entidades. A más de ello, otros preceptos incluidos en el Tratado de Maastricht y Amsterdam suponen la derogación implícita de muchas de las formas de endeudamiento previstas en la LGP. Así, por ejemplo, la responsabilidad de cada ente público por su propia deuda (art. 103 del Tratado, antiguo art. 104.b]).

[52] Véase al respecto PASCUAL GARCÍA, José, "Límites jurídicos al volumen del gasto público", *RDFHP* nro. 259, 2001, ps. 84 y 85.

[53] ROGARI, Ubaldo, *Il bilancio dello Stato*, cit., p. 198.

tivado por gastos corrientes o de consumo. La financiación del déficit con cargo al crédito público debería rechazarse, además, por suponer trasladar a las generaciones futuras la carga de hacer frente a ese exceso de gasto actual[54]. Conviene señalar, no obstante, que el rechazo de los "clásicos" al déficit no es tan radical ni absoluto como a veces se hace creer. El "déficit" se consideraba un mal, pero un mal admisible en situaciones excepcionales, por lo que el recurso al crédito público debería ser limitadísimo y circunscripto a supuestos especiales.

Pero la teoría clásica no se limitaba a condenar el déficit presupuestario, es decir, el exceso de gastos en relación con los recursos ordinarios disponibles, sino también el *superávit* de ingresos[55]. Una política presupuestaria destinada a formar lo que se llaman "sobrantes presupuestarios" no resultaría admisible para los clásicos, puesto que, como dice Duverger, en la teoría clásica "estas cantidades atesoradas son absorbidas de la economía y conducen a esterilizar una parte del poder de compra, frenando la economía"[56].

Desde la perspectiva de los clásicos, una definición de "déficit" puede ser la que nos da Duverger: "...hay déficit cuando el conjunto de los gastos del Estado es superior a los recursos obtenidos de los impuestos y de las rentas patrimoniales, lo que obliga a financiar el excedente, bien mediante el empréstito, sea mediante la tesorería (empréstitos a corto plazo), bien mediante la emisión de dinero"[57]. Posteriormente, el keynesianismo vendría a admitir un tipo de déficit que podríamos calificar como "cíclico"[58]. En situaciones de recesión económica, la necesaria intervención del Estado propiciaría un aumento del gasto, no sólo de inversión, sino en el capítulo de transferencias corrientes —pagos por prestaciones asistenciales y por desempleo, subvenciones a empresas en crisis—, a lo que habría que unir la reducción de ingresos públicos, sobre todo por la caída de la productividad y las contracciones salariales. En estas situaciones, tanto el déficit como el aumento de endeudamiento neto que éste provocaba estarían justificados[59].

Señalemos que cuando hablamos de déficit presupuestario podemos estar refiriéndonos a *déficit en la elaboración y presentación de los presupuestos* y *déficit tras su ejecución y liquidación*.

[54] KAUFMANN, Mateo, *El equilibrio del presupuesto*, Derecho Finaciero, Madrid, 1964, ps. 125 a 129.

[55] GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, cit., p. 168.

[56] DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, cit., ps. 191/195.

[57] DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, cit., p. 193.

[58] "...una política de grandes gastos públicos no es criticable cuando se lleva a cabo en épocas de depresión, para conducir las magnitudes económicas a una posición que posibilite la ocupación plena de los recursos disponibles...". Sobre el tema, ATCHABAIAN, Adolfo - MASSIER, Guillermo, *Curso de contabilidad pública*, Aguilar, Madrid - Buenos Aires - México, 1963, p. 162.

[59] Recuerda Kaufmann que el presupuesto compensatorio requiere para su aplicación la existencia de una desocupación permanente y la abundancia de ahorros ociosos por falta de inversiones (KAUFMANN, Mateo, *El equilibrio del presupuesto*, cit., ps. 120 y ss.).

Respecto del primer supuesto, nos encontraríamos ante el llamado *déficit contable*, también conocido como *déficit inicial*. Sería aquella situación en la cual los presupuestos arrojan una situación inicial en la que los gastos autorizados o que se pretenden autorizar, sobrepasan los ingresos previstos. Por su parte, el déficit resultante de la liquidación del presupuesto se dará en aquellos casos en que la liquidación del presupuesto revele un exceso de gasto público efectuado sobre los ingresos públicos presupuestados.

El déficit contable o inicial, al recoger exclusivamente diferencias entre presupuestos iniciales, tiene un valor relativo[60]. En la mayoría de los casos, resultará excluido por motivos puramente formales. Como señala Fuentes Quintana, la utilización de la "partida doble" exige, por su propia esencia, la posición de equilibrio "formal" o "contable" en las cuentas y, por tanto, la exclusión del déficit[61]. En este mismo sentido, proclama Chelliah que "en un determinado sentido el presupuesto está siempre equilibrado, entradas igual a salidas..."[62].

La crisis del keynesianismo y su reflejo jurídico supuso un rechazo al déficit presupuestario y, en su lugar, significó la difusión del principio de "consolidación fiscal" que tiene en la estabilidad presupuestaria su principal rasgo definitorio, especialmente exitosa en los años ochenta en algunos países de la OCDE, como Estados Unidos o Gran Bretaña. Fruto de ello ha sido la acuñación del equilibrio presupuestario, que puede catalogarse como verdadero axioma de la teoría clásica del presupuesto[63].

Pues bien, frente al "dogma del equilibrio" se ha ido progresivamente acuñando la idea de estabilidad presupuestaria. La estabilidad presupuestaria no excluye el déficit, sino que lo configura como excepcional, obligando a las autoridades públicas a presentar ante el Parlamento un programa de corrección justificativo de las causas que han originado el desequilibrio, así como de las medidas que piensan adoptarse para remediar la situación a medio plazo[64].

Así pues, la estabilidad presupuestaria constituye una técnica de saneamiento de las finanzas públicas que tiene como núcleo esencial el control y limitación del déficit. La regla general es su exclusión, pues los presupuestos deben formularse en situaciones de "equilibrio o superávit". Excepcionalmente, se admiten situaciones de déficit, que deberán ser justificadas mediante la exposición de las causas que las ocasionan y la identificación de los ingresos y los

[60] FRANCES SÁNCHEZ, Francisco L., "Análisis del déficit del Estado", *HPE* nro. 63, 1980, p. 31.

[61] FUENTES QUINTANA, Enrique, *Hacienda Pública. Introducción y presupuesto*, I. Rufino García Blasco, Madrid, 1987, p. 24.

[62] CHELLIAH, Raja J., "El significado de conceptos alternativos del déficit presupuestario", en *La economía del déficit público*, IEF, Madrid, 1984, p. 85.

[63] Así se venía a afirmar, como recoge Kaufmann que "el presupuesto equilibrado es el fundamento de toda buena política financiera y de un desarrollo estable y sostenido" (KAUFMANN, Mateo, *El equilibrio del presupuesto*, cit., p. 125).

[64] URIA FERNÁNDEZ, Francisco, "La Ley General de Estabilidad Presupuestaria", ponencia del Seminario del IEF (inédita), p. 1.

gastos que las producen, y requerirán la formulación de un plan de saneamiento a medio plazo para su corrección.

Éste fue el criterio que siguió en España la ley 18/2001, del 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. La razón de oportunidad u *ocassio legis* de esta norma era muy clara: el cumplimiento de determinados compromisos por parte del Estado español adquiridos en el marco de la Unión Europea. En concreto, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado en el Congreso de Amsterdam de junio de 1997, y las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira, en junio de 2000. Estos compromisos fueron consecuencia de las medidas implementadas para que las economías europeas pudieran acceder a la moneda única. En concreto, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 trae causa de los Consejos europeos de Madrid de diciembre de 1995 y Florencia de junio de 1996, en los que la estabilidad se erige como principal manifestación de las exigencias de "disciplina presupuestaria". La necesidad de garantizar la disciplina presupuestaria iba a adquirir carta de naturaleza en el Consejo Europeo de Dublín, en diciembre de 1996, en el cual se acordaría perfilar el Pacto de Estabilidad, dándole carácter de texto jurídicamente vinculante, con la finalidad de que una de las condiciones de convergencia para el acceso a la Tercera Fase de la Unión monetaria —sobre todo la prohibición de un déficit en la liquidación del presupuesto superior al 3% del producto interior bruto de cada Estado— pasase a convertirse en un principio jurídico permanente de la Unión Europea. La "juridificación" del déficit es consecuencia de la fijación de las condiciones de convergencia para el logro de la Unión Económica y Monetaria. Como consecuencia de las conferencias intergubernamentales iniciadas en diciembre de 1990 y del Tratado de Maastricht, se establece como objetivo de la Segunda Fase de la Unión Monetaria (que discurriría del 1/1/1994 hasta el 31/12/1998), la convergencia de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros, con el fin de garantizar la estabilidad de precios y el saneamiento de la situación de las finanzas públicas[65].

Sin embargo, el "déficit" que debe rechazarse a partir de las disposiciones comunitarias es el que se deduce de la definición del Sistema Europeo de Cuentas Integradas y que se caracteriza, no por significar un desequilibrio contable entre ingresos y gastos, sino por no respetar la regla según la cual "determinados gastos se nivelen con determinados ingresos"[66]. Éste es el llamado "déficit

[65] Dejando claro que el Tratado prohíbe en los Estados miembros el déficit público excesivo, la posible existencia en algún Estado de déficit público excesivo, puede, según el art. 104 del Tratado, ser apreciado por la Comisión, la cual dará inicio a lo que se denomina "procedimiento del déficit excesivo". Este procedimiento comienza con el informe que la Comisión trasladará al Consejo, el cual, por mayoría cualificada, sobre la base de la recomendación de la Comisión, y tomando en cuenta las observaciones del Estado en cuestión, decidirá si existe o no déficit excesivo y dirigirá al Estado miembro de que se trate las recomendaciones para poner fin a esta situación, así como el plazo para adoptarlas, a través de lo que se ha dado en llamar "mecanismo de alerta preventiva".

[66] LOZANO IRUESTE, José M., *Introducción a la teoría del presupuesto*, IEF, Madrid, 1983, p. 30.

económico", también conocido como "déficit de gestión"[67]. Es decir, aquel en que los gastos de un ejercicio, restados los que se destinan a amortización de la deuda pública preexistente, son superiores a los ingresos ordinarios, es decir, ingresos tributarios, rentas del patrimonio público, y precios públicos. Este desequilibrio normalmente se cubrirá acudiendo a la emisión de nueva deuda pública, por lo que *déficit* puede equivaler a endeudamiento neto. Es decir, habrá déficit cuando deba acudirse a la emisión de *nueva* deuda, por encima de la que se amortiza el propio año[68].

Este concepto de déficit, que arranca de las exigencias del Tratado de Maastricht, y cuya exclusión es ya un principio de derecho europeo, afecta tanto al déficit inicial o presupuestado como al déficit liquidado. Respecto del déficit inicial, a efectos jurídicos habrá déficit cuando los gastos públicos se cubran con ingresos públicos obtenidos con deuda pública *superior* a la que se amortiza en el ejercicio presupuestario correspondiente. Y ello aunque no haya déficit contable. Si, por ejemplo, hay equilibrio entre ingresos y gastos, pero parte de los ingresos previstos para cubrir los gastos programados se han de sufragar a través de un endeudamiento neto, jurídicamente el presupuesto se está planteando deficitariamente. De igual manera, habrá siempre déficit liquidado cuando los gastos públicos realizados excedan de los ingresos obtenidos y hayan de financiarse con un endeudamiento público adicional neto.

La lucha contra esta expresión de déficit justifica el principio de estabilidad.

VI. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD Y DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO ESPECIAL REFERENCIA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Una vez señalado lo que es el principio de estabilidad presupuestaria, queda por hacer referencia al posible encaje de este principio en las Constituciones occidentales modernas, la mayoría procedentes de épocas como los años 40, por un lado, y los años 60, por otro, marcados por un tenaz intervencionismo[69]. Tomaremos como ejemplo la Constitución española de 1978.

La Constitución española se refiere a la estabilidad en su art. 40.1, cuando señala que "los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica", añadiéndose que "de manera especial, realizará una política orientada al pleno empleo". La Constitución se refiere al concepto de "estabilidad económica",

[67] FRANCES SÁNCHEZ, Francisco L., "Análisis del déficit del Estado", cit., p. 32.

[68] PÉREZ DE AYALA, José L., "La Unión Económica...", cit., p. 200.

[69] Sobre las relaciones entre la legislación ordinaria y la Constitución, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, ps. 63 y ss.

que sin duda abarca la estabilidad presupuestaria y lo erige en valor a proteger por la Constitución[70]. Aunque se trata, como señaló el Tribunal Constitucional alemán, de un "concepto jurídico indeterminado", que puede llevarse a cabo a través de diversas medidas, la estabilidad presupuestaria como manifestación de la estabilidad económica aparece condicionada en el art. 40.1 por el hecho de ser un instrumento al servicio de las políticas redistributivas y de promoción del pleno empleo. Políticas que pueden suponer un aumento del gasto público frente a los posibles recortes que pudiera exigir la estabilidad presupuestaria. Como señala Pérez de Ayala, el art. 40 de la Constitución parece proteger objetivos que en la práctica pueden ser incompatibles[71].

La Constitución española, por lo que se ve, recoge la estabilidad como un valor que hay que proteger, configurándolo como el marco de ciertas políticas de claro tono intervencionista. Pero, sin embargo, no hace referencia a la estabilidad como un principio aplicable en materia presupuestaria, como tampoco menciona el equilibrio o la prohibición del déficit. Teniendo en cuenta, como señala Cayón Galiardo, que la positivización de un principio presupuestario no depende exclusivamente de que se enuncie expresa y directamente, sino que estará en función "de la cabida que se otorgue a las normas que lo integran"[72], habrá que ver si se deduce este principio de las disposiciones que la Constitución recoge en materia presupuestaria, y que expresan una determinada concepción política-ideológica del instituto presupuestario.

De salida cabría entender que no, a partir de ciertas afirmaciones, que podríamos tachar de apodícticas. Entre ellas, la de que la concepción político-ideológica del presupuesto en el momento en que se promulgó la Norma Fundamental enlazaba con la crisis del Estado liberal, que coincide con la crisis del derecho presupuestario clásico tradicional[73]. El modelo presupuestario que refleja la Constitución, sobre todo en los siete apartados del art. 134, es de un presupuesto que ha superado los esquemas del "presupuesto clásico", ya que el Ejecutivo, como responsable de la política económica, habrá asumido progresivamente competencias en detrimento del Parlamento —p. ej., exigencia de que toda proposición o enmienda que suponga aumento de gastos o disminución de ingresos deba ser aprobada por el gobierno, art. 134.6—. La Constitución, al referirse al presupuesto, no hace mención al déficit, ni impone ni prohíbe el equilibrio. De ello podríamos deducir que el equilibrio no es un requisito imprescindible del instituto presupuestario. Es más, las facultades que el texto constitucional asigna a los poderes públicos —entre ellas, "planificar la activi-

[70] PÉREZ DE AYALA, José L., "La Unión Económica...", cit., p. 202.

[71] PÉREZ DE AYALA, José L., "La Unión Económica...", cit., p. 204.

[72] CAYÓN GALIARDO, Antonio, "El principio de equilibrio presupuestario como límite al poder financiero de las Cortes Generales", en *Funciones financieras de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 92.

[73] ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, *Presupuesto del Estado y Constitución*, cit., p. 290.

dad económica general", art. 131.1—, parece que perfilan un tipo de presupuesto intervencionista que podría aconsejar, e incluso exigir, el déficit[74].

Y ello porque los textos constitucionales que inspiraron la Constitución española de 1978 (fundamentalmente la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949), son Constituciones imbuidas de un "espíritu keynesiano" en muchas de sus formulaciones económicas. Y por ello se inspiran en las ideas que defienden la inversión pública para combatir las crisis cíclicas del capitalismo y, por tanto, los presupuestos deficitarios[75]. Ideas que pueden llevar a considerar, como señala Baleeiro, que en circunstancias especiales el equilibrio presupuestario puede ser nocivo[76]. Teniendo en cuenta estas fuentes de inspiración, algún autor, como Lobo Torres, llega a afirmar, con evidente exageración, que la Constitución española de 1978, constituye "un ejemplo importante de constitucionalización de la teoría de Keynes"[77].

Pero a pesar de que se puede decir que estas Constituciones europeas de los años 40 recogen en buena medida ese "espíritu keynesiano", no todos los textos se enfrentan de igual manera al problema del déficit.

Así, la Ley Fundamental de Bonn, tras la reforma de 1967, año en que además se dictó la Ley para la Promoción de la Estabilidad y el Crecimiento de la Economía (*Gesetz zur Forderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*), del 8/6/1967, experimentó la modificación de sus arts. 109 a 115, para adoptar las ideas sobre el presupuesto anticíclico[78]. Menos determinante es la Constitución italiana, que recoge las reglas referidas a los presupuestos en los cuatro apartados de su art. 81. En éstos no existe ninguna disposición que imponga el equilibrio presupuestario, limitándose a exigir que cualquier ley que determine gastos mayores deberá indicar los medios para hacer frente a ellos. Pero de la no exigencia del equilibrio no se deduce una posibilidad de uso desmedido del déficit, que tampoco está expresamente amparado por la Norma Fundamental italiana.

Por el contrario, algunos autores intentan buscar en ciertos aspectos concretos del régimen del presupuesto en la Constitución, algún atisbo del requisito de equilibrio: por ejemplo, en las limitaciones de las Cámaras respecto de las proposiciones o enmiendas que supongan "aumento de gasto" o "disminución de ingresos", que son situaciones que pueden generar desequilibrio, pero lo cierto es que estos preceptos lo que hacen es reforzar el poder del Ejecutivo, y no

[74] DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, "Constitución, planificación y Ley de Presupuestos", *Civitas, REDF* nro. 46, 1985, ps. 209 a 211.

[75] KEYNES, John M., *The General Theory of Employment, Interest und Money*, McMillan, Londres, 1951, p. 129.

[76] BALEEIRO, Aliomar, *Uma Introduçao à Ciência das Finanças*, Forense, Río de Janeiro, 1981, p. 401.

[77] LOBO TORRES, Ricardo, *O Orçamento na Constituçao. Tratado de Dereito Constitucional Financeiro e Tributario*, vol. V, Renovar, Río de Janeiro - San Pablo, 2000, p. 56.

[78] KLEIN, Félix, *Lehrbuch des Öffentlichen Finanzrechts*, Luchterhand, Darmstad, 1987, p. 127.

excluir el déficit. Como señala García García, la Constitución ha omitido "toda referencia a un problemático principio de equilibrio", lo que a este autor le parece acertado, porque el contenido de este eventual principio le corresponde definirlo en cada momento a los órganos y autoridades del Estado[79].

En suma, la Constitución española de 1978 no se pronuncia sobre el fenómeno del déficit, el equilibrio y la estabilidad de los presupuestos, a pesar de la mención a la estabilidad económica general del art. 40.1. Sin embargo, por el contenido de las disposiciones que la Constitución dedica a los presupuestos generales del Estado y los textos que se han tomado como referencia para su elaboración, no parece que nos encontremos ante una Carta Magna en la que la limitación del déficit sea un valor que se deduce claramente de su letra. Incluso, como vimos, se habla de estabilidad como "marco" de políticas claramente intervencionistas.

Por el contrario, las ideas favorables a que las Constituciones recojan limitaciones al gasto público o prohíban directamente el déficit, empiezan a prodigarse a principios de los 80, especialmente en Estados Unidos, coincidiendo con los albores de la Administración Reagan.

Entre todas ellas destacan las propuestas de Buchanan y Wagner, para el establecimiento o rehabilitación del principio de equilibrio presupuestario como norma constitucional[80]. Las propuestas de estos autores se tradujeron en la aprobación por el Senado de Estados Unidos en 1981 de la enmienda mixta del equilibrio presupuestario y limitación del nivel de imposición, aunque después sería rechazada por el Congreso[81].

En los Estados de Europa occidental no se detectan, en estas mismas épocas, propuestas explícitas de llevar a los textos constitucionales las ideas contrarias al déficit y favorables al equilibrio y la estabilidad. Sin embargo, en Alemania determinados autores, como es el caso de Arnim o Püttner, y un cierto sesgo de la jurisprudencia constitucional, han pretendido reinterpretar la reforma de 1967 en un sentido favorable a erosionar los postulados keynesianos, revitalizar la Ley de Estabilidad de 1967 —*Gesetz der Stabilität*— y promover el "equilibrio económico general" (*gesamtwirtschaftlichen Gleichgwicht)*[82].

Así, la Ley de Estabilidad alemana de 1967, que encuentra perfecto acomodo en la Constitución germana, se va a convertir en el principal referente de

[79] GARCÍA GARCÍA, José L., "La constitucionalización de los principios presupuestarios", *PGP* nro. 22, 1984, p. 91.

[80] NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del déficit públicos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, p. 65. Véase al respecto la beligerancia contra el déficit, manifestado por WAGNER, Richard, *Déficit del sector público y democracia. El legado político de Lord Keynes*, Rialp, Madrid, 1983, p. 45.

[81] La enmienda señalaba que "...antes de cada ejercicio fiscal el Congreso adoptará una relación de ingresos y gastos para dicho ejercicio". Se puede ver su contenido íntegro en NAVARRO FAURE, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del déficit...*, cit., p. 68.

[82] ARNIM, Hans H. von, "Grundprobleme der Staatsverschuldnung", *Bayerische Verwaltungsblatter*, Boy VBI, 1981, Heft 17, p. 516; PÜTTNER, Günter, *Staatsverschuldung als Rechtsproblem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1980, p. 9.

derecho comparado de nuestra LGEP. Es una ley que incluye cuatro objetivos esenciales, muy en la línea de las exigencias de nuestra LGEP. Ésos serían, estabilidad en el nivel de precios, mejor situación del empleo, equilibrio económico exterior y crecimiento económico constante, y sobre todo, el gran objetivo, del "equilibrio económico general" (*gesamtwirtschaftlichen Gleichgwicht*), que el Tribunal Constitucional alemán definió como un concepto indeterminado, que puede ser pretendido a través de un amplio abanico de posibilidades.

La posible interpretación de la Constitución en un sentido favorable a una limitación del déficit y a la introducción de la estabilidad presupuestaria parte, sin lugar a dudas, del Tratado de la Unión Europea y de la "juridificación" de las limitaciones al déficit y al endeudamiento. Desde el Tratado de la Unión Europea, que incorpora el principio de "déficit público no excesivo". Esta influencia ya expuesta no parece contradecirse con los principios básicos del orden económico contenidos en las Constituciones europeas.

Así, la Constitución española recoge unos principios básicos del orden económico (sents. del TC 1/1982 y 11/1984), caracterizado por la existencia de una serie de garantías institucionales (propiedad privada y libre iniciativa), y el reconocimiento de la iniciativa pública en la economía. Como dice Aragon Reyes, este modelo económico tiene una delimitación más negativa que positiva[83]. Sea cual sea la ideología que acceda al poder, hay libertades económicas que se deben preservar y mandatos que se deben cumplir, sobre todo respecto de los "principios rectores de la política social y económica", que imponen unos determinados niveles de gasto público. Lo que queda a la libre determinación de cada opción política que eventualmente acceda al poder es la intensidad en el cumplimiento de esos objetivos constitucionales o la posibilidad de acudir o no a determinadas "cláusulas de habilitación" que la propia Constitución contempla (planificación, reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, intervención de empresas...), que dejan mayor libertad a los poderes públicos para utilizarlas, lo que también significa libertad para intervenir más o menos en la economía. Ello permite que en cada momento se opte legítimamente por alguno de los variados modelos específicos del sistema económico que quepan dentro del modelo genérico constitucionalmente establecido, lo cual, además, es una expresión del pluralismo político. En suma, el modelo económico constitucional admite una variedad de políticas y la opción por una norma ordinaria que pueda inducir al control del déficit e, indirectamente, a limitaciones de gasto público. Dicha previsión de control del déficit cabe perfectamente en el marco constitucional.

Esta variedad de políticas económicas susceptibles de desarrollar el modelo constitucional legitimarían adoptar una norma que consagre la estabilidad presupuestaria. Según Pérez de Ayala, a partir de Maastricht es necesaria una

[83] Según ARAGÓN REYES, Miguel, voz "Orden constitucional económico", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4626, "se rechaza la economía enteramente libre y la enteramente dirigida".

relectura del art. 40 de la Constitución, que tenga en cuenta las limitaciones en materia de déficit y deuda pública[84].

Y, además, hay que tener en cuenta que la "estabilidad" y la lucha contra el déficit son fines que pueden lograrse a través de diferentes mecanismos. Así, autores muy críticos con el marco normativo-presupuestario español y firmes partidarios de la imposición de reglas de estabilidad jurídicamente vinculantes, han propuesto la derogación de normas relativas al *ciclo presupuestario*, a las que acusan de crear las condiciones que provocan el déficit. Es el caso de Barea Tejeiro, para quien se debe modificar el art. 64 del Texto Refundido de la Ley Española General Presupuestaria para que la concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito quede reducida a supuestos muy excepcionales. Además, entiende este autor que hay que reformar el art. 66 para que se detallen los procedimientos de cuantificación de los créditos ampliables y suprimir el art. 73, relativo a las incorporaciones de crédito[85].

La previsión de la estabilidad no provoca ningún cambio radical, ni en el ciclo del presupuesto ni el en régimen de las modificaciones presupuestarias, salvo la necesidad de que el gobierno fije criterios de estabilidad presupuestaria.

Cierto es que estos criterios de estabilidad supondrían la fijación de un límite anual de gasto. Pero no cabe afirmar que se opone a la Constitución la determinación de un límite máximo anual de gasto, puesto que la Norma Fundamental española no prohíbe limitaciones de gasto público. La opción por limitar el gasto público es una de las posibles alternativas económicas que encajan, como hemos visto, en el modelo económico de la Constitución. Es verdad que una limitación del gasto podría ser inconstitucional por violación del principio de "asignación equitativa". La asignación equitativa tiene un primer nivel de manifestación, que se concreta en la "garantía de una mínima satisfacción de necesidades públicas por encima de intereses particulares"[86]. La "asignación equitativa" juega un papel similar a lo que es la capacidad económica en relación con la justicia tributaria, en tanto constituye el principal, aunque no el único, elemento de valoración de la justicia del gasto público.

En consecuencia, existe asignación equitativa cuando se contempla un volumen de recursos económicos suficiente para hacer frente a las necesidades públicas. La cuestión es establecer, con carácter objetivo, tanto qué necesidades son susceptibles de protección a través de la asignación de recursos económicos, como cuál es el volumen de recursos que se ha de contemplar para que se entienda cumplida esta regla de equidad. Respecto del primer tema, parece claro que las necesidades públicas a cubrir se relacionan directamente con los princi-

[84] PÉREZ DE AYALA, José L., "La Unión Económica...", cit., p. 204.

[85] BAREA TEJEIRO, José, "El sector público español ante la integración europea", en *Problemas económicos españoles en la década de los noventa*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1995, p. 243.

[86] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., *El derecho de los gastos públicos*, cit., p. 29.

pios rectores de la política social o económica, recogidos en la Constitución. Estos principios obligan a todos los poderes públicos y permiten un enjuiciamiento de la constitucionalidad de sus actos y disposiciones. Por eso, en la medida en que fijan las que podemos llamar "necesidades públicas constitucionales", estos principios nos dan orientaciones para valorar la justicia constitucional del gasto público. Será "justa" en términos objetivos una asignación que contemple estas necesidades públicas recogidas en los principios de la política social o económica (vivienda, enseñanza, sanidad, promoción del empleo y asistencia social...).

Por tanto, la limitación del gasto derivada de las exigencias de estabilidad podría ser inconstitucional si afectase a volúmenes sustanciales de ese gasto público, vinculado a los principios rectores de la política social y económica, y determinantes del Estado del Bienestar. Pero eso no se deduce indefectiblemente del principio de estabilidad.

En suma, podemos concluir que el principio de estabilidad puede ser contemplado como un principio presupuestario más, sin que ello afecte a la concepción tradicional del poder presupuestario contenido en las Constituciones modernas.

VII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

AA.VV., *Compendio de derecho financiero y sistema fiscal español*, t. IV, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.

Bayón Marine, Ignacio, *Aprobación y control de los gastos públicos*, IEE, Madrid, 1972.

Bayona de Perogordo, Juan J., "El procedimiento de gasto público y su control", *Presupuesto y gasto público*, nro. 13, 1982.

— *El derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1991.

Bayona de Perogordo, Juan J. - Soler Roch, María T., *Temas de derecho presupuestario*, Librería Compás, Alicante, 1990.

— *Compendio de derecho financiero*, Librería Compás, Alicante, 1991.

BlochLaine, François - De Vogue, Pierre, *El Tesoro Público y los movimientos generales de fondos*, IEF, Madrid, 1975.

Bollo Arocena, María del Carmen, *Los avales del Tesoro Público desde una perspectiva jurídica*, IEF, Madrid, 1988.

Carrasco, Daniel, *La nueva contabilidad pública*, Ariel Economía, Barcelona, 1994.

Carrera Raya, Francisco J., *Manual de derecho financiero*, vol. III, "Derecho presupuestario", Tecnos, Madrid, 1995.

Caruana Lacorte, Jaime, "La financiación del Tesoro en el contexto de la Unión Económica y Monetaria", *Presupuesto y Gasto Público*, nro. 19, 1996.

Corcuera Torres, Amable, *Las modificaciones de los créditos presupuestarios competencia del Gobierno*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

Escribano López, Francisco, *Presupuesto del Estado y Constitución*, IEF, Madrid, 1981.

Ferreiro Lapatza, José J., *Curso de derecho financiero español*, 18ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996.

García de la Mora, Luis, "El derecho presupuestario o contable como ordenamiento del control de la Hacienda Pública", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nro. 52.

Longas Lafuente, Antonio, "La convalidación de la omisión del acto de fiscalización previa o intervención crítica; régimen jurídico", *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nro. 85, 1995.

Martínez Lago, Miguel Á., *Manual de derecho presupuestario*, Colex, Madrid, 1992.

Navarro Faure, Amparo, *Aspectos jurídico-financieros del déficit público*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1993.

Oron Moratal, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995.

Palao Taboada, Carlos, *Derecho financiero y tributario*, I, 2ª ed., Colex, Madrid, 1989.

Palomar Olmeda, Alberto - Losada González, Herminio, *El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control*, Dykinson, Madrid, 1995.

Pascual García, José, *Procedimientos de la Administración financiera*, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.

— *El procedimiento de ejecución del gasto público*, INAP, Madrid, 1986.

Querol Bellido, Vicente, "El proceso presupuestario", *HPE* nro. 90, 1984.

Rodríguez Bereijo, Álvaro., *El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario*, Tecnos, Madrid, 1970.

Sánchez Revenga, Jaime, *Presupuestos generales del Estado y aspectos básicos del Presupuesto General de las CEE*, Ariel Economía, Barcelona, 1989.

Soler Roch, María T., "Las funciones del Tesoro Público en la ejecución de los presupuestos generales del Estado: el plan anual sobre disposiciones de fondos", *PGP* nro. 2, 1979.

TEORÍA GENERAL DEL GASTO PÚBLICO. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA NORMATIVA COLOMBIANA *

Por MAURICIO PLAZAS VEGA

Sección A
Los principios políticos y constitucionales del gasto público

Normalmente no hay en las constituciones una numeración prolija y taxativa de los *principios* que informan al *gasto público*, sino referencias aisladas a algunos de esos principios y, generalmente, a los más importantes.

Sin embargo cabe concluir, al amparo de las tendencias normativas y doctrinarias que dominan en el ámbito del Estado constitucional de Derecho, que los *principios* del *gasto público*, son los siguientes: *reserva de ley*, *justicia*, *progresividad*, *solidaridad*, *eficiencia*, *eficacia*, *transparencia*, *razonabilidad*, *subsidiariedad*, *planificación* y *competencia*.

En Colombia, todos esos principios se vislumbran en el propio texto de la Constitución de 1991, en la cual, en todo caso, son de destacar la constante preocupación por el *gasto social* y la *descentralización* de los instrumentos de la *Hacienda*, en sus dos expresiones del *ingreso* y del *gasto*. Para confirmarlo, cabe recordar aquí las siguientes normas:

– El art. 1°, de acuerdo con el cual Colombia es un Estado social de Derecho organizado en forma de *República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales*.

– El art. 13, según el cual el Estado debe proteger a quienes se encuentran en situación de inferioridad por su condición económica, física o mental.

– El art. 42, según el cual el Estado debe proteger a la familia.

– El art. 43, de acuerdo con el cual el Estado suministrará subsidio alimentario y protección a la mujer durante el embarazo y el parto.

* N. de E.: Esta colaboración fue extraída de la siguiente obra de Mauricio Plazas Vega: *Derecho de la Hacienda Pública y derecho tributario*, vol. I, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006.

Concretamente del Libro Segundo: "Nociones generales sobre derecho de la hacienda pública, derecho del gasto público y derecho presupuestario", Parte Segunda: "Teoría general del gasto público. Algunos comentarios sobre la normativa colombiana".

– El art. 44, por el cual se obliga al Estado a proteger a los niños.

– El art. 46, por el cual se le obliga a proteger y asistir a las personas de la tercera edad.

– El art. 48, mediante el cual se le compromete con la seguridad social; y el art. 49, con la salud y el saneamiento ambiental.

– El art. 50, sobre atención gratuita para niños menores de un año no cubiertos por ninguna protección ni seguridad social.

– El art. 67, sobre la educación como derecho de la persona, que impone la educación gratuita en instituciones del Estado y advierte que la educación es obligatoria entre los 5 y los 15 años de edad y debe comprender, como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

– El art. 69, sobre gestión del Estado para facilitar mecanismos financieros que permitan el acceso de todos a la educación superior.

– El art. 334, sobre intervención del Estado.

– El art. 350, según el cual la ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado *Gasto público social*, con prioridad sobre cualquier otra asignación.

– El art. 356, sobre *situado fiscal* a favor de los departamentos, el distrito capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta. El situado fiscal, como porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación a favor de tales entes territoriales, lo fija la ley y debe ser destinado a la *educación preescolar, primaria, secundaria y media y a la salud.*

– El art. 357, sobre participación de los municipios en los ingresos de la Nación, la cual se ha venido incrementando, por disposición del constituyente de 1991, del 14%, que representaba en 1993, hasta llegar al 22%, como mínimo, en el año 2002.

– El art. 365, según el cual los "servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado".

– El art. 366, sobre el *bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del Estado.*

Sentadas esas premisas, es del caso aludir, a continuación, a algunos de los *principios* mencionados en dos secciones destinadas a tratar, en su orden, el *principio de reserva de ley* y los *otros principios del gasto público*. Veamos:

I. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY DEL GASTO PÚBLICO[1]

Un principio particularmente importante en el Estado constitucional de Derecho, fruto de la lucha contra los absolutismos y autoritarismos, es el de la votación de los tributos y de los gastos que con el producto de su recaudo se realicen, por parte del Parlamento, Congreso u órgano de presentación popular.

[1] Corresponde al apartado 3.A) del cap. III, Parte Segunda, Libro Segundo, vol. I del libro mencionado *ut supra*.

Ha sido entendido, a lo largo de la consolidación del pensamiento liberal, que el monarca o gobernante no puede contar con un poder absoluto ni arbitrario para gastar lo que a bien tenga ni, como consecuencia inmediata, exigir de los ciudadanos el pago de los tributos que a su caprichoso criterio deban ser recaudadas.

Durante mucho tiempo se sustentó el ya viejo y tradicional principio *nullum tributum sine lege*, en el que, a partir del criterio imperante en las obras clásicas del liberalismo, se denominaba *autoimposición*. Tal concepto significaba, en esencia, que quienes tenían a su cargo el pago de los tributos debían intervenir en su votación y, con ese mismo criterio, hacer lo propio en relación con su destino, siempre por medio de sus representantes.

Hoy, puede decirse que en alguna medida la *autoimposición* conserva una vigencia sólo relativa, porque es un hecho que quienes votan los impuestos y el presupuesto público no son propiamente representantes de los contribuyentes en sentido estricto. El propio Montesquieu, en su *Espíritu de las leyes*, ya lo había advertido, desde el siglo XVIII, al poner de presente la importancia del papel protagónico o principal de la Cámara Popular en la votación de los tributos.

Actualmente, sin perjuicio de la importancia política de la mediación del órgano de representación popular como premisa contra el absolutismo, se reconoce otro criterio que fortalece, aun en mayor grado, la exigencia de la *reserva de ley*: al exigirse la intervención del órgano representativo se abre un espacio, de gran valor, para que la discusión de los proyectos de ley relacionados con los tributos y con el gasto público sea abierta a toda la comunidad y, de esa manera, la *Hacienda pública* se estructure y opere en un entorno de *transparencia* que garantice verdaderamente la aplicación de los principios que la informan y, en especial, los de *justicia* y capacidad *contributiva*.

Sobre esas bases veamos, a continuación, algunos de los aspectos más relevantes que tienen que ver con el *principio de reserva ley* del *gasto público*, no sin antes advertir que en el volumen II de esta obra[2] se incluyen tres capítulos para tratar, exclusivamente, el *principio de reserva de ley* de los tributos:

a) La reserva de ley del gasto público desde el punto de vista del procedimiento y la competencia

La *reserva de ley* se estructura a partir de dos aspectos fundamentales, como son la *competencia* y el *procedimiento*[3]. Veamos:

1. Reserva de ley del gasto público desde el punto de vista de la competencia

Por lo que toca con la *competencia*, es claro que no puede haber *gasto* sin una ley previa que la cree o, en su caso, una sentencia judicial. Ello significa

[2] Volumen II: "Derecho tributario".

[3] Véase al respecto a ABBAMONTE, Giusseppe, *Principi di diritto finanziario*, Liguori, Nápoles, 1975, ps. 107 a 120.

que, como suele decirse, no puede haber un *gasto* sin mediar un *título* que habilite al Estado, y a la autoridad en particular de que se trate, para realizar el gasto. Además de ese requisito, como se hará ver más adelante, es necesario que el *gasto* esté autorizado por la *ley de presupuesto*.

Pero lo que interesa observar aquí es que en el complejo proceso que entraña la creación, autorización y ejecución de un gasto hay precisas reglas de competencia que vinculan a las ramas *legislativa* y *ejecutiva* del poder público y que hallan su razón de ser en el principio de separación de poderes y el *sistema de pesos* y *contrapesos* que garantiza su cabal vigencia.

Así como respecto de los tributos la *rama ejecutiva* decide, mediante la elaboración del proyecto de ley anual de presupuesto, y dentro de los límites previstos en la Constitución y en la ley, el destino efectivo de los recaudos en el período de que se trate, la *rama legislativa* crea el gasto y lo autoriza, en el primer caso mediante leyes que constituyen *títulos de gasto*, y en el segundo mediante la aprobación de la *ley anual del presupuesto*.

En ese orden de ideas, se tiene que la competencia de una y otra rama es definitiva dentro de la estructura del Estado constitucional de Derecho y se concreta en las siguientes funciones:

– El Congreso es el titular del poder tributario entendido como la facultad de crear y modificar los tributos.

– Es además titular del poder de crear gastos.

– Es el titular del poder de autorizar, mediante la *ley de presupuesto*, la realización de esos gastos hasta por una cuantía determinada y en un período preestablecido.

– Y es, por regla general, el órgano competente para aprobar las *adiciones* al presupuesto público.

– La *rama ejecutiva* del poder público tiene la facultad de recaudar los tributos.

– En ocasiones, según lo disponga la Constitución Política del país de que se trate, puede establecer tributos en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso o Parlamento, en el marco de la llamada *reserva de ley relativa*[4].

– También puede, según lo disponga la Constitución del país de que se trate, establecer tributos mediante *decretos legislativos* (según la denominación colombiana, porque en otros países se denominan *decretos-leyes*) expedidos en ejercicio de las facultades que le confiere la Constitución durante la vigencia de los llamado *estados de excepción* (guerra exterior, conmoción interior o emergencia económica).

– Tiene, además, la facultad-obligación de elaborar el proyecto de ley de presupuesto público y, mediante su contenido y alcances, trazar los parámetros para el destino de los recursos estatales en el período correspondiente.

[4] No es el caso de Colombia, por prohibición expresa del nro. 10 del art. 150 de la Const. Pol.

– Tiene la facultad de liquidar periódicamente cada presupuesto público, mediante el llamada *decreto de liquidación* en el cual se concretan y especifican las partidas autorizadas de gasto para la vigencia fiscal.

– Y puede establecer, por *decreto legislativo* de *estados de excepción, créditos adicionales* al presupuesto público.

Una vez autorizado el gasto, mediante la ley de presupuesto, procede su ordenación y ejecución por parte de los diferentes órganos estatales, siempre sobre la base de la consideración de las partidas o apropiaciones presupuestales como *autorizaciones máximas de gasto* que expiran al final de la vigencia fiscal, sin perjuicio de las llamadas *reservas presupuestales* y de los *créditos por pagar*, temas a los cuales se refiere este volumen de la obra[5] al tratar el principio de *periodicidad* o *anualidad presupuestal*.

En lo que atañe a los ingresos, el presupuesto es sólo una prospectación y estimación y, por tal motivo, ya no rige en los países, en absoluto, el viejo principio que imponía la autorización periódica para el recaudo de los tributos en forma similar a la autorización para gastar.

Con todo, tal como hemos podido apreciarlo en Colombia a partir de la Constitución de 1991, el juez constitucional, y entre nosotros la Corte Constitucional, ha considerado que, en ejercicio de la guarda de la integridad de la Constitución Política y con el objeto de proteger los derechos fundamentales, y de manera muy especial el *derecho a la vida*, puede y debe ordenar la realización de gasto público.

A tal conclusión ha arribado la Corte Constitucional de Colombia tanto al pronunciarse sobre acciones públicas de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, como en ocasión de la tutela de derechos fundamentales con efectos en relación con la persona afectada.

Ejemplos de las primeras fue la sent. C-1433, de 2000, por la cual declaró inexequible la ley 547 de 1999, correspondiente al presupuesto para el año 2000, por no haber establecido un incremento en los salarios de los trabajadores públicos por lo menos igual al índice de inflación. En esa sentencia, la Corte ordenó al Estado colombiano efectuar un incremento superior al inicialmente previsto y, como consecuencia, el Congreso tuvo que aprobar una adición presupuestal para autorizar el mayor gasto[6].

[5] Vol. I: "Derecho de la Hacienda Pública" del libro *Derecho de hacienda...*, cit.

[6] Es interesante transcribir aquí los apartes de la sentencia que ordenan la realización de *gasto público* por ese concepto: "2.11. Ordenará poner en conocimiento del señor presidente de la República y del honorable Congreso de la República la decisión contenida en la presente sentencia, para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, *cumplan con el deber omitido, antes de la expiración de la vigencia fiscal*" (cfr. sent. C-1433 de 2000, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell). Posteriormente, con ocasión de una demanda contra la ley 628 de 2000, por la cual se aprobó el presupuesto para la vigencia de 2001, la Corte se pronunció sobre una demanda similar a la que originó la sentencia anterior y morigeró su posición inicial para establecer una serie de pautas sobre "política salarial" con reglas específicas de aumento según los niveles de salario y declaró exequible a la normativa censurada (cfr. sent. C-1064 de 2001, magistrado ponente: Manuel José Cepeda).

Ejemplo de las segundas fue la sent. SU-819, de 1999, por la cual se le concedió la tutela del derecho a la vida mediante la orden de remitir al exterior, para trasplante de médula espinal, a un paciente que sufría de la enfermedad denominada "leucemia mieloide crónica", pero a primera vista no podía ser cubierto por la empresa promotora de salud (EPS). La Corte dispuso que la EPS, en virtud de la tutela concedida, podía repetir contra el Estado por el importe de los gastos correspondientes. Fruto de esa decisión de la Corte, también en este caso el Congreso tuvo que aprobar una *adición presupuestal*[7].

Pero lo que resulta de especial atención, al respecto, es que en los comentados casos la Corte Constitucional no sólo ha creado, por así decirlo, *gasto público* sino que ha ordenado su realización, de forma tal que el gobierno no ha tenido potestad discrecional alguna al respecto sino que se ha visto obligado a cumplir lo dispuesto por la Corte. Y es bueno observar, en todo caso, que no estamos aquí simplemente ante un *título de gasto* constituido por las sentencias de la Corte, en los términos del art. 346 de la Carta, o al menos no en el caso de la sent. C-1433, mencionada como ejemplo, en la cual se pronunció, con efectos *erga omnes*, para adicionar una ley anterior con una nueva disposición que creó y ordenó la realización de *gasto público* y dio origen a una *adición presupuestal*.

Este tipo de intervención de la administración de justicia en lo relacionado con el gasto público ha sido cuestionado por quienes consideran que, de esa manera, se pierde el control sobre el curso de la hacienda pública y se obstaculiza, en alto grado, el objetivo de lograr unas finanzas estatales en equilibrio o con el menor déficit posible.

A esos cuestionamientos cabe responder, sin embargo, que el juez constitucional está en la obligación de proteger la integridad de la Constitución política y garantizar y procurar la efectividad de los *derechos fundamentales*.

Así se desprende, en Colombia, de lo previsto por el inc. 1° del art. 241 de la Carta, conforme al cual "a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", y, en lo pertinente, de lo establecido por el art. 86 de la Carta, en el que se faculta a toda persona para promover *acción de tutela* encaminada "a la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública".

De cualquier manera, es claro que los tribunales constitucionales, al ejercer la guarda de la integridad de la Constitución, pueden y deben obrar en el ámbito de lo razonable y, por supuesto, tienen que considerar el impacto que

[7] El texto de la parte resolutiva de la sentencia, en lo pertinente, fue el siguiente: "2. *Declarar* que ni la empresa promotora de salud Colmena tiene derecho a repetir proporcionalmente contra el Ministerio de Salud - Fondo de Solidaridad y Garantía, para que éste le reembolse el valor del tratamiento suministrado en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra, incluyendo los procedimientos, medicamentos, gastos de traslado y otros, con descuento de la suma equivalente al costo que debió asumir Salud Colmena en caso de haber sido viable el trasplante antólogo en Colombia, sin tener que acudir por ello a la jurisdicción ordinaria". Cfr. sent. SU-819, de 1999, magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis.

los fallos que profieran puedan tener en la *hacienda pública*. En esta materia, como en tantas otras, el Tribunal Constitucional debe ponderar los principios que se encuentren en juego y tener siempre presente que la propia función protectora de la Constitución política, que les incumbe, los obliga a autolimitarse para garantizar el pleno respeto del principio de *separación en ramas del poder público*.

2. La reserva de ley del gasto público desde el punto de vista del procedimiento

El *procedimiento* también cumple una función de trascendental importancia para la cabal aplicación del *principio de reserva de ley del gasto público*, porque la complejidad de todos los aspectos que tienen que ver con el *gasto público* supone una serie de reglas, pasos y condiciones que necesariamente debe cumplirse para que se garantice un entorno de disciplina fiscal y protección de los recursos públicos.

En líneas generales, y desde la óptica de la Constitución Política colombiana, las leyes orgánicas de la planeación y el presupuesto y el Código Penal, puede decirse que el *procedimiento* que ha de seguirse para que se acate la *reserva de ley del gasto público*, en todos sus aspectos, es el siguiente:

– No se puede realizar ningún gasto que no esté previsto por ley anterior o por un *crédito judicialmente reconocido* (art. 346, Const. Pol.).

– El proyecto de ley de apropiaciones (presupuesto anual) "deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva" (art. 347, Const. Pol.).

– Al gobierno le corresponde formular anualmente el proyecto de *presupuesto de rentas y ley de apropiaciones*, el cual "deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo" (art. 346, Const. Pol.)

– Cada gobierno debe elaborar un Plan Nacional de Desarrollo con la participación activa de autoridades públicas y representantes de la sociedad civil, el cual debe contener "un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional", con los llamados, impropiamente, "presupuestos plurianuales de los principales proyectos y programas de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución" (art. 339, Const. Pol.).

– El Plan Nacional de Desarrollo, previo concepto del Consejo Nacional de Planeación, debe ser aprobado por el Congreso mediante ley; pero si se vencen los términos con que cuenta el Congreso para ese fin, puede ser expedido por decreto del gobierno. En todo caso, el plan, previa la opinión del Consejo Nacional de Planeación, debe ser sometido por el gobierno a la consideración del Congreso "dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo".

– El contenido, los principios y las reglas relacionadas con el Plan Nacional de Desarrollo y con la ley del plan de cada gobierno, están definidos por la ley orgánica de la planeación económica (ley 152 de 1994, expedida o promulgada con base en lo previsto por el art. 151, Const. Pol.).

– El contenido, los principios y las reglas que deben ser atendidos en cada *ley anual de presupuesto* se determinan y regulan por la *ley orgánica del presupuesto*. Hoy la ley orgánica está diseminada en varias leyes, algunas de las cuales, hasta 1995, están compiladas en el dec. 111/1996, y otras fueron expedidas con posterioridad. Son ellas, en lo fundamental, las leyes 38/1989, 179/1994, 224/1995 y 819/2003.

– El gobierno, dentro de los primeros diez días de cada Legislatura, debe someter el *proyecto de presupuesto*, llamado "presupuesto de rentas y ley de apropiaciones", a la consideración del Congreso.

– Dentro de los tres primeros meses de cada Legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la *ley orgánica del presupuesto*, el Congreso debe discutir y expedir el *presupuesto general de rentas* y *ley de apropiaciones* para la siguiente vigencia fiscal (art. 349, Const. Pol.).

– Si el Congreso no expide en tiempo (antes de la medianoche del 20 de octubre del año respectivo) el presupuesto, rige el presentado por el gobierno (art. 348, Const. Pol. y art. 59, Estatuto Orgánico del Presupuesto [en adelante, EOP]).

– Si el Congreso rechaza en tiempo el presupuesto o el gobierno no presenta el proyecto dentro de los primeros días de cesiones ordinarias del Congreso, opera la *repetición del presupuesto del año anterior* mediante la expedición de un *decreto de repetición*, antes del 10 de diciembre del año precedente a la vigencia fiscal de que se trate (art. 64, EOP).

– Una vez expedido el *presupuesto de rentas y ley de apropiaciones*, el gobierno debe dictar el llamado *decreto de liquidación del presupuesto*, en el cual ordena, en forma clara, el texto definitivo de acuerdo con el proyecto presentado por el gobierno y las modificaciones introducidas por el Congreso. El decreto se acompaña "con un anexo que tendrá el detalle del gasto para el año fiscal respectivo" (art. 67, EOP).

– Cada año se debe estructurar un *Programa Anual Mensualizado de Caja* (PAC) en el cual se establece, respecto de cada una de las entidades cobijadas por el *presupuesto público*, "el monto máximo mensual de fondos disponibles en la cuenta única nacional". "Y los pagos correspondientes se harán teniendo en cuenta el PAC y se sujetará a los montos aprobados en él". "El PAC correspondiente a las apropiaciones de cada vigencia fiscal tendrá como límite máximo el valor del presupuesto de ese período" (art. 73, EOP).

– Además de todo lo anterior, y ya para la ejecución concreta de cada *gasto*, se requiere que los actos administrativos que incidan en las apropiaciones presupuestales (*autorizaciones de gasto*) cuenten con un *certificado de disponibilidad* que garantice "la existencia de apropiación suficiente para atender el

gasto" y un *registro presupuestal* que garantice que los recursos con él comprometidos "no sean desviados a ningún otro fin" (art. 71, EOP).

– El gobierno puede, mediante decreto, previo el concepto del Consejo de Ministros y en presencia de situaciones que pongan de presente que los recursos a recaudar en la vigencia de que se trate serán inferiores a los inicialmente previstos, "reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales" y debe indicar, en todo caso, cuáles son las apropiaciones que se afectan (arts. 76 y 77, EOP).

– Para que se puedan efectuar *traslados* o *adiciones presupuestales*, fruto de las cuales se creen nuevos gastos o se amplíen apropiaciones de gastos inicialmente autorizados, se requiere la aprobación del Congreso mediante ley que modifica al *presupuesto*. En todo caso, para que se aprueben los *créditos adicionales al presupuesto*, es necesario que el contador general de la Nación expida una constancia sobre *disponibilidad de recursos* (arts. 79 a 82, EOP)[8].

– El gobierno puede, mediante decreto legislativo, en desarrollo de las facultades con que cuenta durante los *estados de excepción* (guerra exterior, conmoción interior o emergencia económica, arts. 212 a 215 de la Const. Pol.) disponer las *adiciones presupuestales* que sean necesarias para superar la crisis (art. 83, EOP).

– La gestión fiscal con los recursos públicos está sometida a la vigilancia de la Contraloría General de la República (arts. 267 a 274, Const. Pol.).

– Finalmente, la indebida destinación de los recursos públicos a fines diferentes de los autorizados por la ley conlleva la responsabilidad penal de los funcionarios que incurran en esa infracción, como una modalidad especial del *peculado* (art. 398, Const. Pol.).

Como se observa, el *procedimiento* que ha de atenderse en relación con el *gasto público* es particularmente detallado y procura que haya una estricta disciplina para la mejor utilización de los recursos de la *hacienda pública*. Y pone de presente, por otra parte, la concurrencia de las *ramas legislativa* y *ejecutiva* y del *órgano de control fiscal* del poder público, como clara expresión del *principio de separación de poderes* y de las limitaciones a que deben estar sometidos los funcionarios estatales para cuanto tiene que ver con el cumplimiento de las funciones y la realización de los fines del ente público.

[8] A juicio del autor del libro mencionado en p. 493, sin embargo, y tal como lo pone de presente al analizar el *principio de anualidad presupuestal*, en este volumen, los *créditos adicionales* quedaron proscriptos debido a que el art. 347 de la Const. Pol. de 1991 exige que el presupuesto contenga la totalidad de los gastos que se realizarán durante la vigencia fiscal. De otro lado, como se apunta en esa misma sección de la obra, la práctica de las *adiciones presupuestales* contraviene el llamado *principio de anticipación presupuestal* conforme al cual *presupuesto*, como es lo normal y razonable, debe preceder a la vigencia de su ejecución.

b) La iniciativa de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público en materia de gasto público. Especial referencia al caso colombiano

En cierta medida, la definición constitucional sobre la iniciativa en materia de *gasto público* ha puesto de presente en el mundo, y desde luego en Colombia, las tendencias de tipo presidencial o parlamentario que oscilan entre el predominio notorio de la rama ejecutiva del poder público y la preponderancia del órgano legislativo. Empero, como se advierte al final de esta sección, hoy de lo que se trata no es de establecer si la supremacía recae en una u otra rama del poder sino de procurar que la planeación económica y los principios de eficiencia, eficacia y economía del gasto público sean compatibles con una activa participación del Parlamento en lo que atañe a su ordenación y control.

Con todo, la referencia a la historia reciente de la controversia entre los dos extremos y su proyección en nuestro derecho constitucional es muy pertinente como contexto para las conclusiones que proponemos más adelante.

En 1968, durante la administración Lleras Restrepo, el acto legislativo nro. 1 eliminó la iniciativa parlamentaria en esa materia pero conservó los discutidos "auxilios parlamentarios", los cuales rigieron en nuestro país hasta 1991. El marco normativo de los auxilios estaba constituido por el numeral 20 del art. 76 de la Carta, de viejos antecedentes en nuestro derecho constitucional, de acuerdo con el cual era de competencia del Parlamento "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes"[9]. La restricción a la iniciativa parla-

[9] Tal como lo relata el profesor Jorge Luis Trujillo, la historia de los *auxilios parlamentarios* data de la Constitución de 1886, en su texto original, en la cual se aludía a la función del Congreso de fomentar "empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo" pero se establecía, a la vez, la prohibición de conceder ayudas o bonificaciones a particulares, como clara restricción a la deleznable práctica precedente, propia de las *guerras civiles*, de premiar a los generales con haciendas, dinero y, en general, reconocimientos pecuniarios con cargo al Tesoro público. En la reforma constitucional de 1945, se dispuso que el fomento parlamentario a las *empresas útiles* o *benéficas* debía sujetarse a los "planes y programas correspondientes", y tal régimen se reiteró posteriormente en la reforma de 1968. Empero, no había claridad ni definición alguna sobre el alcance de la sujeción del fomento en comentario a los "planes y programas correspondientes", circunstancia ésta que condujo a la Corte Suprema de Justicia, en su momento encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, a concluir que no se trataba de los *planes de desarrollo*, en sentido estricto, sino de *planes y programas* específicos para el fomento. A la postre, y aunque no fuera esa la intención de la Corte, esa posición sirvió de respaldo a la práctica de los *auxilios parlamentarios* con destino meramente nominal de los recursos correspondientes a entidades sin ánimo de lucro que simplemente obraban como cobertura para la situación de los recursos a otros objetivos, muchas veces oscuros. Véase a TRUJILLO, Jorge L., *El presupuesto. Una aproximación desde el gasto público y la planeación*, Bogotá, 2006 ([N. del E.: editado por Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2007 como *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*). En la sentencia de la Corte Constitucional C-372 de 1994 (magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa), que trata sobre los *auxilios parlamentario*, se alude al siguiente hecho que pone de manifiesto lo que llegaron a representar: "de las partidas decretadas para la vigencia fiscal de 1991, según el presupuesto aprobado por el Congreso en el segundo semestre de 1990, algo más del noventa por ciento (90%) se destina a personas jurídicas privadas, con fines tan generales que equivalen a cualquier cosa y sólo el nueve y medio por ciento (9.5%) se lleva a ejecución directa en los municipios, agencias del Gobierno y juntas de acción comunal". Sobre el tema pueden consultarse también las siguientes sentencias:

mentaria en materia de gasto público, por su parte, quedó prevista en el art. 79 de la Carta, a la luz del cual todas las leyes que decretaran inversiones públicas y en general entrañaran gasto público debían ser dictadas o reformadas a iniciativa del gobierno.

El criterio que sirvió de sustento a la reforma para radicar la iniciativa en la rama ejecutiva y no en el Parlamento, en un entorno constitucional de clara estirpe presidencialista, atendió, en esencia, razones de hacienda pública y planificación. Se adujo, al respecto, que es el Gobierno, y no el Parlamento, el que cuenta con una apreciación clara y oportuna sobre la relación que debe tener el gasto público con el plan económico.

Lleras Restrepo, verdadero líder de la reforma de 1968 desde la presidencia de la República, siempre fue enfático al insistir, antes y después de asumir el poder, en que la iniciativa para el gasto público no debe recaer en el Congreso por las impredecibles implicaciones que su ejercicio inconsulto pueda tener para las finanzas públicas. Sus planteamientos, propuestos desde cuando orientó la cartera de Hacienda en el país y reiterados durante su período presidencial, son de plena actualidad, aun para quienes nos separamos del exceso presidencialista que los caracteriza y que responde, en general, a la orientación política del acto legislativo nro. 1 de 1968[10].

Así, en el mensaje que envió al Senado el 23/8/1966 con motivo de la discusión del proyecto de acto legislativo que a la postre llegaría a ser la "reforma de 1968", explicó en los siguientes términos el nuevo sistema de legislación sobre gasto público:

"En lo esencial, se propone una modificación en la manera como se distribuyen las competencias entre las ramas ejecutiva y legislativa del poder. Como es bien sabido, pueden distinguirse cuatro competencias distintas: la de iniciativa, la de decisión, la de ejecución y la de control. En materia fiscal, entendiendo esta palabra en su sentido amplio que cobija toda ley que origine nuevos desembolsos a cargo del Estado, la iniciativa debe quedar reservada a la rama

T-294 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; C-251 de 1996, con ponencia del mismo magistrado; C-254 de 1996, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-159 de 1998, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; C-153 de 1999, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-293 de 2000, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

[10] En esa apreciación sobre el despliegue de presidencialismo que caracterizó a la reforma de 1968, esta obra coincide con el politólogo liberal Diego Uribe Vargas, quien se detiene en el tema en su obra *Las constituciones de Colombia*, vol. III, Cultura Hispánica - Instituto de Cooperación Latinoamericana, Madrid, ps. 270 a 283. El pensamiento de Uribe, en esa materia, encuentra adecuada síntesis en las siguientes palabras: "Mirada con la lente serena que sirve para decantar los primeros impulsos, no hay duda de que la reforma de 1968 depositó en el jefe del Ejecutivo volumen tan amplio de facultades, que sólo la condición personal de quienes han ejercido el mandato, ha impedido el abuso y evitado el desquiciamiento. No se hizo ciertamente una reforma para equilibrar el ejercicio de los poderes públicos, sino para reducir la órbita de las corporaciones representativas y limitar las funciones de los cuerpos intermedios, tan necesarios a la vigencia de la verdadera democracia. El fortalecimiento de las prerrogativas de la rama ejecutiva, fue más allá de lo contemplado en todas las constituciones anteriores" (véase URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*, cit., p. 279).

ejecutiva para que la ejerza con un criterio de unidad y conforme a planes aptos para acelerar el desarrollo económico y social del país"[11].

Y en un artículo intitulado "El panorama económico", antes de asumir la presidencia, había advertido sobre los inconvenientes que para la hacienda pública y la planeación tenía la iniciativa del Parlamento en materia de gasto público. Sus puntos de vista fueron claros y contundentes:

"Yo creo que de la manera como está funcionando hoy el Congreso, no puede haber ni equilibrio fiscal ni una adecuada planeación de la actividad pública. La distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Congreso en materia de iniciativa de leyes de gastos y de leyes de planes, es uno de los problemas cuya solución se plantea con mayor urgencia. El Congreso es muy celoso de conservar en la iniciativa una competencia prácticamente sin límites. Aquí, fuera del presupuesto, cuya presentación es de la competencia exclusiva del Ejecutivo, el Congreso tiene facultad para presentar cualquiera otra clase de proyectos de ley; es decir que en el Congreso pueden nacer, sin intervención del Ejecutivo, cualquier clase de leyes o de reformas a los proyectos presentados por el Ejecutivo, prácticamente sin limitación. Este problema, que se contempló en la reforma constitucional del año 1945, quedó deficientemente resuelto, a mi entender. Prueba de ello es que las regulaciones constitucionales que buscaban restringir la competencia ilimitada de los miembros del Congreso en ciertas materias, sobre todo en las leyes que ordenan gastos públicos o determinan las obras que deben construirse o ejecutarse, o señalan los planes que deban seguirse en materia de política económica, no han servido en la práctica y cada vez sirven menos para lograr un orden, un procedimiento racional en el manejo de tan importantes aspectos de la vida del Estado.

"Cualquiera que estudie las leyes de los últimos tiempos, encontrará que prescinden totalmente del criterio de planeación y del criterio de prioridades. Dentro de los procedimientos del Congreso colombiano está completamente perdido el concepto de que hay que atender con una cuantía limitada de recursos públicos una serie casi infinita de necesidades y de que, por consiguiente, el problema fundamental de la política es el escogimiento de prioridades, el señalamiento de preferencias"[12].

Los planteamientos de Lleras Restrepo eran acordes con la marea intervencionista que predominaba en el país al amparo de una consigna cuya acogida fue crucial durante la discusión de la reforma constitucional de 1968: el tránsito del "Estado formal de Derecho" al "Estado social de Derecho".

Si en otros tiempos era factible el predominio de la labor legislativa de las fuerzas del mercado, en el entorno del *Welfare State* la situación era otra sustancialmente distinta: los grandes compromisos del ente público con la dinámica social y económica no sólo originaron un aumento considerable en su labor

[11] Véase el texto completo del mensaje en Presidencia de la República de Colombia, *Historia de la reforma constitucional de 1968*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1969, p. 23.

[12] Véase el texto completo del artículo en Presidencia de la República de Colombia, *Historia de la reforma constitucional de 1968*, cit., ps. 56 a 59.

de control y regulación del mercado sino que lo involucraron como partícipe directo en la prestación de servicios y la oferta de bienes que otrora fueran de la esfera exclusiva del "sector privado".

En este contexto, el gasto público registra una marcada tendencia a aumentar tanto en lo que toca con gastos de funcionamiento como de inversión. Y, naturalmente, los nuevos y complejos alcances de la hacienda pública, tanto en lo que tiene que ver con la posición financiera del ente público como en lo que atañe a sus efectos en la economía nacional, debían traducirse en una estructura funcional que permitiera acometer con rigor la gestión pública. Tal fue el fundamento del modelo de Estado que procuró acoger la Carta Política de 1968: un Estado planificador e interventor, en el cual la iniciativa legislativa en materia de gasto público estuviera radicada en la rama ejecutiva del poder público por ser la gran responsable de vislumbrar y organizar la mesiánica labor del Estado providencia.

En suma, en el marco del Estado fáustico el poder de la *rama legislativa* cedió su paso a un notorio protagonismo de la *rama ejecutiva*, del cual era consciente el constituyente de 1968[13].

En contraste con las razones anotadas, la experiencia de los años siguientes hubo de conducir a los constituyentes de 1991 a devolver al Parlamento la iniciativa perdida y eliminar los *auxilios parlamentarios*. Lo primero, porque uno de los criterios que en mayor medida se aprecian en la nueva Carta es precisamente la reivindicación del poder parlamentario como mecanismo necesario para superar su profunda crisis y la falta de credibilidad que llegó a tener, y en buena medida tiene hoy, en el país. Lo segundo, porque los loables objetivos del numeral 20 del art. 76 de la anterior Carta Política no sólo no se cumplieron, sino que fueron fuente de corrupción y clientelismo, a tal extremo que todo el país llegó a reclamar, con vehemencia, su eliminación. Mientras el Parlamento contaba con iniciativa para lo relacionado con el gasto público, la vigencia de la disposición sobre el fomento de empresas útiles no registraba los problemas en comentario; pero a raíz de la eliminación de la iniciativa, en especial por la amplitud de la jurisprudencia constitucional a la luz de la cual el necesario sustento de las partidas destinadas al estímulo con planes y programas que lo permitieran podía hallarse en las propias leyes de auxilios, el sistema degeneró en deleznables prácticas de "acuerdos entre ramas del poder público" y atención

[13] En la ponencia para primer debate ante el Senado del proyecto de acto legislativo, el senador Carlos Restrepo Piedrahíta hizo citas de Club Jean Moulin (*L'État le citoyen*), como las siguientes: "En tanto que órgano de dirección, el parlamentarismo ha sido víctima del paso de la sociedad liberal al *welfare State*". O, "La ley era la más alta expresión de la soberanía, el sacerdocio legislativo el menester gubernamental pero la guerra, la crisis, las huelgas han infringido a esa jerarquía una serie de golpes fatales, han cargado el Estado con una masa de responsabilidades nuevas... El Parlamento es sobrepasado por el volumen y la tecnicidad de los asuntos, incapaz de concebir una acción coherente. A medida que el Estado se apropia la función de comando económico, la transformación de la iniciativa y la autoridad del ejecutivo se vuelve patente". Véase Presidencia de la República de Colombia, *Historia de la reforma constitucional de 1968*, cit., ps. 71 y 72.

de "clientes". De hecho, los presupuestos solían ser afectados con las partidas correspondientes a las leyes de "auxilios" que imponían los parlamentarios al amparo de tan tergiversado régimen.

Veamos los términos con los cuales se justificó en la Asamblea Nacional Constituyente la recuperación de la iniciativa del Congreso en materia de gasto público, la cual, bueno es reiterarlo, hace parte de una clara orientación de tipo parlamentario cuyo contraste con la de la reforma de 1968 es evidente:

"Se propone modificar sustancialmente lo que dispone el art. 79 de la Carta respecto de la iniciativa en la formación de las leyes, particularmente lo preceptuado en los párrafos e incs. 2° y 3°. Hasta el año 1945 los miembros de las Cámaras gozaban de iniciativa para incoar cualquier proyecto de ley, pero el acto legislativo nro. 1 de ese año modificó el art. 73 (hoy 79) en el sentido de reservar para los ministros del despacho la iniciativa en la presentación de proyectos contentivos de códigos, estatuto del presupuesto nacional, planes y programas económicos y división territorial. Luego, la reforma constitucional de 1968 eliminó la restricción respecto de los Códigos pero la acentuó en aquellos proyectos de ley que impliquen gastos del Estado. Con esas limitaciones, en puridad, los congresistas quedaron privados de toda iniciativa de proponer reordenamiento u operación que no cause una erogación del tesoro. Y se extremó más todavía al trasladar también al gobierno la iniciativa de proyectos referentes al nuevo sistema de legislación delegada que denominan 'leyes marco'.

"Todo este cercenamiento de atribuciones al Congreso se compensó con la habilitación de los vituperados auxilios parlamentarios y con la facultad de proponer exenciones personales del impuesto sobre la renta y complementarios, a lo cual se agregó la obligación del gobierno de incorporar sin modificaciones, en el proyecto de presupuesto, el que para funcionamiento del Congreso elaboran las mesas directivas. De seguro los historiadores encontrarán en estas modificaciones al art. 79, el origen del deterioro en que entró el prestigio y credibilidad de nuestro órgano legislativo y que a los constituyentes de 1991 nos corresponde encontrar innovaciones que lo rescaten.

"Pensamos que es necesario devolver al Congreso la iniciativa en materia de gastos, que no puede confundirse con la iniciativa o capacidad de modificar las partidas propuestas por el gobierno en el proyecto de presupuesto. Son dos figuras radicalmente distintas. En la teoría política cuando se enuncia y comenta la restricción de la iniciativa parlamentaria de gastos, siempre se hace referencia al presupuesto, que es un acto condición y no a la ley previa creadora de situaciones jurídicas de carácter general. Por lo demás, respecto de la realización o desembolso de las inversiones, existen dos actos condicionantes: el primero, su incorporación a los planes y programas de desarrollo económico y social; el segundo, su incorporación en el rubro de gastos presupuestales; dos instancias capaces de refrenar la demagogia y manirrotismo parlamentarios"[14].

[14] ECHEVERRY URUBURU, Álvaro - YEPES ARCILA, Hernando - NIETO ROA, Luis G. - MEJÍA BORDA, Arturo - PALACIO RUDAS, Alfonso, "Ponencia sobre rama legislativa del poder público",

Planteamientos a los cuales cabe agregar los que, durante la discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, se hicieron por los constituyentes que tuvieron formalmente la iniciativa de eliminar los *auxilios*:

"Es ya un hecho político y notorio que las partidas decretadas para el fomento de empresas útiles y beneficios de desarrollo regional, conocidas por el nombre genérico de *auxilios parlamentarios*, ...se han convertido en una de las más importantes razones de desprestigio del Congreso Nacional, por el mal uso que un número creciente de congresistas ha hecho de ellos.

"...Esta figura de los auxilios fue establecida con buen juicio y mejor intención (...) Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de los años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal, lo que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales.

"Ensayado el sistema con éxito por unos pocos, rápidamente cundió al punto que las partidas decretadas para la vigencia fiscal de 1991, según el presupuesto aprobado por el Congreso en el segundo semestre de 1990, algo más del *noventa por ciento* (*90%*), se destina a personas jurídicas privadas, con fines tan generales que equivalen a cualquier cosa y sólo el nueve y medio por ciento (9,5%) se lleva a ejecución directa por los municipios, agencias del gobierno y juntas de acción comunal.

"La evolución de las cuantías destinadas a auxilios parlamentarios ha tomado características alarmantes en el tiempo reciente. Mientras entre 1980 y 1990 crecieron en un promedio del 21,9% anual, hasta llegar a *doce mil millones* de pesos en el último de tales años, para 1991 la partida decretada por el Congreso y distribuida entre los diferentes ministerios, supera los *veintisiete mil millones* (...) ¿Sería el último estertor de un sistema que todos sabíamos condenado a su fin en la Asamblea Nacional Constituyente?

"Esa cuantía significa un promedio de 86 millones por parlamentario, de su libre disposición, sin control de ninguna especie (...) Claro que el promedio antedicho por el congresista, en la práctica presenta enormes distancias entre unos y otros. En un examen preliminar de los auxilios decretados para 1991 se encuentra que algunos parlamentarios encauzan hacia sus fundaciones cerca de *cuatrocientos millones de pesos*, mientras otros solamente disponen de treinta

---

Gaceta Constitucional, nro. 79, de la Asamblea Nacional Constituyente, ps. 8 a 10. Véase también el texto en LLERAS DE LA FUENTE, Carlos - TANGARIFE TORRES, Marcel, *Constitución Política de Colombia*, vol. II, Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Diké y Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1996, ps. 646 a 649.

o cuarenta millones. Esa diferencia obedece a múltiples razones, la mayoría de ellas muy poco santas" (destacado del texto)[15].

A la postre, el art. 154 de la Carta Política vigente, en el cual se regula lo relacionado con la iniciativa legislativa, no incluyó ninguna restricción para que los parlamentarios presenten proyectos de ley que impliquen gasto público pero el art. 355 proscribió los *auxilios* en términos enfáticos pero limitados a lo que durante su vigencia permitió la corrupción: "Ninguna de las ramas del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

Con todo, no parece necesario un mayor análisis, para poner de presente que el retorno al Parlamento de la iniciativa legislativa en materia de gasto es fruto de la marea de pensamiento de los noventa que se extendió por el mundo como réplica al gigantismo estatal, personificado en una rama ejecutiva del poder público de amplísimo espectro, tanto por el número de funcionarios que la integran como por las facultades que se le atribuyen, cuyo horizonte se concreta en la recuperación del individuo y de su responsabilidad. En ese entorno de interacción del Estado con la sociedad civil y participación activa de los asociados en las grandes decisiones públicas, la reivindicación del Parlamento y de su iniciativa legislativa constituyen un efecto natural de la nueva tendencia.

Sin embargo, los entusiastas puntos de vista que defendieron los constituyentes de 1991 para investir al Parlamento de la iniciativa legislativa en materia de gasto público contrastan con la realidad. Porque si bien es cierto que el Parlamento debe recuperar la importancia que requiere un sistema demoliberal, como el nuestro, y una de las vías para lograrlo es precisamente su compromiso con los planes de desarrollo y con la ordenación de las finanzas públicas, también lo es que la medida de la reforma constitucional se ha quedado corta por no haber contemplado reglas precisas de control que impidan el despilfarro y el caos.

Es sabido que la aprobación y sanción de una ley que conlleve gasto público no genera esa consecuencia por el solo hecho de que empiece a regir. Porque, como lo explica en este libro al tratar los aspectos políticos del gasto y el principio de universalidad del presupuesto, para que las erogaciones estatales sean una realidad, además de la ley en comentario se requiere que el gasto a que aluda se autorice mediante su incorporación en el presupuesto público. Pero el control no puede limitarse a esa regla porque, en su verdadero alcance, se traduce en un incumplimiento de la ley que, como es natural, genera incredulidad y desconcierto entre los asociados.

Tampoco basta con el sistema de planificación económica acogido por ley, viable a partir de la expedición de la Carta de 1991, porque si bien compromete al Parlamento como verdadero partícipe en el logro de las metas y objetivos previstos en el plan, no entraña, por sí mismo, ninguna fuerza vinculante en el

[15] NIETO ROA, Luis G. - LLERAS DE LA FUENTE, Carlos - GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan - PLAZAS RUDAS, Alfonso - VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo y otros, *Control a los auxilios parlamentarios*, Proyecto de acto legislativo de vigencia inmediata (transitorio), Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, nro. 77, Bogotá, 20/5/1991, ps. 11 y 12.

sentido de impedir que los parlamentarios promuevan leyes sin respaldo macroeconómico y sin sujeción a las prioridades de gasto[16].

En definitiva, se trata de preservar la iniciativa del Parlamento en esa materia, pero con un sistema eficaz de control sobre la viabilidad hacendística de los proyectos que promueva. Un dictamen previo favorable del Consejo Nacional de Política Fiscal (Confis), reestructurado en los términos que sugiere esta obra al tratar el principio de planificación presupuestal, por ejemplo, puede ser el mecanismo de control adecuado para evitar que se aprueben leyes que no correspondan al plan de desarrollo o a la estructura de la hacienda pública nacional. Y, bueno es advertirlo, no debería extenderse sólo a los proyectos de iniciativa parlamentaria, sino también a los que tengan su origen en el gobierno.

Con todo, es de reconocer que en esta materia el art. 7° de la ley 819 de 2003 (ley con categoría de *orgánica del presupuesto*, denominada *de transparencia fiscal*), el cual se transcribe en el cap. V, sobre *Clasificaciones del gasto público*, y específicamente en la sección relacionada con los *gastos fiscales* por *beneficios tributarios*, constituye un avance. La norma dispone que todo proyecto que entrañe *gasto público directo* o *indirecto* debe contar con el concepto del Ministerio de Hacienda sobre su viabilidad financiera.

El inconveniente, que aún subsiste, es que no es lo mismo el concepto del Ministerio de Hacienda, dependiente del gobierno, que el de un órgano con un alto grado de autonomía y con integrantes que representen al Estado y a la sociedad civil, como sería el Confis si se reestructurara en términos como los propuestos en este libro.

Por otra parte, la proscripción de los *auxilios parlamentarios* no acabó definitivamente con el mal, porque muy pronto surgieron otras prácticas que condujeron a la deleznable costumbre de las negociaciones entre los funcionarios de la *rama ejecutiva* y los congresistas para la inclusión de partidas en el presupuesto que, no obstante el acatamiento formal del art. 355 de la Carta, se han traducido en recursos disponibles para el clientelismo regional. A tal punto ha sido infortunadamente recurrente esa práctica, agravada por la crisis de los partidos y la consiguiente "negociación" individual con cada congresista en procura de su apoyo a las medidas gubernamentales, que se ha llegado a decir que el remedio ha sido peor que la enfermedad[17]. De ahí que se haga necesario

[16] En ese aspecto, cabe compartir la posición del hacendista Arturo Ferrer Carrasco, para quien es claro que ni el presupuesto ni el plan de desarrollo constituyen mecanismos de control a la actividad legislativa de origen parlamentario. Empero, discrepa esta obra de su posición de respaldo a los planteamientos de Carlos Lleras Restrepo porque, a juicio del autor, la iniciativa del Congreso en materia de gasto público de inversión no sólo es necesaria sino conveniente, de cara a procurar un equilibrio entre las ramas del poder y recuperar la importancia que el Legislativo debe tener en un sistema liberal. Véase el trabajo de FERRER CARRASCO, Arturo, "El restablecimiento de la iniciativa congresional sobre el gasto público", *Revista de Derecho Público*, nro. 3, Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1993, ps. 59 a 69.

[17] A manera de ejemplo sobre los planteamientos que se han aducido en torno a la subsistencia velada de los *auxilios parlamentarios*, véase a GÓMEZ HURTADO, Enrique, *Finanzas públicas*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2002, específicamente en la sección de la obra

evaluar la conveniencia de establecer reglas y controles claros y precisos que permitan a los congresistas mediar en la asignación de recursos para inversiones regionales pero en forma abierta, y absolutamente visible, y no de manera velada, como ocurre hoy. Al fin y al cabo, coadyuvar al progreso de las comunidades que representan es uno de sus más importantes deberes.

Finalmente, las leyes que autoricen aportes en empresas industriales y comerciales del Estado o suscripción del Estado, también deben ser el fruto de la iniciativa gubernamental (art. 150, inc. 2°, Const. Pol.).

Por lo que toca con los gastos de funcionamiento, la iniciativa reside en el gobierno, en lo fundamental, por expresa disposición del art. 154 de la Constitución. Según esa norma, los proyectos que tengan que ver con la estructura de la administración nacional y la creación, supresión o fusión de entidades (art. 150, nro. 7°, Const. Pol.) y con las "normas generales" sobre régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y miembros del Congreso y de la fuerza pública deben provenir del gobierno. Lo propio está previsto para las transferencias o participaciones en las rentas nacionales[18].

II. OTROS PRINCIPIOS DEL GASTO PÚBLICO

La doctrina, y en ocasiones las normas jurídicas en general y las constitucionales en particular, suelen referirse a los más variados principios del *gasto público* con múltiples denominaciones y alcances, siempre en forma adicional al de *reserva de ley* examinado en las páginas precedentes de este capítulo.

A continuación se enuncian brevemente algunos de los principios, pero sin pretensión alguna de agotarlos, porque, a diferencia de lo que ocurre con los tributos, son muy variadas las denominaciones y los enfoques a partir de los cuales lo doctrina, la jurisprudencia y las propias normas jurídicas abordan el tema.

Sentada esa advertencia, es del caso aludir aquí a los principios de *reserva de ley*, *justicia* y *racionalidad* como *fundamentales*, y a los de *necesidad*, *proporcionalidad*, *solidaridad*, *transparencia*, *progresividad*, *planeación*, *oportunidad*, *eficiencia* y *eficacia* como *derivados* o *complementarios*, en forma similar a la clasificación básica a la cual acude esta obra en el cap. IX del vol. II para tratar los *Principios constitucionales del sistema tributario y de los tributos*.

En primer lugar, el *gasto público* debe ser realizado dentro de los parámetros de la *reserva de ley*, la *competencia* y el *procedimiento* que se examinaron en el apart. I, *supra*.

intitulada "Utilización del presupuesto como arma política", en la cual se refiere a las *partidas globales* que quedan pendientes de definición por el gobierno y a los *fondos de cofinanciación* (GÓMEZ HURTADO, Enrique, *Finanzas públicas*, cit., ps. 373 a 375).

[18] Sobre los aspectos constitucionales del gasto público a la luz del acto constituyente de 1991, véase a OSPINA BERNAL, Camilo. "Bases del sistema del gasto público en la Constitución de 1991", *Revista de Derecho Público*, nro. 2, Universidad de Los Andes (Facultad de Derecho), Santa Fe de Bogotá, 1992, ps. 119 a 124.

En segundo lugar, el *gasto público* debe concebirse, programarse y ejecutarse en condiciones de *justicia*, de acuerdo con una premisa que en su momento acogiera el socialismo científico, de Marx, Engels y Lenin, pero que hoy se ha entronizado en general como principio fundamental de la *Hacienda pública* de los países: "De cada uno según su capacidad y a cada uno según su necesidad"[19].

No basta con que el sistema de los tributos que recauda el Estado sea progresivo desde el punto de vista de su más alta incidencia sobre quienes ostentan mayor capacidad contributiva sino que, además, el gasto de los recursos públicos debe orientarse a atender a quienes más lo necesitan. Un sistema en el cual los tributos se recauden en función de la capacidad contributiva pero se destinen sin consideración alguna a los niveles de pobreza y al grado de insatisfacción de las necesidades básicas en los sectores más vulnerables de la población, según se explica en el aludido capítulo del vol. II de esta obra, no es realmente *progresivo* ni *justo*[20]. Sobre el tema vuelve este volumen de la obra en la sección relacionada con el capítulo sobre "La clasificación de los gastos públicos desde el punto de vista del principio de justicia".

Y de esa condición de justicia se desprenden los *principios derivados* que deben concurrir para que la estructura financiera del Estado gire verdaderamente alrededor de recaudar los tributos con mayor incidencia respecto de quienes se encuentran en mejor situación y destinar los recursos correspondientes, en forma prioritaria, a quienes más lo necesitan. De ahí el mérito del art. 350 de la Carta Política de Colombia al disponer que "excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación". Y de ahí también la necesidad de que la *justicia* del gasto, en análisis, se concrete en los siguientes *principios derivados* o *complementarios*:

– El *gasto* debe ser *equitativo*, en el sentido de tener el mismo alcance respecto de quienes se encuentren en similar situación. Tal *equidad* debe entenderse en un sentido amplio, o general, y en un sentido estricto; así, en un sentido amplio, el gasto es equitativo por el solo hecho de que se oriente a cubrir las llamadas *necesidades públicas esenciales* de cuya satisfacción depende la subsistencia del cuerpo político y de la colectividad (gastos inherentes a la existencia y funcionamiento del Estado en forma oportuna, suficiente y consolidada); y en sentido estricto, el *gasto* no debe favorecer a unos en desmedro de los otros si es que se encuentran en situación similar.

La *equidad* del *gasto* tiene otra fundamental expresión en la distribución justa de las competencias y recursos entre los diversos niveles territoriales de

[19] Sobre el tema de la *justicia* y la *equidad* en el *gasto público*, véase a ORÓN MORATAL, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1997, ps. 42 y ss.

[20] En numerosas ocasiones la Corte Constitucional de Colombia ha insistido en que el *gasto público* cumple una función redistributiva más importante que el tributo. Véanse, a manera de ejemplo, las sents. C-423, del 21/9/1995 (magistrado ponente: Jaime Morón Díaz) y C-776, de 2003 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda).

gobierno. No tiene sentido que, como consecuencia de regímenes injustos desde la perspectiva de la distribución de recursos, los municipios, departamentos o provincias operen en el marco del superávit fiscal mientras que la Nación tiene que afrontar un déficit, o viceversa. Los equívocos en los regímenes sobre distribución de recursos y funciones en el orden territorial suelen generar consecuencias muy graves para la hacienda pública y conducir al despilfarro, el clientelismo y la corrupción en los "paraísos superavitarios" que concurren con otros entornos de déficit y carencias financieras.

– El *gasto* debe ser *progresivo*, en el sentido de orientarse a contrarrestar, en el mayor grado posible, las desigualdades económicas y sociales que agobian a la colectividad. Los más favorecidos con el *gasto público* deben ser quienes tienen menos recursos y sufren el doloroso flagelo de la insatisfacción de sus *necesidades básicas*. En ese orden de ideas, puede decirse que a mayor grado de insatisfacción de las necesidades básicas debe corresponder un mayor beneficio directo derivado del *gasto público*.

– Esas condiciones de *justicia*, *equidad* y *progresividad*, por supuesto, han de tener como premisa de referencia la *solidaridad*, a la cual suelen referirse las Constituciones Políticas de los países, principio que en Colombia está expresamente consagrado en el art. 1° de la Carta.

– Pero nada de ello resultaría viable si el *gasto* pudiera concebirse y realizarse en un entorno de oscuridad y de silencio. Como condición definitiva para que el gasto sea justo, es necesario que se cree, decrete y ejecute en un ámbito de *transparencia*, no sólo porque la colectividad debe estar atenta a que el Estado cumpla verdaderamente sus fines y oriente su mayor esfuerzo a mejorar la situación de los que menos tienen, sino porque además del control fiscal que deben ejercer los organismos estatales los ciudadanos pueden y deben estar atentos a conocer, en general, el destino de los recursos públicos para que no se dilapiden en detrimento de los más necesitados.

Y en tercer lugar, el *gasto público* debe ser *racional* tanto desde la perspectiva de su creación y autorización como desde la óptica de su realización efectiva. Esa exigencia de la *racionalidad* se concreta en los siguientes *principios derivados*:

– Debe ser *necesario*, lo cual implica que toda erogación estatal debe estar precedida de un análisis riguroso sobre su pertinencia y su conexidad con los fines del Estado. Los responsables de la hacienda pública deben cerrar herméticamente la puerta a los gastos superfluos y suntuarios. Pero no pueden incurrir en el extremo contrario de no atender necesidades *esenciales* y *generales* por el simple prurito de reducir el *gasto* porque, de esa manera, pueden generar graves consecuencias para la propia hacienda pública y, por lo general, lamentables consecuencias sociales y de orden público[21].

[21] Véase, sobre el tema, FLORA, Federico, *Manual de ciencia de la hacienda*, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1028, ps. 104 a 110.

– Debe ser *subsidiario*, en el sentido de justificarse sólo en la medida en que los particulares no estén en condiciones reales de realizar la actividad de que se trate en entornos más favorables para la colectividad.

– Debe ser *proporcionado* a los fines que sea del caso atender. Las autoridades de hacienda deben ser particularmente estrictas en lo relacionado con la cuantía de las erogaciones públicas y proscribir, sin reservas, cualquier exceso que pueda afectar el sustento financiero de la actividad pública[22].

– Debe ser *oportuno*. La atención extemporánea de las necesidades a cuya satisfacción se destina el *gasto público* no sólo genera justificadas y obvias reacciones en contra del Estado sino que suele traducirse en un incremento del importe requerido.

– Debe ser *planificado*, especialmente cuando de *inversiones* se trata. El *gasto público* no puede depender del capricho o de la buena voluntad de los gobernantes sino que, considerando la escasez de los recursos públicos y las crecientes necesidades de la colectividad, debe ser concebido y realizado con el apoyo de la planeación económica y social y siempre desde una perspectiva de largo plazo que descarte la improvisación y el caos. La *planeación* permite no sólo la racionalidad en la programación y ejecución del gasto sino la propia definición sobre los niveles tolerables de endeudamiento incluido el efecto de mayor gasto público en intereses a que induce[23].

– Debe ser *especializado*, en el sentido de estar sometido a la programación y autorización inicialmente prevista en la *ley anual de presupuesto*. Este principio, derivado también del de *reserva de ley del gasto público*, impide que el destino del gasto se pueda variar al vaivén de la voluntad de los funcionarios estatales.

– Debe ser *eficiente*, en el ya tradicional sentido de atender la necesidad de que se trate en condiciones de suficiencia, oportunidad y consolidación. La eficiencia, por supuesto, supone una correlación estrecha entre las metas y objetivos que pretenda el Estado y su realización.

– Y debe ser *eficaz*, en el sentido de que los resultados a los cuales se dirija se logren con la menor erogación posible y en medio de una constante e ininterrumpida revisión de la relación *costo-beneficio* pero desde una perspectiva social, y no de rentabilidad, que tenga en cuenta lo que verdaderamente representa su realización para la colectividad. La condición de eficacia proscribe la perniciosa tendencia a justificar el *gasto* simplemente por su repetición en la historia y a incrementarlo tan sólo porque así lo imponga la inflación[24].

22 Véase FLORA, Federico, *Manual de ciencia...*, cit., ps. 105 a 107.

23 Cfr. TANZI, Vito, *Hacienda pública en los países en vías de desarrollo*, trad. de Kary Balan, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1996, ps. 62 a 65.

24 Véase, al respecto, GARCÍA VALLEJO, Avelino - SALINAS SÁNCHEZ, Javier, *Manual de hacienda pública general y de España*, Tecnos, Madrid, 1997, ps. 333 y 334.

III. "HACIENDA CLÁSICA", "HACIENDA MODERNA" Y "HACIENDA POSMODERNA" EN RELACIÓN CON EL GASTO PÚBLICO[25]

Ha sido tradicional que los textos sobre la materia aludan a la *hacienda clásica* y a la *moderna* y expongan los rasgos característicos de una y otra, a manera de etapas, en lo relacionado con los temas fundamentales de que se ocupa. En esta obra se hace ver que ha surgido, y se consolidó ya, una tercera etapa, que calificamos como *posmoderna*, en la cual se aprecian rasgos distintivos claros que permiten diferenciarla de la *moderna*. Naturalmente, la evolución del pensamiento y de los hechos, a la cual se refiere el Libro Primero, explica los alcances y fundamentos de estas tres fases de la hacienda, y en ello se procura hacer énfasis a lo largo del análisis. El capítulo es de especial importancia para los fines de la obra, porque procura una concepción del fenómeno financiero en su historia y confirma que no se puede hacer caso omiso del pasado para explicar el presente. La *hacienda clásica* es, en síntesis, la del Estado no interventor, partidaria de un *gasto neutro* y *mínimo* que no incidiera en mayor grado en la economía, partícipe de la idea de que los empréstitos son recursos extraordinarios, orientada a clasificar los gastos del ente público en *ordinarios* y *extraordinarios*, defensora del equilibrio matemático de ingresos y gastos en el presupuesto público y gestora de estudios de gran trascendencia sobre los *principios de los impuestos* a partir de su idea según la cual constituyen el ingreso ordinario por excelencia. La *hacienda moderna* es la del Estado interventor, partidaria de un *gasto activo* y de su utilización como estrategia macroeconómica, si es necesario mediante la generación de déficit, consciente de que los *empréstitos* constituyen recursos ordinarios del ente público, comprometida con el *equilibrio integral de la economía* y la ocupación plena, más que con el equilibrio matemático presupuestal, preocupada por la justicia en la imposición pero además por los efectos redistributivos de los tributos y del gasto, por lo cual acogió, con entusiasmo, el impuesto sobre la renta con alícuotas progresivas, orientada a clasificar las erogaciones del ente público en *gastos de funcionamiento* y *gastos de inversión* y gestora de las grandes categorías doctrinarias de la macroeconomía. La *hacienda posmoderna* es la del Estado eficiente, resultante de una revisión crítica de sus funciones, partidaria de un gasto público regido por la *eficiencia* y la *eficacia* pero sin menoscabo de lo social, renuente a auspiciar la consolidación del déficit y, por consiguiente, interesada en evitar un incremento desmedido del endeudamiento, orientada a hacer del presupuesto el instrumento fundamental del plan de desarrollo y a exigir que se cumplan con rigor, y no en apariencia, los principios que lo informan, los cuales adiciona con reglas sobre su correspondencia con las variables económicas del país, dispuesta a las privatizaciones en un contexto de replanteamiento del papel del Estado y recuperación del individuo y del sec-

[25] En el vol. I del libro corresponde al cap. IV de la Parte Segunda del Libro Segundo del tomo.

tor privado, comprometida con una revisión a fondo de la estructura financiera pública a manera de respuesta al crecimiento inusitado del Estado y del gasto público y a la corrupción, particularmente interesada en la descentralización y la autonomía de los entes territoriales en los cuales reconoce las bases del desarrollo y de la paz, y claramente orientada a evaluar las verdaderas bondades del impuesto sobre la renta con alícuotas progresivas, en un contexto de evasión fiscal de grandes proporciones, y a reconocer que los impuestos indirectos en función del consumo son menos propicios a la evasión y pueden ser regulados de manera que consulten el principio de justicia.

Duverger, en su obra *Hacienda pública*, destaca que la ciencia de la cual se ocupa ha evolucionado de manera notoria en los últimos 50 años y, como corresponde a su concepción política de la hacienda, afirma que, en buena parte, tal desarrollo obedece a los cambios en los fines del Estado. Con ese criterio, afirma: "Los hacendistas clásicos y los modernos utilizan los mismos medios; pero no los utilizan para los mismos fines".

Sobre esas bases, el tratadista francés se ocupa del tema alrededor de la clasificación de la hacienda en *clásica* y *moderna*. Con todo, como se examina en el acápite introductorio del Libro primero de esta obra, la propia concepción de la modernidad ha entrado en crisis y el pensamiento típico del fin del milenio anuncia el advenimiento de la sociedad *posindustrial, posmoderna, de la informática* o de *los media*, todo lo cual conduce indefectiblemente al planteamiento de una *hacienda posmoderna*.

Y si bien muchos de los pensadores del posmodernismo, a la manera de Fukuyama, han llegado a afirmar que la terminación del milenio es concomitante con el *fin de las ideologías* y de la *historia* misma, cabe reiterar en esta oportunidad que la llegada del año 2000 ofrece un escenario totalmente contrario.

No estamos ante el fin de las *ideologías*, a no ser que el término se acoja con el criterio peyorativo que le diera Napoleón Bonaparte con posterioridad a la Revolución o que hoy le asignan los filósofos de la *posmodernidad* para denunciar las doctrinas envolventes y totalitarias que definen y predicen hasta los más mínimos detalles del acontecer humano.

Sí estamos, en cambio, ante el espectáculo de la confrontación libre de ideas de cara a los grandes avances de la tecnología y de la ciencia. Mas no con el criterio de ignorar los grandes aportes del pensamiento humano a lo largo de la historia, sino con el de defender, de manera prioritaria, una concepción social que no ignore la realización individual. Los últimos lustros del siglo XX han constituido terreno abonado para que en los libros, periódicos, revistas, conferencias y entrevistas en los medios de comunicación se discutan con entusiasmo las ideas de los más grandes pensadores de la historia aunque, bueno es advertirlo e importante es que ocurra, con el criterio de examinar su posible realización.

Por hacienda clásica se suele entender la del *Estado policía*, de los discípulos de Smith, o del *Estado burgués*, que dijera Marx, con seguidores de la importancia de Jean Baptiste Say o de Gastón Jèze. La idea central, en materia

hacendística era precisamente el menor gasto posible, de acuerdo con una concepción del Estado limitada a las funciones propias de la justicia, la policía, el ejército y la diplomacia.

La hacienda moderna, a su turno, se predica del *Estado interventor*, *Estado providencia* o *Estado fáustico*. Según su orientación, el objetivo de la ciencia en estudio no es simplemente la cobertura de los gastos de la administración sino que comprende otros fines de orden económico y social que en no pocas ocasiones son más importantes. Tal puede ser el caso, para aludir a la obra de Duverger, de la decisión estatal de desestimular ciertas actividades a través de la creación o aumento de impuestos, en lugar de prohibirlas.

Con todo, en el sentir de este mismo autor, muchos pretenden oponerse a esa evolución en buena parte "para defender sus privilegios, amparados en el *statu quo*", y no en forma clara y abierta sino a oscuras, o con doctrinas mediadoras. Mas a pesar de que es más simple la *hacienda clásica* por su similitud con las finanzas privadas, agrega, lo cierto es que se ha impuesto la compleja hacienda moderna, en la cual suelen hacerse afirmaciones extrañas a la orientación privatista, como ocurre con las recomendaciones sobre gasto público aun en exceso del ingreso o la recaudación de impuestos, no tanto con el propósito de obtener recursos sino con el de privar de ellos a los asociados.

Empero, el discurso de Duverger es modernista y hoy, como en general ocurre en todos los terrenos del pensamiento, ha quedado sometido al cuestionamiento agudo del posmodernismo. Ya no se trata de prohijar un papel activo y protagónico del Estado como respuesta al liberalismo de la escuela clásica, sino que es del caso examinar la efectividad real de su intervención, y no de manera abstracta sino concreta.

De ahí que la exposición en dos fases que propone la obra del notable hacendista y politólogo francés deba ser adicionada con una tercera de indudable vigencia: la de la *hacienda posmoderna*. Veamos:

a) La hacienda pública clásica

En lo fundamental, la hacienda clásica se orientaba simplemente a la cobertura de los gastos públicos, lo cual explica que su preocupación fundamental radicara en establecer en qué medida deben participar los asociados en los gastos públicos. En ese orden de ideas, lo que cada uno había de soportar o asumir se designaba bajo la denominación general de *carga pública*, en forma tal que el *gasto público* se consideraba equivalente a las *cargas públicas*[26].

[26] Es de destacar que la noción de "carga pública" difiere de la de "tributo" como el género difiere de la especie. La carga pública alude, en términos de Wilhelm H. Kruse, a prestaciones monetarias y naturales de parte de los asociados. Como tales, involucran todos los deberes y obligaciones de prestación de servicios, suministro de bienes, pago de impuestos, tasas y contribuciones, independientemente de la existencia de contraprestación. Véase KRUSE, Wilhelm H., *Derecho tributario*, trad. de Perfecto Yebra Martul y Miguel Izquierdo, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, ps. 61 y 62.

Empero, la noción de *carga pública*, para hacerla extensiva a los tributos, es notoriamente imprecisa y equívoca, si se tiene en cuenta que sugiere un sacrificio *absoluto* de parte del *afectado* (contribuyente) sin reparar en que el destino de los tributos no es otro que el de satisfacer las necesidades públicas generales y esenciales de los asociados. En otros términos, si en ausencia del Estado el particular habría de asumir directamente los gastos requeridos para satisfacer ese tipo de necesidades, el hecho de radicar tal función en el ente público y hacer posible su cumplimiento a través de los impuestos, tasas o contribuciones, no conlleva, en realidad, una *carga*.

Con ese criterio, se ha cuestionado la identificación clásica de *gasto público* y *cargas*, cuyo fundamento no es otro que esa posición rigurosa de *no intervención estatal* que caracterizó a sus seguidores. Si, al decir de Say, los gastos públicos son tan destructivos como el granizo, no aportan nada a la economía y en última instancia constituyen la forma colectiva de reflejar la *pérdida* provocada por el desmedro que para cada uno implica el pago del tributo, no puede esperarse conclusión distinta a la de identificar los *gastos* con las *cargas*. Mas si se acepta que, como creemos, la concepción extremista de la improductividad del gasto público no es cierta y se reconoce la necesidad del Estado y su gestión materializada en el suministro de bienes y servicios meritorios, resulta forzoso concluir que la obtención de beneficios con motivo de esa labor descarta esa identificación. De ahí que para acoger la noción de *carga* en lo relacionado con los tributos sea menester acudir previamente a esforzadas consideraciones, como la distinción entre *carga individual* y *carga colectiva* o entre *carga bruta* y *carga neta*, lo cual evidencia la imprecisión del término[27].

Con esas salvedades y observaciones cabe aludir, a continuación, a las principales características de la *hacienda clásica*.

1. Noción exclusivamente "financiera" del gasto y del ingreso públicos

La reducción del papel del Estado al cumplimiento de sus funciones más elementales era concomitante con una concepción del gasto puramente financiera, que suele ser descripta a través de la simple, pero suficiente, explicación de Gastón Jèze: "hay gastos públicos; es preciso cubrirlos". Al decir de Newmark, los clásicos defendían una concepción de la hacienda puramente fiscal encaminada a lograr un máximo de neutralidad y una recaudación de impuestos reducida al mínimo indispensable para financiar los gastos básicos del Estado[28].

[27] Véase al respecto DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, trad. de Enrique Bagaría Perpiñá, Bosch, Barcelona, 1980, ps. 66 a 70.

[28] Véase NEWMARK, Fritz, *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*, trad. de José María Martín Oviedo, Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1963, ps. 157 y 158.

Por esa razón, como apunta Jacinto Faya Viesca, más que la composición del *gasto público* interesaba su volumen o monto global, siempre con el criterio de la correspondencia inevitable entre ingresos y egresos[29].

Los hacendistas modernos, en cambio, tienen en cuenta que la hacienda debe contribuir al propósito común de la ocupación plena y, en concordancia con el intervencionismo estatal que prohijan, advierten que además del objetivo meramente financiero puede y debe cumplir una finalidad de regulación económica y social.

2. Preocupación por la justa distribución de las "cargas públicas"

Para los clásicos, era fundamental establecer criterios de distribución de las cargas públicas entre los asociados que consultaran el principio de justicia, y adquirió especial importancia el imperativo de *igualdad frente a las cargas públicas*.

Los planteamientos de Adam Smith no dejan dudas en relación con el criterio imperante: "Los gastos que se hacen para defender la sociedad y para sostener la dignidad del primer magistrado se realizan en beneficio de toda la sociedad. Es, por tanto, razonable que se sufraguen mediante contribución general de toda la sociedad, y que los miembros de ésta contribuyan, en cuanto sea posible, en proporción a su capacidad respectiva"[30].

Y, como lo describe en sus célebres *máximas sobre los tributos*, en la parte II del libro V de su *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, "Los ciudadanos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno, en cuanto sea posible, en proporción a sus respectivas aptitudes, es decir en proporción de los ingresos que disfruten bajo la protección estatal. Los gastos del gobierno, en lo que concierne a los súbditos de una gran nación, vienen a ser como los gastos de administración de una gran hacienda con respecto a sus copropietarios, los cuales, sin excepción, están obligados a contribuir en proporción a sus respectivos intereses. En la observancia o en la omisión de esta máxima consiste lo que se llama igualdad o desigualdad en la imposición"[31].

Los hacendistas modernos conservan esa preocupación por las condiciones de justicia en la tributación, pero asignan un papel fundamental a los fines redistributivos del gasto. Si bien se reconoce y reitera en las cartas políticas que los asociados deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado en condiciones de justicia y equidad (v.gr., art. 95, nro. 9, Const. Pol.), se examina con particular interés el gasto social redistributivo.

[29] Véase al respecto a FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, Porrúa, México, 1986, ps. 37 a 43.

[30] SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, trad. de Gabriel Franco, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, ps. 716 y 717.

[31] SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza...*, cit., ps. 726 y 727.

3. A cada categoría de gastos correspondía una de ingresos

Así como los ingresos se clasificaban en "ordinarios" y "extraordinarios", los gastos eran considerados desde la perspectiva de esas dos posibles modalidades[32].

La distinción de los gastos en ordinarios y extraordinarios, se orientaba a designar bajo la primera categoría las erogaciones repetidas o continuadas propias de las funciones mínimas del Estado. Del mismo modo, era acorde con una tendencia generalizada a cuestionar el endeudamiento público.

El desinterés por el tema, unido a la desconfianza de los clásicos por el gasto público, explica que no hayan abordado con detenimiento sus características y principios ni se hubieran adentrado en clasificaciones analíticas. Su posición giró, simplemente, alrededor de la distinción entre *gastos ordinarios* y *gastos extraordinarios*.

4. El gasto público debía ser neutro

Aspiración teórica de los clásicos, de imposible realización en la práctica, era que el gasto no generara efecto alguno en el medio social y económico receptor[33].

Es de observar, al respecto, que así como ha habido partidarios de la neutralidad del gasto también ha ocurrido lo propio en relación con los impuestos. Sin embargo, es inevitable que la absorción o irrigación de recursos en los circuitos económicos genere consecuencias de diversa índole.

5. La actividad financiera del Estado no era materia de una ciencia independiente y autónoma sino que hacía parte de la economía política

Como se recordará, Smith, el primero de los clásicos, fue partidario de la fisiocracia y se opuso, de manera decidida, al intervencionismo estatal mercantilista.

Según ese criterio, no era conveniente en absoluto, ni siquiera para la colectividad como un todo, que el Estado contara con ingresos provenientes de su dominio privado; y, en esa misma medida, carecía de importancia la actividad financiera pública, a diferencia de lo que ocurría con la economía privada en general.

El Estado no debía interferir, en manera alguna, en el proceso productivo y, sobre esa base, los impuestos constituían el medio financiero adecuado. De ahí la preocupación generalizada entre los economistas de la época por el tema de los principios y reglas de la imposición.

[32] FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, cit., p. 40.

[33] Véase al respecto MIRANDA TALERO, Alfonso, *El derecho de las finanzas públicas*, Ágora, Bogotá, 1991, p. 39.

6. El presupuesto debía comprender un "equilibrio matemático" entre ingresos y gastos

Característico de la ideología clásica partidaria del "Estado mínimo", es impedir que gaste menos de lo que recibe e igualmente descartar que reciba más de lo que requiere.

En ese orden de ideas, para los clásicos eran inaceptables las estructuras presupuestarias de déficit o superávit y debía existir un estricto equilibrio financiero entre recaudos y erogaciones.

A la luz de su criterio inalterable sobre la ley natural, el *déficit* es inflacionario en la medida en que conlleva un incremento del dinero circulante frente a una situación estática de los bienes y servicios disponibles[34].

Las ideas del liberalismo contrarias al déficit, como apunta Duverger, son típicas de la tendencia clásica a asimilar la hacienda pública a la economía privada y, por ende, a formular recomendaciones características de la empresa privada, muy cercanas a los criterios que orientan los presupuestos de las compañías para cada ejercicio. De ahí la preocupación constante por no gastar más de lo recibido[35].

En relación con el empréstito, la escuela en estudio sólo lo acepta como recurso extraordinario, en el entendido de que, por su naturaleza, incide de manera nociva en vigencias presupuestarias futuras.

No obstante, al decir del mismo tratadista francés, uno y otro planteamientos adolecen de equívocos evidentes. En primer término, el empréstito no necesariamente conlleva presupuestos deficitarios en el futuro, si se tiene en cuenta que es factible, y de hecho recomendable, que se destine a inversiones productivas que permitan que la ganancia fiscal sea superior al costo de la deuda y su amortización. Y en lo que atañe a la emisión, hay ocasiones en las cuales la decisión no sólo no es nociva sino conveniente, como ocurre en casos de depresión económica como la de 1929[36].

Los hacendistas modernos, a diferencia de los clásicos, asignan una importancia secundaria al *equilibrio presupuestario* y orientan todos sus planteamientos hacia el objetivo prioritario del *equilibrio económico*. Los planteamientos de Keynes, en torno a la necesidad de la *ocupación plena* y al papel fundamental que ha de ejercer el Estado con el fin de lograrla, cuestionaron esa fría concepción de la hacienda, separada del conjunto de la economía, porque ignoraba la importancia de la función estatal en etapas de crisis. Situaciones como la afrontada por la humanidad en 1929, en la cual la depresión impidió la inversión productiva y, por ende, hizo multiplicar el desempleo y la miseria,

[34] RESTREPO, Juan C., *Hacienda pública*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992, ps. 292 a 294. La noción de déficit fiscal, como lo destaca el mismo autor, es utilizada por la Contraloría General de la República y se define también como la diferencia entre los activos corrientes y los pasivos corrientes (p. 292).

[35] Véase a DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, cit., ps. 211 a 214.

[36] Véase DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, cit., ps. 214 a 216.

hacen necesario que el Estado asuma una gestión protagónica a través del gasto y la inversión públicas, aun en el evento de que no cuente con los recursos necesarios. El *déficit*, en esas condiciones, deviene necesario y útil para los fines de superación de la crisis.

La teoría del *déficit fiscal sistemático*, de William Beveridge, amparada en las ideas de John Maynard Keynes, sostiene que en épocas de depresión es indispensable que el Estado disminuya los impuestos para incrementar las decisiones de consumo y de ahorro y que, a un mismo tiempo, incremente el gasto público y amplíe los subsidios, con el fin de lograr el objetivo general de la ocupación plena. Unas y otras medidas, según Beveridge, originan *déficit* con efectos benéficos en el corto y el largo plazo.

Pero en manera alguna debe concluirse que el *déficit* constituye una panacea definitiva e inmodificable. En realidad, la teoría keynesiana respalda esa opción para etapas de crisis pero no pretende, en absoluto, que sea aplicable a todos los ciclos o situaciones económicas en general. Es claro que en etapas de auge el déficit es inaceptable y que, en el criterio del ilustre economista inglés, la inflación puede ser "buena" como estrategia para superar fases de depresión pero deviene "mala" cuando la situación es de auge. De ahí que sea una preocupación permanente de los países la definición de topes máximos de déficit en relación con el *producto interno bruto* (PIB).

7. La vigencia anual del presupuesto

La regla de la anualidad del presupuesto fue corolario del principio según el cual no debe haber tributos sin representación (*nullum tributum sine lege*).

Desde fines del siglo XVII, inicialmente en Inglaterra y posteriormente en otros países, se adujo que así como debe proscribirse la creación de tributos sin la intervención de los órganos de representación popular, es indispensable que los gastos también estén sometidos al control político. La célebre *Carta de derechos* (*Bill of Rights*) de Inglaterra, del 13/2/1689, o conjunto de *derechos y libertades indiscutibles* proclamados como síntesis de los reclamos del Parlamento contra el gobierno de Jacobo II, y aprobados por Guillermo y María, príncipe y princesa de Orange, consagró la regla según la cual el gasto, y en particular el del ejército, debe ser aprobado por el Parlamento. Tal fue el origen político del *presupuesto*, entendido en su doble concepción programática de ingresos y gastos. Al viejo principio según el cual no puede haber tributo sin representación, reiterado en el art. 4° del *Bill of Rights*, cuyos antecedentes datan de la Carta Magna, del año 1215, el histórico documento de 1689 agregó la regla del control político del gasto.

Al respecto, particularmente en Francia, se hacía referencia a la época del *antiguo régimen*, en la cual la limitación del poder de los *estados generales* a la aprobación de los impuestos, sin consideración alguna sobre su utilización, dejó libre el camino a los monarcas para fijar, a su arbitrio, la destinación de los recursos.

De ahí que la evolución de las ideas políticas impusiera la generalización del principio complementario del control político del gasto por parte del Parlamento, cuyo origen, según se expresó, se encuentra en los resultados de la *revolución gloriosa* de Inglaterra, de 1688 que pusiera fin al controvertido reinado de Jacobo II e impusiera en el trono a los príncipes de Orange. Posteriormente, en 1830, la facultad parlamentaria de aprobar los gastos militares se hizo extensiva a los de la administración civil; y en 1837, en la Inglaterra victoriana, se dispuso que esa función debía ser cumplida cada año[37].

En el fondo, la supervisión del gasto público conlleva la de la acción del gobernante y, sobre esa base, se hace necesario que el Parlamento apruebe, cada año o período de que se trate, los programas de ingresos y gastos propuestos por el Ejecutivo.

Si bien la doctrina ha planteado alternativas interesantes en relación con la periodicidad anual, no es menos cierto que el sistema ha conservado su vigencia. Empero, suelen recomendarse y tomarse medidas orientadas a garantizar la armonía y correspondencia entre el presupuesto y el rumbo de la economía en general.

Fruto de ello son teorías como las de los *presupuestos cíclicos*, de acuerdo con las cuales la anualidad presupuestaria debe ser acorde con los *ciclos económicos*. Dado que el tránsito permanente del auge a la crisis y de la crisis al auge tiene lugar en períodos de siete o diez años, se afirma, es preciso que los presupuestos sean elaborados de manera que contribuyan a contrarrestar los efectos de los ciclos. Así, los presupuestos de los períodos de crisis deben contemplar reservas, a través de aumentos de impuestos y reducciones del gasto, que contribuyan a sortear las etapas de crisis.

También suele hacerse referencia a presupuestos de períodos superiores a un año o, al menos, a créditos o apropiaciones plurianuales originados como consecuencia de planes que exceden el lapso de un año o que, en todo caso, implican ejecuciones a largo plazo. En Colombia, el art. 339 de la Carta Política reitera esa posibilidad a manera de regla orientadora del *plan nacional de desarrollo*:

"Habrá un plan nacional de desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. *El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución...*" (el destacado es del autor).

[37] Véase al respecto MARTÍN, José M., *Introducción a las finanzas públicas*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 281.

Lo propio puede decirse de las previsiones de las Cartas Políticas en torno a la coordinación que debe existir entre el presupuesto y los planes y programas económicos. En Colombia, el art. 346 de la Constitución lo establece de manera imperativa:

"El gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones *que deberá corresponder al plan nacional de desarrollo* y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura..." (el destacado es del autor).

b) La hacienda pública moderna. Réplica a los principios clásicos

Es indudable que los planteamientos de los hacendistas modernos han girado, en mayor o menor grado, alrededor de las ideas del más grande pensador económico del siglo XX: John Maynard Keynes.

Si se quiere encontrar un rasgo general que distinga la hacienda moderna en relación con la clásica, ése no es otro que el del papel del Estado en la economía. Para los keynesianos, el Estado no sólo puede sino que debe intervenir de manera activa en la economía, y en ese sentido la hacienda tiende a no ser *neutra*. Para los smithianos, como se anotó, la regla incontestable es la del *Estado mínimo*, y su consecuencia, la posición meramente contemplativa y neutral del ente público.

Si en los clásicos las *cargas públicas* correspondían a la distribución del *gasto público* entre los asociados, en los pensadores modernos esa concepción de "carga" deviene relativa e imprecisa. Es cierto que hay tributos en los cuales no hay una contraprestación inmediata de parte del Estado y en favor del contribuyente, mas tal circunstancia no significa que su pago no interese a los asociados, máxime si se tiene en cuenta que el medio financiero ideal para la satisfacción de las *necesidades esenciales* es el impuesto. La prestación, en condiciones de *suficiencia*, de los servicios públicos de primer grado, interesa a toda la colectividad; pero, lo que es aún más contrastable con la neutralidad clásica, la propia satisfacción de las necesidades privadas de los pobres interesa, de manera especial, a los ricos.

Y como corresponde a la fundamentación política y económica de la hacienda, es natural que las características de las finanzas públicas de la modernidad constituyan una respuesta que contrasta con las ideas de los clásicos. Veamos:

1. El gasto público no cumple una función exclusivamente financiera

Los modernos insisten en que las finanzas públicas no giran alrededor de un simple problema financiero y, con ese criterio, se apartan de la máxima de Jèze según la cual todo el tema de la hacienda radica en que hay gastos públicos y es preciso cubrirlos.

Keynes, como se examina en la sección II del libro I de *El liberalismo y la teoría de los tributos*, enseñó al mundo a pensar en términos macroeconómicos y criticó, con rigor, una serie de postulados de la escuela clásica que hasta entonces permanecían como "verdades irrefutables". Buena parte de su legado, para aludir a los temas que interesan a este libro, fue la consideración de las políticas monetaria y fiscal como instrumentos de gran importancia para el objetivo económico fundamental de la *ocupación plena*.

Uno de sus planteamientos, indudablemente revolucionario, radicó en que la inflación no necesariamente es mala. Si el circuito económico afronta una situación de crisis, la emisión y el empréstito, aun a costa del déficit fiscal y de sus efectos inflacionarios, son necesarios. Mas si se ha superado la depresión y se transita hacia el auge, la inflación es perniciosa.

Al amparo de los notables aportes de Keynes al pensamiento económico y político, los hacendistas modernos advierten que el objetivo financiero de la hacienda no es el único y, en muchas ocasiones, tampoco el más importante. De ahí que no sea extraño encontrar en hacendistas de la categoría de Richard Abel Musgrave afirmaciones como la siguiente, en la cual se evidencia la tendencia moderna:

"Considero conveniente distinguir tres funciones principales dentro del presupuesto del sector público:

"1) La función de satisfacer necesidades públicas.

"2) La función de redistribuir la renta nacional.

"3) La función de contribuir a la estabilización económica"[38].

2. Es prioritario el objetivo de la justicia en la tributación, pero su logro no sólo depende de los ingresos públicos sino también del gasto

La hacienda de la modernidad conserva la preocupación de los clásicos por las condiciones de justicia y de equidad en que los asociados deben contribuir para la financiación de los gastos e inversiones del Estado.

Las condiciones de justicia en la tributación no pueden ignorar el hecho de que el impuesto único hace parte de la mitología fiscal, ni puede desatender la destinación efectiva de los recaudos por parte del Estado.

De ahí que disposiciones como el art. 363 de la Carta Política de Colombia señalen, de manera general, que "el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad".

Es claro que el sistema tributario implica la coexistencia de impuestos directos e indirectos que concurren en forma adecuada y armónica, como se advierte en la sección sobre los *sistemas tributarios*, en esta obra.

[38] MUSGRAVE, Richard A., *Teoría de la hacienda pública*, trad. de José María Lozano Irueste, Aguilar, Madrid, 1968, p. XI. La opinión de Musgrave está transcripta en la excelente introducción a la obra del profesor de Harvard, escrita por Enrique Fuentes Quintana, profesor de Hacienda Pública de la Universidad de Madrid, y publicada en las ps. IX a LXIV de la edición citada.

Como muy bien lo advierte Dalton, no es posible examinar con rigor un sistema tributario si no se analiza en su conjunto, como preámbulo de su tesis, similar a la de la generalidad de la doctrina moderna, según la cual el sistema de impuesto único no sólo es imposible sino inconveniente y la estructura más adecuada es la integrada por una multiplicidad de impuestos, aunque, como es obvio, dentro de límites razonables que eviten la tributación excesiva. Sus planteamientos son precisos:

"Antes de emitir un juicio definitivo sobre los méritos y los defectos de cualquier sistema de finanzas públicas, éste debe ser apreciado en su conjunto. En forma similar, cualquier sistema impositivo debe examinarse globalmente, puesto que los diferentes impuestos pueden, en lo que atañe a algunos de sus efectos, corregirse y equilibrarse recíprocamente"[39].

De otra parte, la progresividad no solamente debe considerarse en relación con la universalidad de los tributos sino que, además, implica un juicio de valor en torno al destino de los recursos tributarios. Porque es claro que el gasto público es un eficaz e imprescindible instrumento redistributivo, tanto desde el punto de vista directo de la asignación de recursos correspondiente a las autoridades centrales, como del indirecto, que atañe a las entidades territoriales a través de los impuestos de su propiedad exclusiva (arts. 294 y 362, Const. Pol.) o de las transferencias intergubernamentales de tipo vertical por medio de regímenes como el del *sistema general de participaciones* que opera en Colombia.

Lo anterior explica por qué en ocasiones la doctrina alude a la clasificación del *gasto público* en *progresivo, proporcional* o *regresivo*, según el principio del *máx*imo beneficio en la distribución de las asignaciones[40], a la cual se refiere esta obra al tratar las diversas modalidades de gastos públicos.

Por lo general, a la pregunta sobre quiénes se benefician en mayor grado con la existencia del Estado, encargado de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, cabe responder que los ricos más que los pobres. Y así se evidencia con el simple ejercicio de pensar quiénes son los más favorecidos con la prestación de los servicios públicos de primero y de segundo grado, en general.

Empero, otros gastos que la doctrina designa, con acierto, como constitutivos de *bienes sociales meritorios*, como ocurre con los servicios gratuitos de educación y atención a la salud, indudablemente favorecen a los pobres más que a los ricos, aunque estos últimos pueden reportar un beneficio indirecto por el perfeccionamiento de la infraestructura humana que tales servicios permiten[41].

El gran debate doctrinario, en la actualidad, gira precisamente en torno a la medida de la intervención del Estado para suministrar bienes meritorios;

39 DALTON, Hugh, *Principios de finanzas públicas*, trad. de Carlos Luzzetti, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 49.

40 La idea de la progresividad, según se sostiene en esta obra, debe ser inmanente tanto desde la perspectiva de la recaudación como del gasto para que se cumpla la condición de progresividad del sistema tributario a que alude, en Colombia, el art. 363 de la Const. Pol. de 1991.

41 Véase al respecto ALLAN, Charles, *La teoria de la tributación*, trad. de Miguel Paredes, Alianza, Madrid, 1984, ps. 16 a 20.

y al respecto, cabe recordar que el *liberalismo moderno*, de raigambre keynesiana, es partidario de un papel activo y predominante del sector público y el *neoliberalismo*, en medio de sus proclamas laisseferistas y libertarias, oscila entre dos corrientes definidas: las *moderadas*, según las cuales la ignorancia y la existencia de externalidades hacen necesaria la actividad estatal para garantizar una formación adecuada de los asociados, a nivel físico e intelectual, como base para el desarrollo de la libre empresa y como condición fundamental de la *eficiencia*; y las *extremas*, partidarias de la más absoluta privatización, con planteamientos como los de David Friedman o Murray Rothbard y los seguidores de la prédica *anarcocapitalista* de la abolición del Estado.

En Colombia, la Carta Política de 1991 se caracteriza por una manifiesta preocupación por el *gasto social* que permite identificar su ideología con la de los partidarios del *suministro de bienes meritorios* por parte del Estado la cual, según ha quedado expuesto, no es exclusiva de los intervencionistas como lo demuestra el hecho de que varios de los neoliberales la defienden.

3. Las diversas clases de gastos deben ser financiadas con distintos tipos de recursos, pero no es viable aludir a "gastos ordinarios" y "gastos extraordinarios" con el mismo criterio de los clásicos

La distinción de los clásicos entre *gastos ordinarios* y *gastos extraordinarios* ya no tiene operancia alguna, y si se conserva por algunos tratadistas es a la manera de una subclasificación secundaria que no define, en absoluto, la estructura del gasto público.

Cabe advertir, en todo caso, que la moderna diferenciación entre *gastos de funcionamiento o administración* y *gastos de capital o de inversión* tiene en alguna medida su origen en la vieja distinción entre *gastos ordinarios* y *extraordinarios*.

Hoy, los *gastos de funcionamiento* se asemejan a los *gastos ordinarios* a que aludía la escuela clásica, y los *gastos de inversión* a los *extraordinarios*. Empero, lo cierto es que en la actualidad sería absurdo pretender que los *gastos de inversión* son *extraordinarios*, si se tiene cuenta que la concepción moderna de las funciones del Estado impone crecientes, permanentes e inmensas inversiones que bien pueden calificarse como "erogaciones ordinarias".

No obstante, la nueva clasificación, de manera semejante a lo que ocurría con los clásicos, permite establecer fuentes precisas de financiación acordes con el tipo de erogación de que se trate. Así, los *gastos de funcionamiento* deben ser financiados, de manera primordial, con *recursos tributarios e ingresos corrientes en general*, en tanto que los *gastos de inversión* pueden derivar sus recursos del empréstito[42].

[42] Véase al respecto MARTÍN, José M., *Introducción a las finanzas...*, cit., ps. 82 a 85.

En Colombia, el EOP dispone que el *presupuesto de gastos* debe comprender tres categorías, a saber: *presupuesto de gastos de funcionamiento, presupuesto del servicio de la deuda* y *presupuesto de gastos de inversión*.

4. El gasto público no sólo no es "neutro" en la práctica sino que puede y debe estar orientado a contribuir al desarrollo económico, la ocupación plena y la redistribución del ingreso (del "gasto neutro" de los clásicos al "gasto activo" de la hacienda moderna)

Acorde con la superación del ideal clásico del Estado mínimo, los hacendistas de la modernidad destacan el papel del gasto público para los fines de la economía en general.

No es cierto que el mercado logre por sí solo el equilibrio, ni lo es tampoco que la oferta indefectiblemente genere su propia demanda, a la manera expuesta por Say. No es cierto que el ingreso que no se consume se destina al ahorro inversión. Esas conclusiones de Keynes orientan la tendencia de la hacienda moderna a prohijar un Estado responsable de la economía en general que, en su condición de tal, ha de irrigar el mercado de gasto público si así se requiere para incentivar la inversión y el desarrollo.

La causa de la acción estatal activa, y no neutra, la describe el mismo Keynes así: "Los principales inconvenientes de la sociedad económica en que vivimos son su incapacidad para procurar la ocupación plena y su arbitraria y desigual distribución de la riqueza y los ingresos"[43].

Y sus postulados de incremento de las funciones del Estado, y por ende del gasto, desafían, sin ambages, las conclusiones de la escuela clásica: "Por consiguiente, mientras el ensanchamiento de las funciones de gobierno, que supone la tarea de ajustar la propensión a consumir con el aliciente para invertir, parecería a un publicista del siglo XIX o a un financiero norteamericano contemporáneo una limitación espantosa al individualismo, yo las defiendo, por el contrario, tanto porque son el único medio practicable de evitar la destrucción total de las formas económicas existentes, como por ser condición del funcionamiento afortunado de la iniciativa individual"[44].

5. La actividad financiera del Estado deviene en ciencia autónoma e independiente

Si en las primeras obras de los clásicos las finanzas públicas eran consideradas desde la perspectiva de la *economía*, como bien puede apreciarse en la *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, de

[43] KEYNES, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, trad. de Eduardo Hornedo, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 328.

[44] KEYNES, John M., *Teoría general...*, cit., ps. 334 y 335.

Smith, en la hacienda moderna la autonomía científica de la actividad financiera pública tiene un amplio reconocimiento doctrinario.

Para esa evolución hacia la conformación de una disciplina con objeto y materia de estudio propios fue fundamental el aporte de los grandes ideólogos y economistas del siglo XIX. Puede decirse, sin error, que el pensamiento filosófico y político del siglo XIX en adelante ha girado, en proporciones que los críticos aún no logran establecer en todos sus alcances, alrededor del "emperador de las ideas" Jorge Guillermo Federico Hegel. Si bien en la *Filosofía del derecho*, su obra cumbre en el terreno de la política, el idealista alemán acogió el legado smithiano en el acápite sobre la *sociedad civil*, con ese despliegue de libertades económicas característico del *liberalismo*, no es menos cierto que en la sección final de la obra, dedicada al *Estado*, rescata la importancia definitiva del universal ético y marca la pauta para ulteriores planteamientos sobre la función pública[45].

Entre los últimos representantes de la llamada *Escuela clásica*, por su parte, no puede ignorarse el aporte de John Stuart Mill, cuya obra *Principios de economía política con algunas aplicaciones a la filosofía social* constituye uno de los más valiosos legados para las finanzas públicas. Los planteamientos de Mill sobre los criterios para distinguir los impuestos directos e indirectos, la teoría del *sacrificio igual* como factor decisivo de la *capacidad contributiva* y el análisis de los *efectos económicos de los impuestos*, para mencionar sólo algunas de sus ideas expuestas al finalizar la primera mitad del siglo XIX, han sido definitivos en la evolución de las finanzas públicas.

Ya en la segunda mitad del siglo XIX se incrementan los trabajos dedicados al tema financiero público y surgen numerosas obras dedicadas exclusivamente a la hacienda. Aportes como los de Lorenz von Stein y Adolfo Wagner, generalmente considerado el último como el precursor de la autonomía de la hacienda pública, fueron definitivos para su consolidación como ciencia independiente.

También datan del siglo XIX las más reconocidas obras de los primeros representantes de la escuela italiana, como Maffeo Pantaleoni, Antonio de Viti de Marco o Giuseppe Rica Salerno; de franceses como Leroy Beaulieu y de hacendistas estadounidenses de reconocimiento universal, aun en la actualidad, como Edwin Seligman.

En ese contexto, la autonomía científica de las finanzas públicas encontró terreno abonado, a tal punto que hoy no se cuestiona la necesidad de orientar su estudio en forma rigurosa e independiente y examinar el impacto de la economía en la hacienda y de la hacienda en la economía.

[45] Véase MARTÍN, José M., *Introducción a las finanzas...*, cit., ps. 21 a 24.

6. El ideal clásico del "equilibrio financiero" entre ingresos y gastos cedió su paso al objetivo, más ambicioso, del equilibrio de la economía en general

La idea de los clásicos del orden natural regido por leyes similares a las que gobiernan la mecánica y la física los condujo a una verdadera obsesión por el equilibrio entre los ingresos y los gastos previstos en el presupuesto, en el entendido de que tanto el déficit como el superávit perturban el libre juego de las fuerzas del mercado.

Su finalidad, como ocurre con los economistas de la modernidad, era el *equilibrio económico*; pero para lograrlo depositaban su confianza absoluta en el mercado. Dada la ley natural que subyace tras la acción de los hombres, su plena libertad garantiza el logro de tal objetivo, creían sin reservas.

Los modernos, en cambio, pretenden el mismo objetivo pero advierten que para alcanzarlo es imprescindible la acción compensatoria del Estado. Las finanzas públicas en general, y el presupuesto y el plan económico en particular, pueden constituir un instrumento eficaz para la *ocupación plena* y, en ese orden de ideas, el objetivo meramente financiero que le asignaran los clásicos hubo de concurrir con los fines de la política macroeconómica del ente público.

La marea de la economía de la modernidad, como lo destaca Duverger, es el equilibrio en el conjunto de la economía: en la moneda y en los precios, en la producción, en los riesgos sociales y, en general, *en el desarrollo de la nación*. Para lograrlo, es necesaria la intervención del Estado y, si así lo impone la política gubernamental con miras a esa meta, puede ser un buen mecanismo el *déficit fiscal*[46].

En definitiva, el viejo paradigma clásico del equilibrio contable y presupuestal cedió su paso ante la crisis de la concepción smithiana del *orden natural* y el respaldo al papel protagónico del Estado en el contexto de la economía.

7. Los principios clásicos de la anualidad y de la unidad del presupuesto se reiteran, pero con la adición de nuevos planteamientos acordes con la necesidad de la "planeación", el crecimiento del gasto público y la indudable dinámica de la gestión pública

Según ha quedado expuesto, el presupuesto surgió en Inglaterra como un eficaz instrumento de control de la acción del gobernante por parte del Parlamento. La *anualidad*, en virtud de la cual cada año el Parlamento debe aprobar el programa de ingresos y egresos que tenga previsto el gobierno, fue una de las más importantes conquistas de la burguesía para evitar las arbitrariedades lesivas del derecho de propiedad.

Entre los clásicos, esa vigencia rigurosa era acorde con su concepción del Estado mínimo y con el limitado alcance del presupuesto, extensivo únicamen-

[46] Véase a GIULIANI FONROUGE, Carlos M. - NAVARRINI, Susana, *Derecho financiero*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 175 a 177.

te a los gastos de funcionamiento y dependiente de los tributos como ingresos ordinarios, en un contexto en el cual los ingresos no tributarios eran extraordinarios y excepcionales.

Pero en la *hacienda moderna*, en desarrollo de su orientación intervencionista, la vigencia anual se ha convertido en un obstáculo para los macroprogramas que emprende el ente público y, en tal virtud, se han acogido variadas excepciones que pretenden conservar la tradición liberal del control periódico a la acción del gobernante para hacerla acorde con el inmenso panorama del sector público keynesiano.

De ahí que hacendistas como Laufenburguer hayan propuesto opciones como las de los *presupuestos cíclicos*, acogidos por los países escandinavos, para vincular el programa de ingresos y egresos a una conciencia clara del papel que pueden jugar las finanzas públicas en la coyuntura inflacionaria o deflacionaria[47].

Del propio modo, la marea de la planeación, característica de la segunda posguerra, ha dado lugar a la concepción del Estado planificador y previsivo, sujeto a un esmerado programa de gastos e inversiones en el cual se materialicen los objetivos de cada gobierno. El presupuesto anual, en ese contexto, debe ser de tal manera flexible que permita programas de gastos e inversiones que, sobre todo en este último renglón, suelen exceder el limitado espacio del año financiero. En algunos casos, como el *presupuesto trienal* francés de 1956-1959 o la derogada Constitución argentina de 1949, los regímenes han previsto la posibilidad del *presupuesto plurianual*. En otros, sin perjuicio de la anualidad, se deja establecida la necesaria coherencia entre los *planes de desarrollo económico y social* con las *leyes de presupuesto* y se advierte que estas últimas deben acatar los programas de gastos e inversiones previstos en el plan para períodos superiores a un año. La Constitución de Colombia de 1991 se unió a la última tendencia, aunque en forma equívoca alude, en el art. 339, sobre el *plan de desarrollo*, a *los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos* de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

La *reconducción* del presupuesto precedente, en virtud de la cual se aplica el presupuesto anterior cuando el gobierno no presenta en su oportunidad el proyecto a la consideración del Congreso, prevista en nuestra Carta en el art. 348, es también una excepción a la regla de la *anualidad*.

En lo que atañe a la *unidad del presupuesto*, de acuerdo con la cual el programa de ingresos y egresos debe comprender la totalidad de los ingresos y los egresos en un solo documento, la *hacienda moderna* experimenta la proliferación de las denominadas *rentas parafiscales*, fruto de la tendencia a fortalecer y controlar determinadas actividades en las cuales prevalece la idea del *beneficio* de quienes sufragan la contribución.

[47] Véase DUVERGER, Maurice, *Hacienda pública*, cit., ps. 10 a 12.

La distinción entre *presupuestos operativos* y *de capital*, característica de los países escandinavos y acogida para permitir la práctica de presupuestos cíclicos en el renglón de inversiones, es otra excepción a la regla de la *unidad*[48].

Esta obra aborda en detalle los principios de "anualidad o periodicidad" y "unidad" del presupuesto.

c) *La hacienda posmoderna. Del "gasto activo" de los modernos al "gasto eficiente"*

El fin del milenio coincide con la crisis de las ideologías dogmáticas, confesionales y militantes, en las cuales los individuos son partícipes pasivos del despliegue histórico del discurso providencial de "hombres-doctrina" cuyas obras son verdaderos mitos intocables a la manera de legados perfectos.

El derrumbe aparatoso del burocratismo soviético, la unión sorprendente de las dos Alemanias, la caída, en general, de los seudosocialismos de Europa oriental, el éxito económico impresionante de los países del sudeste asiático y la marea integracionista orientada por los objetivos de megamercados y megabloques económicos, han dado lugar a una verdadera obsesión por el tema de la *libertad individual* y a un severo replanteamiento del papel del Estado en la economía. Al keynesianismo que obró como paradigma de la *hacienda moderna*, el neoliberalismo respondió como antítesis dialéctica a la que ha seguido en la historia una verdadera síntesis según la cual la acción del Estado en el orden social y en la planeación y diseño de estrategias capaces de encauzar la economía hacia el desarrollo debe ser aparejada por la recuperación del individuo, otrora perdido en la "inmensidad del Estado leviatán".

De ahí que la *hacienda moderna* haya sido sucedida por una nueva concepción de las *finanzas públicas* que bien puede calificarse como *hacienda posmoderna*. Al fin y al cabo, la dialéctica del pensamiento tiene establecido que a la negación enfrentada a la afirmación inmediata sigue una nueva afirmación, que tiene tanto de la afirmación como de la negación.

La *hacienda posmoderna*, en el terreno del *gasto público*, es partidaria del replanteamiento de las funciones del Estado y de eliminar esa distinción tradicional entre *economía pública* y *economía privada*, con consecuencias que no resulta difícil advertir.

[48] Véase al respecto MARTÍN, José M., *Introducción a las finanzas...*, cit., p. 291. Y sobre los planteamientos de Laufenburguer, véase FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, cit., p. 216.

LA LEY FINANCIERA Y LAS LEYES RELACIONADAS CON LA HACIENDA PÚBLICA

Por Andrea Amatucci

I. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA PRESUPUESTARIA

La unidad de la actividad jurídica financiera está garantizada por los principios constitucionales que regulan la ley financiera.

El art. 81 de la Constitución de Italia (Constituzione della Republica Italiana) establece las reglas fundamentales que disciplinan el presupuesto del Estado. En su inc. 1° dispone: "Las Cámaras aprueban cada año los presupuestos y la rendición de cuentas presentada por el gobierno".

La "rendición de cuentas" constituye la síntesis retrospectiva y real de lo que está incluido en el presupuesto preventivo, lo que permite establecer si han sido violadas las disposiciones incluidas en el presupuesto preventivo y si se han realizado los objetivos económicos y sociales en él plasmados. Desde esa perspectiva, el presupuesto constituye el intento de distribuir, mediante procesos políticos, los recursos financieros de manera que sirvan para distintos propósitos humanos. El concepto de rendición de cuentas, por consiguiente, está íntimamente ligado al de presupuesto preventivo.

Cuando la norma constitucional utiliza la expresión "presupuestos", que precede a la de "rendición de cuentas", se refiere a los presupuestos preventivos, vale decir, aquellos que se constituyen como condición de las rendiciones de cuentas. En este punto, la norma constitucional adquiere un preciso significado, porque regula la elaboración y la aprobación de los actos de previsión y rendición de cuentas. Tales procesos están vinculados por una relación de interdependencia que exige que sean puestos en práctica en un orden cronológico preciso y constituyen, respectivamente, el punto de partida y de llegada de una actividad lógicamente completa y unitaria.

Sin embargo, la Constitución no califica como presupuesto el de rendición de cuentas al que simplemente identifica como "rendición de cuentas". Y ello es así porque la Constitución atribuye al presupuesto preventivo, de forma exclusiva, la función de actuar, fungir o servir como instrumento de política económica idóneo para producir, en el término de un año, efectos económicos y sociales mediante la elección de un determinado equilibrio y de una precisa

estructura del volumen total de los ingresos y los gastos públicos. Por tanto, el presupuesto supone la existencia de una programación que dirija y coordine la actividad económica pública y privada durante un término más prolongado. Esto, de conformidad con el concepto de actividad financiera, recogido en la Carta Política, en virtud del cual la programación desempeña una función anticíclica; es decir, correctiva de los flujos de la economía en el ámbito de una perspectiva plurianual, referida a un ciclo económico.

Esta función no puede extenderse a la rendición de cuentas, dado que esta última no representa un instrumento de decisión económica y social, sino de control de la aplicación de los objetivos obtenidos con respecto a los inicialmente previstos.

La destacada diferencia de funciones que la Constitución atribuye al presupuesto en relación con la rendición de cuentas, lleva a diferenciar, a su turno, las investigaciones encaminadas a elaborar las normas constitucionales que las disciplinan. Obviamente, es oportuno partir de la interpretación de las reglas referidas al presupuesto, puesto que son la premisa necesaria de la rendición de cuentas. La elaboración de las reglas que disciplinan esta última resultará simplificada en la medida en que intentemos especificar, como se hace a continuación, las reglas comunes y, retomar, entre las siguientes observaciones, las más relevantes.

La Constitución no prevé la aprobación del presupuesto exclusivamente en el inc. 1° del art. 81. De hecho, el mismo artículo, en el inc. 3°, establece: "Con la ley de aprobación del presupuesto [...]"; el art. 72, en el último inciso, prevé que "El procedimiento normal de examen y de aprobación directa por parte de la Cámara se adoptará siempre para los proyectos de ley en materia [...] de aprobación de presupuestos" y, por último, el art. 75, en el inc. 2°, señala que "No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y de presupuesto".

Como puede observarse, estas reglas establecen que el presupuesto debe ser aprobado mediante ley. La inclusión de ellas en el sistema normativo constitucional, que reserva al Parlamento el poder de deliberar sobre los otros instrumentos financieros para garantizar una orientación unitaria, y el ya desarrollado examen de los rasgos fundamentales de la evolución del instituto del presupuesto en los precedentes ordenamientos, permiten comprender que la Constitución entiende por "ley" de aprobación "ley del Estado". Independientemente de estos datos sistemáticos e históricos, el significado antedicho se deduce de la regla contenida en el inc. 1° del art. 81, el cual, como se ha señalado, establece expresamente que se atribuye al Parlamento el poder-deber de aprobar el presupuesto.

Naturalmente, la norma constitucional, al atribuir al gobierno el poder-deber de "presentar" anualmente los presupuestos al Parlamento, incluye la función de elaborarlo. Resultaría carente de sentido la atribución al gobierno tan sólo del poder-deber de presentar unos presupuestos que no se hubieran elaborado sobre la base de sus directivas. Por otra parte, la Constitución, no atribuye a ningún otro sujeto el poder-deber de ocuparse de la elaboración

de los presupuestos. Al gobierno corresponde, por tanto, el poder-deber de elaborar los presupuestos y de presentarlos al Parlamento.

Hay que aclarar, no obstante, que la expresión "presupuesto", contenida en el inc. 1° del art. 81 de la Constitución, no pretende establecer un principio de pluralidad del presupuesto, sino definir los límites de intervención de cada ministerio para contribuir a la elaboración del presupuesto, que finalmente se articula, de acuerdo con los gastos, en tantos estados de previsión como ministerios hay. De esa manera, se confirma el principio de unidad. En este punto, surge el problema de especificar el contenido del deber-poder constitucional atribuido al gobierno.

La Carta Política abandonó la visión clásica, según la cual el presupuesto consiste en un instrumento idóneo solamente para suministrar algunos bienes y servicios y financiar los respectivos gastos. Actualmente, además del suministro de bienes colectivos, el presupuesto tiende a atenuar las fluctuaciones cíclicas del sistema y a garantizar un elevado nivel de ocupación para todos los factores productivos y una relativa estabilidad de los precios.

Se podría llegar a un desempleo de los recursos productivos si la demanda global no lograra absorber todos los productos que el sistema puede ofrecer. Para sostener el nivel de la demanda global, es necesario recurrir a uno de los siguientes tres tipos de intervención a través de la política de presupuesto: a) crear déficit; b) aumentar en igual medida los ingresos y los gastos; o c) modificar ya no el nivel de ingresos y de gastos, sino su estructura.

En el caso de los factores de producción y de presión de la demanda, la intervención a favor de la estabilidad de los precios actuaría al contrario, es decir, a través de: a) una política de superávit; b) una reducción del nivel de los ingresos y los gastos; c) una diferente intervención estructural.

Obviamente, el presupuesto puede asumir la citada función dentro de los límites en los que lo consienten los gastos fijos, es decir, los que son susceptibles de ser erogados en plazos determinados y comprometen de forma duradera el presupuesto, haciéndolo más rígido.

La Constitución recoge una definición precisa del presupuesto y utiliza, al efecto, los resultados de la evolución del pensamiento económico-financiero anterior a su promulgación. En consecuencia, pretende que el presupuesto se estructure de manera que asuma esa connotación.

La actividad presupuestaria requiere el apoyo técnico que ofrece la realización de cálculos, la previsión de resultados, y la valoración de la capacidad de los ejecutores. Una importante ayuda se obtiene del análisis simultáneo de todos los programas alternativos a los existentes, que tienen en cuenta las decisiones plurianuales precedentes. Los cálculos incrementales parten de una "base" preexistente constituida por las expectativas compartidas por todos los que participan del proceso presupuestario, teniendo en cuenta que los programas podrán desarrollarse en un nivel muy cercano al existente. La escasez de recursos determina la división de roles entre quienes sostienen el incremento y

quienes buscan su reducción (custodios del tesoro). En el marco de estos rígidos vínculos, las variables más importantes, que habitualmente influyen en la actividad presupuestaria, son la riqueza económica, la previsión financiera, las dimensiones del gasto, la estructura política y la cultura dominante.

Según la Constitución, el presupuesto debe cumplir la función de instrumento de programación económica, como se ha señalado, realizándola o modificándola mediante una política anticíclica; es decir, orientándola a prevenir y a suplir las oscilaciones de la economía con un intento positivamente estabilizador en el ámbito del ciclo económico plurianual al que corresponde la programación. El presupuesto público realiza su función redistributiva mediante el sistema fiscal y, específicamente, mediante el tributo progresivo.

La aprobación del presupuesto del Estado representa el momento fundamental del procedimiento de regulación de la actividad financiera pública. El análisis de su contenido permite comprender la orientación de la política económica que el Estado persigue. La principal manifestación de la aplicación de la política presupuestaria a corto plazo se identifica con la función de estabilización. El presupuesto también informa sobre los datos necesarios para analizar las políticas redistributivas y de transferencia.

Además de lo anterior, el presupuesto constituye el instrumento de mediación entre los intereses y las preferencias de la colectividad. Las consecuencias financieras de dicha mediación repercuten en la suma total de los ingresos y de los gastos, así como en su composición.

La Constitución atribuye al gobierno, en el ámbito del poder-deber de elaboración, la discrecionalidad necesaria para estructurar el presupuesto, de manera que sirva de instrumento de programación económica. Hay que observar, así mismo, que la Constitución atribuye al gobierno el poder-deber de formular el presupuesto en términos tales que se persigan los objetivos económico-sociales que ella misma impone. Entre estos se destacan la redistribución de las rentas (arts. 3° y 53, Const.), la libertad de iniciativa económica en los límites de su función social (art. 41, Const.), y el estímulo y la tutela del ahorro (art. 47, Const.).

Al encargarse el gobierno de que el presupuesto se estructure como instrumento de programación económica, queda vinculado a otras disposiciones constitucionales distintas de las contenidas en el art. 81 de la Carta, que imponen garantías cuya operatividad queda condicionada al desarrollo de la actividad financiera del Estado. Asimismo, para establecer los fines económicos y sociales que pretende obtener mediante la redacción del presupuesto, el gobierno requiere el apoyo clarificador de la investigación económica.

En consecuencia, las reglas constitucionales atribuyen al gobierno, en el ámbito del poder-deber examinado, la discrecionalidad necesaria para determinar la formación del presupuesto, de manera tal que exprese, de modo general, el volumen global de ingresos y de gastos y, en particular, la estructura especí-

fica de los entes que permiten la realización de los fines económicos y sociales elegidos.

Estas consideraciones llevan a sostener que el gobierno, al elaborar el presupuesto, puede insertar nuevos o mayores ingresos y gastos, respecto de los que hasta ese momento estén previstos por la legislación financiera y, por tanto, estén consignados en el presupuesto correspondiente al ejercicio en curso. Igualmente, puede proponer la omisión o la reducción en el presupuesto de ingresos y gastos previstos por leyes precedentes. Estos nuevos tributos y nuevos gastos son, obviamente, sometidos al examen del Parlamento, el cual los aprueba si acoge los objetivos que el presupuesto está destinado a realizar. Ello significa que al gobierno se le permite proporcionar un bosquejo de trabajo al Parlamento que, sin embargo, está vinculado para su aprobación a los límites impuestos por el inc. 3° del art. 81 de la Constitución, límites que obviamente inciden indirectamente en el gobierno. Por lo tanto, para precisar las distintas formas a las que este último puede acudir para introducir variaciones al presupuesto, es necesario interpretar el inc. 3° del art. 81 de la Constitución.

II. LAS RELACIONES ENTRE PRESUPUESTO ANUAL Y PLURIANUAL Y LA PROGRAMACIÓN

El presupuesto, elaborado por el gobierno como instrumento de programación económica, plantea, desde otro punto de vista, el problema de la interpretación del último inciso del art. 41 de la Constitución.

La norma establece que el Parlamento debe aprobar la programación y que el gobierno la debe redactar. Asimismo, acoge el concepto de "actividad financiera" como instrumento de política económica a largo plazo. Por eso, dispone la adopción de una programación plurianual que establezca los objetivos en relación con una fracción o ciclo económico completo que, en cualquier caso, debe tomar en cuenta, durante la elaboración del presupuesto, como instrumento de programación económica para una vigencia fiscal concreta. El gobierno se encuentra frente a una ley del Parlamento que opera para la misma vigencia y que determina los programas y los controles para orientar y coordinar la actividad económica pública y privada hacia determinados objetivos sociales.

Se plantea, en ese orden de ideas, el problema de establecer si el gobierno está vinculado, en la redacción del presupuesto, a los objetivos sociales asumidos en la programación económica, la cual se refiere, igualmente, a la actividad económica de los operadores públicos y a la actividad financiera del Estado. Se trata, por consiguiente, de determinar si la Constitución, al atribuir al presupuesto, durante su elaboración, la función de instrumento de programación económica, lo considera exclusivamente como instrumento de aplicación de los objetivos asumidos por la ley con la que el Parlamento ha aprobado la programación y que está en grado de perseguir, o si también lo considera instrumento de adaptación de la programación y, por tanto, de modificación de tales objetivos.

Indudablemente, el presupuesto elaborado por el gobierno y aún no aprobado por el Parlamento, no puede considerarse en sí mismo adecuado para modificar la ley de programación. Sin embargo, hay que considerar que puede proponer al Parlamento tal modificación. En tal caso, este último puede, perfectamente, con la ley de aprobación de los presupuestos, modificar la ley de programación. Por distintos motivos, es posible persuadir al Parlamento de modificar las decisiones previamente tomadas.

En efecto, la realidad económica puede evolucionar en términos diferentes a los previstos en el momento de aprobación de la ley de programación. De ello se deduce la necesidad de modificar las decisiones tomadas inicialmente para un determinado número de años, como consecuencia de una evolución diferente de la economía respecto de aquella que estaba prevista, con una serie de intervenciones anuales sucesivas llevadas a cabo, obviamente, en momentos en los que se puede conocer con menor aproximación esta evolución. Incluso, puede suceder que tal modificación no permita la realización de los objetivos perseguidos por la ley de programación, pero sin provocar graves daños a la economía.

Además, puede suceder que en el curso de los años a los que corresponde la ley de programación cambie la mayoría parlamentaria, en virtud de la alternancia democrática que resulte de las elecciones. En tal caso, es obvio que los objetivos perseguidos por la ley de programación pueden no coincidir con los deseados por la nueva mayoría. También en este caso se plantea la necesidad de modificarla. Es evidente que tal inconveniente se podría soslayar, en buena medida, haciendo coincidir los años a los que se refiere la ley con el período de la legislatura.

A tal punto, surge el cuestionamiento sobre el significado que tienen la programación plurianual y la ley de programación, y si son susceptibles de modificaciones. Tales leyes asumen una función fundamental, en una doble perspectiva: cuantitativa, por estar ligada al presupuesto plurianual, y cualitativa, por referirse a la programación. En efecto, las leyes de programación permiten estructurar todos los instrumentos de la política económica a disposición del Estado y, por tanto, también de la actividad financiera, para un período que abarca más de un año. Todo ello, de conformidad con la examinada concepción moderna de la actividad financiera, elaborada en el período anterior a la entrada en vigor de la Constitución.

Tal función no queda comprometida por posibles intervenciones encaminadas a modificar los instrumentos para la subsistencia de las otras exigencias examinadas. Tales intervenciones se dirigen a incidir, al menos, en una fase del ciclo económico plurianual y, de esta manera, presuponen la amplia visión proporcionada por las leyes plurianuales.

El presupuesto, por consiguiente, puede resultar un instrumento de aplicación o de modificación del presupuesto plurianual y de la programación. Dado que al gobierno se le reconoce el poder-deber de elaborar un presupuesto destinado a ser aprobado por el Parlamento, se le atribuye, en dicho ámbito, la

discrecionalidad necesaria para estructurarlo, de manera tal que modifique el presupuesto plurianual y la programación. Sería ilógico que el gobierno quedara vinculado a dicha ley y que el Parlamento disfrutara después de la discrecionalidad necesaria para no aplicar los objetivos asumidos en ella, teniendo que renunciar a la contribución del gobierno. Así mismo, el presupuesto elaborado por este último no es, *per se*, un acto del ejecutivo que no puede innovar una ley, sino un proyecto de ley y, como tal, puede contener cualquier propuesta de modificación.

El gobierno presenta un documento de programación económico-financiera y un proyecto de ley de presupuesto plurianual, eventualmente diferente de los anteriores, en relación con el año sucesivo de referencia, esto es, un proyecto de presupuesto que puede aplicar o modificar el documento de programación económico-financiera aprobado el año precedente.

III. LAS RAZONES DE LAS DISTINTAS COMPETENCIAS

La misma normativa que impone una relación de homogeneidad política entre las actividades del Parlamento y del gobierno, establece que el primero apruebe los presupuestos presentados por el segundo. Las razones en que se basa la regla, contenida en el inc. 1° del art. 81 de la Constitución, giran en torno a la homogeneidad política.

En ese sentido, la exclusión de la intervención del gobierno en virtud de la atribución recogida por la Constitución del poder-deber en materia tributaria del Parlamento, tiene su justificación en el intento de garantizar que el control de la Corte Constitucional se extienda a los actos que establecen los tributos. Además, esto tiene que ver con la pretensión de que la opinión pública sea informada de la creación de tales normas tributarias a la luz del diálogo entre minoría y mayoría, que se respete plenamente el principio de representatividad y se evite la participación decisiva del aparato burocrático en estas decisiones, fenómeno que se configuraría si la aludida competencia se extendiera al gobierno.

Dilucidado lo anterior, debe observarse que la Constitución, también en el inc. 1° del art. 81, contiene una regla de procedimiento que distribuye las competencias en materia de elaboración y aprobación del presupuesto entre Parlamento y gobierno, pese a que imponga que su actividad se inserte en el esquema de una relación de homogeneidad política para realizar los objetivos que se expresan a continuación.

La Carta Política, al atribuir al gobierno, en el marco del poder-deber, la elaboración del presupuesto, le otorga la discrecionalidad necesaria para que fije las condiciones en que dicho documento asume la función de instrumento de modificación o ejecución de la programación económica. Le atribuye el poder-deber de exponer anualmente, mediante la elección de los instrumentos financieros, la orientación político-económica y social con la que pretende con-

formar su actividad durante todo un año. De hecho, la formulación de un presupuesto en los términos examinados, lleva consigo una serie de decisiones de naturaleza económica y social, que se ponen de manifiesto en un conjunto de medidas concretas y específicas, de manera que el presupuesto expresa la orientación elegida de una manera más amplia y más concreta que cualquier otro acto puesto en práctica por el gobierno.

La propia programación económica, además de referir las consideraciones desarrolladas a un plazo más amplio, no contiene, como el presupuesto, todos los ingresos y los gastos que expresan en términos analíticos la orientación político-económica y social que la orienta. Por otra parte, tampoco los proyectos de ley concretos que el gobierno presenta al Parlamento, ni los decretos-ley, pueden indicar la amplia orientación que el gobierno planea seguir en el curso de un año. Los proyectos específicos y los decretos-ley expresan sólo algunos de los aspectos de esa orientación, porque se refieren únicamente a las materias en las cuales el gobierno, en momentos concretos, considera oportuno intervenir. Así, todos estos actos resultan fragmentarios, distribuidos en el tiempo y, en cualquier caso, concebidos con el objetivo de aplicar una directriz y no de enunciarla.

Así, la Constitución atribuye al gobierno el poder-deber de presentar anualmente un presupuesto que exprese analíticamente la aludida orientación, para permitirle al Parlamento que lo conozca y discuta. Nada obsta para que, pese a que entre Parlamento y gobierno exista una relación de homogeneidad política en el momento en el que este último obtiene la confianza tras exponer el programa, posteriormente la mayoría parlamentaria decida no seguir la orientación expresada analíticamente en el presupuesto presentado por el gobierno. La Constitución procura que mediante la distribución de competencias en materia presupuestaria entre Parlamento y gobierno, se verifique anualmente, en términos notablemente amplios y específicos, el mantenimiento de la relación de homogeneidad política.

El ordenamiento constitucional, al atribuir al Parlamento el poder-deber de aprobar el presupuesto, pretende garantizar que se exprese integralmente la orientación que la mayoría parlamentaria acepta en ese momento, y no la que con anterioridad haya podido compartir; es decir, aquella que asintió durante la aprobación del programa político o la programación económica, y que puede resultar diferente. De igual forma, en el caso de que el presupuesto exprese una orientación que coincida con la deseada en ese momento por la mayoría parlamentaria, a esta última se le reconoce la discrecionalidad necesaria para tomar las decisiones en el ámbito de la orientación, modificando el presupuesto.

La Constitución atribuye al Parlamento el poder-deber de aprobar el presupuesto, para permitir que la minoría realice un control y una crítica sobre la decisión de la mayoría, en una materia tan delicada y fundamental para la vida de la comunidad como es la Hacienda Pública. Es evidente que la participación de la minoría en el control del presupuesto quedaría vedada, a la luz de la Constitución, si se le hubiera atribuido al gobierno la competencia exclusiva en

esta materia. La intervención de la minoría permite una más completa información de la opinión pública, porque se dirige a poner de relieve los aspectos del presupuesto que la mayoría y el gobierno pudieran tener interés en ocultar. La Constitución, por lo tanto, sienta las bases de un reconocimiento más amplio del principio democrático, al permitir también que el electorado conozca el presupuesto aprobado por el Parlamento a la luz del diálogo entre mayoría y minoría.

En fin, la Constitución establece que el Parlamento apruebe los presupuestos con el objeto de garantizar que tengan fuerza de ley, y queden, por tanto, en el ámbito del control de la Corte Constitucional. Esta última, por su composición colegiada y su notable experiencia en materia de control de legitimidad, ofrece las mayores garantías para el ejercicio de tal función.

La misma garantía, referida obviamente a materias diferentes, se puede encontrar en las reglas que le atribuyen al Parlamento el poder-deber de crear tributos y aprobar el presupuesto: la intervención de la minoría y el control de la Corte Constitucional.

Las garantías hasta ahora definidas justificarían, sin embargo, la intervención exclusiva del Parlamento, puesto que, aun cuando la norma le atribuyera de forma exclusiva el poder-deber de elaborar el presupuesto y aprobarlo, las aludidas garantías se respetarían igualmente. En efecto, la relación de homogeneidad política se restauraría, porque el gobierno tendría que encargarse de la gestión del presupuesto elaborado según las directrices del Parlamento y, en ese orden, estaría obligado a conformar su actuación a la orientación indicada en el presupuesto, incluso en el caso de que resultara diferente del propuesto por él. Lo único que faltaría en la hipótesis formulada es el conocimiento, por parte del Parlamento, de la orientación indicada por el gobierno, con lo cual disminuye el alcance de la función guía que compete a este último en relación con el presupuesto.

Igualmente, el hipotético poder-deber exclusivo del Parlamento permitiría la gestión del presupuesto como expresión de la orientación que se dispusiera en el momento de la primera aprobación, así como de la intervención de la minoría.

Queda pendiente, por tanto, especificar el objetivo perseguido con el reconocimiento al gobierno del poder-deber de presentación del presupuesto. Dicho objetivo se pone de manifiesto al considerar el ulterior fin que persigue la Constitución en el art. 23, por medio de la limitación de la participación del gobierno en la actividad de creación de tributos, concediéndole sólo la discrecionalidad en relación con la fijación de las alícuotas, y confiriéndole la iniciativa en relación con los tributos de los entes institucionales, pese a la relación de homogeneidad política que vincula su actividad a la del Parlamento. Además, el fin aludido se individualiza, considerando los distintos principios de estructuración del presupuesto respecto de los elementos de la relación jurídica tributaria.

La Constitución establece que compete al gobierno elaborar y presentar el presupuesto para la aprobación del Parlamento, porque el apoyo del aparato burocrático del que dispone es fundamental para estructurar los presupuestos,

en términos que le permitan asumir la función de instrumento de programación económica. La Carta Política garantiza, así mismo, que el presupuesto se redacte sobre la base de aquellos elementos que permitan realizar el aludido papel. Basta considerar que la estructuración de un presupuesto supone el conocimiento de las reglas técnicas adecuadas para realizar una ordenada administración, de las nociones de ciencias financieras necesarias para ese fin y, en especial, de la realidad económica y social nacional que, obviamente, está en continua evolución. Al cambiar esa realidad, sobre la que deben operar los presupuestos, es necesario que varíen también las directrices que se deben seguir para alcanzar determinados fines económicos y sociales.

El art. 95 de la Constitución, en el inc. 2°, establece que "los ministros son responsables colegiadamente de los actos del Consejo de Ministros, e individualmente de los actos de sus ministerios".

El vínculo de responsabilidad entre cada uno de los ministros y ministerios, y la especialización del aparato burocrático que conforman, permite comprender que la disposición contenida en el art. 95 de la Constitución converge con la del art. 81. Este último precepto, al atribuir al gobierno el poder-deber de elaborar los presupuestos preventivos, debido a la contribución que el aparato burocrático puede aportar, tiene que referirse necesariamente a los ministerios, porque los ministros son responsables de la actividad de sus respectivas carteras.

En este punto resulta pertinente desarrollar algunas consideraciones sobre el contenido de los poderes-deberes que la Constitución atribuye exclusivamente al Parlamento y al gobierno en materia de presupuesto.

Al gobierno se le atribuye el poder-deber de elaborar anualmente el presupuesto, sirviéndose necesariamente de la contribución del aparato burocrático. Por su parte, la especialización que caracteriza la actividad de los ministerios y el vínculo que liga, en el plano de las responsabilidades, la realización de tales actividades a cada ministro en persona, en virtud del art. 95 de la Constitución, permiten comprender que la colaboración sustancial de los ministerios es ordenada por la Constitución, durante la elaboración del presupuesto.

Sin embargo, las características de la actividad de los ministerios, si bien justifican la extensión del poder-deber de participación en la elaboración del presupuesto en lo que a ellos se refiere, no constituyen la razón de una prohibición al gobierno para servirse, también, de la actividad de otros sectores del aparato burocrático. La intervención de estos sectores no dispensa a los ministerios de la tarea de definir los elementos fundamentales del presupuesto, en los límites de la orientación establecida por el gobierno, y si se ajusta a ésta, no está en conflicto con el espíritu de la regla recogida en el art. 81 de la Constitución; por el contrario, facilita la realización de los objetivos asumidos por esta regla, que se caracteriza por una particular especialización en la materia, dirigida a integrar la actuación de los ministerios.

Con el fin de garantizar una mayor flexibilidad y limitar la formación de excedentes, se pueden efectuar variaciones compensativas en el ámbito de las mismas unidades previsionales de base relacionadas con los gastos de inversión.

IV. EL PRESUPUESTO DE CAJA Y DE COMPETENCIA

La Constitución no establece explícitamente si el gobierno, en el ejercicio del poder-deber de elaboración del presupuesto, está obligado a establecer los ingresos y los gastos considerados respectivamente en la fase de liquidación y compromiso, sin tener en cuenta las siguientes fases, o bien en el momento terminal de la recaudación y el pago, prescindiendo de la época de verificación de las fases precedentes. Por tanto, interesa establecer si, eventualmente, responde mejor al espíritu de la Constitución el primer tipo de presupuesto, de *competencia*, o el segundo, *de caja*, que resulta por otra parte más realista.

El presupuesto de competencia permite controlar la actividad de gestión, pues nada impide un control al final del ejercicio, encaminado a establecer si la administración ha procedido a liquidar y reconocer, en el período, los ingresos y los gastos correspondientes. Análogamente, el *presupuesto de caja* permite controlar los órganos de gestión, ya que se puede desplegar un control sobre el presupuesto, dirigido a establecer si se han liquidado y erogado los ingresos y los gastos previstos para el respectivo ejercicio. Por lo tanto, ambos tipos de presupuesto pueden facilitar la división de las responsabilidades de los órganos de gestión, en relación con los ejercicios financieros concretos.

El *presupuesto de competencia* expresa el costo de los servicios públicos de cada ejercicio y tiene que contemplar, necesariamente, el gasto que el Estado, en la respectiva vigencia, reconoce para garantizar los servicios públicos. En consecuencia, este tipo de presupuesto permite conocer cuál es el costo de los servicios públicos para cada ejercicio financiero, aunque la suma reconocida sea integralmente erogada en el curso de otros ejercicios.

El *presupuesto de caja*, por su parte, tiene el peligro de no permitir especificar el costo de los servicios públicos de un determinado ejercicio financiero. En este tipo de presupuesto la mención de parte del gasto señalado con ese objeto puede corresponder a ejercicios anteriores. Además, la referencia a los gastos de ese mismo año puede no resultar completa. Todo ello se verifica en el caso en que se prevea que el gasto no podrá ser erogado íntegramente durante ese ejercicio.

Tales observaciones llevan a concluir que si el *presupuesto de competencia*, al expresar el costo de los servicios públicos, permite controlar los órganos de gestión, el *presupuesto de caja* puede también garantizar, en mayor medida, la aplicación del principio de especificación.

Los ingresos y los gastos contenidos en un *presupuesto de competencia* llevan consigo el riesgo de no ser recaudados en el mismo ejercicio en que son liquidados y reconocidos. El *presupuesto de competencia* da vida, de esa forma,

a los excedentes que se transfieren de un presupuesto a otro. Todo ello se debe a una compleja serie de razones técnicas. En esta situación, de no estar vinculada la Administración a disposiciones eficientes, podría controlar la formación de tales excedentes, reenviando discrecionalmente la recaudación de algunos ingresos y la erogación de determinados gastos a ejercicios futuros, aduciendo como justificación la existencia de una imposibilidad concreta para su inmediata aplicación.

Sin embargo, hay que observar que las omisiones y los retrasos en la gestión del presupuesto tienen efectos jurídicos precisos. Si el retraso se llegara a imputar a los ministros, porque pretenden modificar la orientación establecida por el Parlamento, éstos incurrirían en una responsabilidad política y sus omisiones serían sancionables con el voto de desconfianza. Nada excluye, por lo demás, que al omitir o retrasar intencionadamente los actos de gestión, incurran en algunos casos en una responsabilidad penal.

El *presupuesto de competencia*, más formal, podría generar ulteriores excedentes en el caso de que el recaudo de los ingresos y la erogación de los gastos fueran posteriores al ejercicio de las enmiendas jurídicas, contra el acto de comprobación de los ingresos y del correspondiente acto para los gastos. Un presupuesto concebido de esta manera viola, sin más, el espíritu de la Constitución, que establece, mediante su aprobación por el Parlamento, una vinculación a la ejecución de los fines que persigue. Para alcanzar esos objetivos, el presupuesto, obviamente, tiene que ejecutarse íntegramente en la vigencia fiscal a la cual se refiere. Es necesario que todos los ingresos previstos se recauden en el marco de las metas prospectivas correspondientes y que todos los gastos contemplados se eroguen en el curso del ejercicio, para que se respete el *principio del equilibrio presupuestal* y se cumplan los fines perseguidos mediante la reestructuración de las entradas concretas y el orden de prioridades elegidas por el Parlamento.

Desde la perspectiva anotada, el *presupuesto de competencia* no sólo obstaculiza la consecución de los fines legislativos, sino que amenaza con transferir a la Administración, la discrecionalidad suficiente para dirigir también, parcialmente, la política económica. Las garantías examinadas en el plano de las responsabilidades de los ministros, indudablemente atenúan estas consecuencias, pero no las eliminan, porque las sanciones aparecen cuando la orientación aprobada por el Parlamento no se lleva a cabo y no es fácil anular los efectos eventualmente producidos por el gobierno al eludir u oponerse a la voluntad parlamentaria. Así mismo, no siempre es fácil comprobar si un retraso o una omisión es imputable o no a la Administración. Por el contrario, el *presupuesto de caja* no genera excedentes, porque prevé sólo los ingresos y los gastos que pueden y deben ser recaudados y erogados, respectivamente, en el ejercicio.

Adicionalmente, el *presupuesto de competencia* no ofrece un punto de partida seguro para el gobierno en la elaboración del presupuesto. En efecto, al establecer en el proyecto de ley del presupuesto, desde el punto de vista de la liquidación y del compromiso, todos los ingresos y los gastos contenidos

en la legislación preexistente, el gobierno no podría conocer, con un margen suficiente de precisión, qué ingresos y en qué medida serán efectivamente recaudados y cuáles serán erogados en el ejercicio, para poder valorar los efectos económicos y sociales que de tales disposiciones presupuestales se pueden derivar.

De hecho, sólo una parte de los ingresos y de los gastos consignados en el presupuesto de competencia, aparte de los excedentes de los ejercicios precedentes, son adecuados para ser recaudados y erogados en el curso del período. Por el contrario, un *presupuesto de caja* que contenga los ingresos y los gastos previstos por leyes financieras existentes, ofrece un punto de partida concreto para el gobierno que, con la ayuda de los ministerios, está en condiciones de concretar los efectos que el presupuesto puede generar, con la indicación precisa de las entradas y los gastos previstos por la legislación financiera existente.

Establecer en el presupuesto nuevos ingresos y nuevos gastos, y excluir algunos ya previstos por la legislación, constituye un instrumento válido de corrección de los efectos que se pueden provocar, en el marco de la rendición de cuentas de las leyes precedentes. Ello significa, que al gobierno le resulta fácil rectificar el presupuesto, tal y como se expresa en la legislación en los términos examinados, de manera que los fines que realice coincidan con los deseados. Efectivamente, el margen de incertidumbre que acompaña también a las previsiones de los gastos erogables y a los ingresos que se tienen que recaudar en el curso del ejercicio, resulta menor en virtud de los datos de la experiencia.

En síntesis, el *presupuesto de competencia*, incluso admitiendo el control de los órganos de gestión y expresando el costo de los servicios públicos de todo ejercicio, genera excedentes y pone a disposición del gobierno un punto de partida dudoso para la elaboración del presupuesto y, por eso, está en conflicto con el espíritu de la Constitución. Tal espíritu se ajusta más al *presupuesto de caja* ya que, pese a no expresar el costo de los servicios públicos de cada ejercicio, permite el control de la gestión, elimina los remanentes y ofrece al gobierno un punto de partida casi seguro para la elaboración del presupuesto.

V. LOS PODERES DEL GOBIERNO Y DEL PARLAMENTO

La Constitución atribuye al Parlamento el poder-deber de pronunciarse anualmente, con motivo de la aprobación del presupuesto, sobre el programa propuesto por el gobierno para verificar si la relación de homogeneidad política persiste, y, en caso negativo, reconstituirla. La regla de procedimiento contiene por ello, indirectamente, una garantía de fondo, ya que al asegurar la continuidad de la mencionada relación, asegura también que la acción del gobierno se ajuste continua y completamente a la orientación deseada por los representantes de la mayoría de los electores.

Los procedimientos presupuestarios, sin embargo, pueden modificar los procesos políticos pero no alterarlos en términos sustanciales; éstos siguen sien-

do un subsistema dentro del ámbito más amplio del sistema político, y ponen de manifiesto el equilibrio existente entre la limitación de los conflictos sociales (sistema político) y el sostenimiento del gasto (economía).

Otra razón por la que la Constitución le atribuye al Parlamento el poder-deber de aprobar el presupuesto anualmente, es para garantizar que se pronuncie la voluntad que la mayoría parlamentaria manifiesta en ese momento, y no la expresada anteriormente, la cual obviamente puede ser diferente. El texto constitucional pretende asegurar que la opinión pública esté informada del significado del presupuesto a la luz del diálogo, anterior a la aprobación, entre mayoría y oposición, y no del monólogo de la mayoría.

Por último, la Constitución pretende garantizar que el acto de aprobación del presupuesto, que se erige en la espina dorsal de la actividad financiera del Estado, se convierta en objeto de control por la Corte Constitucional.

La Carta Política reconoce al Parlamento, en el ámbito del antedicho poder-deber, la discrecionalidad necesaria para modificar el presupuesto presentado por el gobierno. De hecho, en el caso de que la orientación asumida por la mayoría parlamentaria no coincidiera con la expresada en el presupuesto presentado por el gobierno, el Parlamento no estaría obligado a aprobarlo. La ausencia de tal discrecionalidad, además de no justificarse, se traduciría en una prohibición, referida siempre al Parlamento, de disponer de los instrumentos necesarios para restaurar la relación de homogeneidad política. Como consecuencia, en la hipótesis formulada se configuraría una situación en la que el Parlamento estaría obligado a imponer la gestión de un presupuesto que tampoco podría expresar la orientación deseada en ese momento. Finalmente, resultaría improductiva la intervención de la minoría en el intento de inducir a la mayoría a realizar modificaciones, incluso marginales, al presupuesto presentado por el gobierno, en virtud de una acción de crítica.

Se deduce de lo anterior que el Parlamento dispone de discrecionalidad para crear y suprimir ingresos y gastos en el momento al ejercer el poder-deber de aprobación del presupuesto. La Constitución vincula al Parlamento a objetivos fundamentales de desarrollo y bienestar, como la eliminación de los obstáculos de orden económico que impiden el pleno desarrollo de la persona, la educación básica gratuita y la tutela de la salud, del ambiente y del derecho al trabajo. Así mismo, lo vincula con la retribución adecuada para los discapacitados, la asistencia y seguridad social para los trabajadores, la igualdad de derechos de la mujer trabajadora, los beneficios económicos en favor de la familia y la protección de la maternidad.

En lo que toca con los límites impuestos por la norma constitucional, se plantea en este punto un problema relativo a los efectos de la eventual modificación del presupuesto por el Parlamento, en conflicto con la relación que lo vincula al gobierno. Es necesario establecer si la aplicación de tales modificaciones por el Parlamento provoca como consecuencia necesaria la dimisión del gobierno.

A este respecto dispone el art. 94 de la Constitución, en su inc. 4°: "El voto contrario de una o de ambas Cámaras sobre una proposición del gobierno no conllevará la obligación de dimisión". La disposición contenida en el inc. 1° del art. 81 de la Constitución, que establece que las cámaras aprueban cada año el presupuesto y la rendición de cuentas presentados por el gobierno, concibe el presupuesto sometido a la aprobación del Parlamento como una propuesta del gobierno, de fundamental importancia por sus efectos en la vida del Estado y el desarrollo de la economía nacional. En consecuencia, el acto mediante el cual el Parlamento modifica el presupuesto presentado por el gobierno equivale, sustancialmente, a un voto contrario del primero respecto de una propuesta del segundo. Pero la Constitución no plantea que las modificaciones al presupuesto que quiera realizar el Parlamento impliquen, necesariamente, la dimisión del gobierno.

Sin embargo, se podría considerar que cuando el Parlamento procede a una modificación sustancial del presupuesto presentado por el gobierno, hasta el punto de modificar en sus fundamentos la orientación político-económica de la cual participa, el acto de modificación equivale en el fondo a la moción de censura, según lo expuesto en el inc. 2° del art. 94 de la Constitución. La moción de censura se funda en el mismo supuesto del acto de alteración sustancial del presupuesto y, por tanto, en la extinción de la relación de homogeneidad política que media entre la mayoría parlamentaria y el gobierno.

Tanto en la moción de censura como en el acto de alteración sustancial del presupuesto se percibe el intento de transformar la orientación político-económica del gobierno. No puede considerarse, sin embargo, que el voto con que el Parlamento modifica el presupuesto equivalga siempre a una moción de censura, porque para este caso la Constitución establece algunas reglas de procedimiento consagradas en el art. 94, inc. 2°.

La moción de confianza, por su parte, sólo requiere la firma de al menos una décima parte de los miembros de la Cámara, y no puede ser discutida antes de tres días desde la fecha de su presentación (art. 94, inc. 5°). Con dichas reglas de procedimiento, la Constitución garantiza que una decisión de extrema importancia para la vida del Estado, se tome conscientemente por parte del Parlamento y a partir de la iniciativa de un determinado porcentaje de sus miembros.

La propia Constitución no establece reglas de tal género para la modificación que el Parlamento pretenda hacerle al presupuesto presentado por el gobierno, y no pretende que la enmienda produzca, como consecuencia necesaria, las dimisiones. Lo anterior está previsto de esa forma, precisamente para que sea el Parlamento el que decida si la modificación sustancial requiere o no la formación de un nuevo gobierno. En efecto, al Parlamento se le reconoce la iniciativa, mediante la moción de confianza, de provocar la renovación del gobierno en el caso de que lo considere necesario.

Puede concluirse, sobre la base de lo expuesto, que la modificación del presupuesto por parte del Parlamento no produce como consecuencia necesaria la dimisión del gobierno. Sin embargo, corresponde a este último valorar la oportunidad política de presentar la dimisión en tales circunstancias, previo examen de efectos del acto mismo de modificación. Cuando el gobierno disponga de los elementos necesarios para comprender que el acto de modificación precede a la moción de censura, respetando las reglas de procedimiento impuestas por la Constitución, es evidente que está ante la necesidad política de dimitir.

Es en ese sentido que la Constitución garantiza, al disciplinar el presupuesto del Estado, la continuidad de la relación de homogeneidad política entre Parlamento y gobierno, a partir del reconocimiento de una competencia primaria al primero y la atribución de una función de guía al segundo. El Parlamento goza de una competencia primaria porque, gracias al instrumento de la confianza, condiciona la vida y la acción del gobierno.

El acto de aprobación del presupuesto, con el eventual procedimiento de modificación, constituye una votación de ocurrencia anual ineludible de homogeneidad política que, sin embargo, no tiene como consecuencia necesaria la dimisión, aunque el acto votado indique detalladamente la acción que el gobierno tendrá que desarrollar en el campo económico y social. El Parlamento, mediante este voto, verifica la existencia de la relación de homogeneidad y, en el caso de diversidad de orientación, delibera sobre las modificaciones que sean necesarias para que el presupuesto exprese la orientación a la que debe ajustarse la acción del gobierno, independientemente de la valoración de la oportunidad de este último de dimitir, cuando considere sustancial, el cambio de orientación realizado por las modificaciones.

El gobierno, al disponer anualmente del examinado poder-deber de presentación del presupuesto, toma la iniciativa de la redacción de un documento que indica detalladamente la acción político-económica que el Estado tiene que realizar. Por ello, la Constitución acentúa su función de guía, la cual se reconoce en los arts. 71 y 77, en el ámbito de los vínculos y de las orientaciones impuestas por la Carta Política y por las normas comunitarias. El Parlamento, por su parte, dispone del poder-deber de examinar y aprobar directamente, es decir, en la asamblea de cada una de las Cámaras, el presupuesto, y efectuar las modificaciones que considere necesarias, dentro de los límites examinados.

Para los fines de la aprobación del proyecto de ley financiera, el gobierno no puede recurrir al voto de confianza, con lo cual resulta privilegiada la rapidez de la aprobación pero se altera o perturba el proceso de la discusión parlamentaria.

El proyecto de ley financiera tampoco puede contener un artículo único con numerosísimos incisos, porque se vulnerarían los *principios de claridad, precisión* e *información del electorado*, dado que el gobierno y el Parlamento lograrían introducir distintas disposiciones, cada una de las cuales constituiría una innovación extemporánea que se dispersaría en los amplios contenidos homogéneos del único artículo.

VI. LA LEY DE PRESUPUESTOS, LA LEY FINANCIERA Y LAS LEYES VINCULADAS

El mismo art. 81 de la Constitución contiene ulteriores reglas que disciplinan la discrecionalidad reconocida al Parlamento en materia de modificación del presupuesto presentado por el gobierno.

El inc. 3° dispone que "Con la ley de aprobación del presupuesto no se pueden establecer nuevos tributos ni nuevos gastos".

El análisis anteriormente desarrollado permite alcanzar un primer resultado para la interpretación de esta regla, que reconoce al Parlamento la discrecionalidad suficiente para establecer, aceptando o no eventuales propuestas del gobierno, nuevos tributos o nuevos gastos, con motivo del ejercicio del poder-deber de aprobación del presupuesto. De otra manera, este último no podría cumplir su función de instrumento de programación económica.

La Constitución impone esta regla, porque tiene en cuenta los efectos de la imposición de los tributos y de la erogación de los gastos públicos. Los primeros inciden en la esfera patrimonial de los ciudadanos, mientras los segundos están destinados a beneficiar más a unos sectores que a otros, en virtud del sacrificio de la colectividad. Asimismo, tanto los tributos como los gastos constituyen instrumentos de política económica.

La Constitución, debido a que el establecimiento de un tributo o de un gasto público constituye un acto complejo, para evitar que el Parlamento lo ponga en práctica sin la necesaria ponderación, prohíbe que los tributos y los gastos se establezcan mediante la ley de aprobación del presupuesto.

El Parlamento tiene que examinar el presupuesto con una visión general para captar su significado unitario y, concretamente, la orientación político-económica que expresa. En consecuencia, los nuevos tributos y los nuevos gastos propuestos por el gobierno y por los parlamentarios, si se pudieran establecer con la ley de aprobación del presupuesto, serían aprobados o no esencialmente en función de los efectos que pudiesen tener sobre la orientación del presupuesto en su conjunto.

Los nuevos tributos y los nuevos gastos, absorbidos por la masa enorme de los otros ya previstos por la legislación, escaparían fácilmente a un examen en profundidad por parte del Parlamento, en relación con todos sus posibles efectos.

Pero hay que señalar, en todo caso, que la Constitución, en el inc. 3° del art. 81 establece la prohibición señalada en relación con los "nuevos" gastos, y no con los "mayores", a los que hace mención en el inciso siguiente.

Esto significa que la deliberación de los gastos "mayores" se permite a través de la ley de presupuesto, pero dentro de los límites de las leyes preexistentes. Por consiguiente, la Constitución no permite que la ley de presupuesto lleve a cabo variaciones cualitativas, sino cuantitativas; incluye, igualmente, la prohibición contenida en el tercer inciso del art. 81 para garantizar que el esta-

blecimiento de nuevos tributos y nuevos gastos tenga lugar con clara conciencia sobre sus efectos en los órdenes económico, político y social.

Por tanto, el presupuesto constituye un acto riguroso que no puede contener disposiciones diferentes de las encaminadas a permitir, en los términos que se examinarán, la recaudación de los ingresos y la erogación de los gastos, según las leyes vigentes y en función de cierto equilibrio político, económico y contable.

Las exigencias que motivan la mencionada prohibición sólo pueden satisfacerse si el Parlamento procede a la creación o supresión de tributos, exenciones y gastos, mediante leyes concretas que acompañen a la ley de presupuesto. Sólo de esa manera puede deliberar con la necesaria ponderación sobre la promulgación y la abrogación de cualquier ley tributaria o de gasto, destinada a modificar el alcance del presupuesto que en principio se debería aprobar, con la debida información a la opinión pública de las razones que justifican las decisiones parlamentarias sobre el tema.

Naturalmente, estas leyes concretas están ligadas a la *ratio* de la ley de aprobación del presupuesto, porque son promulgadas en función de la aplicación de una determinada orientación del presupuesto. Se trata, por tanto, de una relación de interdependencia que media entre la *ratio* de tales leyes y la de la ley de aprobación del presupuesto.

La relación funcional entre la ley de aprobación del presupuesto y las leyes en comento resulta muy cercana a la existente en el derecho privado entre algunos negocios jurídicos que se definen precisamente como "vinculados". Estos negocios están unidos, en un supuesto global, por nexos que no excluyen el valor particular de cada uno.

Por eso, las leyes examinadas pueden calificarse como "vinculadas", pues están lógicamente ligadas a la ley del presupuesto, en una acción compleja motivada por el intento de dotarlo de una determinada orientación. Tal acción no excluye, obviamente, el significado autónomo de cada una de las leyes concretas.

Esta figura de las leyes vinculadas ha sido acogida por el legislador con el antecedente del art. 11 de la ley 468 del 5/8/1978, por la cual se instituyó la "ley financiera", ley que tuvo, hasta 1988, precisamente la función descripta. De hecho, se tenía que presentar al Parlamento, simultáneamente con el proyecto de ley de aprobación del presupuesto, otro de "ley financiera", con la cual se podían "efectuar modificaciones e integraciones a disposiciones legislativas que tengan consecuencias sobre el presupuesto".

Con la ley 362, del 23/8/1988, se instituyeron, con el mismo propósito, también otras leyes, definidas expresamente como "vinculadas", que dirigidas a sectores orgánicos acompañan a la ley financiera, también vinculada, pero de ámbito más general. En este punto se definen en todo su alcance los poderes-deberes que la Constitución impone, implícitamente, por medio de la prohibición contenida en el inc. 3° del art. 81.

El gobierno dispone, dentro del poder-deber de elaboración y presentación del presupuesto, de la discrecionalidad necesaria para modificar la legislación financiera. Se le atribuye, según se ha comentado aquí, el poder-deber de encargarse de la redacción de un presupuesto, de manera que constituya el resultado contable de esa legislación, es decir, que dé cuenta de todos los gastos y los ingresos previstos por la legislación vigente. Disfruta, además, de la discrecionalidad necesaria para presentar proyectos de leyes vinculadas junto al proyecto de presupuesto, para que éste pase de ser un instrumento contable (como es en el proyecto) a ser un acto que exprese una determinada orientación político-económica.

En los casos en los que el gobierno, sobre la base del material disponible en el momento de elaboración del presupuesto, considere que las oscilaciones de la economía durante el debate parlamentario sobre los proyectos de ley financiera y de otras vinculadas, requieren urgentemente que se asuma la función anticíclica para influir en ellas, o bien porque se considera que la innovación en materia tributaria debe ser realizada urgentemente para evitar contramedidas elusivas de los contribuyentes, puede ejercer discrecionalmente el recurso de los decretos-ley, en el sentido previsto en el inc. 2° del art. 77 de la Constitución. Todo ello con el objeto de realizar las variaciones necesarias a la legislación financiera vigente para que se consigan los objetivos deseados.

El gobierno, asumiendo la función de guía, no puede recurrir, en casos distintos de los descriptos, a los decretos-leyes para modificar la legislación tributaria durante el debate sobre los proyectos de ley financiera y de otros relacionados. En todo caso, el art. 4° del Estatuto del Contribuyente (ley 212, de 27/7/2000) prohíbe la institución de tributos a través de decretos-ley.

La Constitución reconoce al gobierno, dentro de estos límites, en el ámbito del poder-deber de elaboración y presentación del presupuesto, la discrecionalidad en materia de modificación de la legislación. El ejercicio del poder mencionado, limitado de esta manera, permite la realización del fin normativo examinado y, por tanto, también permite establecer las condiciones que favorezcan una valoración profunda de las modificaciones a la legislación financiera preexistente.

Adicionalmente, el texto constitucional confiere al Parlamento, dentro del poder-deber de aprobación del presupuesto, la discrecionalidad necesaria para aportar modificaciones no propuestas por el gobierno mediante la no aprobación de los proyectos de ley presentados por este último, o la aprobación del texto pero sujeto a posibles enmiendas tanto de la redacción, la discusión y la aceptación de proyectos presentados por los parlamentarios. El gobierno y el Parlamento están vinculados siempre, sin embargo, por los límites y las orientaciones establecidas por la Constitución y, en términos cada vez más rigurosos, por las normas comunitarias.

Por tanto, es durante el debate sobre los proyectos de ley financiera y de las vinculadas, presentados por el gobierno, que se expresa la voluntad de la mayoría. La ley de presupuesto no crea nuevos tributos ni nuevos gastos, porque las

variaciones en la legislación se introducen con la ley financiera y las otras vinculadas. El presupuesto, una vez aprobado, constituye el resultado contable de la legislación financiera vigente, incluso asumiendo una función de instrumento de programación, porque, entendido en sentido amplio, se inserta en una acción compleja, coordinada con la ley financiera y las otras vinculadas.

Si se pudieran introducir en el presupuesto nuevos tributos y nuevos gastos, se aplicaría en ese momento el principio de unidad de la Hacienda Pública, siempre que la introducción resultara coherente, técnica y políticamente, con el presupuesto en su conjunto. Sin embargo, no conservaría la fisonomía de acto de previsión de los ingresos y de los gastos referidos a un año en el ámbito del ordenamiento existente, y perdería su formulación típica. La inclusión de tributos y gastos de origen parlamentario por parte de la ley del presupuesto podría no respetar los plazos técnicos y los términos de aprobación, puesto que toda la actividad financiera del Parlamento sería canalizada en el presupuesto. Desde el punto de vista histórico, llevaría consigo el regreso a una fase ya superada en el tiempo; y desde el punto de vista político, sería difícil la determinación de las responsabilidades de los individuos y de los grupos en relación con las decisiones financieras concretas y con la especialización técnica anual de la orientación política.

Por tanto, el límite negativo, impuesto por el inc. 3° del art. 81 de la Constitución, garantiza la determinación de las responsabilidades durante la elección de la orientación política y, al tiempo, la aplicación del *principio de unidad de la Hacienda Pública* por medio de la coordinación con el presupuesto de todas las variaciones aplicadas por la ley financiera y otras leyes vinculadas.

Obviamente, los límites mencionados no están vigentes en relación con los nuevos ingresos de naturaleza no tributaria, porque la Constitución no impone la prohibición de crearlos en la ley de aprobación del presupuesto. No lo prohíbe en la letra, puesto que se limita a referir la aludida prohibición a los "nuevos tributos" y a los "nuevos gastos", ni en el espíritu, porque la creación de nuevos ingresos no tributarios y la abrogación de leyes que prevean ingresos de tal naturaleza, sí participan en una nueva orientación del presupuesto y no inciden en la esfera patrimonial de los ciudadanos. Se reduce entonces la razón de la prohibición contenida en el inc. 3° del art. 81 de la Constitución, en relación con *ingresos no tributarios*. Si es el ciudadano el que provoca voluntariamente el surgimiento, para él mismo, de una cierta obligación en relación con el Estado, no se manifiesta la exigencia de un examen en profundidad del Parlamento sobre la materia, ni de la información de la opinión pública.

En consecuencia, al gobierno se le permite insertar u omitir en el presupuesto ingresos no tributarios, que tendrá que someter a la consideración del Parlamento sin tener que elaborar los correspondientes proyectos de ley. De ahí que la ley de presupuesto condicione la operatividad de las leyes financieras existentes y no constituya un nuevo acto de autoridad hacia la comunidad.

La financiera es una ley de acompañamiento presupuestario de amplio contenido, que incluye: las variaciones que influyen en el quántum de las prestaciones; el máximo nivel de recurso al mercado financiero; la inclusión de gastos de carácter plurianual; el límite de la cuota que se debe consignar en el presupuesto de cada año, considerado a partir del presupuesto plurianual para las leyes de gasto permanente; los créditos autorizados para la refinanciación en apoyo de la economía; el importe de fondos especiales; la suma máxima destinada a la renovación de los contratos de los empleados públicos, y las regulaciones reenviadas por otras leyes vigentes.

El gobierno dispone de total discrecionalidad, limitada tan sólo por las normas constitucionales y comunitarias, en la elaboración de proyectos de otras leyes vinculadas a la actuación de la Hacienda Pública.

El Parlamento, por su parte, dispone de idéntica y limitada discrecionalidad durante la aprobación de los proyectos de leyes vinculadas, de suerte que las Cámaras pueden incluir cualquier modificación a las propuestas gubernamentales, con las mismas limitaciones impuestas por la Constitución.

En este sentido, el gobierno presenta, en distintas fases, un proyecto presupuestario en sentido amplio, que incluye fundamentalmente el resultado contable de la legislación vigente, es decir, el presupuesto en sentido restringido, y los proyectos de ley financiera y de otras vinculadas.

VII. LA COBERTURA DE LOS GASTOS PÚBLICOS

El Parlamento tiene un ulterior límite en el cuarto y último inciso del art. 81 de la Constitución, que establece: "Cualquier otra ley que suponga nuevos o mayores gastos debe indicar los medios para hacerles frente".

Es evidente que, por un principio de coherencia, la regla contenida en el inciso transcripto no puede establecer la obligación de cobertura a la ley financiera y a las otras vinculadas (aprobadas por el Parlamento junto con la ley de presupuesto), para modificar la orientación político-económica que expresaría un presupuesto constituido exclusivamente en función de la legislación financiera vigente, pues si la Constitución lo permitiera así, el Parlamento no podría modificar el equilibrio del presupuesto precedente, porque todos los nuevos o mayores gastos deberían ser cubiertos por nuevos o mayores ingresos efectivos.

Se podría considerar que la obligación de cobertura, incluida en el inc. 4° del art. 81, no permite que la suma total de los nuevos o mayores gastos supere la de los nuevos o mayores ingresos efectivos. En tal sentido, sólo puede establecer que para todos los "nuevos o mayores gastos" se provea de financiación, de manera que la suma de los nuevos o mayores ingresos efectivos supere la cantidad de los nuevos o mayores gastos.

La diferencia estaría constituida por una fracción de nuevos o mayores ingresos efectivos no destinados a servir como cobertura. En tal sentido, sólo se le permitiría al Parlamento aumentar el superávit o disminuir el déficit. De

esta manera, en el primer caso quedaría totalmente excluida la condición para atribuir al presupuesto la función de instrumento de programación económica, y en el segundo caso parcialmente. Por tanto, la Constitución no impone que la ley de aprobación del presupuesto deba cubrir los nuevos o mayores gastos aprobados por las leyes vinculadas.

Interesa ahora determinar las razones por las cuales la Constitución establece la obligación de cobertura de ingresos y gastos, para comprender si se refiere o no a todas las leyes distintas de la financiera y de las otras vinculadas. Ciertamente, la Constitución tiene en cuenta que, con posterioridad a la aprobación de tales leyes, el establecimiento del gasto tiene lugar sobre la base de distintos supuestos. De hecho, el Parlamento no dispone de los instrumentos con los cuales sí cuenta el gobierno para obtener el equilibrio del presupuesto, necesario a su turno para alcanzar ciertos fines.

En el período posterior a la aprobación de las leyes vinculadas, los instrumentos que hasta ese momento sólo eran utilizables por el gobierno se refieren al presupuesto en sentido amplio, ya aprobado, y fácilmente resultan superados, en especial por la rápida evolución de la economía. Se deduce de lo anterior que la actualización requiere un trabajo comprometido, que es precisamente la labor que los ministerios realizan, bajo la dirección del gobierno, para formar nuevos proyectos de ley financiera y otras vinculadas. Hasta que el gobierno no presenta los proyectos de tales leyes, resulta difícil para el Parlamento una intervención encaminada a modificar el equilibrio del presupuesto aprobado.

Además, la función anticíclica del presupuesto no supone, por lo general, la modificación del equilibrio en el espacio de los meses indicados. La determinación del recurso al mercado financiero, a su vez, debe ofrecer un criterio no modificable de la legislación promulgada en el curso del ejercicio. El nivel del *deficit-spending* lo define la ley financiera, en cuanto compatible con la orientación general de política económica. Por estas razones, el Parlamento, tras la aprobación de la ley financiera y las otras vinculadas, difícilmente establece nuevos o mayores gastos para modificar el equilibrio del presupuesto aprobado.

El Parlamento, sin embargo, puede aprobar nuevos o mayores gastos, fundamentalmente para hacer frente a acontecimientos imprevistos. La Constitución pretende evitar que el Parlamento, al no considerar en su oportunidad los efectos de la aprobación de los nuevos o mayores gastos sobre el equilibrio del presupuesto, comprometa la realización de la orientación escogida, preocupado principalmente por la exigencia de hacer frente a acontecimientos imprevistos. La obligación de cobertura de los nuevos o mayores gastos realizados en tal período con ingresos efectivos, garantiza la conservación del equilibrio del presupuesto aprobado con intervenciones que no tienen motivación.

Con la presentación de los proyectos de ley financiera y de las otras vinculadas, disminuyen las razones de la obligación de cobertura. De hecho, el Parlamento dispone de todo el material necesario para intervenir inmediatamente, y hacer que el presupuesto asuma la función de instrumento de programación.

Por eso, la expresión "cualquier otra ley", contenida en el inc. 4° en análisis, se refiere a cualquier ley cuya *ratio* no se encuentre ligada por una relación de interdependencia con la ley de presupuesto. En ese orden de ideas, la obligación de cobertura corresponde a las leyes no vinculadas (la ley financiera y las otras vinculadas).

A la luz de los fines que la norma constitucional pretende perseguir, es posible suponer que su supuesto alcanza también los nuevos o mayores ingresos que se establezcan durante el ejercicio. El fin perseguido por el último inciso del art. 81 de la Constitución, es decir, la conservación del equilibrio del presupuesto aprobado en sentido amplio, quedaría comprometido por la creación de mayores o nuevos ingresos, destinados sólo en parte a cubrir los nuevos o mayores gastos. Por esa vía, el equilibrio del presupuesto quedaría roto en sentido inverso, pese a la cobertura de todos los gastos. El porcentaje de los ingresos nuevos o mayores, no destinados a cubrir gastos de la misma naturaleza, generaría un posible superávit o disminuiría el eventual déficit del presupuesto aprobado.

Se deduce de lo anterior que los ingresos no tributarios establecidos al aprobarse el presupuesto escapan al ámbito de previsión del inc. 3° del art. 81 de la Constitución, en cuanto, como se ha señalado, pueden establecerse con la ley de aprobación del presupuesto. Los ingresos efectivos no tributarios, establecidos con leyes no vinculadas, forman parte, por el contrario, de la esfera de acción del inc. 4° del art. 81, puesto que se destinan, junto a los tributarios, a constituir el medio de cobertura de los nuevos o mayores gastos.

No puede considerarse legítima la referencia a fondos globales contenidos en el presupuesto aprobado, es decir, creados con la función de reunir los ingresos efectivos con los cuales hacer frente a nuevos o mayores gastos durante el ejercicio. Efectivamente, los ingresos que participan en la formación de los fondos globales deben incluirse en el presupuesto por el *principio de unidad*, que informa al procedimiento de su formación. Este fondo global, una vez incorporado en el presupuesto, se convierte en una fracción de los ingresos globales previstos en el propio presupuesto y, por tal razón, contribuye a expresar un determinado equilibrio que se puede llegar a alterar durante el ejercicio, si se destina en parte a la cobertura de nuevos o mayores gastos. Al utilizar los fondos globales para hacer frente a los nuevos o mayores gastos mencionados, se aumenta la suma total de estos últimos (previstos en el presupuesto en sentido amplio), mientras permanece intacta la cifra total de los ingresos.

Además, debe considerarse legítima la cobertura de nuevos o mayores gastos cuando se producen efectivas disminuciones de otros gastos incluidos en el presupuesto. En esencia, se realiza una modificación dentro del presupuesto, en sentido amplio, sobre el destino de los gastos ya inscriptos, al sacrificar algunas exigencias que se pretendían satisfacer, en favor de otras nuevas consideradas prioritarias. De esa manera, el equilibrio permanece inalterado.

Parece legítima también la subvaloración de los ingresos efectivos para financiar nuevos gastos con notas de variación referidas al exceso de los cobros

sobre las previsiones. El último inciso del art. 81, en comento, pretende garantizar el equilibrio general del presupuesto aprobado, en sentido amplio, el cual no se rompe por la destinación de mayores ingresos a la cobertura de un gasto nuevo o mayor. Tanto el mayor ingreso como el nuevo o mayor gasto, son extraños al presupuesto aprobado y son equivalentes.

Sin embargo, este sistema viola los principios de *universalidad* y *veracidad*, porque no incluye en el presupuesto todos los ingresos. En consecuencia, si el Parlamento no es informado de tales omisiones, se viola el principio democrático como pilar del presupuesto.

Los nuevos o mayores gastos se pueden cubrir, en general, con nuevos tributos o con el incremento de los existentes, con mayores ingresos respecto de los previstos en el presupuesto, con reducción del crédito en capítulos de gastos ya existentes, con recurso a los fondos especiales y a los fondos de reserva del presupuesto, y con el otorgamiento de préstamos. A la luz de una interpretación restrictiva, todo gasto mayor debe ser cubierto por el incremento del correspondiente ingreso y, por lo tanto, no puede ser financiado con déficit.

La norma busca garantizar que el Parlamento sea totalmente consciente de la cobertura del gasto, aunque tal cobertura la constituya la emisión de deuda pública; es decir, la ley de gasto debe indicar, con precisión, tanto la suma efectiva, como los medios con que se pretende financiar.

En relación con la inclusión de nuevos y mayores ingresos, la ley financiera constituye un límite de compromisos y pagos, respectivamente, y, por lo tanto, es vinculante solamente para los gastos. La tipología de los procedimientos de variación es compleja y afecta el problema de la cobertura de los gastos. Las leyes de gastos son oportunamente cubiertas, sobre todo con mayores ingresos, y quedan asumidas en el presupuesto mediante el incremento de la respectiva asignación en el capítulo correspondiente, o con la apertura de un nuevo capítulo, si es que disponen una nueva tipología de gasto. Las leyes de gasto aprobadas durante el ejercicio se cubren, en algunas ocasiones, mediante la ley financiera, o con inscripción en los fondos especiales. Los gastos obligatorios y los imprevistos se cubren con un fondo de reserva previsto en los correspondientes capítulos del presupuesto, a los cuales se puede recurrir por medio de decretos del ministro del Tesoro o del presidente de la República. Éstos son gastos sobre los que no existe un destacado poder discrecional del gobierno y sirven para hacer frente a carencias de créditos sin recurrir al instrumento legislativo.

Además del estudio de los efectos de las variaciones de los impuestos y del gasto público, en un contexto más amplio, entre las cuestiones más relevantes se plantea también la referente a los efectos macroeconómicos producidos por los gastos no cubiertos con ingresos efectivos.

A la decisión de aumentar el gasto público se une, necesariamente, un aumento de la circulación monetaria que tiene lugar en el contexto del propio gasto. Sin embargo, el aumento de circulación descripto podría compensarse con medidas propias del mercado financiero, como la emisión de títulos de deu-

da pública, en forma proporcional al crecimiento del gasto. Esta actuación produciría el efecto financiero general de no alterar la oferta de moneda y, por otra parte, aumentar el *stock* de deuda pública existente en el mercado.

El *crowing out* es un fenómeno ligado a la financiación pública, con o mediante el uso de déficit, que se manifiesta aunque se lleven a cabo actuaciones presupuestarias de equilibrio. Corresponde a las autoridades monetarias la aplicación de políticas para evitar que el fenómeno se manifieste.

El ministro del Tesoro no es titular del poder de emitir moneda, función que está radicada en la Banca de Italia.

El Tratado de la Unión Europea establece que los Estados miembros deben renunciar a todo acceso privilegiado a las instituciones financieras. De esa manera, el instrumento de financiación monetaria del déficit no constituye ya una opción reconocida al Parlamento y, por ende, la acción debe ser concertada entre el ministro del Tesoro y la Banca de Italia, y actúa directamente en el mercado secundario con operaciones de mercado abierto.

El espacio de gestión de las políticas fiscales nacionales de estabilización es muy restringido. La moneda única priva a las economías nacionales del instrumento de la devaluación e impone una gestión supranacional de la política monetaria. Además, implica que la emisión de títulos de deuda pública se realice en una moneda única y, por tanto, es lógico que en lo que toca con el nivel del déficit la consiguiente dinámica de la deuda pública, la Comisión Europea imponga vínculos rígidos a cada país miembro.

La posibilidad de introducir modificaciones al presupuesto durante el respectivo ejercicio fiscal determina la necesidad de actualizarlo en términos orgánicos. Esta función de actualización se asume en el mes de junio y se realiza con el ajuste del presupuesto; ajuste que además es necesario para modificar las autorizaciones de caja que se definan durante su aprobación, cuando el *stock* de los remanentes pasivos solamente se presume.

LOS PRINCIPIOS DE EQUILIBRIO Y ANUALIDAD EN MATERIA PRESUPUESTARIA

Por José O. Casás *

I. LOS PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS

Sin perjuicio de que algunos de los denominados *principios presupuestarios* han alcanzado en ciertos países consagración constitucional o, al menos, legislativa, la mayoría de ellos constituyen, para ciertos estudiosos del tema, auténticos dogmas financieros que deben ser respetados estrictamente por todo buen Gobierno[1], mientras que para otros, sólo representan criterios orientadores que, de ser respetados, permiten lograr una adecuada caracterización del *presupuesto público*, según la concepción que de éste se tenga.

Variados autores los caracterizan como *principios históricos*[2] por su aparición en algún estadio de evolución de las concepciones políticas y financieras y por haber experimentado, a lo largo del tiempo, transformaciones marcadamente significativas, a partir del nuevo rol que se ha venido a asignar al Estado tanto en la economía, como en la atención de las múltiples y diversas demandas sociales.

En la doctrina extranjera, el profesor Fritz Neumark, partiendo de la idea de que la necesidad de *cuentas niveladas* está *ínsita en el concepto de presupuesto*

* Doctor por la Universidad de Buenos Aires, con tesis galardonada con el premio Facultad, que distingue a la mejor del año, calificada con sobresaliente, que reúna un mérito excepcional. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, como culminación de su trayectoria como profesor titular regular de la materia Finanzas Públicas y Derecho Tributario.

[1] Martín, José M., *Ciencia de las finanzas públicas*, tít. III: "La planificación y el control de la actividad financiera", cap. XII: "Los principios generales del presupuesto", parág. 12.4: "Principios presupuestarios", Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, ps. 262 y ss. Es que los principios presupuestarios, siguiendo a este autor, y conforme a la escuela liberal o clásica —, tít. I: "Los principios generales de la ciencia de las finanzas públicas", cap. II: "El desarrollo histórico del pensamiento financiero", parág. 2.4: "Las finanzas como parte de la economía en el siglo XVIII", ps. 44 y ss.—, constituían reglas respecto del modo y contenido del presupuesto que, íntimamente relacionadas entre sí, tenían como único objeto cardinal establecer una disposición metódica u ordenada de las finanzas del Estado (conf. p. 262).

[2] Mordeglia, Roberto M., "El presupuesto del Estado", en AA.VV., *Manual de finanzas públicas*, encabezada y prologada por el referido autor, cap. VI: "Principios presupuestarios", AZ, Buenos Aires, 1977, ps. 422 y ss.

—más allá de que en *ciertas circunstancias económicas* se entienda hoy que puedan incrementarse los gastos públicos aunque cierre con *déficit* el ejercicio, para superar la coyuntura de contracción económica y de desempleo, o alcanzar *superávit*, a fin de aplicar los recursos excedentes a amortizar deuda pública previamente contraída, o a desarrollar una acción ulterior compensatoria, con lo cual se abandona el *dogma de la teoría clásica* liberal que abogaba por dar satisfacción a la exigencia de *equivalencia matemática estricta entre los recursos y los gastos en términos anuales*— enuncia, con base en las ideas elaboradas por la Ciencia Financiera actual, *distintas reglas*, que individualizaremos con letras del alfabeto, encabezando tales enunciados con el principio de: a) *equilibrio*, para agregar otros varios cuya observancia está destinada a garantizar el cumplimiento, lo más completo posible, de las funciones presupuestarias, a saber de: b) *integridad*, en el sentido de que contenga por separado todos los recursos y todos los gastos del Estado; c) *unidad*, a tenor del cual una corporación regional pública incluya en un solo instrumento todos los recursos y gastos; d) *claridad*, que aboga por una estructuración metódica, efectuada según puntos de vista uniformes que en la designación de los distintos ítems permita el reconocimiento unívoco de su procedencia y de su finalidad; e) *exactitud*, que requiere que tanto los recursos como los gastos sean calculados en la cuantía precisa en que se prevea que han de percibirse y erogarse; f) *anticipación*, en razón de que el presupuesto debe ser sancionado antes del comienzo del ejercicio al cual debe regir; g) *especialización cualitativa*, por cuanto los recursos asignados deben ser aplicados exclusivamente a los objetivos prefijados; h) *especialización cuantitativa*, en virtud del cual los gastos únicamente pueden ser contraídos, girados y realizados hasta el importe de los recursos que hayan sido previstos a tal fin; i) *especialización temporal*, en consonancia con el cual los gastos deben ser contraídos, asignados y pagados, sólo dentro del período para el cual han sido votados; y j) *publicidad*, que exige que las diversas fases de su elaboración, sanción, ejecución y control se verifiquen públicamente, de modo que todo el mundo tenga posibilidad de formarse idea sobre el estado de la administración financiera[3].

II. LOS PRINCIPIOS SUSTANCIALES Y FORMALES

Buena parte de la doctrina nacional ha clasificado y ubicado a estos enunciados en dos categorías: por un lado, los *principios sustanciales* o *materiales* y, por otro, los *principios formales* o *adjetivos*[4]. Los primeros atañen a definir

[3] NEUMARK, Fritz, "Teoría y práctica de la técnica presupuestaria", en GERLOFF, Wilhelm - NEUMARK, Fritz (dirs.), *Tratado de finanzas*, t. I, cap. III, punto c): "La ejecución del presupuesto a la luz de los principios", parág. 7: "Panorama de los principios presupuestarios", El Ateneo, Buenos Aires, 1961, ps. 295 y ss.

[4] GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, vol. I, tít. segundo: "El presupuesto", cap. II: "Principios generales del derecho presupuestario", 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1962, ps. 133 y ss., y MORDEGLIA, Roberto M., *El presupuesto del Estado*, cit., ps. 422 y ss.

el *concepto mismo de presupuesto* y dentro de ellos se ubican los de *equilibrio* y *anualidad*. Es que, de acuerdo con *la concepción clásica, no es concebible un presupuesto con superávit o déficit*, o que *la autorización legislativa de los gastos se extienda por un período mayor a un año*, al superar, en tal caso, no sólo, los tiempos de la previsibilidad humana razonable sino, también, al debilitar el control legislativo periódico en la materia, alterando el imprescindible equilibrio entre los distintos poderes del Estado[5]. Los segundos atienden a *las*

[5] Ya en el proceso de conformación y consolidación de importantes Estados nacionales europeos a lo largo de varias centurias —Inglaterra, España y Francia—, se comprueba una enconada puja entre las monarquías, por un lado, y los parlamentos, cortes o estados generales, por el otro, respecto de la titularidad y ejercicio de los poderes financieros —particularmente para instituir tributos y, posteriormente, con la *bifurcación del principio de legalidad* residenciando la aprobación del presupuesto en el órgano más ampliamente representativo— minuciosamente descripta por el catedrático de la Universidad Complutense Fernando Sáinz de Bujanda (conf. *Hacienda y derecho*, t. I, cap. IV: "Organización política y derecho financiero", parág. V: "Cortes, reyes e impuestos", 2ª reimp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, ps. 192 y ss.). Más tarde, con la adopción de la forma republicana de gobierno, recogida en la Constitución de los Estados Unidos de América, en el año 1787, se receptó el principio de la separación de poderes en tres grandes departamentos —Ejecutivo, Legislativo y Judicial—, como garantía de la libertad y de los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad, evitando que la concentración de atribuciones en una sola magistratura, particularmente en la rama ejecutiva, se tradujera en desbordes o abusos de poder. Así, en las horas iniciales de la organización institucional concretada con la sanción de la Constitución de Filadelfia, se dejó expresado en uno de los tantos artículos publicados en los periódicos de la Ciudad de Nueva York, entre octubre de 1787 y mayo de 1788, interregno que va desde la aprobación del Estatuto Fundamental hasta su ratificación por las legislaturas de las Colonias, al exaltarse las bondades de tal instrumento político, la virtud de la fórmula recogida al estructurar el gobierno de modo tal que operara cada uno de los tres departamentos como frenos y contrapesos a los restantes poderes (conf. HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El federalista o la Nueva Constitución*, trad. a la lengua española, ensayo LI: "La estructura del gobierno debe suministrar los frenos y contrapesos apropiados entre los distintos departamentos", ps. 224 y ss., cuya paternidad se adjudica a Hamilton o Madison, Fondo de Cultura Económica, México, 1943). Por lo demás, la asignación en las repúblicas de las competencias financieras en cabeza del Poder Legislativo, de consuno con una tradición multisecular, con antecedentes, incluso, en otras formas de gobierno, se convierte en una nota característica de las más diversas Constituciones contemporáneas —conf. UCKMAR, Víctor, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padua, 1959; y su traducción al español: *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Temis, Bogotá, 2002—. Por su parte, en la República Argentina la Constitución de 1853-1860 y sus modificaciones, asigna una función protagónica en materia financiera al Congreso, al punto que, conforme al profesor consulto de la Universidad de Buenos Aires Juan Carlos Luqui, bien puede sostenerse que *sin ley no hay finanzas*, por cuanto el Poder Legislativo posee en la materia la mayor preponderancia (conf. *Derecho constitucional tributario*, cap.: "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", ps. 23 y ss.; cap.: "La legalidad: puntal de la libertad", ps. 133 y ss., y cap.: "División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina", Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 159 y ss.). Ello queda corroborado por cuanto: a) sin ley no hay tributo —arts. 4°, 9°, 17, 29, 52, 75, incs. 1°, 2° y 3°, 76 y 99, inc. 3°—; b) tampoco hay régimen de coparticipación provincial en impuestos nacionales —art. 75, inc. 2°, párrs. 2° a 6°—; c) igualmente, no hay empréstito, operaciones de crédito, ni arreglo de la deuda interior o exterior —arts. 4°, 75, inc. 4° y 7°, y 124—; d) por lo demás, no hay Banco Federal con facultad de emitir moneda ni posibilidad de fijar el valor de esta última —art. 75, incs. 6° y 11—; e) a su vez, no hay subsidios del Tesoro nacional a las provincias cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios —art. 75, inc. 9°—; y f) finalmente, tampoco hay presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, ni aprobación o rechazo de la cuenta de inversión —art. 75, inc. 8°—.

modalidades con que debe ser preparado el presupuesto y, dentro de ellos, suele referirse, en nuestro medio, a los principios de *unidad, universalidad, no afectación de los recursos y especialidad de los gastos*.

El profesor Dino Jarach, en cambio, amplía la enunciación incorporando otros, al abarcar conjuntamente los principios formales y materiales, como los de: a) *publicidad*; b) *claridad*; c) *exactitud*; d) *integridad* o *universalidad*; e) *unidad*; f) *anticipación*; g) *especificación*; h) *anualidad*; e i) *equilibrio*[6].

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, su catedrático, Roberto Mario Mordeglia enumera, por su parte, los siguientes principios en materia presupuestaria: a) *equilibrio*; b) *periodicidad*; c) *unidad*; d) *universalidad*; e) *especialización*; f) *claridad*; g) *publicidad*; h) *exactitud*; e i) *no afectación de recursos a gastos*; matizando el tema con las nuevas formulaciones en la materia, donde pasa revista, así, a la *política fiscal compensatoria*, los *presupuestos cíclicos*, la *hacienda funcional* y la *estabilización automática*[7].

El profesor consulto de la Universidad Nacional de Córdoba, académico Héctor B. Villegas, condensa dentro de los principios presupuestarios los de: a) *unidad*; b) *universalidad*; c) *especialidad*; d) *no afectación de recursos*; e) *equilibrio*; f) *precedencia*; g) *anualidad*; y h) *transparencia*[8]. Por lo demás, este autor ratifica la vigencia de los antiguos postulados y rebate las formulaciones modernas sobre el tema, por entender que importan un intento de recrear mitos y errores a partir de una impronta intervencionista en que el Estado avanza desmedidamente sobre la iniciativa privada aumentando las cargas públicas y distorsionando el funcionamiento del mercado[9].

Por su parte, el profesor Adolfo Atchabahian se ocupa de las reglas clásicas del presupuesto, enunciando por tales las de: a) *generalidad* —comprensiva de los principios de la universalidad y de unidad—; b) *anualidad*; c) *equilibrio*; d) *precedencia*; e) *exactitud*; f) *especificación*; y g) *publicidad, claridad* y *uniformidad*[10].

[6] JARACH, Dino, *Finanzas públicas. Esbozo de una teoría general*, parte II: "Presupuesto estatal", cap. I: "El presupuesto estatal", parág. 4: "Principios generales del plan presupuestario", Cangallo, Buenos Aires, 1978, ps. 85 y ss.

[7] MORDEGLIA, Roberto M., *El presupuesto del Estado*, cit., cap. VI, ps. 422 y ss. y cap. IX: "Las nuevas fórmulas en materia presupuestaria", ps. 495 y ss.

[8] VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 8ª ed., tít. segundo: "Derecho financiero", cap. VI: "El presupuesto", sección b): "Principios de derecho presupuestario", Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 128 y ss.

[9] VILLEGAS, Héctor B., *Manual de finanzas públicas. La economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado*, cap. XIV: "Teoría general del presupuesto", parág. 18: "Conclusión sobre los principios presupuestarios", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 406.

[10] ATCHABAHIAN, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control de la hacienda pública*, sección: "Contabilidad del Estado", tít. II: "La gestión de la hacienda central", cap. VI: "El presupuesto financiero", parág. 6.3: "Las reglas clásicas del presupuesto y su expresión contable", 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 169 y ss.

III. ACLARACIÓN PRELIMINAR

El presente trabajo, al centrarse en los *principios de equilibrio y anualidad*, si bien tomará en cuenta las distintas concepciones económicas y políticas que brindan, por un lado, *las finanzas clásicas o liberales*, que privilegian el libre accionar de la iniciativa privada y de las fuerzas del mercado de nítido tono abstencionista, y, por otro, *las finanzas modernas*, con un más marcado compromiso público, en orden a la planificación del desarrollo económico y la atención de las demandas sociales y, por ende, con una actitud claramente *intervencionista*, lo hará, solamente, para brindar un marco de referencia a las regulaciones constitucionales pertinentes, tal cual han tenido cabida en nuestro país, ya sea a partir de la Constitución de 1853-1860, la Constitución de 1949, las prescripciones contenidas en el Estatuto Fundamental de la autodenominada Revolución Argentina de 1972 y la Reforma Constitucional de 1994, por reconocer, todas ellas, anclajes filosóficos diversos. Asimismo, tampoco estarán ausentes, algunas referencias tangenciales a los preceptos contenidos en el constitucionalismo provincial.

También tendremos en cuenta, en este breve recorrido, otras regulaciones infraconstitucionales con impacto en los principios presupuestarios bajo comentario contenidas en las leyes 23.928[11] —conocida como Ley de Convertibilidad del Austral, 24.144[12]— Carta Orgánica del Banco Central, 24.156[13], Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control, 24.354[14], Sistema Nacional de Inversiones Públicas, 24.629[15], Ley Complementaria para la Ejecución del Presupuesto de la Administración nacional, 25.152[16], Ley de Solvencia Fiscal, 25.717[17], Ley de Equilibrio Fiscal o Déficit Cero, 25.917[18], Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

IV. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO

Conforme al principio de equilibrio, es menester que el presupuesto financiero anual del Estado se encuentre nivelado con una adecuada correspondencia entre la estimación de recursos y los gastos autorizados.

Precisando aún más el concepto, se ha entendido que la equivalencia entre ingresos y erogaciones debía darse entre recursos corrientes y gastos de igual

[11] *Anales de Legislación Argentina*, LI-B-1752 y ss.

[12] *Anales de Legislación Argentina*, LII-D-3892 y ss.

[13] *Anales de Legislación Argentina*, LII-D-4002 y ss.

[14] *Anales de Legislación Argentina*, LIV-C-2870 y ss.

[15] *Anales de Legislación Argentina*, LVI-B-1718 y ss.

[16] *Anales de Legislación Argentina*, LIX-D-3934 y ss.

[17] *Anales de Legislación Argentina*, LXIII-A-54 y ss.

[18] *Anales de Legislación Argentina*, LXIV-D-4157 y ss.

naturaleza, más allá de que dicha clasificación, a menudo, se torna inasible por cuanto, frecuentemente, parte de considerar tanto los recursos como los gastos partiendo de la recurrencia o habitualidad con que se generen, esto es: de que sean ordinarios o extraordinarios, lo que va a estar marcadamente influido por el rol que se le asigne a la actividad financiera y al protagonismo que tenga el Estado. Valga como ejemplo en este último sentido señalar que las obras públicas, incluso las de significativa envergadura, hoy constituyen en todos los Estados gastos ordinarios, contemplados dentro del plan anual de inversiones públicas, al igual que los programas de asistencia a los sectores sociales más carenciados —que, en tanto operan como gastos de transferencia, difícilmente puedan clasificarse como erogaciones de funcionamiento—.

Asimismo, aclara el profesor Adolfo Atchabahian, que el mentado equilibrio solamente se concreta y perfecciona una vez finalizado el ejercicio y efectivamente ejecutado el presupuesto, en la medida en que la equivalencia de gastos y recursos no debe operar solamente en los enunciados normativos sino en la concreta realidad financiera[19]. Ello así, por cuanto a pesar de que se lo apruebe legislativamente con necesidades de financiamiento —esto es con déficit al momento de su sanción—, bien puede ocurrir que hayan sido infraestimados los recursos y se superen en el curso del ejercicio las metas recaudatorias o, con igual resultado, ocurra que los gastos aprobados resulten subejecutados —cosa que si bien sucede frecuentemente, es neutralizada en la mayoría de los casos mediante cambios de imputación y compensación entre distintas partidas—. Correlativamente, un presupuesto sancionado con equilibrio, e incluso con superávit, puede resultar luego de su ejecución deficitario, ya por una sobreestimación de los recursos, o por una expansión de los gastos, como los que pueden tener su origen en leyes sancionadas con posterioridad a la aprobación del presupuesto, en las cuales, tal cual sucede a menudo en nuestro país, se haya estipulado de modo genérico que las erogaciones que suscite la aplicación de las nuevas normas serán atendidas con rentas generales. Demás está decir que a idéntico resultado se arribará en el caso en que la insuficiencia de los recursos o incremento de los gastos no puedan ser enjugados con créditos globales de emergencia, fondos de reserva u otras previsiones de análoga naturaleza.

a) El equilibrio presupuestario en la teoría clásica

La primera elaboración de una teoría *científica de las finanzas públicas*, dentro de los estudios de Economía, nació al amparo de la denominada *escuela clásica* o *liberal*.

Fue precedida en el tiempo por los *mercantilistas* y *cameralistas* —dentro de los cuales cabe referir a Thomas Mun (1571-1641) y Jean Baptiste Colbert

[19] ATCHABAHIAN, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control de la hacienda pública*, cit., sección: "Contabilidad del Estado", tít. II, cap. VI, parág. 6.3., subparág. c): "Regla del equilibrio", ps. 192 y ss.

(1619-1683)—, quienes propiciaban que los Estados ejercitaran una fuerte intervención en las actividades comerciales e industriales necesarias para la subsistencia, a menudo a través de monopolios, propendiendo a obtener, con el acompañamiento del proteccionismo aduanero, *excedentes en la balanza comercial* con las restantes naciones —*primordialmente en oro*, lo que condujo a individualizar tal corriente de pensamiento como *metalismo*— sobre la base, fundamentalmente, de la exportación de bienes manufacturados. Esta visión dio lugar, asimismo, a la exaltación del absolutismo monárquico, lo que adquirió emblemática representación con Luis XIV de Francia (el Rey Sol), quien llevó a la práctica la idea de la más plena soberanía, tanto en materia económica, como fiscal, remarcando en este último punto la innecesariedad del consentimiento de los súbditos para la creación de nuevos tributos, los cuales, según los cronistas de la época, si en algún caso pudieron ser moderados, ello sólo pudo atribuirse a la generosidad regia.

En frontal pugna con las anteriores concepciones adquirieron, más tarde, apogeo las ideas de los *fisiócratas* —François Quesnay (1694-1774), Pierre Samuel du Pont de Nemours (1739-1817) y Anne Robert Jacques Turgot (1727-1781)—, quienes proclamaron que toda la riqueza provenía de la tierra, única capaz de devolver al hombre más de lo que éste le diera.

La *escuela liberal* fue fundada por el pensador escocés Adam Smith (1723-1790), cuyo trabajo de mayor difusión y reconocimiento estuvo constituido por su *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, aparecido en el año 1776, obra exaltada por muchos como *el evangelio del liberalismo económico*, cuyo libro V (y último) se encuentra dedicado a las finanzas públicas, bajo el título: "De los ingresos del Soberano, o de la República"[20] . Para los autores enrolados en esta visión, la riqueza se encontraba presente en todo tipo de producción, no sólo en la resultante de la explotación de la tierra, sino principalmente de la proveniente del *trabajo* y de la utilización de los medios técnicos y de capital aportados al proceso económico, a partir del impulso brindado por la libre iniciativa privada, ya que la intervención del Estado debía ser restringida a su mínima expresión.

También integraron dicha línea de pensamiento el economista francés Jean Baptiste Say (1767-1832) y los británicos: David Ricardo (1772-1823), Thomas Robert Malthus (1776-1834) y John Stuart Mill (1806-1876).

Conforme a esta visión, la acción del Estado debía ser muy acotada dejando librada sólo a la iniciativa privada la actividad económica, ello por el papel

[20] SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, edición de Edwin Cannan, con introducción de Max Lerner, y traducción al español y estudio preliminar a cargo de Gabriel Franco, Fondo de Cultura Económica, México, 1997. La obra está constituida por cinco partes, a saber: libro primero: "De las causas del progreso en la facultades productivas del trabajo y del modo como un producto se distribuye naturalmente entre las diferentes clases del pueblo"; libro segundo: "Sobre la naturaleza, acumulación y empleo del capital"; libro tercero: "De los diferentes progresos de la opulencia en distintos países"; libro cuarto: "De los sistemas de economía política"; y libro quinto: "De los ingresos del Soberano, o de la República".

inapelable que se le asignaba al mercado, en donde una pretendida ley natural, providencial e invisible, conduciría al bien colectivo sin intervención alguna del ente público. Propiciaba lo que se dio en llamar *Estado gendarme* que debía concentrarse exclusivamente en el aseguramiento de los *derechos individuales, inalienables e imprescriptibles* que se reconocían a los hombres[21], para lo cual sólo era menester que cumpliera con las funciones orientadas a satisfacer las necesidades públicas primarias ceñidas a la defensa de la soberanía, a través de las fuerzas militares; a una gestión administrativa gubernamental mínima, que también se ocupase de asegurar el orden interno; como a la resolución de las controversias, mediante la intervención de los tribunales de justicia. En materia económica, lo mejor que podía hacer el Estado era no hacer nada y mantenerse neutral, utilizando como un dogma la idea del *laissez faire* —dejar hacer, implicando ello la libertad de producción— y *laissez passer* —dejar pasar, lo que importaba la libertad de comercio de bienes y servicios—.

A la expresada *concepción económica clásica*, no fueron ajenas las *ideas filosóficas y políticas* anteriores o contemporáneas desarrolladas, desde dichos ámbitos, por *la escuela liberal* y que fueron puestas de manifiesto por figuras de envergadura como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Charles Louis de Secondat —Barón de la Brède et de Montesquieu— (1689-1755), David Hume (1711-1776), Jean Jacques Rousseau (1712-1778), e Imannuel Kant (1724-1804).

Así entonces, el preanunciado *Estado mínimo* podía alcanzar fácilmente, a través *de recursos financieros ordinarios y reducidos*, una *cobertura suficiente* para las limitadas erogaciones necesarias. En tal contexto, se propugnaba,

[21] La Constitución de la Nación argentina, sancionada en 1853, asignó a la libertad económica y a la propiedad privada un valor superlativo, al reconocerles la condición propia de un derecho natural, tutelado por los poderes públicos. Así la Carta Magna de nuestra República dejó consagrado en la primera parte, capítulo único: "Declaraciones, derechos y garantías", por el art. 14: "Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender" para, de manera más enfática, establecer, igualmente, en el art. 17: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Confederación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie" (conf. RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas constituyentes argentinas seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, t. VI, segunda parte: "Pactos, constituciones, leyes, etc., 1810-1898", Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1939, ps. 793 y ss., en particular ps. 795 a 798). El texto de ambos artículos tuvo modificaciones en la Convención Constituyente de 1860, donde se sustituyó el término "Confederación" por el de "Nación".

como requisito sustancial del presupuesto, el *equilibrio anual entre los ingresos y egresos públicos*, al extremo que ambos rubros debían siempre igualarse, condenando no sólo *el déficit*, sino, también, *el superávit*; el primero de ellos, por cuanto podía conducir, como ocurría con los particulares, a la bancarrota, en este caso, del Estado —ya por la cesación de pagos o por el *default*— y, el segundo, por denotar que se había recabado una carga tributaria excesiva sustrayendo recursos a la actividad económica privada donde pudieron haber sido reinvertidos —a la cual se le asignaba, en exclusividad, carácter productivo— o, desde otra óptica, en tanto pudiera obedecer a la subejecución de los gastos, traducida en un insuficiente cumplimiento de los cometidos o servicios públicos. También se advertía que un presupuesto con superávit podía alentar al Gobierno a un futuro aumento de los gastos públicos, habida cuenta de la disponibilidad inmediata de financiamiento, o a la comprobación de la aptitud financiera de la comunidad para afrontar mayores erogaciones.

El profesor Fritz Neumark describe tal concepción indicando que: "La ideología básica de la teoría y política financiera que durante más o menos siglo y medio —desde fines del siglo XVIII hasta principios del siglo XX— dominaba el pensamiento y la acción en la dirección de que los asuntos presupuestarios, puede reducirse: Primero, a la convicción de que el Estado no está en condiciones de dirigir su economía en forma racional y que, por lo tanto, los gastos públicos son, sino en absoluto, al menos relativamente *improductivos*, comparándolos con los de la economía privada; y que, tanto por esta razón como por las consecuencias desfavorables para la iniciativa y formación del capital privado, los impuestos para cubrir los gastos fiscales deben limitarse al mínimo. Segundo, al postulado de que la política financiera y en especial la política impositiva, habrían de orientarse en *forma netamente fiscal* tratando de alcanzar el grado máximo de neutralidad"[22].

Siguiendo en este punto al profesor argentino Mateo Kaufmann, reseñaremos muy brevemente algunas ideas de las principales figuras integrantes de la *escuela económica clásica o liberal*[23], para las cuales *el dogma imperante acerca de la nivelación del presupuesto estaba condicionado por la aversión que profesaban sobre la suscripción de deuda pública*. Es que, para los autores que la conformaban, el excesivo empleo del crédito por el Estado —en mayor medida que los tributos, por la resistencia de los contribuyentes a tolerar un acentuado incremento de la carga impositiva—, facilitaba mediante el gasto desbordado, la extensión de las fronteras estatales y la injerencia pública en la economía, despre-

[22] NEUMARK, Fritz, *Teoría y práctica de la técnica presupuestaria*, cit., cap. IV: "Principios y clases de política fiscal y financiera", punto a): "Los principios de la política financiera clásica liberal", parág. 2: "Bases teóricas y axiomas políticos de la política financiera clásica liberal", ps. 339 y ss.

[23] KAUFMANN, Mateo, *El equilibrio del presupuesto*, cap. primero, parág. 3: "Mirada retrospectiva; análisis de una referencia intelectual", subparág. a): "La opinión de los clásicos", Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, ps. 29 y ss.

ciando, así, el postulado de neutralidad financiera y entorpeciendo el correlativo control presupuestario a causa de la exagerada expansión de dicho instrumento.

Así, para Adam Smith sólo la "actividad privada" en el ámbito agropecuario, como también en el industrial o mercantil, *a través del trabajo creaba riqueza* —a partir de su teoría del valor objetivo, que lo atribuía al trabajo necesario para obtenerla—, el que, "acumulado a través del ahorro, generaba el capital y la consiguiente inversión". A la inversa, en su concepto, el aparato estatal era una organización ineficaz para generar riqueza, como lo demostraban las tierras en posesión del Gobierno que eran mal cultivadas y producían una renta inferior a aquella que podría rendir en manos de los particulares a quien los acicateaba el afán de lucro, por lo que el Estado debía ceñirse al cumplimiento de "las funciones mínimas" puestas a su cargo[24]. Defendía la "división del trabajo" para el aprovechamiento de los adelantos, la destreza, la pericia y el acierto con que éste se aplicaba, como la libertad económica, en un marco de amplia competencia, por entender que era ella la que mejor se correspondía con la naturaleza humana, permitiendo *la más adecuada utilización de los recursos productivos en la búsqueda por los agentes de la satisfacción de sus propios intereses*, del beneficio y de la riqueza, lo cual, si bien singularmente concebido por cada operador económico *podía conducir a un resultado egoísta*, a partir de una ley interna de la naturaleza, a manera de *mano invisible*, guiaba a los hombres a un fin distinto al buscado, esto es al bien de la comunidad, lo que sólo podía alcanzarse sin intervenciones públicas que obstaculizaran o alteraran el apuntado orden natural. Asimismo, en el pensamiento del economista escocés, el Gobierno al tomar en préstamo de la industria y del comercio, además de derrochar los recursos obtenidos, privaba a tales sectores de rentas que muy probablemente hubieran sido reinvertidas en objetos productivos. Entendía, igualmente, al defender los presupuestos equilibrados y sin endeudamiento, que el mecanismo de los préstamos incrementaba el poder político del soberano,

[24] A este respecto, nos refiere el publicista colombiano Mauricio A. Plazas Vega que conforme a las ideas de Adam Smith los únicos gastos inherentes a la función estatal y sus instrumentos de financiamiento eran: "a) Gastos de defensa de la sociedad y de sostenimiento de la dignidad del primer magistrado. Dado el interés de todos los asociados en su realización, se financiarían con una contribución general sujeta a las capacidades individuales de pago.

"b) Gastos de administración de justicia. Por la misma razón del interés de todos los asociados, tendrían como principal medio financiero la contribución general. Empero, no se descartan las tasas judiciales, a cargo de las partes, bien por afianzar sus derechos, en el caso de la parte vencedora en el litigio, o bien por haber realizado actos arbitrarios que hacen necesario acudir al juez.

"c) Gastos para el sostenimiento de las carreteras y comunicaciones. También deben tener como medio financiero la contribución general. No obstante el reporte de un beneficio referido a quien utiliza las vías, permite justificar peajes a cargo de los usuarios.

"d) Gastos locales y provinciales. Deben financiarse con recursos obtenidos en el mismo nivel de gobierno" (cfr. *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, t. I: "Derecho de la hacienda pública", libro primero: "Ideas políticas y hacienda pública"; parte segunda: "Fases o etapas del liberalismo", cap. I: "El liberalismo clásico u optimista", punto II: "El liberalismo optimista de los clásicos. Los principios *smithianos* de los tributos", parág. 2: "Planteamientos tributarios de Adam Smith. Los principios clásicos de la imposición" 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 54 y ss., en particular p. 55).

facilitando el despilfarro en los gastos públicos —preferentemente en bienes de consumo, en menoscabo de los bienes de capital— y la acumulación de deuda, la cual, en un cierto plazo, por su volumen, se transformaba en un pasivo ingobernable.

Por su parte, Jean Baptiste Say, partiendo de que Francia se había endeudado aún más irresponsablemente que Inglaterra, entendió que, ya que el soberano malgastaba en pompa y menudencias, la riqueza que pasaba de las manos de los contribuyentes al Fisco se destruía y consumía, tal como ocurría con el consumo de los individuos o de las familias, donde, en ambos casos, se agotaban los valores y se perdía la riqueza. Explicitaba sus ideas señalando que en oportunidad del pago de los impuestos las sumas abonadas se perdían para los contribuyentes, mientras que al momento del gasto público de los recursos por el Estado, dichos ingresos se perdían definitivamente para la sociedad. Ponía el acento en que si bien el uso del crédito público en cuantía moderada, mediante un gasto prudente en obras útiles, podía resultar justificado, el accionar frecuente de los gobiernos los mostraba embarcados en proyectos gigantescos o guerras injustificadas. También este autor realizó otros variados aportes a la Ciencia Económica[25].

David Ricardo, siguiendo los pasos de algunos de sus predecesores, precisó que el mayor problema de la deuda pública no estaba en el pago de los intereses, en donde lo que operaba era una transferencia de lo recaudado en concepto de impuestos a favor de los tenedores de los títulos del empréstito —más allá del desaliento que pudiera generar la mayor carga tributaria—, sino que el núcleo de la dificultad residía en la pérdida originaria del capital mal utilizado, por lo que recomendaba que el Estado incrementara el ahorro restringiendo los gastos. Su aporte en este punto se centró en la comparación entre los efectos económicos del impuesto o del empréstito, como instrumentos para financiar un gasto extraordinario, refutando la doctrina tradicional e inaugurando los estudios sobre las más adecuadas técnicas de amortización de la deuda pública. También sus trabajos sumaron otras importantes reflexiones al pensamiento económico de su tiempo[26].

[25] Jean Baptiste Say, además de ser un divulgador fuera de Gran Bretaña de las ideas liberales de la escuela clásica y particularmente del pensamiento de Adam Smith, realizó distintos aportes originales como el descubrimiento de la figura del empresario, como factor fundamental de la producción, reconociendo en él al personaje que asume la responsabilidad, la dirección y, por tanto, el riesgo de las actividades productivas que puede ser, incluso, una persona distinta de quien posee el capital. Introdujo el concepto de utilidad como determinante de la demanda de los bienes y, por lo tanto, de su precio, pero sin llegar a defender una teoría subjetiva del valor. Es recordado principalmente por la Ley de los Mercados o Ley de Say, conforme a la cual cada oferta crea su propia demanda, es decir, en un mercado libre resultaría imposible una crisis general, por cuanto toda actividad productiva genera rentas, salarios y beneficios suficientes para adquirir los nuevos productos.

[26] David Ricardo expuso la teoría de las *ventajas comparativas* a partir de la cual era menester favorecer la división del trabajo con la reducción correlativa de los tributos aduaneros, a fin de que operara más plenamente en el comercio internacional el libre juego de la oferta y la demanda. Otro de los aportes esenciales de su pensamiento se manifestó a partir de la teoría de la *renta diferencial o renta ricardiana*, que adoptaba como punto de partida la idea de que el precio de mercado de determinados bienes viene dado por el costo del productor marginal, generando

En la misma época, también surgió una voz que podría parecer como parcialmente discrepante, la de Thomas Robert Malthus, quien no veía en la deuda pública la calamidad a la que hacían referencia los autores anteriormente citados —por cuanto los titulares de los títulos públicos con parte de los intereses percibidos contribuían poderosamente al sostenimiento de la demanda y al consumo, estimulando la producción—, todo ello sin perjuicio de reconocer, en estudios posteriores, que los impuestos necesarios para hacer frente a tales pagos podrían resultar perjudiciales, puesto que la deuda agravaba los males que nacían de las variaciones en el valor del dinero. Igualmente este pensador efectuó distintos aportes novedosos en el campo de las ciencias sociales[27].

John Stuart Mill —hijo del economista James Mill[28], transitando la misma línea de pensamiento que insinuó Malthus, sostuvo que si lo que se tomaba en préstamo era capital extranjero, o que no se había ahorrado, o que se lo hubiera gastado en empresas improductivas, o enviado al exterior en procura de colocación, no se verificaban las consecuencias perniciosas o nefastas sobre las que sí hacían hincapié otros autores, por cuanto no se privaba a la economía privada interna de recursos que pudieran haber sido invertidos en el país con más provecho. Recalcó, asimismo, que más allá del acierto con que un país hubiera contraído su deuda, lo importante era cancelarla lo antes posible, ya fuera mediante el establecimiento de una contribución especial para el pago inmediato o mediante la amorti-

beneficios en los productores intramarginales, doctrina que aplicada al producto bruto de la tierra llevó a propiciar la utilización de un impuesto a las rentas diferenciales o rentas excedentes, concepción profundizada luego por el economista norteamericano Henry George (1839-1897) inspirador, a través de su obra: *Progreso y miseria*, editada en 1819 y con un rápido éxito de más de dos millones de ejemplares vendidos, de un sistema de *impuesto único a la renta pura de la tierra* para confiscar su valor especulativo y convertirla en un instrumento de producción, de fácil acceso para quienes estuvieran dispuestos a trabajarla.

[27] Thomas Robert Malthus publicó en forma anónima, en 1798, la primera edición de su *Ensayo sobre el principio de la población*, obra que se reeditó con importantes modificaciones en 1803. Según su concepción el crecimiento demográfico era mayor que el de los medios de subsistencia, afectados por la ley de los rendimientos decrecientes. Desde su visión, mientras la población crece en progresión geométrica, la producción de alimentos lo hace en proporción aritmética y, consiguientemente, las crisis de subsistencia se resolverían gracias a las hambrunas, guerras y epidemias por las que se disminuiría la población, restableciendo el equilibrio natural. Proponía como solución el matrimonio tardío y la continencia prematrimonial. Al ocuparse de los principios de la economía política desde el punto de vista práctico, realizó importantes aportes a la teoría de las crisis, que atribuyó al ahorro excesivo y a la insuficiencia de la demanda en relación a la producción. A partir de ello, trabajó sobre el concepto de *demanda efectiva* como medio de estímulo al mercado. Sus aportaciones en este último aspecto, despertaron la admiración, mucho tiempo después de John Maynard Keynes.

[28] James Mill, quien fue fundamentalmente un educador, publicó en Londres, en 1821, el libro: *Elementos de economía política*, el cual, traducido por Ignacio Núñez y por Santiago Wilde, fue editado en Buenos Aires en 1823, por la Imprenta de la Independencia, a impulso de Bernardino Rivadavia, a fin de que sirviera de texto de estudio de la materia Economía Política en el Departamento de Estudios Preparatorios de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del catedrático Pedro José Arguello, durante el año 1824 (conf. ACEVEDO, Carlos A., "La enseñanza de la ciencia de las finanzas públicas en la Universidad de Buenos Aires desde su fundación hasta 1830", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, nros. 13 y 14, tercera época, Buenos Aires, 1949, ps. 427 y ss.).

zación gradual con cargo al superávit, solución esta última que, aunque reconocía que no era en teoría la mejor, consideraba la más práctica y sobrellevadera. En la condición de último gran representante del pensamiento económico clásico, pasó revista, asimismo, a los más variados temas de la teoría económica[29].

La pérdida del crédito —entendido como potencialidad concreta de valerse de ingresos mediante tal recurso— por la sucesiva y desproporcionada colocación de empréstitos, como la imposibilidad del pago de los servicios de intereses y las amortizaciones de capital por lo pesado de la carga, ha sido una inquietud que se puso de manifiesto en oportunidad del debate producido en la Convención donde se sancionara la primigenia *Constitución Argentina de 1853* y que explica las razones por las que en el art. 4° de tal plexo se caracteriza a tales recursos, asignándoles naturaleza *excepcional y extraordinaria*, sólo aceptables en supuestos de *urgencias de la Nación* o en la medida en que fueran colocados para impulsar empresas de utilidad nacional[30].

Así, en el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales, acompañando el proyecto de Ley Fundamental, el 18/4/1853, en su parte pertinente, se señala: "Los *medios de crédito* de que puede valerse el Congreso para enriquecer el Tesoro nacional, *unos son extraordinarios* y *otros de premiosa urgencia* por su utilidad actual. En cuanto a los primeros, ellos no podrán tener lugar sino para determinados objetivos de seguridad, de utilidad, de engrandecimiento; *como en el caso de abrir canales, o establecer ferrocarriles*" (la bastardilla nos pertenece); agregándose, en cuanto a los segundos, la conveniencia de fundar un banco

[29] John Stuart Mill publicó en 1948 sus *Principios de Economía Política*. En dicha obra introdujo la utilidad como factor determinante del valor de cambio de un bien, a la par de su costo de producción. Expuso sus ideas respecto de un estancamiento de la totalidad del sistema de mercado a causa de una tendencia irreversible a la reducción de los beneficios. Finalmente, su impronta reformista lo llevó a impulsar medidas para favorecer una más justa distribución de la renta, las que consistieron en la limitación de la herencia, la cooperación obrera y la promoción de la pequeña propiedad campesina. Desarrolló una teoría psicológica de los ciclos económicos y adoptó una posición intermedia en punto a la intervención del gobierno al partir de la idea de que el mercado no aseguraba la máxima libertad de los agentes y de que algunas restricciones e injusticias sólo podían ser eliminadas a través de la legislación. Su ubicación entre el pensamiento clásico más ortodoxo, y la necesidad de realizar reformulaciones en las leyes de la distribución, permiten encuadrar las ideas de Mill como eclécticas.

[30] El art. 4°, CN, se ubicaba en la parte primera, capítulo único: "Declaraciones, derechos y garantías" y en su versión primigenia estatuía: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación de las aduanas, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional" (conf. RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. VI, segunda parte, ps. 94 y ss.). El texto del artículo tuvo modificaciones introducidas por las Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866 y, en la actualidad, con leves variantes, ha recobrado su redacción original.

que hiciera presentes las promesas del porvenir, tomando prestado de las fuerzas productoras y de los agentes de riqueza recursos que estuvieren dormidos[31].

A su vez, iniciados los debates de la Convención Constituyente, en la sesión del 22/4/1853, el diputado por la provincia de Santiago del Estero, abogado José Benjamín Gorostiaga, como miembro informante de la Comisión Redactora, fundó la asignación de fuentes financieras para nutrir el Tesoro nacional y, al defender el punto más álgido de ese momento político contenido en el art. 4°, consistente en la *nacionalización de las rentas aduaneras*, argumentó sobre la necesidad de que el nuevo Gobierno poseyera autoridad bastante y recursos suficientes para dar entero cumplimiento a las obligaciones que se le confiaban y de que era responsable, remarcando: "Que *uno de los primeros deberes de la Administración era el pago y la consolidación de la deuda nacional tanto exterior como interior porque de ello dependía su crédito*"[32] (sic; la bastardilla nos pertenece). En su exposición hizo mención de los sucesivos empréstitos contraídos en el exterior, en los años 1826, 1851, a los que se sumaba un tercero que acababa de impulsar el soberano Congreso, su monto de capital y la deuda anual que generaban sus intereses. A ello agregó la deuda interior y la de las provincias que habría de asumir la Nación al sancionarse la Constitución, todo lo cual importaba una pesada carga, a la que correspondía añadir los restantes gastos de Administración, culto, ejército, armada, etc., lo que permitía suponer, más allá de concretarse la nacionalización de las rentas aduaneras, que aun transcurrido mucho tiempo de régimen constitucional, los presupuestos arrojarían gran déficit[33].

El diputado referido en el párrafo precedente, añadió, asimismo, que a tenor de la letra expresa del proyecto constitucional, los "*empréstitos y operaciones de crédito*, sólo eran un recurso subsidiario y únicamente (utilizables) *a los fines para los que ellos fuesen creados o decretados por el Congreso*"[34] (lo enfatizado en bastardilla y lo consignado entre paréntesis nos pertenece).

En la siguiente sesión del 23 de abril, al continuarse el debate, nuevamente el miembro informante hizo mención de que "no era fácil negociar un empréstito cuya base era el crédito marchito entre nosotros con el monto de nuestra deuda por capital e intereses y por nuestra misma situación política..."[35]. También se refirió a la situación financiera de la provincia de Buenos Aires, el importe de los recursos aduaneros y no aduaneros de esa jurisdicción y su correspondencia

[31] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. VI, segunda parte, ps. 779 y ss., en particular, p. 780.

[32] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 22 de abril de 1853", ps. 493 y ss., en particular, p. 501.

[33] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 22 de abril de 1853", p. 502.

[34] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 22 de abril de 1853", p. 502.

[35] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 23 de abril de 1853", ps. 503 y ss., en particular p. 503.

con los gastos provinciales[36]. En la misma sesión, el diputado por la provincia de Santa Fe, Manuel Leiva —a la sazón ministro general de la apuntada provincia—, adversario declarado de la nacionalización de las rentas aduaneras por la pérdida que ella generaba de los recursos de tal naturaleza provenientes de los puertos fluviales sobre el río Paraná, trajo a colación la persistente situación de déficit crónico que aquejaba a su provincia que ningún año había alcanzado a cubrir sus gastos, sin perjuicio de que al momento de discutirse la Constitución el desarrollo del comercio y la mejor administración de sus rentas le habían permitido equilibrar sus cuentas pero sin llegar a lograr un sobrante, lo que evidenciaba la imposibilidad de afrontar el sacrificio de perder los recursos aduaneros de que, hasta entonces, disponía[37].

Otra intervención que ofrece indiscutible interés fue la brindada por el diputado, también por la provincia de Santa Fe, Juan Francisco Seguí, quien sentando la premisa que el artículo sobre rentas generales era la única base posible para que la Nación pudiera recrear un Gobierno común, superando la tristísima y desconsolada situación de catorce provincias desparramadas sobre la superficie del suelo argentino que, después de su independencia, nunca fueron, sino por una impropiedad del lenguaje, ni Provincias Unidas, ni Confederación, ni República, ni otra cosa que catorce Pueblos aislados, disconformes en todo, menos en hacerse la guerra sin misericordia y suicidarse sin repugnancia, manifestó que estaba dispuesto a votar a favor del artículo tal cual estaba redactado, y que lo haría como argentino, en nombre de la Nación, y como representante de Santa Fe, en función de los intereses bien entendidos de su provincia, la que al despojarse de sus derechos de importación y exportación, si bien hacía un sacrificio, sería recompensada con usura con el engrandecimiento, prosperidad y riqueza que la Constitución, una vez plantificada, derramaría a manos llenas en toda la extensión de su territorio. Como correlato, propuso modificar una de las atribuciones del Congreso General, por la cual se contemplaba —atendiendo a la situación de algunas provincias y a la posibilidad de que los recursos recaudados pudieran ser insuficientes para cubrir sus ordinarias necesidades—, el otorgamiento de suplementos del Tesoro nacional —según lo concretara en sesiones posteriores—, añadiendo que debía tenerse en cuenta que tal facultad del Gobierno federal importaba, al mismo tiempo, el correlativo derecho de las provincias que lo necesitasen para llenar el déficit de sus rentas, de pedirlos oportunamente, con lo cual se conjuraría cualquier dificultad financiera de los Pueblos Confederados[38]. En la sesión del 27 de abril, al considerarse diversas competencias del Congreso, en referencia a la atribución octava, el diputado Seguí, propuso que los *suplementos*

[36] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 23 de abril de 1853", p. 504.

[37] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 23 de abril de 1853", ps. 504.

[38] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 23 de abril de 1853", ps. 504 y ss.

fueran sustituidos por subsidios y que se *eliminara la referencia a su contabilización para su reintegro* tal cual lo había previsto la Comisión de Negocios Constitucionales[39]. Argumentó al respecto que "le parecía nada generoso y hasta indigno exigir a los Pueblos Confederados la devolución de los subsidios que le eran debidos y los que ellos exigirían sólo en caso justificado de que sus rentas locales no bastasen a cubrir sus necesidades; que tanto por esta como por otras consideraciones de justicia, de conveniencia y de buena política, votaría en contra del inciso contenido en la atribución 8ª del Congreso y propondría una modificación, una vez que ella fuese desechada"[40]. Al procederse a la votación, la fórmula propuesta por la Comisión Redactora fue rechazada. Cabe agregar que, como culminación de la controversia, el texto sugerido por el diputado Seguí al Congreso Constituyente fue aprobado por mayoría de sufragios, en la sesión del 28 de abril[41]. La nueva redacción de la atribución 8ª del Congreso quedó concebida en los siguientes términos: "Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias cuyas rentas no alcancen según sus presupuestos a cubrir sus gastos ordinarios"[42].

A modo de reseña y conclusión de los debates que culminaron con la sanción de la Constitución argentina de 1853 sobre el particular, se pueden realizar las siguientes puntualizaciones: a) la *suficiencia financiera*, requisito para alcanzar el equilibrio presupuestario en el orden nacional y provincial, fue una inquietud reiterada por los distintos diputados intervinientes en el debate que se pronunciaron, ya a favor, ya en contra, de la nacionalización de las rentas aduaneras; b) con respecto a *los empréstitos y a las operaciones de crédito, se los consideró recursos extraordinarios y subsidiarios*, solamente utilizable para los fines para los que fuesen creados o decretados por el Congreso —tal cual se señala, hasta hoy, en el art. 4°, CN—, ejemplificándose, como destinos posibles, abrir canales o establecer ferrocarriles; c) se advirtió sobre *el riesgo de la acumulación de deuda*, por la pesada carga que podían representar los intereses y la respectiva amortización del capital; d) quedaron remarcadas *las dificultades de negociación de nuevos empréstitos cuando el crédito de la Argentina estaba marchito* por el monto de la deuda ya contraída o por la situación política existente; y e) se subrayó que *uno de los primeros deberes* de la Administración

[39] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 27 de abril de 1853", ps. 522 y ss., en particular ps. 527 y 528.

[40] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 27 de abril de 1853", p. 527.

[41] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. IV, "Sesión del 28 de abril de 1853", ps. 528 y ss., en particular p. 528.

[42] La redacción primigenia propuesta por la Comisión de Negocios Constitucionales se refería a suplementos reintegrables y el tenor de ella era el siguiente: "Acordar suplementos del Tesoro nacional a las Provincias cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios, haciendo llevar a cada Provincia una cuenta particular de estos suplementos, que deberán reintegrarse en proporción que mejoren sus rentas" (conf. RAVIGNANI, Emilio [dir.], *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. VI, segunda parte, p. 785).

era *el pago y la consolidación de la deuda pública, en razón de que de ello dependía el crédito.*

Una valiosa visión sobre la cuestión fue expuesta por Juan Bautista Alberdi, sobre todo teniendo en cuenta la gravitación de sus ideas en el texto de nuestra Carta Magna, sancionada en 1853 —quien, de modo merecido, fue vastamente reconocido como padre de la Constitución[43]—. Ello ocurrió en una obra que publicara en Valparaíso, República de Chile, a poco de su entrada en vigencia y editada bajo el título: *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*[44]. En tal oportunidad, al ocuparse de los ingresos con que habrían de atenderse los consumos o gastos, efectuó sobre el *crédito público* importantes reflexiones, al consignar: "El *crédito es un recurso introducido* en nuestras rentas argentinas desde la época y por las urgencias de la revolución contra España, *como medio extraordinario y como elemento moderno de Gobierno y de progreso industrial*. Él procuró a *las Repúblicas de Sud América* los recursos gastados en la lucha de su independencia, y *recién empiezan a comprender que esa fuente misma es la que ha de darles los recursos para consolidar sus gobiernos e instituciones republicanas*", sin perjuicio de añadir más adelante: "...que toda la cuestión de la posibilidad del crédito público para la Confederación se reduce a saber si ella es capaz de pagar los intereses o rentas de sus fondos públicos, y de gastar sumas menores que esas rentas en la amortización de los capitales de su deuda"[45] (el destacado en bastardilla es nuestro).

El gran jurista tucumano, si bien admitió que el crédito público podía convertirse en el recurso más practicable y fecundo de entre los que contaba la Confederación naciente, más adelante, al ocuparse del *presupuesto de gastos* remarcó que la primera regla para precisar cuánto podía gastarse era conocer cuántos fondos se tenían, añadiendo que, para ello, lo que importa a la buena

[43] El aludido pensador y patriota es sin duda el jurista argentino, en el campo del derecho público, más destacado del siglo XIX, y puede ser considerado el padre de la Constitución de 1853. Sancionada nuestra Carta Magna fue designado como embajador plenipotenciario de la Confederación Argentina en Europa, revistando como decano de los ministros sudamericanos. En una recepción efectuada por entonces en la Corte de Francia fue llamado por el emperador Napoleón III, quien dirigiéndose a las personalidades que lo rodeaban les dijo: "Señores: os presento al doctor Alberdi, ministro argentino y autor de la Constitución de su patria". La referida distinción del emperador, Alberdi jamás la olvidaría (cfr. DE SANTILLÁN, Diego A., *Gran Enciclopedia Argentina*, t. I, "A-Byn", Ediar, Buenos Aires, 1956, ps. 90 y ss., en particular p. 92).

[44] ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Del Mercurio de Santos Tomero y Ca., Valparaíso, Chile 1854.

[45] ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, cit., tercera parte: "Disposiciones de la Constitución que se refieren al fenómeno de los consumos públicos, o sea de la formación, administración y empleo del Tesoro nacional", cap. III: "De los consumos o gastos públicos. Recursos que la Constitución señala para sufragarlos. Elementos y posibilidad de un Tesoro nacional en la condición presente de la Confederación", parág. X: "De los diversos medios de ejercer el crédito público de la Confederación", y parág. XII: "De las variadas especies de fondos públicos que pueden componer la deuda de la Confederación", texto que se puede confrontar en cualquiera de las múltiples ediciones de la obra.

economía del país es que la ley de gastos empiece por fijar el cálculo de las entradas del año, en razón de que "el Congreso mismo, conociendo los medios de que puede disponer, se abstendrá de decretar gastos impracticables por falta de medios, y ajustará todos los del servicio público a las facultades reales y ciertas del país"[46], lo que significaba de suyo, reconocer la importancia de la nivelación presupuestaria.

Como puede comprobarse, las distintas aseveraciones vertidas se enrolan decididamente en las ideas predominantes al tiempo en que tuvo lugar el Congreso Constituyente, propias de la concepción clásica o liberal de las finanzas públicas.

Retomando las postulaciones de la visión ortodoxa en materia de recursos, gastos y presupuesto, tal cual se manifestaron en los distintos países, debemos reconocer, siguiendo las enseñanzas del profesor Fritz Neumark, que la dilatada vigencia de estas reglas de oro de las finanzas públicas obedecieron a distintas circunstancias: 1) las intervenciones del Estado dentro del sistema económico estuvieron marcadamente limitadas durante el siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX; 2) las depresiones en la actividad económica, durante tal período, raramente se hicieron presentes y las oscilaciones no fueron profundas ni pospusieron la recuperación dilatadamente en el tiempo; 3) la paulatina expansión de ciertas actividades públicas con el correlativo aumento presupuestario, apenas sobrepasó el crecimiento simultáneo del producto social, por lo que la carga impositiva relativa absorbió una porción módica del ingreso nacional, lo que no superaba entre el 10 y el 15% en tiempos de paz; 4) las demandas sociales se vieron postergadas por un régimen electoral que mantuvo al margen del sufragio a los estamentos sociales que hubieran podido reclamar en defensa de intereses propios una política de expansión de los gastos públicos para atender sus necesidades insatisfechas[47]. En mérito a las circunstancias antecedentes, fue prácticamente imposible producir o pretender efectos de importancia de la acción financiera coyuntural, a través de la política de ingresos —empréstito *vs.* impuestos— o incremento del gasto como medio de sostenimiento de la actividad económica. Así, entonces, *se enseñoreó como un dogma el principio de equilibrio anual*, en términos de equivalencia matemática entre recursos y gastos, convirtiéndose tal postulado en un índice indiscutido de política financiera sana y sólida. Al mismo tiempo, siempre estuvo latente la idea de correspondencia estricta entre recursos ordinarios como medio de financiación de gastos de igual naturaleza, proponiendo la abstención crediticia para evitar la

[46] ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, cit., tercera parte, cap. V: "Autoridad y requisitos que en interés de la libertad intervienen en la creación y destino de los fondos del Tesoro según la Constitución Argentina".

[47] NEUMARK, Fritz, "Principios y clases de política fiscal y financiera", en GERLOFF, Wilhelm - NEUMARK, Fritz (dirs.), *Tratado de finanzas*, cit., t. I, cap. IV, punto a): "Los principios de la política financiera clásica liberal", parág. 2: "Bases teóricas y axiomas políticos de la política financiera clásica liberal", ps. 339 y ss.

acumulación de empréstitos, habilitando tal medio de financiamiento, solamente frente a gastos extraordinarios, como los enderezados a inversiones públicas de gran aliento. Todo ello resta importancia, en tal período, a una comprensión global de la función ingresos-gastos públicos, atendiendo a las necesidades económicas de coyuntura, dejando librado el desenvolvimiento de los negocios, la asignación de los recursos y la ocupación de los factores de la producción, al automatismo y equilibrio del mercado.

b) El equilibrio presupuestario en las concepciones modernas

El tránsito en materia presupuestaria del dogma del equilibrio financiero anual a un nuevo paradigma: el del equilibrio económico con pleno empleo, la redistribución del ingreso y el desarrollo acelerado y sostenido reconoce etapas en las cuales se fueron matizando las ideas, al tiempo de incorporar en la ponderación otros elementos que generaron vacilaciones, marchas y contramarchas, respecto de los modelos propiciados. Es que en la consideración de postulaciones como las referidas no estuvieron ausentes fenómenos como la mayor intervención del Estado en la economía a expensas de la libertad de mercado, la inflación, la interdependencia de los diversos países, el financiamiento por organismos internacionales y los efectos reflejos de las grandes crisis.

Así entonces, pasaremos revista a algunas nuevas expresiones del pensamiento económico y financiero sobre el equilibrio presupuestario, sin pretender con ello abarcar todos los enfoques que se han brindado ni, mucho menos, agotar la cuestión.

1. Algunos enfoques innovadores aportados en el ámbito nacional y en la doctrina extranjera

Para inaugurar este punto, nos parece trascendente traer a colación algunas de las ideas visionarias, y muy novedosas para su tiempo, vertidas en nuestro medio por José Antonio Terry sobre las *crisis económicas* —y en particular respecto de la crisis del sistema bancario argentino producida entre los años 1885-1892—, el *déficit presupuestario* y el *intervencionismo fiscal* —caracterizado este último por el autor como socialismo de Estado—, todas ellas desarrolladas en su libro: *La crisis*, publicado hace más de un siglo, esto es en el año 1893[48].

Las opiniones de Terry adquieren significativa trascendencia por distintas circunstancias. En primer término, habida cuenta de su condición de profesor de Finanzas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires —cátedra creada por la Ley de Presupuesto de Gastos de la

[48] TERRY, José A., *La crisis (1885-1892, Sistema Bancario)*, Imprenta M. Biedma, Buenos Aires, 1893.

Administración para el Ejercicio 1889[49], sustituyendo en el plan de estudios al 2° Curso de Economía Política que se dictaba en el tercer año de la Carrera de Abogacía—, en la cual se desempeñó primero como profesor suplente y, luego, como catedrático desde el 26/6/1899 por renuncia de su anterior titular el doctor Juan Carballido[50], donde se convirtió en el verdadero iniciador de la materia[51], el maestro indiscutido[52], quien le dio vida e importancia a la disciplina[53], el artífice —mediante sus conferencias, que desarrollaron la totalidad del programa de enseñanza, luego publicadas— de una obra temprana y sistemática de la asignatura[54], y quien convirtió a sus alumnos en verdaderos discípulos[55]. En

[49] La cátedra de Finanzas fue creada por la ley 2440 de Presupuesto de Gastos de la Administración para el Ejercicio 1889 (ver *Anales de Legislación Argentina*, tomo: "Complemento 1881-1888", ps. 600 y ss., y en particular *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1888, tomo segundo, sexta sesión de prórroga del 8/10/1888, ps. 173 y ss., y *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1888, sexta sesión de prórroga del 25/10/1888, ps. 681 y ss.).

[50] CASÁS, José O., "Semblanza del profesor José Antonio Terry", en *Lecciones y Ensayos*, nro. 79, Revista del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 377 y ss.

[51] SAAVEDRA LAMAS, Carlos, "Prólogo", en TERRY, José A., *Finanzas*, 4ª ed., Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1927. Señala el autor en tales páginas introductorias: "La ciencia financiera, decía una autoridad eminente, no se ha renovado aún bastante, en el método de la observación y de la experiencia. Si el juicio es exacto, lo será también el de que no puede enseñar las finanzas quien no las ha aprendido en su realidad concreta. El doctor José A. Terry deberá ser considerado, en la Universidad de Buenos Aires, como el verdadero iniciador de esta materia, porque aplicó ese método después de haberlo ensayado prácticamente. Desde su notable conferencia inaugural, reveló esa seguridad sintética que da el absoluto dominio de las cifras" (p. I).

[52] LUQUI, Juan C., "La nueva cátedra de derecho financiero", JA 1948-IV-43 y ss., en particular p. 44, secc. Doctrina.

[53] GARCÍA, Juan A., "José Antonio Terry", discurso pronunciado en nombre de la Facultad de Derecho en su sepelio, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, t. I, 2ª serie, Buenos Aires, 1911, ps. 745 y ss., en particular p. 745. En dicha ocasión señaló: "El doctor Terry fue ante todo un universitario y en su cátedra deja el surco profundo y duradero. La vida política se compone de accidentes más o menos efímeros y pasajeros, que en resumen serán importantes en cuanto realicen la Idea, que se cultiva en las universidades... Con sus lecciones y su prestigio de hombre público nos ayudaba en la magna tarea de lenta y difícil realización, de que la universidad se compenetre con el alma argentina". En igual oportunidad, Honorio Pueyrredón, en nombre del claustro de profesores de la Facultad, y exteriorizando la íntima congoja que, interpretaba, embargaba a todos sus integrantes, dijo: "José Antonio Terry ilustrando a la juventud en la práctica de una ciencia nacional que le era propia, formaba su carácter, elevándola a su dignidad y con su inteligencia libre de prejuicios encaminándola hacia la investigación independiente. Llevó al aula las enseñanzas reales de la vida e indicó desde aquélla las aplicaciones efectivas de su ciencia" (cfr. *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, cit., ps. 746 y ss., en particular p. 746).

[54] TERRY, José A., *Finanzas (Conferencias dictadas por el catedrático de la materia en la Facultad de Derecho)*, 3ª ed. sobre la 2ª ampliada por el autor, dir. por Francisco J. Oliver (profesor de la materia y después ministro de Hacienda de la Nación), Jesús Menéndez Editor, Buenos Aires, 1918. En la "Advertencia" con que se introduce a la obra, el doctor Terry consignó: "Me recibí de la cátedra de Finanzas, como profesor suplente, en los primeros días de marzo de 1898, y me vi obligado a dictar el curso en conferencias que tenían lugar tres veces por semana. Los estudiantes Luis A. Folle y Carlos M. Biedma las tomaban taquigráficamente y las publicaban por entregas a las veinticuatro horas, formando al finalizar el año un tomo de 700 páginas".

[55] DE TEZANOS PINTO, Mario A., "Discurso en la Facultad de Derecho de Buenos Aires", leído el 30/10/1946, en *Centenario del Dr. José Antonio Terry, discursos pronunciados en su*

segundo lugar, ya que a su vasta trayectoria pública debe añadirse su desempeño como ministro de Hacienda de la Nación bajo tres presidencias distintas: durante la de Luis Sáenz Peña, en el período comprendido entre el 12/10/1892 y la asunción de José Evaristo Uriburu, el 22/1/1895; de abril de 1904 hasta el 12 de octubre del mismo año, correspondiendo este lapso a los últimos seis meses de la segunda presidencia de Julio A. Roca; y por último, al ser ratificado al frente de la cartera por el presidente entrante Manuel Quintana, permaneciendo en funciones hasta el fallecimiento de éste, en marzo de 1906.

Regresando a *La crisis*, de José A. Terry, corresponde enfatizar que fue su primera obra de gran repercusión y que ella constituye un estudio pionero del *ciclo económico* con particular referencia a la Argentina, donde se describe una situación que se inicia en 1885, con la inconversión monetaria, y se acentúa con la gestión presidencial de Miguel Juárez Celman. Es importante, además, por el abordaje que realiza de varios temas de interés relacionados con el tópico en tratamiento. Ellos fueron, por su orden, el *déficit fiscal*, *la deuda pública* y el necesario *protagonismo gubernamental en la economía*, a partir de su visión del socialismo de Estado.

El tema del *déficit* se constituye, en su concepto, en la *bestia negra* de todo financista, parte integrante del Gobierno, condición indispensable o elemento de vida de toda sociedad organizada. Agrega: "Se le persigue sin piedad, se le acusa y se le condena en todas las formas, de palabra, por escrito, en los parlamentos, en las publicaciones diarias, en las revistas, en los libros serios. No obstante, el déficit se impone con obstinación sin igual.

"Gobiernos y Ministros se suceden; y todos ellos se inician con declaraciones radicales contra el déficit; y el déficit enseguida se desliza por los Ministerios, con cautela y con temor al principio, para concluir sugestionando ministros y presidentes. Es el personaje más ruinoso y más hábil, es en el mundo financiero el Mefistófeles del mundo poético alemán: llena tanto la vanidad del gobernante dejar su nombre vinculado a mejoras materiales. Es tan fácil gobernar, tirando a la marchanta los dineros públicos.

"El presupuesto ordinario no autoriza el gasto... No importa! Las leyes especiales, los créditos extraordinarios o suplementarios, y los acuerdos del Poder Ejecutivo, observados o no por la Contaduría Nacional, son otros tantos medios de legalizar el gasto, aun cuando éste sea inútil, perjudicial o criminoso.

"La política también tiene sus exigencias. Necesario es mantener compacto al partido amigo y contentar a sus jefes y oficiales; formar mayoría en

homenaje, recopilación de las palabras vertidas en los distintos actos llevados a cabo al conmemorarse el centenario de su nacimiento, Talleres Gráficos Álamos, Buenos Aires, 1946, ps. 35 y ss., en particular p. 44. Señala el autor que uno de sus discípulos más distinguidos, refiriéndose a las clases que Terry dictaba, señaló: "Su palabra era fácil y sencilla, sus ideas netas y escalonadas, su razonamiento abundante y contundente, sus formas agradables. Dictaba la clase conversando familiarmente y jamás la asistencia dejó claros en los bancos. Las conversaciones de aula se hacían a veces generales; incitaba a sus alumnos a que expusieran su pensamiento y discutieran los temas de estudio hasta que, por fin, hacía oír su juicio certero y definitivo. La sonrisa asomaba siempre en sus labios. Era realmente un maestro por su ciencia y por la forma de enseñarla".

el Congreso; atraer las situaciones provinciales, que en un país regido por el sistema federal, hay tantas necesidades cuantas sean las provincias, y tantas exigencias cuantos sean los gobernadores y sus círculos; y por éstas y otras muchas razones se multiplican los gastos, se decretan subvenciones, se inventan puentes que colocar, caminos que abrir al servicio del público, o colonias que fundar en provecho de una situación política"[56].

Continúa Terry, con términos lapidarios, en palabras escritas hace bastante más de un siglo: "Los gobiernos como las familias no impunemente pueden vivir en desequilibrio perpetuo, entre sus entradas y sus salidas. El saldo en contra puede pagarse por medio del crédito en uno, dos o diez años tratándose de gobiernos, pero al fin esa masa enorme que representa los déficits anuales acumulados, producirá la quiebra en el Gobierno y la crisis en el país.

"El crédito se pierde, se agota la tierra pública o se hace imposible su venta por falta de demanda, y en consecuencia disminuyen las entradas extraordinarias; y el Gobierno con saldos acumulados de diversos ejercicios, con déficits en el presente y en el futuro, y con un Banco de Estado a su disposición, entra forzosamente por el camino, llano y fácil en un principio, de las emisiones de papel inconvertible, o agota las arcas de ese Banco hasta obligarlo a suspender sus pagos o a acogerse a un decreto de inconversión"[57].

En punto a la *deuda pública* indica el autor que es una necesidad impuesta por el progreso y agrega: "El vapor aplicado a la locomoción, el telégrafo que liga pueblos y mundos, la industria que inmoviliza ingentes capitales en forma de maquinarias y colosales edificios, el comercio que intercambia los productos por medio de canales que se cruzan en todas direcciones, ferrocarriles, miles de buques que sirven de transporte, las necesidades morales intelectuales de los modernos pueblos que asignan a los gobiernos deberes desconocidos en remotas épocas; son causas todas del uso del crédito que vincula las venideras generaciones a los gastos del presente; sin contar con las erogaciones de las guerras y de la paz armada, manifestaciones de sentimientos bélicos que, sin duda, no condicen, con los adelantos morales del siglo XIX"[58]. Añade, más adelante, que a los gobernantes a veces les resulta forzoso emplear el crédito e, incluso, abusar de él, en caso de "pueblos jóvenes como el nuestro, despoblados como son nuestros territorios, y hasta ayer, sin puertos donde embarcar y desembarcar productos, sin ferrocarriles para transportarlos, sin canales, sin puentes, sin telégrafos que comuniquen a las poblaciones entre sí, sin escuelas, sin colegios ni facultades... y sin capitales propios capaces de improvisar todo lo que queda enumerado...", agregando, a modo de cierre, que la causa de la insolvencia argentina para con sus acreedores, al tiempo que escribía esas páginas, había

[56] TERRY, José A., *La crisis (1885-1892, Sistema Bancario)*, cit., cap. II: "Inconversión de 1885", parág. 2: "Déficits", ps. 44 y ss., en particular ps. 44 y 45.

[57] TERRY, José A., *La crisis (1885-1892, Sistema Bancario)*, cit., cap. II, parág. 2, ps. 48 y 49

[58] TERRY, José A., *La crisis (1885-1892, Sistema Bancario)*, cit., cap. II, parág. 3: "Deuda pública", ps. 53 y ss., en particular ps. 53 y 54.

sido la depreciación del papel moneda, lo que sugería la necesidad de reabrir el servicio de la deuda, para salir de la crisis y valorizar la moneda[59].

Finalmente, este autor remarca que es menester admitir, en cierto grado, el socialismo de Estado —que hoy traduciríamos como *intervencionismo público en la actividad económica*—, precisando: "Nuestra Constitución no es socialista pero dispone que el Gobierno nacional fomente la inmigración europea, establezca el Banco Nacional con facultad de emitir billetes, acuerde subsidios del Tesoro a las Provincias cuyas rentas no alcancen según su presupuesto a cubrir sus gastos ordinarios, provea lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, promueva la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros". Se interroga luego: "¿Por qué nuestra Constitución ha entrometido al Estado en estas necesidades que debían ser exclusivamente del dominio privado?"; y se responde que ello ha sido así porque las Constituciones no son ideales, sino el producto lógico de las necesidades y de las condiciones del país para que son hechas, y que la realidad ha demostrado que sin esa participación activa del Estado —que lo transforma de simple órgano de conservación en órgano de progreso—, no hubiera sido posible concretar el adelanto que en ese momento —esto es a pocas décadas de la sanción constitucional— podía, con orgullo, exhibir el país, por cuanto de haber estado ausente la acción pública, quizás, a esa fecha, "seguiríamos defendiéndonos de los indios que traerían sus invasiones hasta el Azul o Chivilcoy". Terry remata sus conceptos: "El Estado debe acudir donde el interés privado sea impotente", por cuanto: "el Estado está obligado a proveer las necesidades comunes de la Nación, es decir, aquellas que no pueden ser satisfechas con el concurso de la iniciativa individual"[60]. Es claro entonces que para José A. Terry, quien no fue un teórico puro de la cátedra universitaria, sino un recordado ministro de Hacienda de la Nación en funciones durante tres presidencias, las fronteras del Estado se habían y debieron expandirse ya a fines del siglo XIX con el consiguiente impacto en la relación financiera: ingresos-gastos públicos; la relevancia reconocida al uso del crédito público para la conformación de la estructura económica y productiva del país y la consiguiente traslación parcial de las amortizaciones de la deuda pública contraída con motivo de las obras públicas básicas, a las generaciones futuras.

Resulta claro, en consecuencia, que conforme a estas ideas, ya se innovaba sobre la visión clásica de las doctrinas liberales del equilibrio presupuestario anual, como correspondencia estricta entre el total de gastos y su financiamiento con recursos genuinos —patrimoniales y tributarios—, exclusión hecha de toda clase de endeudamiento, al comenzar a ver, justamente, en el crédito público el

[59] TERRY, José A., *La crisis (1885-1892, Sistema Bancario)*, cit., cap. II, parág. 3, ps. 56 y 59.

[60] TERRY, José A., *La crisis (1885-1892, Sistema Bancario)*, cit., cap. IV: "Sistema bancario", parág. 7: "Socialismo de Estado", ps. 319 y ss., en particular ps. 323 y ss.

medio más apropiado para impulsar decididamente al Estado en su rol de agente del desarrollo económico.

La tónica referida ya se había reflejado en el pensamiento económico-financiero de distintos países centrales, pudiendo, a modo de ejemplo, hacerse mención a las propuestas del profesor alemán Adolf Wagner (1835-1917), del tratadista francés Paul Leroy-Beaulieu (1843-1916), del pensador austríaco Emil Sax (1845-1927) o del economista estadounidense Edwin Robert A. Seligman (1861-1939).

Respecto de Adolf Wagner cabe señalar que ejerció una gravitación marcada en el campo de las finanzas públicas como en la economía alemana. Su pensamiento fue decididamente crítico a las teorías liberales del *laissez faire*, abogando con determinación a favor de una mayor intervención del Estado a fin de garantizar una situación más favorable para la clase trabajadora. Defendió el efecto redistributivo de los impuestos, acompañados con el correlativo crecimiento del gasto público, todo ello a tenor del rol que le asignaba al Estado moderno. El éxito logrado en la exposición de su pensamiento mereció que una de sus principales observaciones se enunciara como Ley de Wagner, conforme a la cual *el desarrollo económico de un país impulsa* presiones crecientes por parte de la sociedad a favor de *un aumento del gasto público*. Ello como consecuencia de que una sociedad más desarrollada es también más compleja, generando un mayor número de conflictos entre sus miembros, lo que exige una significativa intervención del Estado para solucionarlos; a lo que cabe añadir, la caracterización de los bienes y servicios públicos como bienes superiores y elásticos, como consecuencia de que la elasticidad-renta del gasto público es mayor que la unidad. Sus enseñanzas ejercieron una indiscutible influencia en nuestro medio y fueron recogidas por el profesor José A. Terry, quien, como se viera, inspirándose en el autor europeo, se definió como partidario del *socialismo de Estado* —enfoque caracterizado por diversos estudiosos de las ideas económicas y política como *socialismo de cátedra o socialismo fabiano*—. Entendió que la ciencia financiera debía convertirse en un *instrumento de la política económica y social*, revelándose, de tal modo, contra el dogma dominante de la neutralidad económica de los ingresos y de los gastos, como del abstencionismo de los poderes públicos.

Fue Paul Leroy-Beaulieu un importante impulsor, con matizaciones, de los principios liberales y, dentro de sus obras, su *Tratado de la ciencia de las finanzas*, publicado en 1877, tuvo una importante gravitación en nuestro país al ser parcialmente traducido en 1894 por los alumnos de abogacía Juan Carlos Cruz y Paulino Pico, quienes lo publicaron incorporando las notas tomadas en las clases del profesor Juan Carballido, convirtiéndose dicho libro en el primer texto de Finanzas, flamante asignatura incorporada al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires[61]. Este autor europeo,

[61] CRUZ, Juan C. - PICO, Paulino, *Curso de finanzas. Adaptado al programa de la Facultad de Derecho*, Imprenta de Obras de J. A. Berra, Buenos Aires, 1894.

si bien transitó por el sendero ya trazado por la escuela clásica, ubicó dentro de las funciones del Estado francés *una fuerte participación pública en el proceso de colonización de sus dominios de ultramar*.

El pensador austríaco Emil Sax extendió la aplicación de la teoría de la utilidad marginal al ámbito de las finanzas públicas y de la tributación, brindando un adecuado sustento teórico a la aplicación de tarifas progresivas en los impuestos directos. Resaltó el rol del Estado como sujeto activo del proceso financiero, asignándole el cometido de determinar el cálculo económico de la distribución de los ingresos para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas.

Por su parte, Edwin Robert Seligman, economista estadounidense y experto en finanzas públicas, desde la cátedra de la Universidad de Columbia y a través de su participación en numerosas comisiones de reforma impositiva, realizó valiosas aportaciones sobre los sistemas tributarios progresivos y los efectos de la carga impositiva sobre los distintos factores de la producción.

Aquí es menester pasar revista a algunas circunstancias que, como marco general, fueron produciendo una transformación en los roles del Estado y que condujeron, gradualmente, a abandonar la prédica del evangelio del liberalismo económico a favor de la neutralidad y de la mínima intervención pública. Los fenómenos que referiremos seguidamente generaron contemporáneamente corrientes de opinión propiciando un mayor protagonismo del Estado, *un incremento del gasto —incluso con déficit—* y el obligado gerenciamiento público de las políticas y directivas enderezadas al bien común. Caben destacarse, en tal sentido:

a) Los *grandes inventos* —de los cuales constituye un ejemplo emblemático el tendido y puesta en funcionamiento de los ferrocarriles— y *la realización de importantes obras públicas* —v.gr., construcción de puertos, canales navegables, carreteras, usinas— requirieron de *ingentes capitales* que no siempre los agentes económicos privados estuvieron dispuestos a invertir, lo que obligó, la más de las veces, a que no sólo la iniciativa, sino también el aporte de los recursos, corriera por cuenta del Estado.

b) La *revolución industrial* que ocasionó un desplazamiento de la población rural hacia las ciudades, dando lugar a la generación de una importante *masa de desposeídos, desocupados u obreros mal pagos que conformarían el proletariado*. En tales condiciones, comenzó a cuestionarse el concepto conforme al cual la libertad económica y de contratación de los salarios debía desenvolverse sin interferencia de los poderes públicos, lo que resultaba difícil de sostener ante las paupérrimas condiciones de vida de una amplia franja de la sociedad constituida primordialmente por trabajadores no especializados y empobrecidos. En tales condiciones, se alzaron crispadas voces desde la prédica marxista y socialista, traducidas en revueltas y revoluciones, algunas triunfantes (como la de Rusia de octubre de 1917), sin que faltaran críticas contra el capitalismo salvaje también desde la cátedra pontificia, donde adquiere un valor emblemático la encíclica *Rerum Novarum*, dada en Roma en 1891, por su SS

León XIII, donde se abordó integralmente los distintos aspectos de *la cuestión social*.

c) Por otro lado, *los obreros comenzaron a agruparse en organizaciones sindicales* para reivindicar su derecho a una mejor paga y a negociar colectivamente condiciones de trabajo más favorables, valiéndose, incluso, del recurso de la huelga.

d) Desde otro ángulo, la Primera Guerra Mundial representó una experiencia inédita: la de *las naciones en armas*. Ello así por una doble circunstancia: la primera, que toda la población de los beligerantes, militar y civil, se vio comprometida en el esfuerzo bélico, ya en las trincheras, ya cumpliendo tareas de apoyo o producción de pertrechos para el combate; la segunda, que la acción militar no quedó circunscripta a los campos de batalla, sino que incluyó todo tipo de blancos, como las ciudades, las plantas fabriles y las grandes obras de ingeniería, los que fueron alcanzados por las devastadoras armas —artillería, bombardeos aéreos, gases tóxicos, etc.—, que discrecionalmente utilizara el enemigo. Tal cuadro de situación exigió *un acentuado esfuerzo económico del Estado*, primordialmente en áreas estratégicas como la siderúrgica —produciendo acero para la fabricación de blindados, buques o aeroplanos— o la petroquímica —para dotar de combustibles a la maquinaria de la guerra—, situación de *protagonismo estatal que no se habría de revertir con la conclusión del conflicto*, en parte por las tareas de reconstrucción necesarias y, también, porque la *paz en armas* vino a impedir tal repliegue.

e) En otro orden, el fenómeno de *la industrialización*, los beneficios de la producción en escala, y *la concentración económica*, que también tuvo lugar en la actividad bancaria, dieron paso a la aparición de *grandes monopolios* que, en algunos casos, tuvieron al propio Estado como partícipe y, en otros, exigieron de *rigurosas regulaciones para evitar los abusos frente a la falta de competencia*.

2. La Gran Depresión, el pensamiento keynesiano y el *New Deal*

Más allá de las circunstancias descriptas en los últimos párrafos del punto anterior, transcurridas las primeras décadas del siglo XX, el protagonismo que aún ejercía el mercado no deparó grandes sorpresas y la actividad económica en los países centrales no tuvo que afrontar crisis severas, ni prolongadas en el tiempo, con lo cual, si bien el Estado había asumido algunos nuevos cometidos, su participación en la economía no alcanzaba niveles significativos.

La situación descripta en el párrafo precedente se vio alterada abruptamente con el *crack* de la Bolsa de Wall Street, el 29 de octubre de 1929 —conocido como el *martes negro*—, que rápidamente convirtió a los Estados Unidos de América en un verdadero cementerio de fábricas, dando paso a la devastadora Gran Depresión. La crisis disparó, en aquel país, *una situación de paro* del 25% de la población activa, llegando el número de obreros desocupados en 1933 a diecisiete millones. También se produjeron numerosas *quiebras de bancos* —durante los diez primeros meses de 1930 cerraron sus puertas 744

en EE.UU.— *y de un sinnúmero de empresas, cayeron: la renta nacional, los ingresos fiscales, el nivel de las retribuciones y el comercio internacional*. La agricultura y las zonas rurales también sufrieron la caída de los precios de las cosechas. Los productos agrícolas más afectados fueron el trigo, el algodón, el tabaco y la madera.

Las apuntadas quiebras bancarias generaron de parte de las entidades financieras un requerimiento de cancelación anticipada de muchos de los créditos otorgados que los deudores no pudieron atender, lo que sumó más incobrables y el empeoramiento de las perspectivas de futuro. Los bancos que subsistieron se abstuvieron de prestar y acumularon reservas, y la falta de crédito intensificó la presión deflacionaria, generando un círculo vicioso en espiral descendente de la actividad económica.

Los efectos de la crisis se contagiaron a la mayoría de los países y los desarrollados sufrieron con marcada intensidad los efectos de la desocupación, sin perjuicio de que la depresión también se hizo presente en los más pobres al ver reducida sus exportaciones.

Los intentos de apuntalar la economía de las naciones mediante *políticas proteccionistas* resultaron infructuosos —en el caso de EE.UU. la Ley Smoot-Hawley fijó derechos de importación a más de veinte mil productos alcanzando los aranceles niveles récord— lo que generó represalias de otros países, todo lo cual dio como resultado una fuerte caída del comercio exterior. Tampoco se encontraron respuestas a partir de las formulaciones brindadas por los economistas clásicos, ya que para enjugar el déficit fiscal derivado de la caída de la actividad económica resultaba inviable el aumento de la carga impositiva.

La demostración acabada del fiasco a que condujo *la implementación de las medidas aconsejadas por las formulaciones ortodoxas* se comprobó en Inglaterra donde el Parlamento, al aprobar el presupuesto en agosto de 1931 privilegiando la búsqueda del equilibrio fiscal, encaró una acentuada restricción de gastos, reducción de salarios y de subsidios de ayuda, restricciones en la construcción de viviendas y de vías de comunicación, todo lo cual, según Keynes, más allá de representar un triunfo del criterio de la tesorería, *desembocó en un fracaso*, no sólo al profundizar la crisis, sino por sus consecuencias políticas y sociales, desencadenando huelgas interrumpidas, el abandono del patrón oro y mayores padecimientos de la industria[62].

El cuadro de miseria y desánimo que acabamos de describir, como la persistencia de la depresión, reclamaban de *un pensamiento de la economía y de las finanzas públicas innovador*, sustentado en concepciones nuevas totalmente distintas a las que habían fracasado, al menos para superar la coyuntura recesiva. Así las cosas, el propulsor del esperado enfoque diferente y revolucionario fue el economista inglés John Maynard Keynes (1883-1943), quien haciendo a

[62] KAUFMANN, Mateo, *El equilibrio del presupuesto*, cap. segundo, parág. 3: "Keynes y sus postulaciones respecto al presupuesto clásico", ps. 57 y ss., en particular p. 58.

un lado las leyes de las viejas escuelas, profundizó el análisis de los comportamientos humanos en la crisis y propició un decidido intervencionismo del Estado sosteniendo la demanda global a través del gasto público como medio para contrarrestar las limitaciones que experimentaba el mercado, partiendo de la premisa de que la finalidad de la economía política no era simplemente generar riquezas y acumular mercaderías, sino hacer que la gente pudiera vivir, asegurando para ello la ocupación plena.

John M. Keynes además de su sólida formación científica y su actuación académica-universitaria en el King's College de Cambridge, donde enseñó Economía hasta su muerte, fue un hombre de mundo, interesado en los asuntos políticos y en los concretos problemas de la economía práctica. Esto se vio demostrado por varias de sus obras, dentro de las que se destacan: *Las consecuencias económicas de la paz* (1919), resultado de su participación como representante del tesoro británico en la delegación enviada a negociar el Tratado de Versalles después de la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial (1914-1918), en donde el autor expresó su marcado desacuerdo con las duras condiciones impuestas a los vencidos, lo que tiempo después le permitió volver sobre el tema en *Una revisión del Tratado* (1922). También merecen ser referidos su *Tratado sobre la reforma monetaria* (1923) y el *Tratado sobre el dinero* (1930), en donde criticó, respectivamente, la adhesión al patrón oro y la teoría cuantitativa de la moneda.

El libro más trascendente del referido pensador, y muy probablemente la obra de Economía Política más importante del siglo XX, fue su *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936), en la cual, a partir de un *enfoque macroeconómico*, exploró las relaciones entre los grandes agregados económicos —el ingreso nacional, el producto interno bruto, el consumo, el ahorro, la inversión, el atesoramiento y numerosas variables de orden colectivo y supraindividuales—, dando explicación sobre las causas que, en su concepto, habían desatado la depresión, como de sus propuestas —verdaderamente radicales y muy alejadas de la ortodoxia liberal— para superarla. Refutó la Ley de las Salidas o Ley de Say, conforme a la cual *cada oferta crea su propia demanda*, como consecuencia de lo cual *en un mercado libre resultaría imposible una crisis general*, por cuanto toda actividad productiva genera rentas, salarios y beneficios suficientes para adquirir los nuevos productos, por lo que la economía tiende a equilibrarse sola, al menos, en el largo plazo. En tal sentido, entendió que ello no ocurriría, por lo pronto, en el corto plazo, en razón de que en las sociedades desarrolladas se observaba una propensión marginal al ahorro —atesoramiento— que se acentuaba, especialmente en las crisis, decayendo el consumo. Era imperioso, por tanto, resolver con realismo el problema de inmediato, valiéndose de una irónica reflexión respecto de las puntualizaciones de los clásicos, al indicar que "en el largo plazo estaremos todos muertos". Propuso, consecuentemente, la utilización de los más variados instrumentos *fiscales, tributarios, monetarios y crediticios para estimular la demanda agregada*, principalmente a través del *gasto público* con un vigoroso plan de obras —para hacer operar

plenamente el efecto multiplicador—, *como medio de recuperar la ocupación plena*. En materia tributaria propiciaba la aplicación de impuestos con tarifas progresivas fomentando, a través de los gastos sociales, *la redistribución de los ingresos* —para aprovechar la más elevada propensión marginal a consumir de las clases postergadas y con necesidades insatisfechas—, sin perjuicio de *su preferencia por los empréstitos como medio de financiamiento en las etapas recesivas del ciclo económico*, evitando los desincentivos a la inversión que pudiera provocar la carga tributaria alternativa. La *política monetaria* en la crisis debía *favorecer la liquidez*, y *la crediticia incrementar la oferta de crédito para reducir la tasa de interés* y hacerla compatible con el rendimiento marginal del capital. Conceptualizó, valga reiterarlo, que la debilidad del consumo privado en los períodos de recesión, debía remediarse mediante *el incremento del gasto público, aunque el Estado incurriera en déficit fiscal* para generar la demanda añadida, *o tuviera que recurrir a la emisión monetaria*.

En opinión de Keynes, ya que en la crisis no se puede contar con el sector privado para sostener la demanda, el Estado tiene la responsabilidad de reactivar la economía y, por tal conducto, recuperar el pleno empleo. Es que mientras los individuos y las familias reducen sus gastos cuando disminuyen sus ingresos, los gobiernos no tienen que restringirlos durante la crisis —ya que actuar de ese modo sólo agravaría la caída de la actividad económica en la coyuntura— sino, por el contrario, deben redoblar su compromiso erogatorio como modo de sostener la demanda global. Todo teniendo en vista el factor *multiplicador*, que *explica los efectos favorables de los gastos* que, convertidos en su contracara en ingresos para quienes los perciben, suscitan nuevos consumos y, así sucesivamente, todo ello en relación directa *con la propensión marginal a consumir*.

Las postulaciones precedentes fueron recogidas por el presidente estadounidense Franklin D. Roosvelt al asumir como primer mandatario en 1933, dando lugar a una serie de programas conocidos como *New Deal* o "Nuevo Acuerdo", visualizados como un medio de estimular la demanda y proporcionar trabajo y ayuda a los pobres. Se sancionaron así, diversas leyes por las que se reguló exhaustivamente el accionar de la Bolsa de Valores y la actividad bancaria, al tiempo que la Agencia para la Reconstrucción Nacional llevó adelante una serie de cambios profundos en la economía de aquel país y un vasto plan de inversiones sin perjuicio que la actividad del organismo se vio temporalmente paralizada en el año 1935 al ser considerada inconstitucional por la Corte Suprema —en ese momento integrada por magistrados de marcada extracción conservadora, si bien el alto estrado se vio renovado poco tiempo después—.

La cobertura del *amplio programa de obras públicas* mediante la colocación de empréstitos, por cuanto, de tal modo, se trataba *de rescatar el ahorro convertido en atesoramiento ocioso*, como consecuencia de la preferencia de liquidez de los habitantes norteamericanos como medio de conjurar riesgos y preservar reservas frente a la crisis. Por otro lado, *las erogaciones públicas* realizadas con los antedichos recursos obtenidos por medio del crédito *representaban un gasto nuevo*, esto es una adición a la demanda efectiva, con

claros e importantes efectos expansivos. Este aumento de la demanda efectiva cuando hay paro se traduce en *más empleo* y en *el aumento de la renta nacional*. Por lo demás, visto el fenómeno desde otra perspectiva, más allá de que el apuntado gasto genere un *desequilibrio presupuestario* registrable en la contabilidad oficial, *si el Gobierno toma el dinero prestado de sus propios ciudadanos*, en los hechos, según Keynes, sólo conduce a que *sustancialmente los contribuyentes deberán dinero a los poseedores de los títulos* y, en definitiva, el gasto público, de amortización de intereses y cancelación del capital, *sólo representará transferencias internas que elevarán la renta nacional*, aumentando el ahorro en una cantidad igual al déficit.

En síntesis, el *pensamiento keynesiano* y la política del *New Deal* condujeron a consagrar *un nuevo paradigma* en materia de presupuesto público, sustituyendo el *dogma del equilibrio financiero anual* por el *postulado del equilibrio económico con pleno empleo*.

3. Algunos exponentes del pensamiento económico pos-keynesiano

Las formulaciones precedentes abrieron el camino al *pensamiento económico pos-keynesiano*, dentro del cual nos referiremos centralmente a sus figuras principales: por un lado, el economista norteamericano Alvin Hansen (1887-1975) y, por otro, el pensador nacido en Rusia, y con trayectoria académica en Inglaterra y Estados Unidos, Abba P. Lerner (1903-1982).

Alvin Hansen fue autor de importantes trabajos sobre *los ciclos económicos* y *la teoría monetaria*. Su experiencia en oficinas gubernamentales lo llevó a convertirse en un encendido defensor de la intervención del Estado en la economía, sobre todo en la esfera de las relaciones monetario-crediticias, estimulando la demanda para eliminar la situación de paro. Su aportación más original, con la que enriqueció al keynesianismo, fue *la teoría del estancamiento secular de las economías desarrolladas*, en virtud de la cual propició, para contrarrestarla, la necesaria participación pública en la economía, por cuanto aquélla corresponde, no ya a una etapa del ciclo económico, sino que obedece a una razón estructural que tiende a convertirse en una situación permanente, salvo que el Estado logre llenar la brecha que se suscita entre el ahorro y la inversión privada, brecha que el mercado, por sí solo, no puede conjurar.

Su libro *Política fiscal y ciclo económico*, publicado en 1941, constituyó una de las primeras obras académicas en las que se efectuó un análisis keynesiano de la Gran Depresión. En el se recogieron sus experiencias como asesor en el diseño de las políticas públicas en las administraciones de los presidentes F. D. Roosvelt y H. S. Truman, gestiones en las que actuó como consultor de la Reserva Federal y del Departamento del Tesoro. Según este autor, el Estado debía obtener su financiamiento suplementario primordialmente con endeudamiento, por cuanto éste no drenaba fondos del sector privado, lo que conducía, como necesaria implicancia, a *concebir al crédito público como un recurso ordinario* y al *déficit presupuestario como un hecho corriente*, cuyos

únicos límites vendrían dados por su eficaz utilización para incrementar la renta nacional. Así, el camino transitado por Alvin Hansen puede describirse como distinto pero paralelo al de John M. Keynes, al conceptualizar que el déficit presupuestario es compatible con la asunción por el Estado del cometido de incentivar la actividad económica, quebrando el estancamiento secular y revirtiendo situaciones de desempleo. Respecto de *la inflación*, que según sus contradictores podía suscitar su política financiera, estimaba que el *control sobre ella* debía alcanzarse mediante "un adecuado manejo en la variación de los tipos de interés, las tarifas tributarias y la oferta de moneda, acompañado todo ello con controles de precio y de salarios".

Abba P. Lerner, propulsor de un socialismo de mercado —conceptualizado por algunos como una tercera vía—, negó que el sistema tributario tuviera por finalidad brindar cobertura a los gastos públicos, limitando su cometido a absorber poder adquisitivo del sector privado, como medio de conjurar la inflación. En su principal obra: *Teoría económica del control: principios de economía del bienestar*, publicada en 1944, luego de precisar conceptos y procedimientos como los de la *demanda efectiva* y el *uso del dinero fiduciario*, propuso que los gobiernos se valieran de lo que él denominó *finanzas funcionales*, convertidas en una herramienta para el logro del pleno empleo con estabilidad de precios. Como fórmula para controlar la inflación *propuso un mercado de bonos públicos*, los que se colocarían entre los agentes económicos en las etapas de auge y exceso de liquidez, absorbiendo de tal modo fondos excedentes que pudieran recalentar la demanda, los que se rescatarían por el Estado en la coyuntura de depresión para volcar más recursos a la plaza e impulsar el consumo.

La influencia del pensamiento keynesiano se hizo presente en América latina, en un estadio más tardío, a través de un enfoque intervencionista del Estado en la economía receptado en las propuestas formuladas por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL) encarnado en la figura, fundamentalmente, del economista argentino Raúl Prebisch (1901-1986), enfoque designado, en forma genérica, con los nombres de *estructuralismo y/o desarrollismo*.

En la prolífica producción de Raúl Prebisch resaltan, entre otras, las siguientes obras: *Introducción a Keynes* (1947), *El desarrollo económico de la América latina y algunos de sus principales problemas* (1949), *Problemas teóricos y prácticos del crecimiento económico* (1951), *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano* (Informe de 1963 de la CEPAL), *Transformación y desarrollo: la gran tarea de América latina* (1970), *Capitalismo periférico: crisis y transformación* (1981). Describió un "deterioro continuo de la relación real de intercambio de las economías primarias, normalmente periféricas, basado en que la demanda de productos manufacturados crece mucho más de prisa que la de las materias primas". Para revertir la apuntada tendencia propició la industrialización con sustitución de importaciones demandando una actuación inteligente del Estado, con coherencia administrativa, para combinar los mercados

abiertos con intervenciones calculadas y procesos deliberados. Criticó la teoría de las ventajas comparativas, el paradigma tradicional de la división internacional del trabajo, como las concepciones monetaristas y los planteamientos del Fondo Monetario Internacional, al sostener que la inflación en los países latinoamericanos obedecía a causas estructurales y no simplemente monetarias. Recomendó una política proteccionista en materia de comercio exterior, el fortalecimiento del mercado interno, un programa de inversiones públicas para desarrollar la infraestructura básica de la economía y la orientación del crédito. "El consiguiente rol que le asignaba al Estado en los países en vías de desarrollo, justificaba el déficit presupuestario anual".

En la misma concepción se inscribió el economista brasileño Celso Furtado (1920-2004), figura de gravitación decisiva en las políticas públicas de su país, donde actuó como director del Banco Brasileño de Desarrollo Económico y Social, creando la Superintendencia para el Desarrollo del Nordeste, agencia gubernamental pionera en impulsar el crecimiento económico. Entre 1962 y 1963 fue ministro de Planificación del presidente João Goulart, debiendo emigrar como consecuencia del golpe militar, lo que lo llevó a ejercitar la actividad docente en las Universidades de Yale, Cambridge y París.

El *estructuralismo cepalino* importó una respuesta a las ideas neoliberales, reformulando desde la perspectiva de los intereses económicos latinoamericanos, el pensamiento keynesiano y pos-keynesiano.

El profesor argentino Marcelo Ramón Lascano en su tesis, leída en el año 1979 en la Universidad Complutense de Madrid, *Presupuestos y dinero: la neutralidad del déficit en condiciones del crecimiento económico*, y luego publicada en la Argentina[63], se enrola en la línea de pensamiento precedente, al describir *los efectos monetarios de la gestión presupuestaria* y descartar que la estabilidad de la moneda garantice el equilibrio presupuestario anual cuando, en realidad, lo que se requiere a tales fines es del equilibrio general de la economía, premisa esencial para propiciar la utilización estratégica del presupuesto a partir de la importancia del rol del Estado en la economía moderna. En ella se critica la visión tradicional del presupuesto que, para este autor, había tocado fondo a partir de las políticas activas del Estado comprometido con propósitos de asistencia social y de estabilización y desarrollo; en tal sentido, remarca que "en el nuevo contexto ya no preocupa el déficit o el superávit desde el punto de vista meramente financiero", porque uno u otro resultado se buscan deliberadamente según lo vaya aconsejando la coyuntura económica. Indica al respecto: "El *déficit spending* o gasto deficitario fue concebido en los años treinta con el deliberado propósito de crear impulsos reactivadores. Actualmente, la estrategia del *superávit con pleno empleo* persigue iguales objetivos para *asegurar la estabilidad* dentro de una organización económica que no se conforma simplemente *con altos niveles de*

[63] LASCANO, Marcelo R., *Presupuestos y dinero: la neutralidad del déficit fiscal bajo condiciones de crecimiento económico*, Eudeba, Buenos Aires, 1972.

actividad, sino que procura *el aprovechamiento óptimo de la capacidad operativa nacional*, es decir, eliminando la brecha existente entre el producto bruto real y el producto bruto potencial susceptible de ser obtenido con los recursos disponibles"[64]. Entiende, por tanto, que habida cuenta de los progresos alcanzados por la planificación, "el presupuesto financiero debe estar sometido a ésta, ya que éste no es sino un capítulo del presupuesto económico nacional", entendido como un instrumento de previsión integral que describe el comportamiento, la interrelación y la evolución que experimentarán las grandes variables económicas, de manera que sirvan de base para decisiones oportunas y racionales de la política económica que se elabora recogiendo los datos de las cuentas retrospectivas para formular las cuentas prospectivas (futuras), que no sólo sirven de guía para la política económica global, sino también para la confección del presupuesto en particular[65]. Reitera, al referirse a los efectos monetarios de la gestión presupuestaria, que cabe descartar que la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda se encuentre condicionada al equilibrio presupuestario, a partir de una crítica bien fundada a las concepciones monetaristas y advirtiendo los riesgos que representa para una actividad económica sostenida y acelerada volver a idealizar los postulados de la sanidad fiscal y la demonización del déficit[66].

4. El neoliberalismo

En las últimas décadas del siglo XX alcanzaron difusión en el mundo occidental un conjunto de ideas económicas con fuerte repercusión en la hacienda pública que consideradas en su conjunto, y más allá de los matices que se advierten en sus formulaciones específicas, pueden agruparse como expresiones del *neoliberalismo*. Siguiendo al catedrático colombiano Mauricio A. Plazas Vega, los rasgos comunes de su prédica se orientan a postular: a) la reducción del papel del Estado; b) la recuperación de la confianza en el individuo como actor de la actividad económica; c) la apelación al mercado; d) el reclamo por la disminución del gasto público; e) la propuesta de la supresión o reducción de las tarifas progresivas en los impuestos a la renta y la racionalización de los impuestos al consumo; f) la baja de los aranceles aduaneros, favoreciendo la apertura del comercio internacional; g) la desregulación económica; h) el

[64] LASCANO, Marcelo R., *Presupuestos y dinero: la neutralidad del déficit fiscal bajo condiciones de crecimiento económico*, cit., primera parte: "Análisis teórico de la cuestión", cap. II: "Presupuestos y dinero (generalidades e interrelaciones)", punto 1: "El presupuesto", parág. c): "Crisis del presupuesto tradicional. Función actual", ps. 25 y ss., en particular p. 26.

[65] LASCANO, Marcelo R., *Presupuestos y dinero: la neutralidad del déficit fiscal bajo condiciones de crecimiento económico*, cit., primera parte, cap. II, punto 1, parág. f): "El Presupuesto Económico Nacional (PEN)", ps. 42 y ss.

[66] LASCANO, Marcelo R., *Presupuestos y dinero: la neutralidad del déficit fiscal bajo condiciones de crecimiento económico*, cit., primera parte, cap. II, punto 1, parág. e): "Experiencias estabilizadoras contemporáneas. Función del déficit financiero y de la política monetaria", ps. 67 y ss.

fortalecimiento de la competencia y la eliminación de los monopolios; c i) la descentralización territorial de la gestión del gasto[67].

A partir de las formulaciones precedentes se propició arribar a una finanzas más sanas, replegando el Estado como prestador de servicios públicos o titular de emprendimientos industriales o comerciales —conjurando mediante privatizaciones el gigantismo público y el exceso del gasto—, contrayendo y limitando las erogaciones públicas a fin de evitar *el déficit presupuestario para prevenir el exceso de la presión tributaria, la extralimitación en el endeudamiento* y, fundamentalmente, *la inflación* o depreciación del valor de la moneda, reprobada por constituir, para los autores enrolados en tal doctrina, el *impuesto de los pobres*. Esta concepción en la que revistan numerosos autores se manifestó fundamentalmente a través de algunas escuelas arquetípicas.

La Escuela de Austria que tuvo como principales exponentes a Ludwig von Mises (1881-1973) y a Friedrich A. von Hayek (1899-1992), y cuyos planteamientos constituyen, en esencia, una crítica al socialismo y a la economía mixta, se propuso revertir la intervención del Estado y la planificación económica en razón de concebirlos como contrarios a la libertad y aliados al autoritarismo.

Ludwig von Mises nació en el antiguo Imperio Austro-Húngaro. Registró una vasta producción bibliográfica, dentro de la cual se destacan: *La teoría del dinero y el crédito* (1912), *El socialismo: un análisis económico y sociológico* (1922), *Sobre el liberalismo y el capitalismo* (1927), *Gobierno omnipotente* (1944), *La acción humana* (1949, posiblemente uno de sus más importantes aportes), *Teoría e historia* (1957) y *Autobiografía de un liberal* (1973). El *problema de la inflación* fue motivo de especial interés en sus diversos trabajos, proponiendo *reformas monetarias y financieras*. Entendió que el intervencionismo estatal era totalmente contraproducente excluyendo las soluciones de las posibles terceras vías.

Por su parte, Friedrich A. von Hayek, considerado por muchos como uno de los padres del liberalismo moderno, *dirigió sus críticas a la economía planificada y al socialismo*, siendo galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1974. En su juventud se mostró proclive a las ideas del socialismo fabiano, pero la lectura del libro de Von Mises: *El socialismo*, donde se hacía una devastadora crítica hacia esa doctrina, lo hizo cambiar de posición. En 1931 se instaló en Londres en donde ocupó una cátedra de la London School of Economics, en la que adquirió gran notoriedad y fama en el ámbito académico por la rivalidad y polémica que mantuvo con Keynes. Su popularidad fue creciendo, en particular desde el fracaso del régimen comunista, ya que, mucho antes, desde la década del treinta, había previsto su inevitable degradación por razones económicas básicas. Cuestionó la "teoría del equilibrio general" por entender que un cálculo *de planificación era imposible sin mercado*. Se ocupó del estudio de los *ciclos económicos* y la gravitación que en ellos reconocía al *crédito bancario*

[67] PLAZAS VEGA, Mauricio A., *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, cit., t. I, libro primero, parte segunda: cap. III: "El neoliberalismo", ps. 77 y ss.

y *a los tipos de interés*. Sus críticas a la economía planificada se condensaron en el libro: *Camino de servidumbre* (1944), que lo hizo muy popular; igual que *Los fundamentos de la libertad* (1960), considerada una de sus obras maestras. Entendía que sin propiedad privada se creaba una dependencia tan marcada con el Estado que transformaba a los hombres en esclavos, por lo que defendió el orden espontáneo del mercado. Su obra se completa con el *Orden sensorial* (1952) en la que fundamenta que la mente humana, igual que el mercado o la sociedad, son fenómenos tan complejos que no podían explicarse o predecir su funcionamiento; *Derecho, legislación y libertad* (tres volúmenes aparecidos en 1973, 1976 y 1979), donde trata sobre la aparición espontánea de las normas legales y morales y *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo* (1988), donde atribuye el nacimiento de la civilización a la propiedad privada.

Otra manifestación del neoliberalismo lo encontramos en la Escuela de la elección pública (*public choice*), representada, fundamentalmente, por los estadounidenses James Mc. Gill Buchanan, nacido en 1919 y Premio Nobel de Economía en 1986, y Gordon Tullock, nacido en 1922. Además de la vasta producción individual de estos autores, en 1962 presentaron la obra conjunta: *El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, conforme a la cual debe aplicarse a la política la metodología propia de la ciencia económica para asuntos tales como las elecciones, la eficiencia para la asignación de recursos, el funcionamiento de la democracia y en general la actividad y dinámica del sector público. Esto es, se liga la economía con la política a través del Estado, entendido como la suma de voluntades individuales, se supone que, dado que los individuos buscan su propio beneficio en el mercado, resulta poco realista pensar que no hacen lo mismo en su vida política. Extendiendo este desarrollo, se concluye que las fuerzas políticas tienden a mejorar sus resultados electorales y a concentrar poder, de la misma forma que los organismos públicos procuran aumentar el presupuesto que tienen asignado. De tal modo, se aplican *consideraciones de preferencia microeconómica a los procesos de elección en los sistemas democráticos* y se determina el grado en que los actores participan en el proceso para la consecución de los objetivos, lo que dista mucho de una concepción unilateral y estatista de la economía.

Finalmente, valga referir a la Escuela de Chicago que tuvo como máximo expositor al estadounidense Milton Friedman (1912-2006), Premio Nobel de Economía en 1976, alistándose en ella otros estudiosos de relieve como George Stigler (1911-1991), Premio Nobel de Economía en 1982. Esta escuela efectuó una encendida *defensa del libre mercado y de las concepciones monetaristas*, relanzando los enunciados clásicos de Adam Smith. Sus postulados orientaron las políticas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, y su doctrina fue tomada en cuenta en muchos países a partir de 1980, siendo la década de los noventa el período en que sus concepciones alcanzaron mayor auge a nivel mundial.

Milton Friedman encabezó la reacción contra las políticas económicas preconizadas por Keynes, criticando la gran dimensión que había adquirido el

sector público en los países occidentales, denunciando la distorsión que la intervención estatal había producido en el funcionamiento de los mercados. Propuso desmontar el Estado de Bienestar y dejar que actuaran libremente las leyes de la oferta y la demanda. Sin embargo alentó, contemporáneamente, medidas de protección contra la pobreza, como un impuesto negativo sobre la renta o el cheque escolar para los ciudadanos con menos ingresos. Friedman fue asesor económico de los presidentes Richard Nixon y Ronald Reagan y colaboró con el gobierno de Margaret Thatcher. Sus ideas alcanzaron gran difusión pública en razón de haberse valido de la prensa escrita, el ensayo y la televisión con su serie *Free to Choose*.

Recuperando viejas ideas *actualizó la teoría cuantitativa de la moneda, denunciando los efectos inflacionarios de las políticas expansivas keynesianas y del déficit fiscal*, por lo que admitía sólo un aumento muy moderado de la masa monetaria como medio para solucionar los problemas de la economía y a la vez permitir *un crecimiento económico sin inflación*.

Entre sus obras más destacadas pueden citarse: *Ensayos sobre economía positiva* (1953), *Una teoría de la función del consumo* (1957), *Dinero y desarrollo económico* (1973), *Teoría de los precios* (1976), *Paradojas del dinero: hacia un nuevo liberalismo económico* (1992), *La economía monetarista* (1999). Escribió, además, varias obras divulgativas en colaboración con su mujer: *Capitalismo y libertad* (1962), y *Libertad de elegir* (1980).

En nuestro medio, el catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Horacio A. García Belsunce, enfatizó ya en 1959, al proponer un plan de estabilización y desarrollo económico, que el déficit fiscal es la causa primaria de la inflación y que el equilibrio presupuestario es el punto óptimo para solucionarla[68], previniendo en otro ensayo, al ocuparse del papel moneda como recurso del Estado, acerca de los riesgos del emisionismo como la causa más relevante de la inflación, a través de la utilización de una verdadera operación tributaria, habida cuenta de la inconvertibilidad y curso forzoso de la emisión de circulante[69].

5. Aspectos de la Reforma Constitucional de 1994 imbricados con el presupuesto

La Reforma Constitucional de 1994 enroló decididamente a nuestra Carta Magna entre aquellas que sientan las bases del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, poniendo especial énfasis en lo social. Ello se infiere

[68] GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *Política fiscal para un plan de estabilización y desarrollo económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, ps. 25 y 32. Cabe agregar que el académico Horacio A. García Belsunce fue profesor titular regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, habiéndose desempeñado como secretario de Estado de Hacienda de la Nación durante la presidencia del doctor José María Guido, en los años 1962-1963.

[69] GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "El papel moneda como recurso del Estado (emisión e inflación)", en *Lecciones y Ensayos*, nro. 13, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1960, ps. 63 y ss.

a partir de un subsistema que encuentra su basamento central en el art. 75 del Estatuto Supremo, en donde se enumeran, en diversos incisos, las atribuciones del Congreso de la Nación. En tal precepto, cobra relevancia que en el inc. 2°, párr. 3° *in fine*, se establezca respecto de la distribución de la coparticipación tributaria (o renta pública federal) que la misma "se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas —se refiere a la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires— contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional". A su vez, por el inc. 8°, se determina que "fijará, anualmente, conforme a las pautas establecidas en el párr. 3° del inc. 2° de este artículo el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas...". Por su parte, el inc. 19, conocido como "Cláusula del progreso con justicia social", introduce al párr. 1°, remarcando como competencia legislativa: "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento", para añadir en el segundo: "Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen". Finalmente, por el inc. 23 se determina que corresponde al Congreso: "Legislar y promover medidas de *acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". Se trata, en este último aspecto, de la adopción de medidas de *acción positiva* (*affirmative actions*), también denominadas de "discriminación inversa o benigna" (*reverse or bening discrimination*), las que han sido materia de amplio tratamiento en la doctrina comparada, utilizándose en los más diversos ámbitos —v.gr., representación política con mínimos tasados a favor de la mujer para la integración de los órganos colegiados— y que no se agotan, por tanto, en la función ingresos-gastos públicos.

Por lo que se ve, nuestra Constitución Nacional no puede privilegiar el equilibrio fiscal a todo trance a partir de una visión economicista, en tanto el presupuesto público se ha convertido en un instrumento que debe propender a asegurar el desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades de todos los habitantes a lo largo y a lo ancho del país y privilegiar la generación de empleo como medio de mitigar situaciones de desocupación generalizada. De todos modos, tampoco puede pasar desapercibido que se ha fijado como responsabilidad del Congreso *la defensa del valor de la moneda* lo que requiere garantizar de algún modo la

sanidad fiscal, por cuanto el déficit crónico ha sido, al menos en la Argentina, un disparador del emisionismo, el cual no fue ajeno a la agudización de los procesos inflacionarios.

6. Variadas medidas legislativas dictadas en los últimos años en la República Argentina para prevenir el déficit presupuestario

En el caso de la República Argentina los dos procesos hiperinflacionarios producidos en época reciente, uno en la fase final de la presidencia de Raúl Ricardo Alfonsín y el otro al comienzo del primer mandato presidencial de Carlos Saúl Menem, generaron un clima propicio para impulsar una política financiera ortodoxa a fin de conjurar la posibilidad de que el exceso de gasto público y el correlativo de emisionismo monetario generaran nuevos procesos de acelerada pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por otro lado gravitó en el ámbito nacional, en esta etapa, la experiencia de la Unión Europea y la adopción de un signo monetario común: *el euro*. Es que en el Viejo Continente luego de una trabajosa negociación durante los años 1990 y 1991 se arribó al Tratado de Maastrich, que finalmente fue suscripto en febrero de 1992. Por el mismo, se otorgó mandato a una autoridad monetaria independiente —el Banco Central Europeo (BCE)— para preservar la estabilidad de los precios. Es que el ingreso a la Zona del Euro requería un determinado grado de convergencia, evitando fluctuaciones en los precios nacionales de los productos. Es por ello que el art. 114 del Tratado viene a establecer que los Estados miembros no debían incurrir en excesivos déficits, estableciéndose como límite el 3% del Producto Bruto Interno, el cual sólo podía superarse bajo situaciones de excepción. En cuanto a la deuda pública se determinó que ella no podía superar el 60% del Producto Bruto Interno, y en caso de que ello ocurriera debía disminuirse progresivamente. También se prohibió el financiamiento monetario del déficit como el otorgamiento de créditos privilegiados a entidades públicas. En dicho marco el Comité Europeo es el responsable de monitorear y supervisar el cumplimiento de las pautas e imponer las sanciones respectivas en el caso de que fueran infringidas. Igualmente las metas fiscales se complementaron con la adopción de esquemas de contabilidad pública compatibles y homogéneos para facilitar el apuntado control. El ajuste fiscal que debieron encarar algunos países se logró principalmente recortando gastos o eliminando subsidios y no aumentando tributos.

Con referencia a nuestro país es menester referir, en primer término, la sanción de ley 23.928, dictada a comienzos de 1991, conocida como Ley de Convertibilidad del Austral y de Desindexación, la cual posibilitó, en un contexto económico especial, un largo período de estabilidad monetaria, de casi una década, fenómeno inusual en nuestro medio, hasta el estallido económico de la crisis a fines del año 2001.

Por otro lado corresponde dar cuenta de ley 24.144 —Carta Orgánica del Banco Central— que tendió a dotar a la entidad monetaria de independencia

con relación a los poderes políticos y, particularmente, del Gobierno, a fin de resguardar las reservas y permitirle dictar las líneas directrices, no sólo en materia monetaria y cambiaria, sino también en todo lo concerniente al crédito y a la tasa de interés dentro del sistema financiero institucionalizado.

La ley 24.156 —Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control—, del año 1992, importó una redefinición de los roles y procedimientos de la Hacienda Pública nacional, como la reglamentación de los respectivos organismos de fiscalización, basada sobre el principio de centralización normativa y descentralización operativa, otorgando el rol rector a la Secretaría de Hacienda de la Nación. Si bien no incorporó reglas fiscales cuantitativas a la administración financiera pública, concentró las llamadas "reglas de procedimiento", en materia presupuestaria y de administración de los recursos públicos.

Es recién con la ley 24.629 —Ley Complementaria para la Ejecución del Presupuesto de la Administración Nacional—, de principios de 1996, en que se establecen restricciones al incremento de gastos sin financiamiento expreso, junto con mayores exigencias de transparencia en las cuentas presupuestarias, y con la obligación del Poder Ejecutivo de presentar al Congreso cada trimestre el estado de ejecución presupuestaria y el 30 de junio un informe de avance sobre la elaboración del presupuesto del año siguiente.

En el año 1998 se comenzó a discutir en el Congreso lo que luego sería la primera Ley de Responsabilidad Fiscal en la Argentina. Finalmente sancionada como ley 25.152, se la conoció primero como Ley de Administración de los Recursos Públicos, y luego públicamente, como Ley de Solvencia Fiscal. Su trámite parlamentario fue prolongado y durante su transcurso se produjeron modificaciones macroeconómicas significativas que gravitaron en su contenido. Las reglas numéricas fue el aspecto más conocido de la ley, al establecerse un cronograma de reducción gradual del déficit a partir de 1999, para alcanzar el equilibrio fiscal para el ejercicio 2003. El crecimiento del gasto público quedó supeditado al crecimiento del Producto Bruto Interno, obligando a no aumentar el gasto primario corriente en el caso de caída de la actividad económica. Se dispuso, asimismo, la creación de un Fondo Anticíclico Fiscal constituido con ingresos extraordinarios provenientes de concesiones y privatizaciones y con un porcentaje de la recaudación de impuestos.

Por el art. 6° de la apuntada Ley de Convertibilidad Fiscal se estableció la obligación de incorporar en el mensaje de elevación del presupuesto general de la Administración nacional, en conjunto con el Programa Monetario y el presupuesto de divisas del sector público nacional, *un presupuesto plurianual de por lo menos tres (3) años*. Conforme a la norma éste debía contener como mínimo, lo siguiente: "a) Proyecciones de recursos por rubros; b) Proyecciones de gastos por finalidades, funciones y por naturaleza económica; c) Programa de inversiones del período; d) Programación de operaciones de crédito provenientes de organismos multilaterales; e) Criterios generales de captación de otras fuentes de financiamiento; f) Acuerdos-programas celebrados y sus respectivos montos;

g) Descripción de las políticas presupuestarias que sustentan las proyecciones y los resultados económicos y financieros previstos".

En sus resultados, la ley detallada en los dos párrafos precedentes fue un fracaso, como consecuencia de las turbulencias previas al desplome del régimen de convertibilidad, finalmente abandonado a principio del año 1992, todo ello en el curso de una profunda crisis política, económica y social. El Fondo Anticíclico Fiscal llegó a constituirse pero nunca tuvo recursos que le permitieran cumplir con los fines previstos. Aunque la ley 25.152 no fue derogada formalmente, en varios de sus aspectos fue rápidamente dejada de lado.

Antes del desenlace de la crisis política y económica de fines del año 2001, alcanzó a sancionarse la ley 25.717 —Ley de Equilibrio Fiscal o Déficit Cero— que operó como una reforma a la Ley de Administración Financiera, por la cual se propuso no gastar más que lo que podía financiarse con los recursos corrientes del Estado. En virtud de ella, el Poder Ejecutivo decretó una serie de recortes salariales y a las jubilaciones y pensiones que, de todos modos, resultaron insuficientes para lograr el propugnado "déficit cero". Valga agregar que tiempo después estas regulaciones serían declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desatada la crisis iniciada en diciembre del año 2001 se generó, junto con la suspensión del pago de la deuda pública, la reprogramación de los depósitos bancarios, la ruptura de los contratos de ejecución continuada, y un alto desempleo, una toma de conciencia sobre la necesidad de reformular el marco normativo para superar la angustiosa situación que se vivía.

En las condiciones descriptas en el párrafo precedente, en el año 2004, se sancionó la ley 25.917 —nuevo Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal—. Esta ley apuntó a dotar de la mayor transparencia a las cuentas públicas, estandarizando y difundiendo la información presupuestaria de la Nación y las provincias, con un horizonte plurianual. Se fijó como límite para la expansión del *gasto primario* el crecimiento del Producto Bruto Interno y se prescribió la *ejecución equilibrada del presupuesto* una vez descontados ciertos gastos. Para las provincias se estableció un límite de endeudamiento de forma tal que los servicios de la deuda *no superasen el 15% de los recursos corrientes* (deducían las transferencias por coparticipación a municipios) *de la jurisdicción*. Todas las provincias fueron instadas a crear fondos fiscales de carácter anticíclico. A su vez, por su art. 6°, se estableció la obligación para todos los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de presentar ante sus legislaturas las proyecciones de los presupuestos plurianuales para el trienio siguiente, reeditando el compromiso instituido para la Nación por el art. 6° de la ley 25.152. Se creó, asimismo, un Consejo Federal de Responsabilidad Fiscal, integrado por representantes de la Nación y las provincias a cargo de fiscalizar la aplicación de la ley, e imponer, en su caso, sanciones.

Precediendo a la sanción de la ley a que se alude en el anterior párrafo, la situación de un buen número de jurisdicciones provinciales, las exhibía aho-

gadas por fuertes compromisos financieros, desproporcionados con las efectivas posibilidades de repago. En tales condiciones, muchas de ellas habían emitido cuasi monedas para atender los pagos básicos de la administración y, esencialmente, los salarios de sus agentes. Así las cosas, en febrero del año 2002, el Gobierno nacional alcanzó un acuerdo con las provincias para resolver los aspectos más críticos de la coyuntura, asumiendo sus deudas, y renegociándolas a plazos más largos, y a menor tasa de interés. Correlativamente las provincias objeto de la asistencia financiera se comprometieron a reducir sus desequilibrios y a no incrementar el endeudamiento, todo ello mediante la instrumentación de Programas de Financiamiento Ordenando (PFO). También el compromiso de las jurisdicciones locales abarcaba la realización de reformas en materia de transparencia fiscal y administración financiera. En garantía de sus obligaciones las provincias cedieron derechos sobre importes de la coparticipación que les habría de corresponder en el futuro.

Con fundamento en la nueva Ley de Responsabilidad Fiscal, la Nación continuó firmando acuerdos con algunas provincias e, incluso, se volvió a utilizar la mecánica de los Programas de Financiamiento Ordenando, en este caso a través del Fondo Fiduciario de Desarrollo Provincial (FFDP), todo ello bajo la condición de que las jurisdicciones locales limitaran el nivel de endeudamiento y dotaran de transparencia a sus cuentas fiscales.

La norma, además de la transparencia de la gestión pública, de controlar el crecimiento del gasto corriente y de la deuda, propendió a lograr *una solvencia fiscal sostenible* en el tiempo en todos los niveles de la Administración Pública (Nación, provincias y municipios).

En cuanto a su vigencia, la ley 25.917 por su art. 35 dispuso: "El Régimen creado por la presente ley entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2005. Para aquellas jurisdicciones que adhieran con posterioridad, la vigencia comenzará a regir a partir de la fecha de adhesión". Por su parte, la ley 26.422[70] de Presupuesto General para la Administración Nacional para el Ejercicio 2009, por su art. 14 postergó las obligaciones establecidas en el art. 3° de la Ley de Responsabilidad Fiscal a un plazo máximo de dos ejercicios fiscales subsiguientes al del año 2009.

7. La crisis económica del año 2008 en EE.UU. y el reverdecer del neoestructuralismo pos-keynesiano

Algunos fenómenos se convierten en precipitantes que replantean formulaciones e importan, en los hechos, un retorno a viejas concepciones. De alguna manera, se advierte entonces una suerte de *corsi e ricorsi*[71] sobre el rol del

[70] *Anales de Legislación Argentina*, LXIX-A-5 y ss.

[71] La expresión italiana *corsi e recorsi* está tomada de la teoría del acontecer histórico del filósofo de la historia Giambattista Vico (1668-1744), desarrollada centralmente en su obra: *Principi d'una scienza nuova in torno alla natura delle nazioni* (1744). Para este autor, la historia es

Estado en la economía, particularmente a partir del momento en que se desatan profundas crisis, que el mercado, por sí solo, no puede resolver, lo que demuestra que la historia es un fenómeno recurrente en el cual, en lo que aquí interesa, se abraza y se desprecia, sucesivamente, el dogma del equilibrio presupuestario anual.

Los Estados Unidos de América habían disfrutado durante los primeros años de este nuevo siglo un crecimiento económico sin sobresaltos, lo que no hacía presagiar la inminencia de ninguna crisis. De todos modos las bajas tasas de interés, fomentadas por la Reserva Federal en los primeros años de la década, convirtieron a las hipotecas en más accesibles, allanando el acceso al crédito de sectores con baja capacidad de repago y escasa solvencia que, hasta entonces, no habían podido concretar su aspiración de arribar a la vivienda propia. Este auge de las hipotecas *subprime* —abuso que llevó a que éstas se multiplicaran casi por seis en pocos años: del 2,5% del total en 2001, al 14% en 2008— se vio facilitado por el hecho de que la propiedad raíz experimentaba una constante y sostenida alza, con lo cual la deuda se terminaba pagando sola o se licuaba, ya que cada vez representaba un menor porcentaje en relación con el valor del inmueble.

El fenómeno antedicho generó una *burbuja financiera e inmobiliaria* por cuanto no existían razones efectivas para que los precios de la propiedad raíz continuaran en ascenso, ya que su impulso obedecía, en el más de los casos, a operaciones especulativas. Correlativamente los bancos adquirieron los créditos hipotecarios de alto rendimiento, armando paquetes para titularizar estas hipotecas con el fin de obtener liquidez atrayendo a los fondos de inversión y fondos de pensiones. También se generalizó un amplio menú de productos financieros, como los derivados, opciones y futuros, favorecido por el excedente de liquidez, no sólo en EE.UU., sino también en Europa. A su vez, las empresas calificadores de riesgos, tuvieron a los activos hipotecarios *subprime* por buenos, en tanto la multiplicidad de deudores permitía suponer que los impagos se distribuirían en relación con el total del colectivo de los obligados.

Al cesar el incremento del valor de los inmuebles y al elevar la Reserva Federal la tasa de interés muchas de las hipotecas que se habían tomado en el contexto de la antedicha *burbuja* se convirtieron en impagables, disparando incumplimientos y masivas ejecuciones. Por otro lado, los titulares de los paquetes hipotecarios, o de otros derivados financieros, comenzaron a experimentar una abrupta caída del valor de sus carteras, por cuanto sus créditos habían perdido el respaldo en garantía que originariamente tuvieron, hecho provocado por la sobreoferta de inmuebles para la venta, lo que generó, una pronunciada tendencia a la baja en los precios de las viviendas.

---

un constante flujo y reflujo, un continuo vaivén con un movimiento pendular. No avanza en forma lineal empujada por el progreso, sino en forma de ciclos que se repiten, es decir que implican siempre avances y retrocesos. De tal modo, *corsi* significa *paso o evolución de algo en el tiempo* y *ricorsi* importa *acción o efecto de recurrir*.

Las circunstancias descriptas en el punto precedente, rápidamente repercutieron en una sensible reducción en la construcción de viviendas, correlativa a la paralización del mercado inmobiliario por falta de crédito. Asimismo, el incremento de los intereses que debían afrontar los deudores hipotecarios, trajo aparejada una fuerte retracción en el consumo de las familias, al tener, sus integrantes, que afrontar cuotas de amortización de los préstamos contraídos para la compra de vivienda, cada vez más elevadas.

El alto riesgo que asumieron los bancos, la morosidad en la cobranza y la pérdida de respaldo de las colocaciones financieras, condujo a las entidades de crédito a una situación de fragilidad extrema, con pérdida de los recursos operativos disponibles, lo que comenzó a hacerse manifiesto en el año 2007, generando, gradualmente, una corrida de los depósitos que no pudo neutralizarse con las sucesivas reducciones de la tasa de interés decretadas por la Reserva Federal. En noviembre de ese mismo año, los tres mayores bancos de EE.UU., Citigroup, Bank of America, y JP Morgan Chase, impulsaron un acuerdo para reactivar el mercado crediticio local golpeado por la crisis hipotecaria. En diciembre de 2007, el presidente George W. Bush anunció un plan para el rescate de las hipotecas de alto riesgo por cinco años, con la esperanza de evitar que más personas siguieran perdiendo su casa.

El año 2008 se inicia con fuertes caídas en las bolsas del mundo entero, las entidades bancarias estadounidenses anuncian pronunciadas pérdidas y el Departamento de Trabajo de aquel país informa una alta tasa de desempleo. En el mes de marzo de ese año, el banco de inversión Bear Stearns anuncia su venta para evitar el colapso, siendo absorbido por el JP Morgan Chase, mientras que la Reserva Federal de los Estados Unidos, el Banco Central Europeo y los bancos centrales del Reino Unido, Canadá y Suiza coordinan fuertes ayudas para contrarrestar el empeoramiento de la crisis crediticia global. En julio de ese mismo año las autoridades financieras intervienen a Fannie Mae y Freddy Mac, asumiendo parte importante de su cartera hipotecaria, que representaba casi el 50% de las operaciones de tal tipo contraídas en EE.UU. En septiembre de 2008 se suceden los hechos más resonantes de la crisis: el Banco Lehman Brothers —emblemática institución dedicada a la financiación de bienes raíces—, al no encontrar un comprador y ante las abrumadoras pérdidas en el sector hipotecario se declara en bancarrota. Merill Lynch fue adquirido por el Bank of America, lo que disparó la liquidación de importantes carteras de acciones. La reserva federal de EE.UU. anuncia el paquete de rescata para salvar al gigante de los seguros American International Group (AIG). Los dos últimos bancos de inversión más grandes de aquel país: Goldman Sachs y Morgan Stanley se fusionan en un *holding* bancario. Según medios de comunicación de ese país, agentes federales examinan posibles fraudes cometidos por los entes hipotecarios Fanny Mae y Freddy Mac, el banco de inversión Lehman Brothers y la aseguradora AIG. El candidato republicano a la presidencia de EE.UU. John McCain decidió suspender su campaña para centrar su atención en la crisis financiera, mientras que el candidato demócrata Barak Obama insistió que el debate debía seguir adelante

porque el pueblo quería escuchar las ideas de los candidatos para resolver la crisis. En acuerdo, respaldado por el Gobierno, Wachovia —la cuarta institución financiera de ese país— pasa a manos de su principal rival el Citigroup. El trágico mes de septiembre se cierra con el rechazo de la Cámara de Representantes a un plan de rescate, lo que provoca una nueva caída en las acciones del índice Dow Jones que baja del 7%, la caída más pronunciada en un solo día.

La crisis de Estados Unidos que ya se había reflejado a nivel mundial desencadenó sucesivas bajas accionarias y quebranto de entidades financieras en Europa, Asia y el resto de América. Por otro lado, se produjo un desplome del precio del petróleo por reducción de la actividad económica, y en Europa se celebraron sucesivas cumbres de alto nivel para definir estrategias de rescate similares a las estadounidenses.

Las dificultades financieras alcanzaron a las grandes empresas automotrices de Detroit —entre ellas General Motors, Ford y Chrysler— las que necesitaron de importante y urgente asistencia del Gobierno para evitar caer en quiebra, comprometiéndose, correlativamente, a desprenderse de diversos activos, impulsar fuertes reducciones salariales y de planta laboral y orientar sus líneas de producción a modelos de menor consumo de combustible.

La crisis se trasladó a la *economía real* generando un proceso recesivo con caída del consumo, un incremento exponencial de las quiebras empresarias, una sensible merma de la actividad económica en su conjunto, alarmantes niveles de trabajadores en situación de paro y la adopción de medidas proteccionistas para evitar la pérdida de más empleos a favor de terceros países, lo que no fue óbice para que el Congreso, ya en la presidencia de Barack Obama y con respaldo bipartidista tuviera que intensificar los programas de rescate financiero, todos ellos a cargo del erario público, en el afán de impulsar la reactivación económica.

La socialización de las deudas, de todos modos, generó marcadas resistencias en vastos sectores de la sociedad estadounidense y evidenció la insuficiencia de la libertad de mercado para prevenir las crisis, así como la necesidad de acentuar las regulaciones legales sobre la actividad financiera, a fin de prevenir su reiteración en el futuro, tomando en cuenta que, finalmente, debió ser el Estado —y en definitiva la comunidad en su conjunto— el que asumiera, con cargo al erario público y el consiguiente déficit presupuestario, el esfuerzo del salvataje.

En el campo doctrinal, es menester resaltar en este período la aparición de una figura que adquiere significativa relevancia y que quiebra la línea de pensamiento predominante en Occidente durante las últimas décadas, tendencia caracterizada por su fundamentalismo a favor del libre mercado. Se trata de Joseph E. Stiglitz, nacido en Indiana, EE.UU., en el año 1943. De 1960 a 1963 estudió en el Amherst College. Obtuvo su doctorado en el Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT). Se desempeñó como profesor en las Universidades de Oxford, Princeton, Stanford y Yale. En la actualidad dicta clases en el Graduate School of Business de la Universidad de Columbia. En 1979 obtuvo la Medalla

John Bates Clark de la American Economic Association. En el período 1995-1997 integró el Consejo de Asesores Económicos del presidente de los Estados Unidos William J. Clinton, y en 1997 y 2000, sirvió como primer vicepresidente y economista jefe del Banco Mundial. En el año 2001 fue distinguido con el Premio Nobel de Economía junto a George A. Akerlof y A. Michael Spence, por sus análisis de los mercados con información asimétrica.

La literatura económica neoclásica había asumido que los mercados eran siempre eficientes excepto por fallas limitadas y bien definidas. Los estudios de Stiglitz cuestionaron esa presunción. Para él, en cambio, sólo bajo circunstancias excepcionales los mercados son eficientes. Cuando los mercados están incompletos y/o la información es incompleta —lo que ocurre, en su concepto, prácticamente en todas las economías, incluso en un mercado competitivo—, el reparto no es necesariamente eficiente. En otras palabras, casi siempre los esquemas de intervención gubernamental pueden introducir resultados superiores, beneficiando a todos. Entiende que el rango óptimo de intervenciones gubernamentales recomendables es significativamente mayor que el que reconocía la escuela tradicional, consideración que se deriva, desde su óptica, al no existir en el mercado la denominada *mano invisible*.

Opina Stiglitz que un mercado sin trabas, a menudo, no sólo no alcanza la justicia social, sino que, ni siquiera, produce resultados eficientes. Sus ideas predican la necesidad de una economía aún más intervencionista que la que propusieron en su hora los pensadores pos-keynesianos, por cuanto las fallas de mercado se dan como regla y, consiguientemente, la acción del Estado puede, de modo potencial, mejorar el reparto de los recursos del mercado. Así entonces, un gobierno ideal podría actuar mejor al dirigir una empresa por sí mismo, que a través de su privatización.

Por otro lado critica la importancia que se asigna, dentro de los indicadores económicos, al crecimiento del Producto Bruto Interno, por cuanto éste no mide adecuadamente los cambios en relación con el bienestar de las personas, ni permite comparar correctamente el apuntado bienestar entre diferentes países, al no tomar en cuenta la degradación del medio ambiente ni la merma o desaparición de los recursos naturales, a lo que se suma que, a veces, el PBI ha aumentado significativamente pero, en realidad, gran parte de la población no percibe haber accedido a una mejor calidad de vida, al haber sufrido una caída en sus ingresos.

También Stiglitz en el año 2002 escribió el libro: *El malestar de la globalización*, obra traducida a veinte idiomas y que resultara un *best seller* internacional, donde enfatizó que el Fondo Monetario Internacional había actuado sólo en interés de su más grande accionista, los EE.UU., y en detrimento de las naciones más pobres, todo ello en contradicción con las razones que motivaron su creación.

En el año 2006 publicó: *¿Cómo hacer que funcione la globalización?* que, además de contener una crítica al orden económico mundial, se complementa con diversas propuestas para intentar reencausar el apuntado fenómeno.

La crisis económica en EE.UU., el efecto dominó, el colapso financiero global, como las nuevas formulaciones doctrinales han conducido a reasignar al Estado funciones trascendentes en la economía como rector —definiendo su rumbo y el impacto social de las medidas que se adopten—; regulador —marcando los límites al accionar de los agentes económicos—; planificador —diseñando la estrategia y las metas, ya para el desarrollo, ya para el ajuste—; promotor —fomentando los proyectos de inversión privada—, y distribuidor —posibilitando un más equitativo acceso al goce de los derechos, a estándares satisfactorios de calidad y a la igualdad de oportunidades— que, sin desconocer la importancia que cabe asignar al mercado y a la libre iniciativa, reivindican el rol del gobierno en la adopción de las decisiones políticas y en la defensa de los intereses colectivos.

Así entonces, se comprueba que frente a la crisis global, a los altos índices de paro, a la agudización de la marginalidad, a la pobreza, a la indigencia, y al incremento de la conflictividad social, se hace necesario un mayor protagonismo del Estado comprometiéndolo con la reactivación del aparato productivo y el desarrollo, con lo cual se repliega el paradigma del equilibrio presupuestario anual, y toma relevancia el que apunta al logro de un equilibrio global de la economía, aun a costa de importantes déficits fiscales, los que deberán ser compensados una vez logrado el restablecimiento de una economía tonificada, en crecimiento sostenido, acelerado y armónico, que garantice niveles satisfactorios de empleo y bienestar extensivos a todas las clases sociales.

V. EL PRINCIPIO DE ANUALIDAD Y SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La noción de presupuesto y su carácter anual, tuvo su origen y desarrollo en Inglaterra a partir del 13 de febrero 1689 en que Guillermo III y María de Orange debieron aceptar, como requisito de coronación en el trono vacante, la Carta de Derechos —*Bill of Rights*— preparada por el Parlamento, consumando, de tal modo, un pacto nuevo entre su persona y los súbditos. A partir del apuntado *statute law* se propició la *reunión anual del Parlamento* para ratificar los impuestos con tal vigencia —confirmando el principio de derecho recibido instituido por la Carta Magna en el año 1215 y modificando el régimen de reuniones que establecía la *Triennal Act* (de 1649)—, lo que *dio oportunidad para conocer y aprobar los gastos*, dando origen, así, a la institución presupuestaria, lo que importó privar al monarca de la facultad de disponer libremente de todos los recursos y marcó la distinción entre los gastos personales de la Corona y los gastos públicos del Estado sometidos a su control. Valga añadir que, tiempo después, la autorización para recaudar los tributos se concedió para el tiempo en que el rey viviese —salvo los de aduana, que lo fueron tan sólo por cuatro años—, más allá de que la reunión anual del Parlamento se mantuvo para cono-

cer y aprobar los gastos, reafirmando la supremacía de dicho órgano en materia financiera por sobre la Corona[72].

La apuntada competencia del Consejo Común del Reino, de modo inicial, estaba restringida a la habilitación de los gastos militares y, en 1830, fue extendida a las erogaciones de la administración civil, para, finalmente, en 1837 —durante la gestión de la reina Victoria—, confirmando su carácter anual, se estableció la costumbre de que la Corona presentara todos los años al Parlamento, en un documento único, el conjunto de ingresos y gastos públicos a fin de obtener su aprobación[73].

A los iniciales motivos políticos que decidieron el control parlamentario del presupuesto, se le agregaron luego razones de carácter financiero, por cuanto era claramente entendible que la formulación en un solo instrumento del total de los gastos y de todos los recursos, permitiera visualizar con relativa facilidad si se balanceaban unos con otros en términos de equilibrio, en un momento en que las escasas erogaciones de un Estado mínimo, circunscripto a los cometidos más esenciales, se financiaba casi exclusivamente con la recaudación de unos pocos tributos ordinarios.

La referida práctica, de votar anualmente el presupuesto, se difundió rápidamente desde Inglaterra, constituyéndose en un rasgo común en el constitucionalismo decimonónico de Europa y América, que lo recogió en el entendimiento de que su uso, además de garantizar el juego de los frenos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado, permitía poner orden en las finanzas públicas, evitando despilfarros o insuficiencias de tesorería.

Señala el catedrático español Fernando Sáinz de Bujanda que en la primera fase del constitucionalismo del siglo XIX, para el ciudadano era importante asegurarse que la Administración sólo pudiera amputar su patrimonio o sus rentas privadas en la medida establecida en los tributos y, al mismo tiempo, que esa misma Administración habría de destinar los fondos recaudados en la forma y para los fines previstos taxativamente en el presupuesto, confluyendo en tal instrumento dos principios de abolengo: el que supeditaba la legitimidad del impuesto al consentimiento de los súbditos y el que le atribuía a éstos el derecho de examinar y aprobar los gastos. De tal suerte, la actividad del Gobierno quedó recortada en tres sentidos: 1) sólo podían recaudarse las contribuciones o impuestos aprobados por las Cortes o Parlamentos —*limitación objetiva*—; 2) la recaudación sólo podía llevarse a cabo dentro del período de tiempo que el presupuesto abarcase —en general un año— y habría de suspenderse, al expirar el

[72] SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y derecho*, cit., t. I, 2ª reimpresión, cap. VI: "Organización política y derecho financiero", parág. V: "Cortes, reyes e impuestos", punto 23: "El problema de la soberanía fiscal en el Estado moderno. Atribuciones del rey y de las Cámaras en materia fiscal", subpunto C: "Deslinde de atribuciones fiscales entre el rey y las Cámaras legislativas", apart. a): "La Monarquía nacional inglesa", ps. 264 y ss., en particular ps. 268, 273 y 274.

[73] MARTÍN, José M., *Ciencia de las finanzas públicas*, cit., tít. III, cap. XII, punto 12.2.: "Origen y evolución del presupuesto", ps. 258 y ss.

ejercicio financiero, a no ser que un nuevo presupuesto renovara la autorización para el cobro —*limitación temporal*—; y 3) la recaudación no debía rebasar lo estrictamente indispensable para la cobertura de las necesidades financieras del gasto autorizado —*limitación cuantitativa*—[74].

Continuando con el hilo argumental de Sáinz de Bujanda, esta triple limitación obligó a proclamar la *anualidad del presupuesto*, sin perjuicio de que los tributos, además de estar legalmente establecidos, debían ser contemplados y ratificados nueva y reiteradamente por cada uno de los presupuestos sucesivos, para lo cual, en una primera etapa, los gobiernos acudieron al sencillo expediente de regular los impuestos en el propio articulado del presupuesto, lo que enrareció tal instrumento legal por una sobrecarga de disposiciones y abrió el camino para que en una etapa ulterior, con *la bifurcación del principio de legalidad financiera*, se conjugara el consentimiento por los representantes del pueblo con el levantamiento de las cargas públicas, poniendo en acción el principio de reserva de ley en materia tributaria, al momento de su sanción por el Congreso, dándoles permanencia por todo el plazo de su vigencia, desdoblando tal pronunciamiento de la autorización cuantitativa de los gastos mediante la sanción anual de la ley de presupuesto *y* activando el principio de anualidad presupuestaria[75]. Por otro lado, resulta manifiesto que era complejo para las Asambleas poder, en forma directa, conceder cantidades, y mucho más sencillo estimar rendimientos y, a partir de ellos, aprobar un monto máximo de gastos y los destinos de su aplicación, por cuanto las leyes tributarias, en síntesis, hoy aplican tipos y tarifas a las bases imponibles, dependiendo el producido del nivel de la actividad económica y de la gestión recaudatoria. Así, se desconectó el presupuesto del mecanismo de aplicación de las leyes fiscales y el estado de ingresos se convirtió en una mera *previsión*, con lo cual dejó de ser necesario ratificar anualmente los impuestos que ya estaban consentidos, debiéndose, tan sólo, autorizar los gastos anuales[76].

El Cabildo Abierto de Buenos Aires en el Acta del 25/5/1810, labrada como consecuencia del desplazamiento de la autoridad virreinal —con el que se da inicio el proceso que culminaría, años más tarde, con la declaración de la independencia—, además de acordar, que la Junta que se instalaba no podía imponer contribuciones ni gravámenes al pueblo, o a sus vecinos, sin previa consulta y conformidad del Excmo. Cabildo, reclamó la confección de *una re-*

[74] SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y derecho*, cit., t. I, 2ª reimp., cap. VI, parág. VI: "Estado de Derecho y Hacienda Pública", punto 24: "Cautela y eficacia. Misión de las leyes fiscales en la primera etapa del constitucionalismo. De las garantías individuales a la planificación administrativa", subpunto B, ps. 324 y 325.

[75] SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y derecho*, cit., t. I, 2ª reimp., cap. VI, parág. VI, punto 24, subpunto B, ps. 328 y 329.

[76] SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y derecho*, cit., t. I, 2ª reimp., cap. VI, parág. VI, punto 24, subpunto B, p. 329.

lación periódica de ingresos y egresos públicos, a fin de su ulterior control[77]. A ello cabe añadir que es el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Martín Rodríguez, quien institucionalizó, bajo el Ministerio de Hacienda de Manuel José García, el recaudo de presentar "un estado circunstanciado y por lo menos de lo que hubiera entrado (en la Tesorería General de la Provincia), con la expresión de lo que haya producido cada ramo por separado, e igualmente una razón de la inversión de todos los fondos individualizando prolijamente los objetos a los que se han destinado" (decreto del 19/5/1821), para el año siguiente, también durante su gobierno, dictar el primer presupuesto[78]. Corresponde agregar que en la Constitución de las Provincias Unidas en Sud América, sancionada por el soberano Congreso General el 22/4/1819, dentro de la sección segunda: "Poder Legislativo", capítulo IV: "Atribuciones del Congreso", no hay referencia expresa a la institución presupuestaria si bien por el art. XLIII se dispuso dentro de sus facultades privativas: "Recibir anualmente del Poder Ejecutivo la cuenta general de las rentas públicas, examinarla y juzgarla", y, a su vez, por el art. XXXIII se consignó: "Establecer derechos; y por un tiempo que no pase de dos años, imponer para las urgencias del Estado contribuciones proporcionalmente iguales dentro del territorio"[79]. Por su parte, en la Constitución de la República Argentina, sancionada por el Congreso General el 24/12/1826, se avanzó en este aspecto y, así, en la sección cuarta: "Del Poder Legislativo", cap. IV: "De las atribuciones del Congreso", se estableció, por el art. 44, que a éste compete: "Fijar cada año los gastos generales, con presencia de los presupuestos presentados por el Gobierno"[80].

Como conclusión de esta reseña preliminar, cabe añadir, que al difundirse la institución presupuestaria y alcanzar recepción en el constitucionalismo contemporáneo, en general, existió consenso en asignarle periodicidad anual, en el entendimiento de que ello hacía posible efectuar, dentro de un horizonte temporal no muy extenso, una estimación previsible de los ingresos que habrían de recaudarse, como de los gastos que debían atenderse, a fin de otorgar al Ejecutivo una acotada autorización, evitando descontroles financieros y haciendo valer la tradicional idea de que si bien el Jefe del Gobierno blande la espada

77 SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales argentinos*, cuarta parte: "Proyectos y constituciones nacionales", parág. II: "Documentos constitucionales", punto 2: "La semana de Mayo (21 a 27 de mayo de 1810)", subpunto: "Acta del día 25 de Mayo", Ciudad Argentina, Madrid, 1994, ps. 1842 y ss., en particular ps. 1843 y 1844. En la apuntada Acta se consignó: "Lo octavo, que esta misma Junta ha de publicar todos los días primeros de mes, un estado en que se dé razón de la administración de la Real Hacienda".

78 MORDEGLIA, Roberto M., "El presupuesto del Estado", cit., cap. II: "Origen y ubicación histórica", ps. 405 y ss., en particular, p. 407.

79 RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. VI, segunda parte, ps. 709 y ss.

80 RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. VI, segunda parte, ps. 752 y ss.

como titular del poder militar, al Congreso le corresponde nutrir, administrar y convertirse en depositario de la bolsa de los recursos.

a) La periodicidad del presupuesto en el ordenamiento constitucional federal de la República Argentina

La Constitución Argentina de 1853-1860 dejó establecido en el art. 67, en el que se regulaban las atribuciones del Congreso, inc. 7°, que, a éste, le correspondía: "Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión"[81]. De tal modo, siguiendo la tradición más difundida, se le asignó al presupuesto carácter anual.

Valga añadir aquí, que la Constitución de nuestro país experimentó modificaciones en los años 1866, 1898 y 1957 y, como ya se viera, en el año 1994. De todos modos, también cabe recordar que en 1949 se modificó sustancialmente la Constitución Argentina, reformándose el Preámbulo y cincuenta y cuatro de sus artículos, suprimiéndose otros once y agregándose cinco, a lo que se sumaron varias disposiciones transitorias[82]. Ello dio lugar a que al nuevo texto, aprobado por tal Convención, se lo conociera, de ordinario, como Constitución Nacional de 1949. Este ordenamiento fue posteriormente dejado sin efecto por la autodenominada Revolución Libertadora mediante la Proclama del 27/4/1956[83], por la cual se reimplantó la vigencia de la Constitución de 1853 con sus restantes modificaciones. Las impugnaciones que se le formularon a la Constitución sancionada durante la primera presidencia del General Juan Domingo Perón fueron varias, resumiéndolas el tratadista Germán Bidart Campos a las de forma en que se declaró la necesidad de reforma sin el quórum de dos tercios sobre el total completo de los miembros del Congreso; omisión en la declaración de necesidad de reforma de establecer los contenidos o artículos que se consideraba necesario modificar; ausencia de representación de la provincia de Corrientes en el Senado; no concurrencia del electorado femenino al comicio en que se designó a los convencionales, pese a estar otorgado ya el voto a las mujeres; a lo que sumó otras tachas de fondo, en razón del contenido incorporado a su texto[84].

A pesar de las observaciones apuntadas, cobra significado, aquí, dar cuenta que dentro de las reformas introducidas por la Constitución de 1949, se produjo una trascendente en cuanto a la periodicidad del presupuesto. En el art. 68, que

[81] RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., t. VI, segunda parte, ps. 871 y ss., en particular, ps. 894 y 895. Originariamente, en el texto de 1853, las atribuciones del Congreso estaban contenidas en el art. 64 de la Constitución (cfr. *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, cit., p. 808). A su vez, el texto de 1860 modificó la mención a la Confederación por la de Nación.

[82] *Anales de Legislación Argentina*, IX-A-1 y ss.

[83] *Anales de Legislación Argentina*, XVI-A-1 y ss.

[84] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cap. V: "El poder constituyente", punto: "La Reforma de la Constitución", parág.: "Las principales reformas casos de 1949, 1957 y 1972", Ediar, Buenos Aires, 1988, ps. 115 y 116.

contiene las atribuciones del Congreso, por el inc. 7°, se puso a cargo de éste: "Fijar por un año, o por períodos superiores hasta un máximo de tres años, a propuesta del Poder Ejecutivo, el presupuesto de gastos de administración de la Nación, y aprobar o desechar anualmente la cuenta de inversión".

La propuesta de modificación fue fundada por el convencional constituyente justicialista, por la Capital, doctor Oscar Salvador Martini, quien, en su intervención durante la 11ª reunión, 5ª sesión ordinaria, del 11/3/1949, abordó, por un lado, las razones que conducían a otorgar un perfil diferente al derecho de propiedad bajo la influencia del reconocimiento de su función social y, por otro, la posibilidad que se contemplaba de fijar el presupuesto de gastos de la Administración por un año o por períodos superiores, hasta un máximo de tres, a propuesta del Poder Ejecutivo[85]. La disertación brindada no se caracterizó por seguir una línea argumental decididamente consistente, si bien contiene importantes aportes sobre el tema recogidos tanto desde el campo de la doctrina, como desde el del derecho constitucional comparado[86].

[85] *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, Imprenta del Congreso de la Nación, ps. 499 y ss., en particular ps. 514 y ss.

[86] En lo pertinente, en su exposición, el convencional constituyente Oscar Salvador Martini sostuvo: "Me voy a referir ahora a la cláusula del presupuesto de tres años que se consigna en el inc. 7° del art. 67. Este problema plantea la cuestión del aumento de facultades al Poder Ejecutivo, frente al Poder Legislativo. No obstante que la doctrina no lo ha aceptado hasta ahora sino excepcionalmente, las nuevas formas en que se desarrollan las administraciones en los países y la necesidad de actuar con celeridad y afrontar planes de gobierno muy extensos, obligan a meditar y a recapitular sobre la posibilidad de que la legislación cambie de curso. En primer término es necesario decir que esta cláusula no es de aplicación en cualquier época, sino en aquellas en que la administración se encuentra estabilizada. Por otra parte no existe peligro en que se autorice al Poder Ejecutivo a invertir recursos cada tres años, porque el equilibrio de gastos y recursos se hace año a año y la cuenta de inversión se presenta al Congreso todos los años.

Con esta cláusula se evitan cuatro o cinco meses de preparación y trabajo. Además es una cláusula facultativa, esto de que los presupuestos de gastos y recursos consolidados se presentarán cada tres años al Congreso. Por otra parte, existe el recurso del reajuste, para que el Estado pueda moverse con independencia en las épocas en que le sea necesario ajustar el ritmo de los gastos y de los recursos. René Stourm, en su libro *Los presupuestos*, t. II, ps. 16 a 24, Anualidad de los presupuestos, dice: Recuérdese, sin embargo, que omitimos la palabra *anual* de la definición del presupuesto, porque ciertos países votan sus presupuestos para muchos años. Es trienal en Hesse, Sajonia-Meiningen, Sajonia-Altemburgo; en Baviera fue quinquenal en otros tiempos, hoy es bienal; pero ésta es una excepción. Otro autor, Buck, en *El presupuesto en los gobiernos de hoy*, dice: 'En la votación real del presupuesto, sin embargo, hay algunas excepciones a esta regla, llamada regla de la anualidad. Esto sucede especialmente en los Estados Unidos donde más de las tres cuartas partes de las legislaturas de los Estados votan el presupuesto cada dos años, y una legislatura estadual —la de Alabama— lo vota cada cuatro años. Esta práctica, por supuesto, ha resultado del hecho de que dichas legislaturas no se reúnen en sesiones regulares a intervalos más frecuentes. Pero aunque se voten cada dos años o aún cada cuatro, los presupuestos de los Estados actúan habitualmente como si hubiesen sido establecidos sobre una base anual'. Así es como debe interpretarse a juicio de la comisión que presido, señor presidente. Y continúa el citado autor: 'Para conservar la anualidad del presupuesto, no es necesario que todos los recursos y gastos del gobierno sean votados cada año'. Stourm ha criticado el método francés que trata de examinar y votar anualmente todos los requerimientos presupuestales, aun cuando ya haya sido satisfactoriamente demostrada la propiedad de la mayoría de los impuestos y de una parte de los gastos. Él piensa que este procedimiento significa malgastar innecesariamente el tiempo de la Legislatura. Aprueba, por lo tanto, el método británico, que, como él lo hace notar, incluye en el

El precepto de referencia puede ser mejor apreciado en el contexto general de aquella reforma constitucional y, en especial, computando los enunciados contenidos en su primera parte: Principios fundamentales; cap. IV, "La función social de la propiedad, el capital y las actividades económicas", en donde se asigna al Estado un rol clave en materia económica y social, con lo cual pasaría a tener primordial gravitación la interacción del fenómeno *ingresos-gastos públicos*, como se puso de manifiesto a partir de los dos planes quinquenales de aquel gobierno justicialista que excedían, largamente, la anualidad presupuestaria.

Décadas más tarde, el régimen *de facto* que derrocó al presidente constitucional Arturo Humberto Illia, a poco de asumir, el 28 de junio de 1966, dictó un Acta, dando cuenta de que los comandantes en jefe del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea habían procedido a constituirse en Junta Militar, poniendo en vigencia el Estatuto de la Revolución Argentina, que vino a presidir un nuevo orden institucional[87]. El apuntado Estatuto Fundamental, sirvió de respaldo para que la Junta, el 24 de agosto de 1972, en un pretendido ejercicio del poder cons-

presupuesto todos los recursos y los gastos, inclusive aquellos votados con carácter permanente, pero dirige la atención del Parlamento solamente hacia aquellos que requieren votación anual. Vicente Ripa Alberdi, autor de la obra *El presupuesto y su control*, dice en las ps. 132/1935, del t. I, Anualidad del presupuesto: 'El principio de la anualidad del presupuesto, que juntamente con los de universalidad y unidad, corresponden a los principios clásicos de la hacienda pública, no tiene en Inglaterra aplicación, con gran desencanto de los teóricos puros, que no dejan de criticar esta violación de un precepto que consideran de observancia obligatoria en una democracia'. Según Dubois, los fondos consolidados comprenden: en gastos, la lista civil fijada por la duración del Reino, servicios de deuda pública, pensiones civiles y militares, la dotación del *speaker* de los Comunes, los gastos de la magistratura, los servicios diplomáticos, etc; en recursos, los impuestos que no han sido protestados y que subsisten mientras una ley especial no modifique o suspenda la percepción. Así, los de aduana, sisa, derechos de timbre y en general todos los impuestos, con excepción del *income tax* y derechos del té. En resumen, agrega el autor nombrado, el tercio de los gastos y las 4/5 partes de los recursos son consolidados y, por consiguiente, libres del voto anual. Hay cláusulas constitucionales que apuntalan también nuestra doctrina. La Constitución de Bolivia establece: 'El Poder Legislativo fijará para cada gestión financiera el respectivo presupuesto, a iniciativa del Poder Ejecutivo'. Y agrega: 'La ley indicará el período de cada gestión financiera de acuerdo con el planeamiento económico propuesto por el Poder Ejecutivo'. La Constitución de los Estados Unidos del Brasil dice: 'El presupuesto de gastos se dividirá en dos partes: una fija, que no podrá ser alterada sino en virtud de una ley anterior, y otra variable, que obedecerá a una rigurosa especialización (art. 73). Este sentido es el que damos al nuevo artículo que proponemos y que debe tomarse en cuenta para la futura interpretación del mismo. En la Constitución de Cuba se lee: 'Todos los ingresos y gastos del Estado, con excepción de lo que se menciona más adelante, serán previstos y fijados en presupuestos anuales y sólo regirán durante el año para el cual hayan sido aprobados'. Y al final dispone: '... y los ingresos con que hayan de cubrirse, tendrán el carácter de permanentes y se incluirán en el presupuesto fijo que regirá mientras no sea reformado por leyes extraordinarias' (art. 255). La Constitución del Uruguay dispone: 'Podrá establecerse por ley una sección especial en el presupuesto general que comprenda los gastos ordinarios permanentes de la Administración, cuya revisión anual no sea indispensable. La Constitución de Alemania dice: 'Los gastos son, en reglas generales, consentidos por un año; en casos particulares pueden serlo también por un término más largo'. Por último, señor presidente, me permito señalar que los planes de presupuestos así encarados responden a la teoría de presupuestos ordinarios y de inversión, que surgen de la nueva orientación de los gobiernos modernos tendiente a realizar los planes de producción y de reactivación general del proceso económico" (cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, cit., ps. 517 y ss.).

[87] *Anales de Legislación Argentina*, XXVI-B-753 y ss.

tituyente y a tenor de las propuestas efectuadas por una Comisión Coordinadora del Plan Político, *modificara diversas prescripciones de la Constitución Nacional de 1853* y sus reformas por los plazos que allí se establecían, todo ello como consecuencia del proceso político que habría de iniciarse en vista a convocar a elecciones generales para rehabilitar el sistema institucional y entregar el poder a los nuevos gobernantes elegidos por el pueblo. En dicha oportunidad, dentro de las diversas innovaciones adoptadas por los gobernantes *de facto*, se reformuló el art. 67, de atribuciones del Congreso, dejándose redactado el inc. 7° del siguiente modo: "Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión. A iniciativa del Poder Ejecutivo el presupuesto podrá comprender ejercicios de más de un año de duración, pero en ningún caso excederá el período del mandato del presidente de la Nación en ejercicio"[88].

Demás está decir, que esta última modificación constitucional anómala, no sólo perdió vigencia sino que, incluso, ha pasado totalmente al olvido dentro de los estudiosos del derecho constitucional argentino.

El texto actual de la Constitución, a pesar de haber experimentado modificaciones con la Reforma de 1994, no ha registrado alteraciones en cuanto a la duración del presupuesto, ya que el actual art. 75, que define las competencias del Congreso, le asigna a éste, por el inc. 8°, la misión de: "Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

Así las cosas, queda por ver si es posible, conforme a la Constitución vigente, sancionar presupuestos con una extensión superior a un año, tomando en cuenta la necesidad de que dicho instrumento financiero se encuentre coordinado con el programa general de gobierno que, a su vez, muy probablemente, se inserte en el plan económico general que pueda diseñarse con un mayor alcance temporal.

Aun antes de que se establecieran previsiones legales de estimaciones presupuestarias más dilatadas, en la calificada opinión del profesor de esta Universidad, Roberto Mario Mordeglia, ningún obstáculo existía para sancionar formulaciones de mayor extensión en materia presupuestaria, al menos si se las circunscribía al *plan de inversiones públicas*, el que, por su propia naturaleza tiende, de ordinario, a abarcar un período más prolongado de tiempo. El mencionado autor señala al respecto: "al lado del presupuesto ordinario o de administración al que se llevan todos los gastos que se consumen en el normal desenvolvimiento del Estado, existe otro presupuesto de capital, que comprende las inversiones públicas de cualquier tipo", para agregar: "Sólo respecto del primero rige la regla de la anualidad, apuntando a su equilibrio, mientras que el segundo queda al margen del principio, que puede ser o no logrado mediante un

[88] *Anales de Legislación Argentina*, XXXII-C-3317 y ss., en particular p. 3320.

presupuesto cíclico, en lo que se refiere a este sector"; concluyendo que el texto constitucional hacía referencia al presupuesto de *gastos de administración*, lo que permitía sostener que no existían dificultades para establecer *un período superior al anual* en lo que atañe a las inversiones públicas, en cuyo caso, el mismo plazo de las obras obligaba, a menudo, a incluir previsiones en los términos de *gastos para ejercicios futuros*[89].

Las reflexiones del profesor Mordeglia, desde nuestra perspectiva, son válidas, a pesar de que la estricta letra de la estipulación constitucional actual ofrezca matices, puesto que el anterior texto se refería, justamente, al "presupuesto de gastos de administración", mientras que la redacción introducida por la Reforma de 1994 alude al "presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional". Es que en un caso, el concepto de administración califica la naturaleza de los gastos —erogaciones corrientes— y en el otro, a quien los realiza. De todos modos, a pesar de las variaciones de giro, compartimos los conceptos vertidos por nuestro colega de Universidad.

Las relaciones anteriores sirven para sugerir una alternativa que permite flexibilizar la vigencia anual del presupuesto en cuanto tal restricción temporal pueda convertirse en un obstáculo para concretar los programas macroeconómicos del Gobierno, sin que ello importe desconocer la importancia de la imprescindible participación en la autorización y control periódico del Parlamento en el vasto campo de acción del sector público, sobre todo respecto de los gastos corrientes. Es que el Estado planificador actual toma a su cargo, muy a menudo, importantes planes de inversiones cuyo curso de ejecución supera, las más de las veces, el limitado ámbito del ejercicio anual. Este aspecto de las erogaciones públicas confronta la planificación económica y social con las restricciones de la autorización anual de los gastos, lo que explica, de algún modo, la previsión incorporada a la Constitución de 1949 o en las modificaciones que se pretendieron introducir por la Junta Militar en nuestra Carta Magna, en el año 1972.

b) La periodicidad del presupuesto en el derecho constitucional de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el constitucionalismo provincial argentino, *la mayoría de los estados locales* han adherido en materia presupuestaria al *principio de anualidad*, más allá de que en algunos casos tal directiva permita distinguir también entre presupuesto general de gastos y presupuesto de inversiones patrimoniales. Por la anualidad se han decidido las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Chaco, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Río Negro, Santa Fe, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tucumán y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No

[89] MORDEGLIA, Roberto M., "El presupuesto del Estado", cit., cap. VI, parág. 4: "El principio de periodicidad", ps. 433 y ss., en particular p. 434.

se pronuncian por la extensión temporal del presupuesto las provincias de Entre Ríos, Salta, San Luis y Tierra del Fuego.

Fuera de las jurisdicciones locales indicadas en el párrafo anterior, cabe referir que la Constitución de la Provincia de Córdoba, según sanción del 14/9/2001, en su segunda parte: "Autoridades de la provincia", título primero: "Gobierno provincial", sección primera: "Poder Legislativo", cap. segundo: "Atribuciones", art. 104: "Atribuciones de la Legislatura", consigna en el párr. 1° de su inc. 29 que a ésta compete: "Considerar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos que remite el Poder Ejecutivo antes del 15 de noviembre para el período siguiente o por uno mayor, siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio"[90].

A su vez, la Constitución de la Provincia del Chubut, según sanción del 11/10/1994, en su parte segunda: "Autoridades de la Provincia", tít. I: "Gobierno provincial", secc. I: "Poder Legislativo, cap. II: "Facultades, atribuciones y deberes", art. 135: "Atribuciones y deberes", inc. 4°, en su introducción, determina que corresponde al Poder Legislativo: "Fijar la planta de personal y el presupuesto de gastos y cálculo de recursos anual o plurianual, no pudiendo este último exceder el término del mandato de la autoridad remitente"[91].

Por su parte, la Constitución de la Provincia de La Rioja, según sanción del 14/5/2008, cap. VI: "Función legislativa", por el art. 105, inc. 3°, determina como competencia de la Cámara de Diputados: "Fijar anualmente el presupuesto de gastos y el cálculo de recursos. Podrá fijarse por un período mayor siempre que no exceda el término del mandato del Gobernador en ejercicio y que se establezca en base a ejercicios anuales"[92].

La Constitución de la Provincia de Misiones, según sanción del 21/4/1958, parte II, secc. I: "Poderes y enjuiciamiento político", tít. I: "Poder Legislativo", cap. III: "Atribuciones de la Cámara", consagra en el art. 101, inc. 3°, que corresponde a la Cámara de Representantes: "Fijar por un año o período superior hasta un máximo de tres, a propuesta del Poder Ejecutivo, el cálculo de recursos y el presupuesto de gastos"[93].

La Constitución de la Provincia de San Juan, según sanción del 23/4/1986, determina en la secc. IV: "Poder Legislativo", cap. III: "Atribuciones de la Cámara de Diputados", art. 150: "Atribuciones", inc. 4°, que a dicho órgano le incumbe: "Aprobar, modificar o rechazar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos que remita el Poder Ejecutivo anualmente para el período subsiguiente o por uno mayor, siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio"[94].

[90] *Anales de Legislación Argentina*, LXII-A-791 y ss.

[91] *Anales de Legislación Argentina*, LIV-D-5303 y ss.

[92] *Anales de Legislación Argentina*, LXVIII-C-2923 y ss.

[93] *Anales de Legislación Argentina*, XXII-B-1663 y ss.

[94] *Anales de Legislación Argentina*, XLVI-B-2329 y ss.

Finalmente, la Constitución de la Provincia del Neuquén, según sanción del 17/2/2006, por su tercera parte: "Organización del Estado", tít. II: "Poder Legislativo", cap. II: "Atribuciones y deberes", art. 189: "Atribuciones", inc. 8°, asigna a la Cámara de Diputados: "Sancionar anualmente el presupuesto general de la Administración Pública provincial de gastos y cálculo de recursos, el cual podrá incluir una estimación plurianual"[95].

c) Los presupuestos plurianuales

Diversos países han ido incorporando el mecanismo de *los presupuestos plurianuales* o, al menos, *marcos presupuestarios de mediano plazo*, a su sistema presupuestario.

Más allá de que las iniciativas están sustentadas en la idea de que el lapso anual resulta demasiado acotado para una adecuada programación de las finanzas del Estado, las respuestas que se han brindado no se ajustan a un modelo común, sin perjuicio de que el *presupuesto plurianual* aparece, en la mayoría de los casos, como un *instrumento indicativo* que opera en la práctica como *un complemento del presupuesto anual obligatorio* —el que sí contiene una autorización del gasto y su límite cuantitativo—, por lo que el plurianual no debe ser necesariamente aprobado por el Poder Legislativo. Ello sentado, no deben confundirse los *presupuestos plurianuales propiamente dichos* con los que, en realidad, son simples *proyecciones fiscales plurianuales* de carácter programático.

De todos modos, la *plurianualidad presupuestaria* importa, en cualquiera de sus formas, una programación de la acción financiera del Estado sin el limitado horizonte del presupuesto anual, pretendiendo ponderar objetivos de mayor aliento, que no se agotan en el ejercicio, que tienden a la consecución de resultados sustantivos o estructurales de mediano plazo, mejorando paulatinamente, al mismo tiempo, la calidad de las respuestas del Gobierno ante las demandas de la sociedad.

De tal modo, las previsiones presupuestarias plurianuales permiten, a menudo, hacer una adecuada estimación de los costos y de las correlativas posibilidades y necesidades de financiamiento de los más importantes proyectos de inversión, al tomar en cuenta su impacto en los presupuestos anuales futuros. Ello obliga a hacer una prospectiva más extendida sobre el cálculo de recursos por rubros, orden de prioridades a atender mediante los gastos públicos, posibilidades de acceso al crédito público interno y externo, proyecciones sobre la evolución de los niveles que alcanzará la actividad económica en un lapso más amplio y, por ende, estimaciones de la recaudación tributaria, etc. Un buen ejemplo de esta perspectiva de ponderación ya se hizo presente a partir de la ley 24.156 —Ley de Administración Financiera— cuando, por su art. 15, se atiende al horizonte de mediano plazo respecto de los créditos

[95] *Anales de Legislación Argentina*, LXVI-B-2121 y ss.

para contratar obras o adquirir bienes y servicios cuya ejecución exceda el ejercicio financiero anual e, igualmente, se refleja, con mayor relevancia, en las previsiones del art. 14, ley 24.354, sancionada en el año 1994 —Sistema Nacional de Inversiones Públicas—, desde que en ese artículo se contempla que el Plan Plurianual de Inversión Pública Nacional habrá de constituir información complementaria de la ley de presupuesto anual.

Como ya se ha visto, la ley 25.152 —de Solvencia Fiscal— estableció en sus arts. 2°, inc e) y 6°, la obligatoriedad para el Poder Ejecutivo nacional de elaborar un presupuesto plurianual —de al menos tres años— que debe ser incorporado en el Mensaje de remisión del Poder Ejecutivo al Congreso del Proyecto de Presupuesto General de la Administración Nacional. Por su parte, la ley 25.917 —Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal— en su art. 6° estableció la necesidad de que las jurisdicciones subnacionales presenten a las respectivas legislaturas, antes del 30 de noviembre de cada año, las proyecciones del presupuesto plurianual para el próximo trienio.

La Ley de Administración Financiera y el Sistema Nacional de Inversiones Públicas conciben al presupuesto plurianual poniendo énfasis en distinguir entre el *presupuesto operativo* (anual) y el *presupuesto de capital o de inversiones públicas* (de mayor extensión temporal) que, si bien relativiza el principio de unidad presupuestaria, atiende a la distinta aplicación que se hace en cada caso de los recursos[96].

Un modo diferente de abordaje de los presupuestos plurianuales es el que correlaciona el programa de ingresos y gastos a la *acción compensatoria de las finanzas públicas*, teniendo en vista, ya reactivar la economía reduciendo correlativamente el paro; ya intentando gravitar sobre los procesos inflacionarios, preservando el valor de la moneda y su poder adquisitivo.

En este segundo supuesto se enfatiza que el Estado, a partir de la actividad financiera, no sólo encara prestar servicios públicos, sino que proyecta su acción sobre toda la actividad económica, redistribuyendo ingresos, y actuando como estabilizador o compensador del sistema en su conjunto, lo que cobra cada vez mayor relevancia por los niveles que ha alcanzado el gasto público en relación con el Producto Bruto Interno en el modelo asistencial e intervencionista, al que adscribe gran número de gobiernos.

[96] El profesor Dino Jarach ha criticado este desdoblamiento del presupuesto por cuanto entiende que su matriz conceptual proviene de la concepción clásica que distinguía entre gastos ordinarios y extraordinarios y los correlacionaba con los recursos, también clasificados como ordinarios o extraordinarios, con que debían ser atendidos. El autor, luego de abordar otros criterios distintivos, concluyó que tanto éstas como otras consideraciones no resultaban valederas y "sólo encubren una tendencia a justificar mayores gastos con la fácil financiación por endeudamiento", por lo que propuso, en lugar del desdoblamiento del presupuesto, incluir una clasificación agregada a cada erogación de gastos corrientes o de inversión, a los efectos de la homogenización de las cuentas nacionales y la armonización del presupuesto estatal con el plan económico nacional (cfr. *Finanzas públicas. Esbozo de una teoría general*, cit., parte II, cap. 1, parág. 6: "El presupuesto desdoblado", ps. 97 y ss.).

Hoy nadie controvierte el protagonismo que tiene la acción estatal en la economía, más aún cuando el Gobierno se convierte en un promotor decidido del desarrollo, sin perjuicio de postularse la importancia del mercado, en el cual la libre iniciativa del sector privado debe mantener su rol fundamental. Es que la magnitud macroeconómica del sector público constituye, en el presente, un dato a tener en cuenta frente a las crisis y depresiones cíclicas o a la gravitación de su demanda agregada en las alteraciones del valor de la moneda. Además, como lo señala el profesor Roberto Mario Mordeglia, las bruscas fluctuaciones de la actividad económica pueden morigerarse mediante la política presupuestaria, lo que aconseja que *tal instrumento abarque la totalidad del ciclo económico*, es decir, los movimientos ondulantes que lo caracterizan combinando, cuantitativa y cualitativamente, el uso de las herramientas financieras a fin de compensar, en el mediano plazo, los déficits y superávits de las fases de depresión o auge del apuntado ciclo[97].

Como ya hemos visto al ocuparnos del resurgimiento de las ideas de inspiración keynesiana con motivo de la crisis financiera desatada en los EE.UU. en 2008, con fuertes repercusiones actuales en la economía europea, todo parece indicar que existe una marcada impronta tendiente a reformular, una vez más, los paradigmas presupuestarios clásicos sobre los que aquí hemos discurrido. Es que para revertir las crisis ha sido necesario un fuerte compromiso del Estado en el gasto y la inversión pública, sobre todo en la fase recesiva del ciclo económico, erogaciones que deberán ser saldadas con los recursos excedentes que puedan recaudarse en los futuros períodos de expansión. Todo ello con independencia de otras muy variadas decisiones de *política financiera*, esto es la elección de *medidas complementarias* al uso de *los presupuestos plurianuales*. En tal sentido se debe optar por los medios de financiamiento más adecuados a cada coyuntura económica, sobre todo en las crisis, apuntando al logro de la pronta reactivación económica y al pleno empleo.

La expansión generada por el gasto público adicional, como la asunción de mayor deuda, deberán valorarse en función de los objetivos que se persigan y los resultados concretos que se alcancen en la economía real, sin que tales medidas puedan ser demonizadas de antemano. Sólo podrá abrirse un juicio definitivo, al momento de ponderar su costo fiscal total y su eficacia probada para alcanzar las metas de reactivación tenidas en vista.

VI. BREVES CONCLUSIONES

A tenor de los desarrollos que anteceden se comprueba que en la actualidad todo parece indicar que es menester dejar de lado los principios de equili-

[97] MORDEGLIA, Roberto M., "El presupuesto del Estado", cit., cap. IX: "Las nuevas formulaciones en materia presupuestaria", parág. 3: "Presupuestos cíclicos", ps. 499 y ss.

brio financiero y de anualidad presupuestaria y reemplazarlos por el principio presupuestario de equilibrio económico y financiero, cíclico y plurianual.

Lo antedicho contribuirá a una *acción pública compensatoria y contracíclica*, la cual, en tanto no sea posible precisar de antemano, y en cada caso, la extensión que en el ciclo económico tendrá la etapa de recesión —a menudo mayor a un ejercicio financiero tradicional—, obligará a descartar de plano la posibilidad de nivelar anualmente, y en términos estrictamente matemáticos, recursos y gastos públicos.

A pesar de las consideraciones que venimos realizando, también es indudable que, al independizarnos del paradigma presupuestario del *equilibrio financiero anual* y sustituirlo por el del *equilibrio económico*, complementado con el *presupuestario de equilibrio financiero, cíclico y plurianual*, no debe perderse de vista la idea que es una aspiración de todo Estado preservar el reconocimiento de su solvencia fiscal, entendida esta última calidad como la que se recrea en la convicción de los terceros, en el sentido de que el Gobierno puede hacer frente a sus pagos presentes y futuros con sus recursos disponibles y con los flujos de ingresos que generará la economía, aun en el supuesto de que pueda prolongarse la crisis o, atravesando un período de auge, decaer la actividad económica. A tales fines es importante preservar la *disciplina fiscal* en los gastos, lo que no es fácil de lograr en las fases ascendentes del ciclo económico cuando son abundantes los ingresos del sector público si no se acreditan los excedentes en *fondos anticíclicos o fondos de compensación*. Otro tanto ocurre en la fase de depresión, cuando la acción financiera se ve marcadamente comprometida por las demandas de ayuda que plantean los agentes económicos y los desocupados. De todos modos, para lograr la *solvencia fiscal* es necesario internalizar que hay que evitar *comportamientos fiscales imprudentes* , sobre todo en los períodos de expansión y, cuando es posible, generar superávits que, convertidos en los referidos fondos anticíclicos, actuarán como reaseguros frente a eventuales crisis, generando un entorno de confianza y recreando una percepción de mayor previsibilidad de la acción gubernativa que muestra a un Estado dispuesto a cumplir con sus compromisos financieros. Todo ello cobra aún más sentido cuando la experiencia ha demostrado que la falta de solvencia fiscal limita la capacidad del Gobierno para poder encarar, cuando ello se torne necesario y sin afrontar altos costos, efectivas políticas contracíclicas.

SECCIÓN V

LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO FINANCIERO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL GASTO PÚBLICO*

Por GABRIEL CASADO OLLERO **

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas páginas se reduce a hilvanar algunas reflexiones, breves (por exigencias de la obra a la que van destinadas) y apresuradas (ante el apremio con el que serán escritas), sobre la problemática actual —tras las dos primeras décadas de vigencia constitucional— de aquel sector del derecho financiero que se proyecta precisamente sobre la vertiente de la actividad financiera pública (constitucionalmente) más novedosa y (doctrinal y jurisprudencialmente) todavía más necesitada de desarrollo y maduración: el *gasto público*[1].

El ostensible mayor grado de elaboración de la dogmática tributaria, así como el nivel (mucho menos notable y, desde luego, muy distante de resultar satisfactorio) de desarrollo y plasmación jurisprudencial de los principios y mandatos constitucionales tributarios, aun con sus luces y sombras, nos exime de aludir en esta ocasión al estado posconstitucional del derecho tributario, como rama del ordenamiento y como disciplina científica, al objeto de no ahondar en los desequilibrios y en la asimetría jurisprudencial y dogmática que, pese a los años transcurridos, sigue registrándose entre una y otra vertiente (recursos y gasto público) del ordenamiento jurídico-financiero.

* "La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público", en *Administraciones públicas y Constitución (reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978)*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1998, ps. 279-295 (ISBN: 84-7088-684-3).

** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid.

[1] Se retoman aquí algunas de las ideas que, en su día, expusimos en el cap. III, parte primera, del Proyecto Docente y de Investigación presentado en noviembre de 1986 al Concurso para la provisión de la Cátedra de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Granada; publicadas más tarde con el título "Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero actual", RDFHP nro. 203/1989, ps. 1143 y ss.

II. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL FENÓMENO JURÍDICO-FINANCIERO

Situados en esta tarea, una primera y elemental constatación destaca y sobresale en la doctrina antes y por encima de ninguna otra: la dimensión constitucional que, en su conjunto, adquiere el fenómeno jurídico-financiero en la Constitución aprobada el 27/12/1978. Por primera vez en nuestra historia constitucional se conectan los ingresos y los gastos públicos en una visión global de la Hacienda Pública. "La Hacienda Pública —escribe C. Albiñana— no comparecía constitucionalmente nada más que por una de sus caras: la de los tributos. Las decisiones sobre el gasto público se sometían al principio de legalidad y se evadían del postulado de equidad. La legalidad —formal— de nuestro siglo XIX también triunfaba en el campo del gasto público, a diferencia del tributo que junto al principio de legalidad respondía al de justicia con las tradicionales expresiones de "haberes", "facultades" y "capacidad económica"[2].

La dimensión constitucional alcanzada por el fenómeno jurídico-financiero, en la doble vertiente ya referida, y en particular la constitucionalización del principio de justicia en el gasto público, supuso, desde el punto de vista dogmático y entre otras muchas cosas, que la elaboración doctrinal en materia de principios materiales de justicia dejara de ser una especie de "salto en el vacío" para convertirse en una labor cercana al dato normativo y con un mayor conte-

[2] ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, César, "Art. 31. El gasto público", en AA.VV. - ALZAGO VILLAMIL, Oscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1983, p. 309. Como señalaba Rodríguez Bereijo, "históricamente el control de la representación popular sobre los gastos públicos aparece y se afianza más tarde que el ejercido sobre los impuestos. De ahí que mientras el control de los ingresos ha consagrado unos principios jurídico-materiales de justicia, el control de los gastos se ha limitado al terreno de lo jurídico-formal. La legislación que rodea a los gastos públicos ha estado imbuida de tal espíritu al velar de modo exclusivo porque el Estado no sobrepasara el montante de gastos aprobado por el Legislativo, y porque dichos gastos se ejecutaran conforme al procedimiento legal establecido. Pero ningún precepto preveía la sanción de ilegitimidad de los gastos que vulnerasen los principios constitucionales, ajustando así la conducta gubernamental a unos criterios materiales de justicia" (*Introducción al estudio del derecho financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976; y, más tarde, en "Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre el proyecto constitucional*, CEC, Madrid, 1979).

"Tradicionalmente —advierte E. Simón Acosta—, la regulación constitucional del gasto público ha quedado confinada en la proclamación del principio de legalidad presupuestaria... Se regulaban, en suma, aspectos relativos a la legalidad formal del gasto público, sin establecer criterios orientadores de la justicia en el gasto público. Esta orfandad, siempre criticada por la doctrina, que ponía de relieve la diferencia de tratamiento entre la ordenación constitucional de los ingresos y gastos públicos, obedecía, en último extremo, a la arraigada convicción sobre la imposibilidad técnica de establecer unos principios que vincularan al legislador en el momento de aprobar las leyes presupuestarias anuales. De forma mucho más acentuada que en el ámbito tributario, la decisión sobre los fines a que se van a destinar los ingresos aparecía como una decisión sustancialmente política, difícilmente reconducible a unos parámetros de generalizada aceptación. No existía en el ámbito del gasto público un parámetro de justicia que pudiese desempeñar papel análogo al que en materia de ingresos tributarios desempeñaba el principio de capacidad económica" (*El derecho financiero y la ciencia jurídica*, publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1985).

nido práctico. y es que en la referida perspectiva dogmática no hay que olvidar que la Constitución española de 1978 estaba llamada a tener una proyección profunda, sustancial. sobre el *contenido* de las instituciones jurídicas (y, entre ellas, naturalmente, de las instituciones financieras), al establecer en el texto constitucional unos nuevos *criterios* que son los que, a partir de su entrada en vigor, habrían de informar la actividad de los poderes públicos y de los órganos de interpretación y aplicación del derecho en el desarrollo de su función[3]. Hay que reconocer, sin embargo, que la voluntad del constituyente de poner en relación la justicia en la tributación (art. 31.1°, CE) con la equidad en la asignación de los gastos públicos (art. 31.2°), no se ha visto correspondida hasta ahora —al menos por lo que a este último extremo se refiere— con el nivel de desarrollo de la dogmática jurídico-financiera que veinte años atrás hizo concebir la constitucionalización de la justicia en el gasto.

Pero prescindiendo, por el momento, de la incidencia de la Constitución, tanto en el plano lógico-dogmático como en el normativo, interesa subrayar la revitalización que el texto constitucional supuso de la concepción *sustancialista* del derecho financiero, a través de la potenciación de los principios materiales de justicia en la doble vertiente del ingreso y del gasto público.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA EN EL GASTO

Respecto de la constitucionalización del principio de justicia en el gasto habría que destacar, en primer lugar, cómo la doctrina jurídico-financiera ya venía reclamando con reiteración la conveniencia y la necesidad de unos criterios jurídico-materiales de justicia, que presidieran la ordenación del gasto público[4]. Basta, en efecto, repasar la gestación parlamentaria del art. 31.2°, CE,

[3] En los estudios de derecho financiero ha sido frecuente la referencia a los principios constitucionales como elementos básicos del ordenamiento financiero y ejes sobre los que se asentaban los distintos institutos financieros —tributo, ingresos crediticios, patrimoniales y monopolísticos, presupuesto—. Sin embargo, en la doctrina española esa referencia venía muy matizada, bien por la carencia de un valor normativo y vinculante de tales principios, bien por la ausencia de una instancia jurisdiccional que pudiera juzgar acerca de la constitucionalidad de las leyes, instancia que, salvo el fugaz Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, no tiene antecedentes en nuestro derecho. De nada sirve que se establezca en el texto constitucional que los tributos deberán establecerse por ley o la necesidad de que la carga fiscal se adecue a la capacidad económica de los contribuyentes, si tales previsiones carecen de eficacia jurídica vinculante y se configuran como meramente programáticas o si su vulneración no es alegable ante los tribunales. En ambos casos su eficacia como elementos de ordenación social es nula (MARTÍN QUERALT, Juan - LOZANO SERRANO, Carmelo - CASADO OLLERO, Gabriel - TEJERIZO LÓPEZ, José M., *Curso de derecho financiero y tributario*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 144).

[4] "Éste es el problema capital —afirmaba hace tres décadas M. Cortés Domínguez— que tiene hoy el derecho financiero; mientras que este problema no se resuelva no habrá derecho financiero, habrá más o menos unos estudios formales sobre el control del gasto, sobre la relación jurídica de gasto público, pero ese derecho carecerá de su base fundamental" (*Ordenamiento tributario español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid). Se refería, asimismo, el autor al contrasentido que supone

para convencerse de que este precepto no hace sino recoger, verbalizar en la letra de la Constitución, una exigencia de justicia largo tiempo puesta de relieve y reivindicada por la doctrina[5].

Es innecesario, por otra parte, recordar que la modificación del Proyecto constitucional en este punto se debió a la enmienda presentada y defendida por el profesor y senador Fuentes Quintana, en cuya virtud "el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación, ejecución y control responderán a los principios de eficiencia y economicidad"[6].

---

referirse a la justicia tributaria, si no está asegurada la justicia financiera. Es evidente, en efecto, la artificiosidad de la preocupación por la justicia referida exclusivamente a la vertiente de los ingresos tributarios, ya que supone atender a la justicia en el medio (tributo), prescindiendo de la justicia en el fin (destino de los ingresos recaudados, gasto público), e ignorando que la injusticia en el gasto puede desnivelar el equilibrio laboriosamente conseguido con la justicia en el ingreso.

Asimismo, Sáinz de Bujanda afirmaba en 1972 que "contemplado el fenómeno financiero desde el ángulo tributario, su engarce con el sector del gasto —y, por tanto, con el presupuesto, donde aquél encuentra su fundamental apoyatura— es indisoluble y complejo: la justicia tributaria sólo puede captarse dentro del marco más amplio de una hacienda justa" (Prólogo a la obra de BAYÓN MARINÉ, Ignacio, *Aprobación y control de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1972, p. 21).

[5] Refiriéndose al tratamiento que los gastos públicos recibían en el anteproyecto constitucional, Rodríguez Bereijo denunció con oportunidad que "la amplitud y énfasis que el anteproyecto pone en la defensa y protección de la propiedad individual frente a las injerencias del poder tributario del Estado —principio de legalidad tributaria, reserva de ley, capacidad económica, no confiscatoriedad, irretroactividad—, contrasta abiertamente con la cortedad y moderación con que el Anteproyecto ordena la función de gasto de la Hacienda Pública y, por consiguiente, con la débil protección respecto de los intereses colectivos y comunitarios, cuya realización efectiva, práctica, depende precisamente de la política de gasto público y de su distribución funcional y territorial justa y equitativa... Lo cierto es —proseguía Bereijo— que en la parte dedicada a la Hacienda Pública, ha prevalecido una visión conservadora y conformista de la ordenación jurídica del gasto público y de los problemas de su justicia, en cuanto entendida como mero control eficaz y riguroso en la aprobación, gestión y ejecución del gasto público. Pero un planteamiento del derecho de los gastos públicos más allá de esto, es decir, como ordenamiento dirigido a la realización, en este importante sector de la actividad financiera, de un interés colectivo, de una justicia de todos y, sobre todo, como ordenamiento que permita garantizar eficazmente el disfrute o goce por la comunidad social de unos bienes y servicios públicos que ella, en cuanto tal, demanda..., todo eso, ha brillado por su ausencia... Pues la justicia en el gasto público no puede identificarse con la *legalidad* en el gasto. *La legalidad formal no es la justicia*. En este sentido, concluía Rodríguez Bereijo que la laguna que presentaba el Proyecto de Constitución debía ser colmada mediante la formulación explícita del derecho de todos los españoles a una justa y equitativa asignación de los recursos públicos (justa y equitativa distribución de la renta nacional y de los gastos públicos) a través del cual —y al amparo de un eficaz recurso de inconstitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional— sea posible controlar jurídicamente el destino del gasto público aprobado en las leyes de Presupuestos Generales del Estado (RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución", cit., ps. 349 y 350).

[6] Enmienda 674, de la Agrupación Independiente del Senado. El senador Fuentes Quintana explicaba —en palabras asequibles a la Cámara— el sentido y la motivación de su Enmienda: la equidad en el gasto "está basada en dos principios fundamentales: en un deber de *coherencia* y en una obligación de *trascendencia* que el gasto público tiene en las comunidades contemporáneas. En primer lugar, un deber de coherencia. Se ha afirmado que el conjunto de los impuestos vigentes en un país deben distribuirse con arreglo al criterio de la capacidad económica y con arreglo al principio de progresividad. Pero la Hacienda no solamente tiene la mano del impuesto para recaudar el conjunto de los fondos que necesita con el objeto de satisfacer las necesidades públicas y atender a los gastos, sino la mano del gasto público que completa, como es lógico, la mano de la imposición. Constituye una incoherencia separar estas manos, ya que la hacienda podría destruir

Se traen a colación estos antecedentes del texto constitucional para advertir que no debe enfatizarse con exceso el alcance dogmático del art. 31.2° de la Constitución, por decisiva que haya sido su influencia para afianzar la unidad del fenómeno jurídico-financiero y la construcción unitaria de este sector del ordenamiento. La autonomía científica y dogmática de una rama jurídica no puede hacerse depender de un solo precepto normativo, por elevado que sea su rango jerárquico. En concreto, por lo que a nuestro ámbito se refiere, si nos valemos de una interpretación *silente lege* y omitimos el art. 31.2° del texto constitucional, no por ello el derecho financiero dejaría de tener su actual formulación y alcance dogmático.

Esto significa que, al menos desde esta perspectiva, el art. 31.2° tiene más un valor emblemático y testimonial de un estado de cosas (la evolución de la doctrina jurídico-financiera) que un valor constitutivo de tal estado doctrinal. Su eficacia, en este punto, consiste en evitar los "saltos en el vacío" de la doctrina que antes se hallaba desasistida normativamente. Aunque lo cierto es que, si no existiera, el art. 31.2° de la Constitución habría sido preciso crearlo. Con ello no se pretende infravalorar la importancia dogmática de la positivación constitucional de la justicia en el gasto, sino más bien ajustarla a sus verdaderos términos.

Hay que destacar, por otra parte, la importancia del art. 31.2° de la Constitución, al consagrar *la concepción funcional y redistributiva* del derecho financiero que, asimismo, venía reclamando la doctrina.

En efecto, ya se destacó con anterioridad cómo la necesidad de atender a la justicia en el gasto no sólo es consecuencia de la unidad lógica y esencial entre ingresos y gastos, o de la función legitimante que el destino de los ingresos o el gasto desempeña respecto de la legitimidad misma del ingreso tributario, sino que responde a algo más: a la *función redistributiva* que la actividad financiera

---

con la mano del gasto público lo que ha construido y edificado con la mano del impuesto. Por lo tanto, un deber de coherencia. Lógicamente, parece que si los principios de progresividad imperan en el campo del ingreso deben tener la misma traslación o aplicación en el campo correspondiente del gasto público, es decir, ingreso y gasto deberían estar regidos por el mismo principio, y de aquí que la enmienda propuesta afirme que el gasto realizará una asignación equitativa de los recursos públicos. Me importa puntualizar que esta asignación a la que el precepto obliga es una asignación que está construida de cara a los intereses individuales, porque el gasto público satisface necesidades de los individuos y, por tanto, cuando estamos defendiendo que el gasto público tenga esa asignación equitativa de los recursos públicos lo que, en definitiva, tratamos de posibilitar es que el ciudadano concreto tenga el derecho de acceso a un conjunto de suministros, de bienes públicos que ha conseguido o, mejor, que ha conseguido el Estado poder satisfacer gracias a la mano correspondiente de los ingresos. Por tanto, la coherencia parece obligar a esta transferencia, a esta traslación. Pero hay, en segundo lugar, un principio de trascendencia. Cuando se analiza el texto constitucional y se comprueba el conjunto de derechos que el mismo concede a los ciudadanos españoles se comprueba que, en adelante, el gasto público tendrá lógicamente que aumentar. Es evidente, además, que quienes han analizado el contenido del gasto público han contrastado las deficiencias del servicio público en todas las ramas de la actividad, que naturalmente fuerzan a un crecimiento futuro del gasto, y es evidente que si este gasto público no se plegase a los principios de equidad estaríamos incumpliendo con la mano del gasto lo que la imposición va a tratar de conseguir por la vía de la reforma tributaria en el campo de la imposición" (*Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución*, sesión del 29/8/1978).

cumple y debe cumplir en un Estado social y democrático de Derecho. Función redistributiva que, como indica Bereijo, "en términos de derecho, significa la realización de la justicia financiera: esto es, tanto en el ingreso como en el gasto público"[7].

"El derecho financiero —afirma Rodríguez Bereijo— en cuanto ordenación jurídica de la Hacienda Pública de un Estado, es esencialmente un derecho redistributivo cuyo eje central no está constituido tan sólo por los ingresos tributarios, por las relaciones entre el Fisco y los contribuyentes, sino también, y primordialmente, por los problemas de empleo de los recursos detraídos de las economías individuales; es decir, por el problema de las relaciones entre los ingresos y los gastos públicos"[8].

La creciente socialización de las necesidades humanas —añade Bereijo— y la creciente socialización en la forma de satisfacerlas ha provocado —entre otros factores— la "transformación de la Hacienda Pública en una Hacienda de recursos y empleos en la que no se trata tanto de mostrar el fenómeno financiero en su acepción puramente monetaria (en cuanto transferencias de dinero de las economías de los particulares a la economía pública y viceversa), como poner en un primer plano el origen y el destino de los ingresos y de los gastos públi-

[7] "La igualdad y la justicia en el derecho financiero no sólo supone tomar en consideración el modo en que se reparte la carga tributaria (principio de igualdad ante el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos), sino también el destino de los ingresos correspondientes; porque en el moderno Estado social de Derecho resulta cada vez más claro que la función del tributo no es únicamente la de financiar los servicios públicos o el aparato estatal, sino también distribuir la riqueza en el ámbito de la comunidad... De ahí la interconexión o interdependencia del ingreso con el gasto público dentro de las funciones de la moderna Hacienda Pública; interconexión que es la que confiere al derecho financiero su carácter de derecho redistributivo" (RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, "Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios...", cit., ps. 351 y 347).

En cuanto a la apelación que se hace en el texto —en palabras de Rodríguez Bereijo— a la "justicia financiera", señala L. Sánchez Serrano que no cabe hablar de la justicia financiera como un principio unitario, aplicable a toda la materia financiera en su conjunto, y con pretendida eficacia normativa. Se trata más bien —advierte este último autor— de "una figura retórica, de una expresión metafórica con la que se quiere hacer referencia a todo un conjunto sistemático de principios aplicables, como conjunto, a toda la materia financiera, tanto en su vertiente de ingresos como en la de los gastos, sin perjuicio de que cada uno de esos principios, por su respectivo significado y contenido, pueda tener por separado sólo un alcance parcial o sectorial". Lo cierto, en cualquier caso, es que en el texto constitucional no se habla expresamente, ni en el art. 31, ni en ningún otro, de un principio unitario de "justicia financiera" (*Tratado de derecho financiero y tributario constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 253).

[8] "Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios...", cit., p. 347. Este enfoque unitario de la actividad financiera y las consecuencias que de él derivan viene exigido por las propias transformaciones del Estado contemporáneo. Como afirmaba en 1977 García Pelayo, "podemos considerar al Estado de nuestro tiempo como un gigantesco sistema de distribución y redistribución del producto social, cuya actuación afecta a la totalidad de la economía nacional, a las *policies* de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales". "El Estado no puede limitarse —agrega García Pelayo— a crear las condiciones jurídicas ambientales de un mercado supuestamente autorregulado, como era el caso del Estado liberal, sino que ha de asumir una actitud activa patentizada en constantes medidas destinadas a la regulación del crecimiento y a la orientación del proceso económico-social hacia ciertos objetivos" (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, ps. 35 y 28).

cos, es decir, los grandes objetivos, las grandes opciones de naturaleza política y social a que responde la actividad financiera pública. El gobierno de la Hacienda Pública —concluye Bereijo— se ha convertido en indispensable para la realización práctica, efectiva, de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad y la justicia"[9].

Sin embargo, la constitucionalización de la justicia en el gasto público corre el riesgo de quedar reducida a pura *retórica constitucional* si no se alcanza a concretar los criterios técnico-jurídicos que permitan la efectiva "asignación equitativa de los recursos", y los mecanismos e instrumentos técnicos que allanen el control (interno y externo) de las decisiones de gasto y hagan posible el establecimiento de *un sistema legal de responsabilidades*[10]. En efecto, una vez incorporada la propuesta doctrinal al texto constitucional, la tarea que se presenta con mayor urgencia es la de definir los criterios y técnicas a través de los cuales puede conseguirse la operatividad de los principios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público, al tiempo que se consigue una equitativa asignación de los recursos públicos.

Y esta labor constituye, sin duda, todo un reto en el que hubiera debido sentirse plenamente empeñada —en las dos pasadas décadas—la doctrina jurídico-financiera.

[9] "Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios...", cit., p. 347.

[10] Sin perjuicio del reto que la doctrina financiera tiene en la articulación técnico-jurídica de los criterios que hagan posible la efectividad del precepto constitucional que venimos invocando, y el no menos comprometido que asimismo debiera tener asumido el Tribunal Constitucional, la realización de la justicia en el gasto público reclama, en primer lugar, la atención del legislador para adecuar y desarrollar el marco jurídico existente adaptándolo a las necesidades y objetivos del mandato constitucional. En este sentido —siguiendo a A. L. Antonaya Suia— se requiere la puesta en marcha de un conjunto de mecanismos legales aplicado a un triple ámbito:

a) Establecimiento de un conjunto de *normas reguladoras de la gestión pública* que cumplan, entre otros, los siguientes requisitos: definir claramente los fines y objetivos de la acción estatal; identificar los medios humanos y materiales necesarios para su consecución y regular con toda claridad los aspectos procedimentales y organizativos en los que debe basarse la ejecución de las tareas asignadas.

b) Establecimiento de *un sistema de control*, tanto interno como externo, que permita valorar los resultados de la acción estatal, el grado de cumplimiento y las desviaciones producidas respecto de los proyectos iniciales, la medida en la que se cumple el principio último de la asignación equitativa de los recursos públicos, así como aquellos actos que suponen una infracción del mismo y, por ello, deben estimarse inconstitucionales.

c) Establecimiento de *un sistema legal de responsabilidades*, que determine una calificación de los actos ilegítimos, previa su definición, y asigne las consecuencias y sanciones que en los distintos órdenes deban producirse, así como los órganos encargados de enjuiciarlas y ordenar su cumplimiento.

Es evidente que si la hipótesis que acaba de formularse fuera puesta en práctica, la tarea a desarrollar sería enormemente complicada y laboriosa. Pero ésta es, sin lugar a dudas —concluía A. L. Antonaya—, la incidencia más importante de la Constitución sobre el actual ordenamiento de la Hacienda Pública: la puesta en marcha de un proceso normativo que, por muy espinoso que parezca, debe ser cubierto necesariamente si no se quiere que las declaraciones contenidas en el texto constitucional, largamente anheladas, se conviertan en hermosas declaraciones de principios, pero carentes de fuerza real ante la inexistencia de unas normas que las hagan viables (Criterios rectores de aplicación del gasto público, en AA.VV., *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979, ps. 274 Y 275).

Pero hay que reconocer que, tanto en la determinación del sentido y de las exigencias impuestas por los criterios constitucionales en materia de gasto público como en la articulación de los mecanismos de tutela jurídica de los derechos públicos de los ciudadanos a una asignación equitativa de los recursos públicos, casi todo está por hacer.

IV. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL GASTO PÚBLICO

Pese al art. 31.2°, CE, "los principios orientadores del gasto público —afirma Martín Delgado— están lejos de una positivación constitucional, al menos de un modo específico. Con ser importante la referencia al gasto público que en dicho precepto se contiene, no se ofrecen criterios suficientes, fuera de los casos espectaculares o de laboratorio, para un verdadero control del mismo por el Tribunal Constitucional"[11].

Por lo que se refiere al contenido del art. 31.2°, CE, las dificultades surgen tanto a la hora de concretar el principio básico rector de la justicia en el gasto público ("asignación equitativa de los recursos públicos") como el sentido de los criterios instrumentales de eficacia y economía, que complementan, en este precepto, la regulación constitucional del gasto. Por último, falta por precisar el alcance material, la extensión y los destinatarios del deber que en dicho precepto constitucional se contienen.

"Los principios generales inspiradores del gasto público —escribía J. Lasarte en 1990— están carentes de elaboración doctrinal y de regulación jurídica,

[11] MARTÍN DELGADO, José M., "Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978", HPE, nro. 60/1979, p. 84, donde se pone en cuestión la virtualidad práctica del art. 31.2, CE, y se duda de que el Tribunal Constitucional, dada su composición, pueda garantizar mejor que el Legislativo la asignación equitativa de los recursos públicos. Véase asimismo el Prólogo de este último autor a la obra de CARRERA RAYA, Francisco J., *Manual de derecho financiero*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1993, p. 19.

Si de la satisfacción, prácticamente unánime, por la inclusión constitucional del principio de justicia material del gasto público, "descendemos hacia la búsqueda de las determinaciones concretas que marcan el contenido del principio..., así como hacia la identificación de los mecanismos técnico-jurídicos de su actuación, existen menos motivos para sentirse satisfechos" (PÉREZ ROYO, Fernando, "La financiación de los servicios públicos. Principios constitucionales sobre el gasto público", en AA.VV., *Gobierno y Administración*, IEF, Madrid, 1988, p. 131).

Por su parte, O. Alzaga declaraba que "si hemos de ser sinceros hay que reconocer que el derecho constitucional, al menos en el grado de desarrollo en que se encuentra, no ha descubierto mecanismos eficaces para el control del gasto público que no sean los que recoge nuestra Constitución en su tít. VII, al establecer el procedimiento de elaboración y aprobación del presupuesto, o el del viejo y venerable Tribunal de Cuentas que prevé el art. 136 de la Constitución. En consecuencia, el aspecto más positivo del art. 31.2°, CE, es su valor didáctico, es decir, de divulgación de que los ciudadanos tienen derecho a que los recursos públicos sean empleados en términos equitativos y conforme a un programa basado en los principios de economicidad y eficiencia" (*Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., p. 282).

pues la facultad de gastar parece haberse convertido en uno de los últimos reductos de las decisiones políticas que escapan al derecho..."[12].

La tarea estriba, pues, en concretar los límites y exigencias jurídico-constitucionales que han de respetar las decisiones de los poderes públicos relativas a la asignación de los recursos financieros. Y ningún análisis minucioso de los esfuerzos doctrinales efectuados, en nuestro ámbito, en los últimos veinte años en pos de esta tarea podría dejar de examinar, al menos y entre otras, las aportaciones de M. González Sánchez, F. Escribano, G. Orón Moratal, J. Martín Queralt, E. Simón Acosta, C. Lozano Serrano, J. J. Zornoza Pérez, F. Pérez Royo, M. T. Soler Roch, J. J. Bayona de Perogordo... Pero, en nuestro modesto propósito, permítasenos aludir de entre ellas a algunas de las últimas construcciones que mayor divulgación han tenido en nuestra doctrina científica.

En la formulación de J. J. Bayona, el principio de la asignación equitativa de los recursos comporta, al menos, tres exigencias fundamentales[13]: en primer lugar, la de garantizar una satisfacción mínima de las necesidades públicas[14].

[12] "Problemas actuales del régimen jurídico de las subvenciones", en AA.VV., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia financiera y tributaria*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 634.

Refiriéndose a la posibilidad de impugnar la Ley de Presupuestos por inadecuación del gasto público al mandato del art. 31.2°, CE, señaló Martínez Lafuente que el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión basándose en un concepto jurídico indeterminado: "asignación equitativa", que será preciso acotar, con las técnicas usuales de interpretación jurídica, para dar operatividad al precepto constitucional; aunque reconoce que "el enunciado del art. 31.2°, CE, plantea una declaración de principios de difícil conversión en norma de contraste con la Ley de Presupuestos" (MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio, "Ley de Presupuestos e inconstitucionalidad", REDF nro. 25/1980, Civitas, ps. 60 y 61).

[13] BAYONA DE PEROGORDO, Juan J., "Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos", en *Presupuesto y Gasto Público*, nro. 2/1979, y, más tarde, en *El derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1991.

[14] Al igual que los aparts. 1° y 3° del art. 31 de la CE efectúan respecto del tributo (al establecer, de una parte, la conexión constitucional entre imposición y legalidad), el art. 31.2 permite apuntalar, más que un concepto, una determinada concepción del gasto público: el gasto entendido como asignación de recursos públicos. "El concepto —afirma Soler Roch— está contemplado en el plano dinámico ('el gasto público realizará'), pues se refiere a uno de los aspectos de la actividad financiera; la actividad consistente en la realización del gasto consiste, precisamente, en el proceso de asignación de los recursos públicos (esto es, de los recursos financieros). La consideración constitucional de la asignación de recursos como criterio configurador del gasto afecta a éste, ante todo, en el primer nivel, es decir, el del gasto entendido como necesidad pública e impone, por ello mismo, que las necesidades públicas sean atendidas mediante la asignación de recursos públicos, y, recíprocamente, que este tipo de recursos se destinen a la satisfacción de aquellas necesidades. Por ello el principio de asignación equitativa informa, prioritariamente, la actividad financiera de organización, en su aspecto relativo a la decisión en materia de gasto público y tiene carácter vinculante para el órgano que detente, en este punto, la supremacía financiera. Aquí reside, precisamente —concluye Soler Roch—, una de las novedades fundamentales que, a través de los principios de ordenación del gasto, introduce el texto constitucional: *vincular al Gobierno y, singularmente, al Legislativo en la elaboración y aprobación de las leyes de gasto o de la propia Ley de Presupuestos a una determinada asignación de recursos públicos*". "Dicha asignación —añade M. T. Soler— viene matizada, además, por un criterio que contiene el principio material de ordenación del gasto público. La Constitución considera gasto justo aquel que realice una asignación equitativa de los recursos públicos, y ésta es una consideración

En la medida en que las diversas necesidades son consideradas merecedoras de satisfacción mediante el empleo de fondos públicos, esto es, devienen necesidades públicas, deben tener garantizado, en aras de la equidad, un nivel, siquiera mínimo, de satisfacción. En segundo lugar, el principio de justicia material del gasto público comporta la ausencia de discriminaciones, tanto en sentido absoluto —de unas necesidades respecto de otras— como en sentido relativo, esto es, entre diferentes situaciones en relación con una misma necesidad pública. Y, en tercer lugar, la asignación equitativa de los recursos públicos comporta la interdicción de la arbitrariedad, idea-resumen hacia la que, en definitiva, confluyen la gran mayoría de los preceptos constitucionales de índole jurídico-pública[15].

Pues bien, el reconocimiento de la primera de las exigencias predicables de la asignación equitativa de los recursos públicos (garantizar una satisfacción mínima de las necesidades públicas) lleva implícita la atribución de un criterio finalista a la función de gasto público, y la concreción de aquella exigencia obliga, en nuestra opinión, a vincular la asignación de los recursos públicos a la satisfacción de los fines y necesidades públicos que conforman el programa constitucional. Como advierte F. Pérez Royo, a la hora de precisar el sentido de aquel criterio finalista "debemos continuar indagando dentro de la propia Constitución, la cual ha procedido a través de aproximaciones sucesivas. El art. 31.2 representa, en definitiva, la concreción en un campo determinado de la actuación del Estado, de la regla o principio fundamental del artículo primero que define a España como Estado social y democrático de Derecho. Pero, aparte de este antecedente, en cuanto a la identificación de los fines a que debe servir la acción de gasto de la Hacienda Pública, es necesario seguir dentro del texto constitucional, y fundamentalmente hay que recurrir al cap. III del propio tít. I. En este cap. III ('De los principios rectores de la política social y económica')

---

que vincula asimismo a los órganos supremos en materia financiera, en la adopción de aquellas decisiones. La precisión de la noción 'equitativa' se presenta, en principio, más problemática... Se trata, efectivamente, de un principio de tendencia... La capacidad de una decisión relativa a la realización de un determinado gasto público, puede y debe valorarse de acuerdo con aquel principio, en el momento mismo de su adopción. El problema a resolver, para poder llevar a cabo dicha valoración, es el de los parámetros de justicia a los que debe entenderse referido el citado principio de la asignación equitativa" (*Memoria sobre el concepto*, Alicante, ps. 451/452).

No le falta razón, sin embargo, a H. G. Corti cuando denuncia cómo, usualmente, el "análisis de los gastos públicos se encuentra completamente absorbido en un marco conceptual de tipo economicista (*el lenguaje de las funciones-necesidades*), ajeno a cualquier consideración jurídica. El eje conceptual del análisis está en considerar a los gastos, por intermedio de la noción de bienes públicos, en relación con la satisfacción de necesidades..." (p. 77). Y critica, el autor, la inconsistencia de la asimetría conceptual que se advierte al tratar los gastos y los recursos públicos, ya que "los primeros se vinculan a un análisis económico en términos de necesidades y, los segundos, a un análisis jurídico-constitucional en términos de derechos y garantías" (p. 98), y sugiere la necesidad de sustentar, tanto el estudio de los gastos como el de los recursos públicos, en el *análisis y en el lenguaje jurídico-constitucional de los derechos y de las garantías*, siendo "una de las salidas posibles para la asimetría conceptual de las finanzas públicas, la de generalizar el análisis constitucional" (p. 82) (*Derecho financiero*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997).

[15] Tomamos la síntesis que, de la formulación de J. J. Bayona, efectúa PÉREZ ROYO, Fernando, "La financiación de los servicios públicos... ", cit., p. 133.

es donde debemos encontrar los valores que, según el pensamiento del constituyente, aparecen como merecedores de la protección y atención del Estado... Se trata, en definitiva, de los valores que integran la 'procura existencial'...Basta echar una ojeada al mencionado cap. III —concluye Pérez Royo— para advertir que la mayor parte de los derechos en él reconocidos —o, si se prefiere, de las preocupaciones o programas en él enunciados— requieren para su efectividad el concurso de la acción del Estado —o de otras Administraciones Públicas— bajo la forma de asignación de recursos públicos"[16].

Sucede, en efecto, que para dotar de un contenido mínimo a las exigencias constitucionales de la equidad en la asignación de los recursos públicos, será preciso concretar su significación atendiendo a los derechos de contenido económico y social que constituyen el componente mínimo del Estado social y democrático de Derecho[17]. "En un Estado social de Derecho que persigue la con-

[16] PÉREZ ROYO, Fernando, "La financiación de los servicios públicos...", cit., p. 134.

[17] Esta idea ya fue apuntada en el debate parlamentario por el senador Fuentes Quintana: "importa puntualizar que esta asignación a la que el precepto obliga es una asignación que está construida de cara a los intereses individuales, porque el gasto público satisface necesidades de los individuos y, por lo tanto, cuando estamos defendiendo que el gasto público tenga esa asignación equitativa de los recursos públicos, lo que en definitiva tratamos de posibilitar es que el ciudadano concreto tenga el derecho al acceso a un conjunto de suministros, de bienes públicos que ha conseguido el Estado poder satisfacer gracias a la mano correspondiente de los ingresos" (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, sesión del 29/8/1978). Y ésta es la idea que en el terreno doctrinal ya había sido sugerida por Rodríguez Bereijo: "No hay que olvidar que es en la definición de los programas de gastos e inversiones públicas, en la fijación del volumen y distribución de los gastos públicos, donde se están ventilando de modo decisivo los problemas de interés colectivo, comunitario..., e incluso la propia realización de los derechos públicos ciudadanos de contenido social y económico reconocidos y garantizados por la Constitución, y que pueden ser conculcados a través de una política presupuestaria de gasto público convirtiéndolos en mera declaración retórica o demagógica de buenos propósitos. La asignación de los recursos públicos va a determinar la actividad prestacional de la Administración Pública que haga posible el cumplimiento de las obligaciones sociales y económicas del Estado para con los individuos (la llamada "procura existencial" en la terminología de Forsthoff), a través de una adecuada provisión de bienes y servicios públicos: vivienda, seguridad social, enseñanza, educación, cultura, transportes, medio ambiente, etc. Por otra parte, de cuál sea la asignación de recursos dependerá incluso la realización o no del contenido mínimo de principios y valores (libertad, igualdad, justicia, participación democrática en la formación del orden social y económico, etc.) que conforman ese Estado social y democrático de Derecho que se promulga en el frontispicio mismo del texto constitucional. Pues se trata de valores que deben entenderse no en su sentido meramente formal, sino por sus *contenidos materiales...*".

En efecto, como observa García Pelayo, "la libertad política es irreal si no va acompañada de la libertad de las dependencias económicas; que la propiedad ha de tener como límite la funcionalidad para los sistemas social y económico y los derechos de los que participan en hacerla productiva; que la seguridad no se extiende sólo a la dimensión jurídica sino a la dimensión existencial en general; que la igualdad no lo es sólo frente a la ley, sino que se debe extender, en la medida de lo posible, a las cargas y beneficios, y que la participación se amplía a los bienes y servicios, y a las formas de democracia social" (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit.).

En definitiva —concluye Bereijo—, la satisfacción y el cumplimiento de esos contenidos mínimos del Estado social y democrático de Derecho "pasa necesaria (aunque no suficientemente) por una función redistributiva de bienes y rentas que la Hacienda lleva a cabo por medio de un programa justo de ingresos y gastos públicos" ("Derecho financiero, gasto público...", cit., p. 358).

Por su parte, Escribano López entiende que el contenido del principio de justicia en el

secución de determinados fines —escribe R. Gómez-Ferrer— la Constitución no es un simple marco dentro del cual puede moverse con libertad el legislador, sino que impone a los poderes públicos determinados deberes, especialmente visibles en la regulación de los principios rectores de la política económica y social. La actuación de los poderes públicos se encuentra vinculada en cuanto a los fines, pero debe señalarse que la Constitución no impone, en general, los medios a través de los cuales han de ser alcanzados tales fines; lo que es perfectamente coherente con el pluralismo político que consagra el art. 1°, CE...". Pero, como advierte el propio Gómez-Ferrer, "el deber genérico de los poderes públicos de actuar para la consecución de los derechos económicos y sociales, puede convertirse en una obligación, con distintas manifestaciones, cuando la efectividad de tales principios no se produce por el libre juego social". "El deber de actuar para la efectividad de los principios rectores de la política económica y social podrá ser global..., y en el cumplimiento de este deber global son admisibles distintas combinaciones que pongan el acento en unos principios más que en otros, de acuerdo con el valor superior del pluralismo político; pero lo que no sería constitucional, de acuerdo con el art. 53.3 de la CE, sería que el legislador se desinteresara de la efectividad de tales principios rectores y dedicara la totalidad de los medios públicos a otros fines"[18].

Es fácil advertir, pues, cómo con una u otra formulación se ha venido reconociendo el sentido que adquiere el principio de la equitativa distribución del gasto público, en conexión con el catálogo de derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución, "como instrumento de tutela y garantía jurídica para los ciudadanos frente a toda actividad prestacional de los poderes públicos, garantizando niveles mínimos de prestación de servicios públicos y unas determinadas preferencias y prioridades; precisamente las que el texto constitucional define al recibir dicho catálogo de derechos"[19].

---

gasto "no puede ser diverso de los fines que el Estado en la definición de su naturaleza y carácter se fije... La definición de! principio necesariamente habrá de colmarse en el análisis de los fines que el Estado consagra como propios en el texto constitucional (finalidades fundamentales claramente definidas en el tít. I"). "Se presenta la posibilidad de exigir una interpretación global del texto en base a este principio de justicia en el gasto". De manera que este criterio objetivo de actuación de los poderes públicos se convierte en el "instrumento más eficaz que garantiza el cumplimiento de los valores superiores del ordenamiento: libertad e igualdad", haciendo al mismo tiempo efectivo el mandato del art. 9°.2. Pero, de otra parte, el principio de justicia que informa la actividad del gasto "garantiza el cumplimiento de los deberes económicos y de los derechos que se recogen, bien como tales, bien como principios rectores de la política social y económica en el capítulo tercero". Se trata —concluye Escribano— de un "principio de tendencia, llamado a informar la totalidad de la actividad financiera de gasto..., principio o fórmula de atribución equitativa de recursos que nunca podrá ser entendida de forma estática o absoluta, convirtiéndose en el punto de apoyo para integrar una determinada decisión de gasto en un proceso ininterrumpido de adecuación al diseño constitucional" (*Presupuesto del Estado y Constitución*, IEF, Madrid, 1981, p. 332).

[18] GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española en Homenaje al profesor E. García de Enterría*, t. V, Civitas, Madrid, 1991, ps. 3807 y 3834.

[19] Así, J. J. Zornoza Pérez, al analizar los problemas relativos a la garantía jurídica de los derechos económicos y sociales desde el punto de vista de la Hacienda Pública, y examinar en

V. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA EQUIDAD EN LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

No obstante, no parece exagerado afirmar que las exigencias constitucionales de la equidad en la asignación de los recursos públicos no se circunscriben a dotar a los derechos económicos y sociales de niveles mínimos de efectividad y protección[20]. En mi opinión, y de manera simétrica a lo que sucede con el tributo —que en cuanto instituto constitucional no queda reducido a su función recaudatoria, sino que tiene un papel que cumplir al servicio del programa constitucional[21]—, cabe sostener que lo que exige el art. 31.2 es que el gasto público realice una "asignación equitativa de los recursos públicos para la satisfacción de los fines y necesidades públicas que integran el programa constitucional, y, entre ellos, ocupando un primerísimo plano, el establecimiento de las condiciones financieras y, en particular; la aprobación de las dotaciones presupuestarias que aseguren, no ya la vigencia jurídica, sino la efectividad y la eficacia social de los derechos fundamentales de prestación"[22].

---

qué medida la regulación constitucional de tales derechos puede servir para concretar el contenido del principio de justicia en la asignación de los recursos públicos ("El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales", HPE nro. 133/1988, p. 50).

Véase, asimismo, E. Simón Acosta, "Consideraciones sobre el poder de gastar y el gasto público en enseñanza", en AA.VV., *Estudios de derecho y hacienda*, vol. 11, donde sostiene la existencia de "una inescindible conexión entre los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos y la obligación de estos últimos de gastar". Tratándose de derechos subjetivos de prestación o derechos sociales, "se puede exigir del Estado una prestación positiva para satisfacer el interés convertido en derecho subjetivo por la protección constitucional" (p. 1369).

[20] Baste recordar que —como ya precisaba en 1952 E. García de Enterría— "lo que el ciudadano pide hoy del Estado es ocupación, pan, medicinas, transportes urbanos, carreteras... prestaciones positivas, en fin, no simplemente 'garantías' formales, seguridad jurídica entendida como simple seguridad de libre desenvolvimiento; el afán actual de justicia no se sacia con tan parco yantar" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre los estudios de derecho", *Revista de Educación*, año 1, vol. II, nro. 5, Madrid, nov.-dic. 1952).

[21] Nos remitimos, en este punto, a nuestro trabajo "Los fines no fiscales de los tributos", RDFHP nro. 213/1991, ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, a partir de la STC 37/1987, ha venido acudiendo a los principios rectores de la política social y económica, como principios de los que "puede derivarse directamente... la función extrafiscal del sistema tributario" (FJ 13).

[22] "La conciencia social de nuestros días —observa con carácter general C. Albiñana— pide vigencia efectiva o real del derecho promulgado. En esta línea están tantos y tantos preceptos de la Constitución española, que han abandonado la lírica proclamación de los derechos, y que han establecido fórmulas garantizadoras del disfrute de los derechos reconocidos u otorgados. La efectividad de las normas jurídicas constituye hoy un *prius* de la comunidad nacional" ("El valor añadido: módulo impositivo", en AA.VV., *Introducción del IVA en España*, IEF, Madrid, 1982, ps. 468 y 469).

Como escribe L. Villacorta Mancebo, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, "el legislador tiene ante sí una vinculación constitucional y una tarea política esencial para la armonización de los intereses opuestos de cara a la exigencia de la realización concreta de los mismos, dentro de los márgenes de maniobra que se le dejan abiertos, fundamentalmente, a través de la elaboración de reglas orgánicas y procesales que regulan su ejercicio. El legislador es capaz, de esta manera, de tener una visión de conjunto sobre la multitud de consecuencias sociales, personales, económicas, etc., y es igualmente el que puede equilibrar las diversas exigencias que deben ser tomadas en consideración para la modificación del orden jurídico en atención al ejercicio de aquéllos... Los derechos fundamentales son pura y simplemente constituyentes para un sistema

Como señala H. G. Corti, "la finalidad de la actividad financiera pública es la de aportar los medios necesarios para darle realidad a los derechos e instituciones constitucionales. O dicho en sentido inverso: los derechos e instituciones constitucionales requieren de la actividad financiera pública para efectivizarse..."[23]. "La efectivización de tales derechos e instituciones implica efectuar actividad financiera en su sentido nuclear (obtención de ingresos y realización de gastos). Por otro lado, *la finalidad* fundamental de dicha actividad es la de otorgarle efectividad a aquellos derechos e instituciones"; de ahí la *doble relación* que advierte el autor "entre *Constitución y actividad financiera: implicación* (pues la organización y las medidas tendientes a asegurar los derechos requieren ingresos y erogaciones) y *finalidad* (pues el sentido de tal actividad recaudatoria y erogatoria no es otro que el de sostener financieramente aquella organización y aquellas medidas)".

Advierte el autor que "la médula del análisis es que ante una lesión jurídica concreta no es aceptable oponer como causal exculpatoria la existencia de una insuficiencia en cuanto a los recursos financieros disponibles o presupuestados. De lo contrario, la Ley de Presupuestos en vez de convertirse en un medio de juridización se convertiría en su contrario. ¿Y puede sostenerse con sensatez que la Constitución permite mecanismos para violentar (vulnerar o aniquilar) a la propia Constitución...?"[24].

---

democrático... Claro es que, para el cumplimiento de su función democrática, no basta con la vigencia jurídica de los derechos fundamentales, tienen que ser también socialmente eficaces. Prerrequisito importante para la eficacia social de los derechos fundamentales es la aplicación e interpretación jurídica de los mismos, pero la eficacia social es mucho más el producto del juego conectado de un trabajo jurídico y de las estructuras político-sociales" ("Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español", en AA.VV., *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. I, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, ps. 535 y 537).

Como trataremos de argumentar en el texto, el elemento financiero y, en particular, la dotación del *minimum* de gasto constitucionalmente exigible es otro de los prerrequisitos que condicionan la eficacia y la efectividad social de los derechos fundamentales.

[23] CORTI, Horacio G., *Derecho financiero*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 571. Dedica el autor gran parte de su obra a exponer "una visión constitucionalista del derecho financiero", situando como horizonte de fondo "la posibilidad de construir de manera sistemática una genuina *Hacienda Pública Constitucional*" (ps. 20 y 21), para lo cual es preciso "generalizar hasta donde sea posible la perspectiva jurídico-constitucional hasta ahora acantonada al ámbito de los tributos" (p. 83). Propone para ello H. G. Corti "la incorporación del entramado conceptual constitucional en la definición misma de actividad financiera, así como la integración de la actividad financiera en el entramado conceptual constitucional (p. 96); y concluye que "la actividad financiera es un momento instrumental al interior de la argumentación constitucional" (p. 219). Define la actividad financiera como "el conjunto complementario de actividades consistentes en la obtención de ingresos y realización de erogaciones (núcleo) a los efectos (conexión) de efectivizar los derechos e instituciones constitucionales (cualificación)". Y, partiendo de esta definición, deduce el autor "un concepto específicamente jurídico de gasto público: actividad erogatoria a los efectos de efectivizar los derechos e instituciones constitucionales" ("La constitucionalización del gasto público", *Revista Lecciones y Ensayos*, nros. 64/1965, 1995-1996, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996, p. 55; y, más tarde, en *Derecho financiero*, cit., p. 220).

[24] CORTI, Horacio G., *Derecho financiero*, cit., p. 572. "¿Puede el Estado —se pregunta Quiroga Lavié— invocar insolvencia de recursos materiales..., cuando el afianzamiento de la justicia es uno de los fines prioritarios de la Nación...? ¿Puede el sistema económico paralizar el

Refiriéndose a un concreto precepto del ordenamiento jurídico argentino[25], advierte Corti que el criterio que en él prevalece es el de "condicionar el pleno ejercicio de los derechos a la existencia de las previsiones presupuestarias correspondientes. Y en el caso de no ser estas últimas suficientes, los derechos se encuentran *suspendidos*. Lo que está en juego —añade el autor— es el enfrentamiento de dos lógicas contrapuestas. Por un lado, una *lógica constitucionalista*, que privilegia los derechos y las instituciones por sobre las contingencias fácticas... Por otro lado, una *lógica contra-constitucional* que subordina los derechos (y los mandatos constitucionales en general) a las variables contingencias fácticas". Y argumentando el autor sobre la necesidad del control jurisdiccional de la legislación presupuestaria, proclama "la sumisión de la actividad erogatoria pública concretada en la ley presupuestaria (esto es, el gasto público) a la jurisdicción constitucional".

Comentando, en fin, Corti una sentencia de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso-Administrativo, destaca como primera conclusión del órgano judicial argentino que "la legislación presupuestaria (la normativa que concretiza la actividad financiera en su aspecto erogatorio) no tiene 'entidad suficiente' para desvirtuar (modificar, transformar o aniquilar) a los institutos jurídicos que existen con independencia de esa legislación". Y como segunda conclusión la de que "la legislación presupuestaria no tiene entidad suficiente para limitar derechos reconocidos o legítimos. Es decir: el ejercicio de derechos reconocidos o legítimos no puede (y esto significa: no debe) supeditarse a los parámetros contingentes que fijen o consideren pertinentes las autoridades económicas. Por ello se produce una arbitrariedad manifiesta cuando bajo la excusa de una restricción presupuestaria se limita o suspende el ejercicio de un derecho legítimo. Todo esto —concluye H. G. Corti— implica sentar como concepto básico la consideración de la actividad financiera como *medio* para el aseguramiento de los derechos y no como válido obstáculo para impedir su ejercicio"[26].

Valgan las anteriores referencias a la doctrina, legislación y jurisprudencia argentinas para afrontar brevísimamente la cuestión desde la perspectiva correspondiente a nuestro actual ordenamiento jurídico.

---

funcionamiento del sistema jurídico, técnica específica dispuesta para el afianzamiento de la justicia? ¿Es o no la Justicia el valor señero y conglomerante del plexo de valores que funcionalizan el ordenamiento jurídico", comentario de H. Quiroga Lavié ("El defensor del pueblo hace defender los derechos humanos en la Alcaldía de la ciudad de General Roca") al fallo de la Cámara Tercera del Crimen de la Ciudad de General Roca, publicado en *Suplemento de Jurisprudencia Penal*, 13/3/1996.

[25] Se trata del art. 22, ley 24.463, en virtud del cual "las sentencias condenatorias contra la Administración Nacional de Seguridad Social, serán cumplidas dentro de los 90 días de notificadas, hasta el agotamiento de los recursos presupuestarios destinados a ello para el año fiscal en el que venciera dicho plazo. Agotados dichos recursos se suspenderá el cumplimiento de aquellas sentencias pendientes de pago, reanudándose el cómputo de los plazos para su cumplimiento a partir del comienzo del año fiscal para el que se aprueben nuevos recursos presupuestarios destinados a atender sentencias judiciales y hasta nuevo agotamiento"

[26] CORTI, Horacio G., *Derecho financiero*, cit., p. 576.

VI. CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES FINANCIERAS DE LOS PODERES PÚBLICOS

También en nuestro vigente orden constitucional es posible afirmar que la apelación a las posibilidades presupuestarias o al límite de los fondos disponibles no puede asumirse *tout court* como criterio de justificación de las decisiones financieras de los poderes públicos, a modo de *passe-par-tout* en el que situar a resguardo de inconstitucionalidad cualquier actuación —u omisión— en "materia" de gasto. Pues, junto a la indeclinable discrecionalidad política del legislador en el escalonamiento y graduación *medio tempore* de las reformas legislativas "removedoras" de obstáculos a la plenitud de los derechos (art. 9°, CE), hay que situar aquellas decisiones de gasto público que resultan *constitucionalmente exigibles* y que, ante la pasividad del legislador, deben ser declaradas —impuestas— en sede de jurisdicción constitucional. No parece, por consiguiente, que el juicio de inconstitucionalidad deba abdicar ante razones de equilibrio presupuestario en los casos en que este último —cuando el gasto público sea exigible *ex constitutione*— se haya alcanzado a costa de abdicar de la Constitución.

Situado el problema en su perspectiva constitucional, no es arriesgado afirmar —aunque sí resulte merecedor de mayores matizaciones— que el "equilibrio presupuestario", en sí, no constituye un "bien constitucionalmente protegido" —ni acaso, en sí mismo, protegible— en nuestra Norma Fundamental[27].

[27] Prescindiendo, a estos efectos, de los límites que el derecho comunitario financiero impone a los legisladores y a los ejecutivos de los Estados miembros de la Unión Europea, respecto de la ordenación presupuestaria de los ingresos y gastos públicos. Conviene, en efecto, dejar constancia de la existencia de normas comunitarias de carácter económico y presupuestario que inciden directamente en el poder financiero de los Estados miembros. Tal ocurre, por ejemplo, con las normas del tratado que obligan a los Estados a evitar déficits públicos excesivos (art. 104 y Protocolo nro. 5 del Tratado de la Unión Europea, incluido como anexo al mismo); o establecen las obligaciones y los criterios de convergencia que han de observar los Estados miembros en relación con la realización de la Unión Económica y Monetaria (art. 109 J); o, en fin, con la fijación de objetivos comunes aprobados por las instituciones comunitarias, y que han de seguir los Estados miembros bajo supervisión y vigilancia de la propia Comunidad (art. 103).

En particular, el art. 109 J del TUE establece los cuatro criterios de convergencia que han de cumplir los Estados miembros para la adopción de la moneda única en la perspectiva de la Unión Económica y Monetaria:

– el logro de un alto grado de estabilidad de precios, que deberá quedar de manifiesto a través de una tasa de inflación que esté próxima a la de, como máximo, los tres Estados miembros más eficaces en cuanto a la estabilidad de precios;

– las finanzas públicas deberán encontrarse en una situación sostenible, lo que quedará demostrado en caso de haberse conseguido una situación del presupuesto sin un déficit público excesivo, definido de conformidad con lo dispuesto en el apart. 6° del art. 104 C;

– el respeto, durante dos años como mínimo, sin que se haya producido devaluación frente a la moneda de ningún otro Estado miembro, de los márgenes normales de fluctuación que establece el Mecanismo de Tipos de Cambio del Sistema Monetario Europeo;

– el carácter duradero de la convergencia conseguida por el Estado miembro y de su participación en el Mecanismo de Tipos de Cambio del Sistema Monetario Europeo deberá verse reflejado en los niveles de tipos de interés a largo plazo.

Véase, sobre ello, GARCÍA NOVOA, César, "La incidencia del derecho comunitario en el derecho español (especial referencia al ordenamiento financiero)", en AA.VV., *Sistema fiscal español*

Dicho en otros términos, el constituyente de 1978 no constitucionalizó el "santo temor al déficit"; si bien la decisión o previsión del grado de nivelación o déficit presupuestario comporta una opción de política económica que legítimamente corresponde adoptar al Legislativo y al Gobierno y sobre cuya "corrección constitucional", en principio, nada le incumbe decir al Tribunal Constitucional. A no ser, naturalmente, que el legislador o el ejecutivo pretendan escudarse en ella para limitar más allá de lo constitucional e incluso presupuestariamente admisible, la efectiva materialización de los derechos fundamentales, de los principios constitucionales o, en fin, de los valores superiores del ordenamiento.

En definitiva, lo que quiere subrayarse es que las supuestas limitaciones e inelasticidades de los presupuestos del Estado puedan elevarse, en sí mismas, a fuente o parámetro —*extra ordinem*— de constitucionalidad, provocando el potencial condicionamiento o "autolimitación" del Tribunal en el juicio y control de constitucionalidad de las leyes[28].

No se discute, naturalmente, el margen de discrecionalidad inherente a las "leyes de gasto" o, en otros términos, a las decisiones legislativas que fijan el modo —y ritmo— de satisfacción de los intereses constitucionalmente tutelados, en atención a los recursos financieros efectivamente disponibles[29]. Lo que se niega, sin embargo, es que las "razones presupuestarias" (amparadas en la "insoslayable limitación de los recursos disponibles"), o los supuestos desequilibrios en la Hacienda Pública, basten por sí solos para limitar la efectiva protección de los derechos fundamentales (de prestación) y de los derechos económicos y sociales, reduciéndolos a su mera y nominal proclamación en el texto constitucional.

Aún están pendientes de concretar los criterios que, junto a posibilitar el control de la "asignación equitativa de los recursos públicos" (art. 31.2, CE), puedan eficazmente esgrimirse frente a las decisiones financieras de *libera administratio* o al puro arbitrio político con el que se vienen a decidir el *an* y el

y armonización europea, Marcial Pons, Madrid, 1995; y, también allí, PÉREZ DE AYALA, José L., "La Unión Económica y Monetaria y sus repercusiones en el derecho financiero español".

[28] No es posible, desde luego, ignorar las consecuencias que puede generar el "impacto financiero" de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Consecuencias que van desde la virtual afectación al ámbito competencial constitucionalmente reservado al Gobierno y a las Cortes Generales en materia presupuestaria (arts. 66.2 y 134, CE) o, si se prefiere, al margen de discrecionalidad inherente a las "leyes de gasto", hasta la —más elemental— repercusión en cuestiones de "intendencia" presupuestaria (necesidad de reajustar las asignaciones de fondos públicos, habilitar nuevos créditos presupuestarios, o ampliar o modificar los ya autorizados, para atender a los gastos generados o inducidos por los pronunciamientos de inconstitucionalidad), pasando, todo ello, por la repercusión que este tipo de resoluciones generadoras de gasto público —"dispendiosas"— tiene en la puesta en funcionamiento de "técnicas" de jurisprudencia prospectiva (STC 45/1989, FJ 11) motivadas, a la postre, por la "conveniencia" de mitigar o modular los desajustes, entre otros, presupuestarios provocados por tales decisiones de inconstitucionalidad.

[29] Como destaca la STC 77/1985, del 27 de junio, "... el legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucionales, sino también tales mandatos con *la insoslayable limitación de los recursos disponibles*. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece" (FJ 11).

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

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

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

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

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

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

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

Por Horacio G. Corti

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[5] El concepto de *práctica jurídica* es característico de la teoría crítica del derecho, que es la forma singular que tomó en la Argentina la necesidad de ir más allá de las visiones positivistas y analíticas que dominaban, hasta no hace poco, las reflexiones generales sobre nuestra actividad.

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

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

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

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

Hay al menos tres aspectos para destacar.

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

---

Me remito, entre otros textos, a ENTELMAN, Ricardo, "Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico", en MARÍ, Enrique y otros, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982. En el trasfondo está en juego el concepto de *dispositivo* tal como es usado por Foucault para designar conjunciones de actividades discursivas y no discursivas de carácter heterogéneo. Al respecto es esencial el ensayo de MARÍ, Enrique, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", en *Papeles de filosofía I*, Biblos, Buenos Aires, 1993, p. 219.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[17] De acuerdo con el referido art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina, es atribución del Congreso la siguiente: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las

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

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

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

organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2) Los derechos sociales en la práctica jurídica internacional

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según la Declaración de Quito:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El presupuesto es una técnica que nace concomitantemente al Estado de Derecho europeo y como medio para que los órganos parlamentarios aumenten su capacidad de decisión política con respecto a los recursos estatales financieros. Visto históricamente, ello sucede, en primer lugar, con respecto a los pode-

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

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

res monárquicos, y luego, ante su declive, a veces gradual, a veces abrupto, con respecto a los órganos ejecutivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La constitucionalización del derecho presupuestario en cuanto etapa superadora

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

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

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

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

De acuerdo con una definición general, que nos servirá de hilo conductor:

La finalidad de la actividad financiera pública (o de la Hacienda Pública, de las finanzas públicas, de la renta pública, del Tesoro, del derecho financiero o, en fin, del conjunto sistemático de las técnicas jurídico-financieras) consiste en otorgarle efectividad a las instituciones constitucionales[33].

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

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

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

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

[34] Esto significa seguir y profundizar las diferentes tradiciones que afirman la unidad y autonomía del derecho financiero. Para Italia, ver: AMATUCCI, Andrea, "Las raíces de la concepción sus-

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

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

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

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

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

---

tancial del derecho financiero público en Nápoles y en la Italia meridional", en *Historia del derecho de la hacienda pública y del derecho tributario en Italia*, Temis, Bogotá, 2004; para España: SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de derecho financiero I. Introducción. Volumen Primero*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977, en particular cap. III "Derecho financiero"; para Francia: PHILIP, Loïc, *Les fondaments constitutionnels des finances publiques*, Económica París, 1995; para la Argentina: ASOREY, Rubén, "El derecho tributario dentro del derecho financiero", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (dir.), *Tratado de tributación*, t. I, "Derecho tributario", vol. I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 25; para Colombia: PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, t. I, "Derecho de la hacienda pública", 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicha causa se había originado en una presentación de la asociación actora, por vía de una acción de amparo, a fin de que se cumpla, entre otras cuestiones, con el suministro de medicamentos que requieren la personas que padecen las consecuencias del virus VIH/Sida en todos los hospitales y efectores sani-

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

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

tarios del país[48]. Lo central se encuentra en un último comentario que casi al pasar contiene el final de esta sentencia: "Que, por último, debo señalar que no puedo dejar de valorar al momento de acceder a la medida, que para el caso de que efectivamente el Ministerio se encontrara cumpliendo normalmente con la conducta que le requiere, la decisión que adopto sería inocua pues ningún gravamen podría causarse a la demandada, mientras que si por el contrario, y como resultas de los avatares presupuestarios, la provisión de los medicamentos no es regular y permanente, cobra toda su virtualidad la necesidad que esa situación se revierta en beneficio de la comunidad".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) El camino jurisprudencial de la ponderación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) la cláusula de la reserva de lo posible no puede ser articulada para justificar el incumplimiento de obligaciones constitucionales vinculadas a los dere-

chos fundamentales que protegen las condiciones materiales mínimas para una existencia digna;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[60] Una visión general sobre el asunto puede verse en LONDOÑO TORO, Beatriz - PIZARRO NEVADO, Rafael (comps.), *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*, Universidad del Rosario, 2005. En cuanto a los casos de la Corte que involucran una cuestión presupuestaria ver el cuadro general presentado por PLAZAS

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

Veamos los puntos esenciales.

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

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

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

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

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

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

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

---

VEGA, Mauricio, *Del realismo al trialismo jurídico...*, cit., en particular su cap. I, "El nuevo derecho y el poder de los jueces en general y de la Corte Constitucional en particular", donde formula diversas preguntas que están en el centro de nuestro ensayo (ver fundamentalmente la enumeración de interrogantes de ps. 78 y 79).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) La equidad en el texto constitucional argentino

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El segundo aspecto relevante de este inc. 8º es la remisión misma como técnica legislativa, porque el constituyente dispuso que a la decisión presupuestaria se le deben aplicar los principios referidos a la ley convenio de coparticipación. Sin entrar aquí en mayores desarrollos, cabe destacar que la ley conve-

nio de coparticipación es un instrumento que regula y coordina las relaciones financieras entre las provincias y el Gobierno federal[68]. Según sus términos, hay tributos a cuyo respecto la potestad normativa queda en manos del Gobierno federal, quien debe efectuar a las provincias la transferencia de un porcentaje de lo recaudado. En pocas palabras: de los recursos que obtiene el Estado federal una porción debe ser, en razón de la ley convenio de coparticipación, transferida a los estados provinciales. Esto significa, a su vez, que la masa de recursos federales totales se debe disponer a través de dos instrumentos jurídicos: la Ley Convenio de Coparticipación y la Ley de Presupuesto.

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

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

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

En suma, el inc. 8° del art. 75 de la Constitución dispone que la ley de presupuesto debe efectuarse conforme a las pautas establecidas en el párr. 3° del inc. 2° del propio art. 75, donde se establece lo siguiente: "La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LINEAMIENTOS PARA EL PRESUPUESTO PÚBLICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MÉXICO

Por Gabriela Ríos Granados *

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

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

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

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

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

social que se asigna a los hombres y a las mujeres a partir de sus diferencias biológicas y por tanto dicho concepto cambia con el tiempo[1].

Podemos establecer la perspectiva de género como el conjunto de ideas, percepciones y valoraciones socialmente creadas sobre lo que constituye lo femenino y lo masculino, con el objeto de que se incorpore a los planes y programas, proyectos y mecanismos de la Administración Pública federal, así como a una equitativa asignación y ejercicio del gasto público para atender las necesidades particulares de las mujeres, puesto que la inequidad de género, dentro del sector público, conlleva a un desperdicio de recursos humanos y a un desempeño menos eficaz en las dependencias gubernamentales[2], todo ello sin mencionar que el hecho de la existencia de esta distribución desigual de poder implica posiciones de subordinación, con la consecuente discriminación y limitaciones en su capacidad de decidir sobre su persona, sobre los recursos económicos del hogar e incluso sobre la distribución de su propio tiempo y las prioridades de su uso[3]. La lectura del presupuesto desde una mirada de género es una herramienta que contribuye a una mayor eficacia en el uso de los recursos públicos.

Por otro lado, la necesidad de establecer la perspectiva de género en los presupuestos públicos queda establecida desde el momento en el que consideramos el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) como el instrumento de política económica más importante del gobierno, al reflejar éste sus prioridades en materia social y económica y cristalizar las decisiones y compromisos gubernamentales en términos monetarios. El presupuesto tiene impactos sobre toda la población y en particular sobre los grupos sociales en desventaja, los cuales dependen en mayor medida de los servicios sociales prestados por el gobierno[4], así un presupuesto que ignore las desigualdades entre hombres y mujeres necesariamente mantendrá sin cambios las relaciones de género existentes y dificultará su impacto en el crecimiento económico y en el desarrollo humano. Hablamos de la necesidad de incorporar la transversalidad a la perspectiva de género que implica que la búsqueda de la equidad entre hombres y mujeres debe permear todas las estrategias del gobierno, y que las mujeres y los hombres participen no únicamente en la etapa de la puesta en marcha de los programas o

[1] SOSA MUÑIZ, Víctor J., "Necesaria institucionalización de la perspectiva de género en la Administración Pública a través del presupuesto de egresos de la Federación para el 2005", *Iniciativa. Revista del Instituto de Estudios*, año 6, nro. 21, Toluca, octubre-diciembre 2003, p. 66.

[2] *Ibid.*, p. 63. Un artículo en el que se recogen las principales publicaciones sobre género y desarrollo lo podemos encontrar en OLMO GARRUDO, Alicia del, "Una aproximación a los recursos bibliográficos básicos sobre género y desarrollo", *Revista Española de Desarrollo y Concepción*, nro. 6, Madrid, año 2000. ps. 129/141.

[3] HOFBAUER BALMORI, Helena - SÁNCHEZ-HIDALGO, Dora - ZEBADÚA YÁÑEZ, Verónica, *Presupuestos sensibles al género: conceptos y elementos básicos*, Secretaría de Salud, México, 2002, ps. 15/1916. Así como los comentarios ya vertidos en torno a la ley española para conciliar la vida familiar y laboral.

[4] SOSA MUÑIZ, Víctor J., "Necesaria institucionalización...", cit., p. 72.

proyectos, sino también en las fases de diseño y evaluación para asegurar que se incorporen sus intereses, necesidades y prioridades[5].

Todos aquellos asuntos de pobreza, desigualdad, etcétera, necesitan ser llevados directamente al interior del ámbito de la política macroeconómica[6], para lo cual existen tres elementos claves de la política macroeconómica: 1. La política de tasa de cambios (apreciación y depreciación de la divisa); 2. La política monetaria (suministro monetario y tasas de interés); 3. La política financiera (contribuciones y gasto público).

Así las cosas, el impacto de la política macroeconómica desde la perspectiva de género, establece que la "Ceguera de Género" existe desde el marco conceptual y estadístico bajo el cual son diseñadas las políticas públicas, entre ellas las políticas macroeconómicas, existiendo fallas desde el momento en el que la contribución femenina a la macroeconomía está subestimada ya que las bases de mercado utilizados en la planeación y las estadísticas son incompletas, generando todo ello un alto costo económico.

Si diseñáramos las políticas públicas de manera correcta tendríamos una serie de datos totalmente diferentes, por ejemplo, la mejora de los niveles educativos de la mujer, propician, sin lugar a dudas, incrementos considerables de los niveles de producción; la disminución de la desigualdad en el mercado laboral, ha permitido mejorar los ingresos no sólo de las mujeres, sino de las familias en su conjunto y del ingreso nacional; eliminar las desigualdades de género, fortalece el desarrollo de las futuras generaciones al dar acceso a los hijos a mejores niveles de educación, ingresos extras para las familias y mejores niveles de nutrición derivados de una mejor educación y una mejor salud, y así un largo etcétera que van coadyuvados[7].

III. VINCULACIÓN DEL GASTO REAL CON PROGRAMAS Y SERVICIOS PÚBLICOS A LAS MUJERES

Existen varios instrumentos para hacer efectiva la vinculación entre el gasto real y la perspectiva de género, entre los que cabe mencionar:

a) Asignaciones presupuestales con perspectiva de género.

b) Gasto etiquetado para mujeres y niñas.

c) Ayudas económicas expresamente dirigidas a la economía de cuidado.

[5] HOFBAUER Balmori, Helena - SÁNCHEZ-HIDALGO, Dora - ZEBADÚA YÁÑEZ, Verónica, *Presupuestos sensibles al género...*, cit., p. 19.

[6] Sobre el género y su dimensión social a tomarse en cuenta no sólo desde el análisis microeconómico sino macroeconómico, véase VINAY ROJAS, Claudia - HOFBAUER BALMORI, Helena - PÉREZ FRAGOSO, Lucía - MARTÍNEZ MEDINA, Maria Concepción, *Mujeres y pobreza: el presupuesto del gasto social focalizado visto desde la perspectiva de género*, Fundar, Equidad de Género, *www.internationalbudget*.Org/resources/library/combate.pdf.

[7] GÓMEZ DE LA O, Eduardo, "Hacia una perspectiva de género en el presupuesto público de las entidades federativa en México: el caso del Estado de Oaxaca", *Revista Indetec*, Revista Bimestral, Guadalajara, nro. 132, febrero 2003, p. 127.

d) Desagregar por géneros[8] los presupuestos.
e) Presupuestación por programas con perspectiva de género.
f) Vinculación del gasto real con la prestación de servicios públicos a las mujeres
g) Presupuestos participativos.
h) Guarderías para apoyo de los padres.
i) Licencias por paternidad.
j) Programas dirigidos al derecho a un parto humanizado.
k) Transparencia como elemento transversal en todos estos programas.
l) Transparencia en las normas operativas del presupuesto público.
A continuación detallaremos algunas de las propuestas arriba mencionadas.

a) Ayudas económicas en la economía de cuidado

Las ayudas económicas deben verse reflejadas en la economía de cuidado, ya que son las mujeres las que realizan la mayor parte de las tareas de la economía de cuidado, por eso, se debe enfatizar que estas ayudas deben estar dirigidas a estos sectores:

i) Transporte.
ii) Salud.
iii) Pobreza.

b) Programas con perspectiva de género

Gracias a que en México el presupuesto público se hace con base en programas a partir de 1977, es posible la implantación de programas con perspectiva de género, los cuales pueden ser interinstitucionales. Hemos hecho una selección de propuestas de programas, las cuales hemos considerado más viables, y que a continuación se mencionan:

i) Programas dirigidos a la atención de las víctimas de violencia doméstica.
ii) Programas de cuidados de niños.
iii) Programas de cuidados de ancianos.
iv) Programas escolares dirigidos a los niños y niñas, en el que se destaque que tanto los varones como las mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones en lo que se refiere a la economía de cuidado.
v) Licencias por paternidad.
vi) Guarderías para apoyo de los padres.
vii) Programas dirigidos al derecho a un parto humanizado.

Respecto de la prestación de servicios se recomienda hacer un análisis de la incidencia del gasto real, para lo cual se debe identificar a los beneficiarios hombres y mujeres de dichos servicios de acuerdo con la UNIFEM[9]. Este análisis puede realizarse a través de un Comité Interinstitucional creado para tales efectos.

[8] Desagregar por sexos significa que en las partidas presupuestales debe verse reflejado la diferencia de sexos.

[9] Sosa Muñiz, Víctor J., "Necesaria institucionalización...", cit., p. 70.

IV. EVALUACIÓN DE LAS ASIGNACIONES PRESUPUESTALES CON PERSPECTIVAS DE GÉNERO

Como hemos comentado, son diversos los mecanismos que se pueden implementar para lograr presupuestos con perspectivas de género, y en esa labor los diferentes gobiernos tienen una gran tarea a la hora de establecer una verdadera "conciencia de género" en los administradores públicos. Las políticas públicas deben contemplar los siguientes parámetros:

1. Determinar supuestos y prácticas que son base fundamental para la definición de las prioridades en la acción de gobierno.
2. Analizar, con una perspectiva de género, las políticas públicas.
3. Determinar cuál de ellas mantienen el *status quo* de la desigualdad de género.
4. Identificar qué políticas cuentan con los elementos suficientes para considerar que contribuyen a una distribución de los recursos y las oportunidades más igualitarias desde la perspectiva de género.
5. Identificar aquellas políticas públicas que satisfacen de manera particular las necesidades de uno u otro género[10].
6. Analizar e interpretar las situaciones, tomando en cuenta cómo se construyen diferenciadamente los papeles masculinos y femeninos en una sociedad.
7. Reconocer las diferencias existentes entre distintos grupos de mujeres (por ejemplo, diferencias de edad, etnia, clase), las diferencias geográficas, los papeles desempeñados por las mujeres en distintas etapas de su vida (ser hija, madre, esposa, trabajadora), y los papeles simultáneos (ser una madre que trabaja)[11].

Después del desarrollo de esta labor lo que prosigue es colocar o promocionar a la mujer en una posición tal que le permita iniciar un itinerario de escalada en el que, definitivamente, se le concedan todos aquellos privilegios que les otorga una política de igualdad de oportunidades, en su dimensión más amplia.

El Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), por sus siglas en inglés, en México recomienda que antes de realizar un análisis de los presupuestos públicos sensibles al género, hay que tomar en cuenta que

1. Dichos presupuestos no son separados para las mujeres y los hombres;
2. Se concentran en una conciencia de género y en su incorporación transversal en todos los aspectos de la elaboración de presupuestos tanto a nivel nacional como local;
3. Promueven el uso más efectivo de los recursos para lograr tanto la igualdad de género como el desarrollo humano;
4. Hacen seguimiento y evalúan el ingreso y el gasto público desde un enfoque de género;

[10] *Ibid.*, p. 128.

[11] *Ibid.*, p. 68.

5. Promueven la participación de grupos de mujeres;

6. Enfatizan la reelaboración de prioridades en lugar del incremento del gasto público en general;

7. Destacan la reorientación de los programas dentro de sectores, en lugar de cambios de las cantidades asignadas a sectores específicos[12].

V. PRESUPUESTOS PARTICIPATIVOS

Algunos autores[13] han considerado viable esta técnica, que se puede definir como la participación ciudadana en el proceso de elaboración de los presupuestos, planificación y prioridades del gasto, así como el seguimiento y control. Lucía Fragoso entiende a la participación ciudadana como "el ejercicio de la intervención de las personas en la vida pública con una posición activa para que junto con el gobierno convertirse en co-responsables del buen funcionamiento de las instituciones públicas"[14]. Dentro de este contexto se debe analizar: ¿Quiénes participan? ¿Cómo participan? ¿En qué condiciones participan? ¿Participan por igual mujeres y hombres?

Es innegable que para poder llevar a cabo presupuestos participativos se requiere que los actores tengan conocimientos técnicos, así como de sus prioridades, necesidades, entre otros tópicos. Es así, que para lograr este cometido es necesario la remoción de obstáculos que limitan la participación de grupos de mujeres.

Como ya se ha manifestado anteriormente, los presupuestos participativos para que sean compresivos deben tener presentes las necesidades e intereses diferenciados entre hombres y mujeres, y para lograr este cometido debe incorporar la categoría de género en la elaboración de políticas y presupuestos[15]. Lo que significa darle contenido a lo femenino y a lo masculino, evidenciar las actividades de la vida cotidiana del hombre y la mujer, además de evidenciar que cada grupo social cuenta con roles específicos y culturalmente determinados[16].

Puestas sobre la mesa las cartas, resulta a todas luces necesario destacar la contribución de las mujeres en la economía de cuidado, para que con esta valoración se pueda ir incluyendo activamente en esta economía a través de incentivos como la incapacidad por paternidad. Además no debemos dejar en el tintero la retribución de los derechos sociales y económicos de las personas.

[12] *Ibid.*, p. 131.

[13] PÉREZ FRAGOSO, L., "El análisis y elaboración de presupuestos públicos con enfoque de género", ponencia presentada en el Segundo Taller Regional para Centroamérica, México y el Caribe sobre: la lucha contra la pobreza urbana, Ciudad de México, 20/8/2004, *www.fondeso.df.gob.mx*.

[14] *Ibid.*

[15] *Ibid.*

[16] *Ibid.*

VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL POR EL RECORTE DEL GASTO PÚBLICO

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es un tema que ya ha sido explorado por la doctrina[17] y fundamentalmente se ha enfocado cuando se causa un daño por la actividad de la Administración Pública, como la expropiación mediante indemnización, y siendo esta última la compensación por el daño ocasionado. Sin embargo, el cúmulo de facultades del Estado puede generar una responsabilidad patrimonial por el simple ejercicio de su función.

La literatura de derecho comparado sobre este tópico es rica en matices y en planteamientos, lo que no es novedoso de suyo este tema, y cuenta con una gran tradición en países como Francia, España[18] e incluso en algunos países de Iberoamérica. Los hitos en el tópico de la responsabilidad patrimonial del legislador se dieron en Francia con los casos "La Flaurette", y "Bovero"[19] ampliamente documentados en la literatura jurídica. Con el caso "Bovero" se arraigó la responsabilidad en el principio de igualdad en las cargas públicas.

También es demostrativa la jurisprudencia española que permite al particular ejercer una acción por responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos declarados inconstitucionales, tal como lo hemos citado líneas arriba[20]. Otro asunto paradigmático, desde mi óptica, es el llevado a la Corte Europea de Derechos Humanos, derivado del caso "SA Dangeville v. Francia", en el fallo de este asunto la Corte condenó al gobierno francés a devolver los impuestos pagados. En consonancia con esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, en reiteradas ocasiones, ha reconocido a los particulares una acción de reembolso por los ingresos tributarios derivados de aquella legislación que haya incurrido en una violación del derecho comunitario[21]. Otero-Nava Miranda ha evidenciado una serie de criterios jurisprudenciales en esta dirección, en los cuales se destacan tres requisitos mínimos que deben operar para la reparación de los daños y perjuicios:

"1. Que la norma comunitaria tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

[17] EINAUDI, Luigi, *Principios de hacienda pública*, traducción de la 2ª ed. italiana (1940) de Jaime Algarra y Miguel Paredes, Aguilar, Madrid, 1958, p. 77.

[18] CHECA GONZÁLEZ, Clemente, "La responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley", Ius et Praxis, vol. 10, nro. 1, Talca, 2004, ps. 45 a 75.

[19] CHECA GONZÁLEZ, Clemente, "La responsabilidad...", cit., ps. 52 y 53; BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis F., *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Legis, Bogotá, Serie Lex Nova, 2007, ps. 18 y ss.

[20] Elena Otero-Novas Miranda comenta que el Tribunal Supremo ha sido demasiado generoso con el contribuyente (OTERO-NOVAS MIRANDA, Elena, "Consecuencias de la violación del derecho comunitario para el derecho tributario interno. Vías de reparación (II). Responsabilidad patrimonial del Estado legislador", página de Internet: *www.ief.es/Publicaciones/Documentos/Doc_02_09pdf*, p. 16.

[21] OTERO-NOVAS MIRANDA, Elena, "Consecuencias de la violación...", cit., página de Internet: *www.ief.es/Publicaciones/Documentos/Doc_02_09pdf*, p. 17, día de la consulta: 15/7/2009.

"2. Que se haya producido lo que el TJCE denomina una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario por parte de la norma nacional.

"3. Que exista una relación de causalidad entre la infracción del derecho comunitario imputable al Estado miembro y el daño ocasionado"[22].

Ante esta panorámica, México ha llegado tarde a la arena, pues no obstante que ha tenido un amplio desarrollo en países de la misma tradición jurídica, un primer acercamiento sobre un texto legislativo fue presentado en la década de los sesenta, sin embargo, en esa época el presidente de la República argumentó que no había recursos públicos que cubrieran la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado.

De tal suerte, que la experiencia mexicana en materia de responsabilidad patrimonial del Estado es relativamente nueva, pues toma forma dentro del derecho positivo al iniciar el año 2004, con la publicación en el Diario Oficial de la Federación del decreto que adicionó el segundo párrafo del art. 113 de la Constitución Federal y que incorporó, en nuestro ordenamiento nacional, la responsabilidad patrimonial del Estado[23]. Además, con fecha 1/1/2005 entró en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial[24]. Dicha reforma constriñe a los Estados de la República y al Distrito Federal a crear la legislación en el

[22] OTERO-NOVAS MIRANDA, Elena, "Consecuencias de la violación...", cit., p. 19.

[23] "Art. 113.— (...)

"La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes".

[24] La Ley Federal sanciona, en sus primeros artículos, que la reclamación de la indemnización por responsabilidad patrimonial debe realizarse a través de un procedimiento administrativo *sui generis* del que conoce el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el que en funciones de autoridad administrativa se encarga de resolver si existió o no la actividad irregular que afecte a quienes no tienen la obligación jurídica de soportarla, así como de fijar las indemnizaciones que correspondan al afectado para la reparación integral del daño y, en su caso, por el daño personal y moral, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18 de la ley de la materia. Los arts. 17 a 26 de dicho ordenamiento regulan lo relativo al procedimiento, destacando que da inicio con la presentación de una reclamación ante el citado tribunal, a la que normalmente debe recaer una resolución que autorice o niegue la indemnización respectiva. Dicho procedimiento debe ajustarse también a lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que se aplica a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública federal centralizada y sus organismos descentralizados respecto de sus actos de autoridad, y es extensiva al mencionado tribunal que al resolver sobre esas reclamaciones actúa con el carácter de autoridad administrativa, surtiéndose a su favor una competencia ampliada en términos de lo previsto en el art. 11, fracción XV, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

De acuerdo con los arts. 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, y 2° de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la resolución definitiva dictada en ese procedimiento administrativo que niegue la indemnización o que, por su monto, no satisfaga al reclamante, es impugnable en el juicio de nulidad del que también conoce el mencionado tribunal, pero investido en funciones de órgano jurisdiccional y ajustándose, en cuanto al procedimiento, a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que es el ordenamiento instrumental que se aplica en ese juicio.

ámbito de sus competencias[25] para generar una efectiva aplicación del segundo párrafo del art. 113 constitucional, y lo que ha sucedido poco a poco en el transcurso de estos años.

Bajo este nuevo contexto constitucional y legal se ha generado una creciente doctrina administrativa[26] en torno a este sistema[27]. En nuestra opinión la reforma constitucional fue timorata[28] y se apartó de los estándares internacionales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. La experiencia del derecho comparado nos revela que esta institución se ha desarrollado a profundidad por resoluciones judiciales tanto de la Unión Europea, como de países con gran tradición administrativista, tal es el caso de Francia[29], país detonante de esta institución[30].

Al estudiar la reforma constitucional y la interpretación de nuestro máximo tribunal sobre esta reforma, de cara con el derecho comparado, se observan dos realidades muy distintas. En nuestra consideración México perdió una gran oportunidad cuando se incorporó esta institución, pues desde un inicio los

[25] En México no cabría ninguna acción por parte del particular en el supuesto de la omisión legislativa en el ámbito estatal para la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, sostengo que la cultura jurídica todavía es muy arcaica, y para muestra un botón, pues dentro de la literatura comparada, hay referencias jurisprudenciales que indican que no obstante la omisión legal expresa sobre responsabilidad patrimonial, no impedirá la correspondiente indemnización siempre que se demuestre que la norma procedente del Poder Legislativo supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial de carácter especial. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8/4/1997, cit. por CHECA GONZÁLEZ, Clemente, "La responsabilidad...", cit., p. 53.

[26] Dos años antes de la reforma constitucional y de la entrada en vigor de la ley federal reglamentaria se organizó un Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, celebrado por el Instituto Nacional de Administración Pública, y del cual se publicaron las memorias. También encontramos XOPA ROLDÁN, José, "La responsabilidad del Estado en México: hacia una interpretación constitucional alternativa", en MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (comp.), *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2007, p. 171.

[27] Para Rezzoagli no es un sistema, sino un principio, siguiendo la postura de Nevado Batalla. En REZZOAGLI, Bruno A., "Necesidad de una reforma constitucional en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado", documento consultado por Internet el día 18/8/2009, en *www.uad.edu.mx/CentroInv/Libros/Articulo002.pdf*, Centro de Investigación y Desarrollo, Universidad de Durango, México, 2006, p. 1.

[28] En el mismo sentido Sánchez Gil indica: "que detrás del art. 113, párr. 2°, hay un principio general: podemos excluir la actividad irregular 'legislativa' o 'judicial' mediante una interpretación *a contrario*. Yo creo que no. Y no hablemos si esas obligaciones pueden derivar de tratados internacionales, que en las tesis aisladas de la Corte (amparo McCain) son 'ley suprema' y deben cumplirse por el *pacta sunt servanda*". Comentarios vertidos a la versión preliminar de este trabajo.

[29] El 14/1/1938 el Consejo de Estado francés emitió su resolución dentro del caso "La Fleurette" que sentó el primer precedente en la jurisprudencia francesa que condenó judicialmente al Estado a indemnizar a un particular como consecuencia de la expedición de una ley. Para un estudio pormenorizado remítase a BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis F., *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Legis, Bogotá, Serie Lex Nova, 2007, ps. 18 y ss.

[30] Existen numerosas referencias doctrinales en el derecho francés donde se ha estudiado esta institución desde hace décadas. A modo de ejemplo: DUGUIT, Léon, *Las transformaciones del derecho público*, traducción al castellano Alfonso Posada, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.

constituyentes tuvieron temor de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado en su más amplia acepción y configuración. El miedo presupuestario y la reticencia del poder público de verse sometido a una responsabilidad objetiva y directa pesó más que el desarrollo prolijo de esta institución en aras de lograr una relación más equitativa entre el gobernado y el poder público del Estado, en aras de alcanzar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Observamos, pues, que a través de la ley federal se estableció un derecho público subjetivo[31] hacía el particular derivado de la irregularidad de servicio público, sin embargo, no se sancionó el derecho subjetivo que tendría el particular por ver lesionado su patrimonio por actos legislativos[32] y jurisdiccionales. El legislador debe emitir todas las disposiciones necesarias para que el ciudadano pueda hacer exigible este derecho frente al Estado.

En el ámbito jurisprudencial, desafortunadamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no ha generado una vasta doctrina constitucional sobre este principio, así tenemos que en los medios de control de constitucionalidad abstractos, encontramos la resolución derivada de la acción de inconstitucionalidad[33] 4/2004 promovida por los diputados de la Tercera Legislatura de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en contra de dicha Asamblea Legislativa, en la que denunciaron la invalidez de los arts. 389, 391 y 392 del Código Financiero del Distrito Federal, los cuales disciplinan la responsabilidad objetiva de las autoridades del Distrito Federal y del Procedimiento para reclamar la reparación del daño, cuyo ministro ponente fue Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Los actores demandaron que dichos numerales contravenían lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 113 de la Constitución Federal, al sancionar "una responsabilidad subjetiva porque vincula el concepto de irregularidad de la actuación del Estado, con el incumplimiento de las disposiciones legales y administrativas que deben observarse"[34].

La resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue muy cauta en interpretar los alcances de la reforma constitucional al art. 113, párr. 2°, y valoró cuestiones presupuestarias para la reparación del daño, tal como se desprende de la argumentación vertida por el ministro José Ramón Cossío Díaz. Este tema, que abonó el ministro Cossío Díaz y que refleja su

[31] En un trabajo anterior sugerí algunos incentivos para mejorar la recaudación de contribuciones, entre los que destaqué el reconocimiento por parte del Estado de un conjunto de derechos públicos subjetivos a favor del particular, y entre los que mencioné la responsabilidad patrimonial de la Hacienda Pública. Véase "Recaudación de tributos como base de una reforma fiscal", en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Conceptos de reforma fiscal*, IIJ, México, 2002, p. 115.

[32] En este mismo sentido: REZZOAGLI, Bruno A., "Necesidad de una reforma constitucional en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado", cit., p. 5.

[33] De acuerdo con el art. 105, fracción II, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la acción de inconstitucionalidad es el medio de control a través del cual podrá plantearse la no conformidad de una ley o un tratado con la Constitución Federal.

[34] Versión estenográfica de la acción de inconstitucionalidad 4/2004 del Pleno de la SCJN, del día 28/1/2008, *www.scjn.gob.mx*, consultado el día: 13/8/2009.

pensamiento sobre la restricción presupuestaria del erario público, lo abordó de la siguiente manera: "porque estamos indemnizando a partir de los recursos públicos, los recursos públicos son limitados, y cada vez que nosotros indemnizamos en una condición objetiva, pura, abierta, directa, por cualquier daño o lesión causada, estamos extrayendo recursos patrimoniales; los estamos individualizando, y estamos impidiendo que esos recursos se gasten públicamente, con lo cual también tiene un efecto importante en términos económicos, y a la mejor no es la mejor manera de redistribuir los recursos y la mejor manera de generar mejores condiciones.

Si ustedes analizan cuáles son los índices que se están dando en otros países, son realmente altos y existe la tendencia claramente en España, claramente en Colombia para tratar de revertir los enormes efectos de la responsabilidad directa[35] (...) Yo tampoco aceptaría entonces la idea de abrir una responsabilidad objetiva directa por cualquier daño causado con independencia de actividades regulares o irregulares, etcétera; porque insisto, porque tampoco a mi me parece que estemos generando un beneficio social, en términos de la distribución de los ingresos"[36].

Frente a esta postura del ministro Cossío Díaz, que de alguna manera reflejó el pensar de la mayoría plenaria, el ministro Góngora[37] hace una interpretación más amplia de lo que debe entenderse como responsabilidad patrimonial del Estado derivada del párr. 2° del art. 113 de la Constitución Federal, tal como lo exponemos a continuación:

"'(...) Ante tal circunstancia, desde mi óptica, es que esta Suprema Corte, debe optar por la que resulte más garantista[38] para los particulares, que en el caso consiste en entender por actividad administrativa irregular, toda aquella que cause un daño, reconociéndose así una responsabilidad patrimonial del Estado, amplia, pues en un sistema de derecho administrativo, no es completo, sino cuando el ciudadano tiene el medio para obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado. En efecto, debemos considerar que el Estado de Derecho, tiene entre sus fundamentos, dos principios, el de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado; la garantía de los derechos y las libertades de los ciudadanos, no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley, sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño, lo

[35] Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN, celebrada el jueves 7/2/2008, *http://scjn.gob.mx*, p. 11.

[36] Versión estenográfica cit. en nota anterior, p. 12.

[37] El ministro Góngora recoge la doctrina española de derecho administrativo. En este sentido sigue a: NEVADO-BATALLA, Pedro, *Notas de derecho administrativo*, t. II, Ratio Legis, Salamanca, 2002, p. 55.

[38] Sobre la postura garantista del ministro Góngora, el ministro Cossío Díaz comentó que esto nada más concierne a los derechos fundamentales. Sin embargo, dentro de la literatura del derecho comparado, es derecho, es exigible mediante ley y la reclamación se hace vía contencioso administrativo. CHECA GONZÁLEZ, Clemente, "La responsabilidad...", cit. p. 50.

repare íntegramente'; consecuencia, como ya lo ha dicho la señora magistrada y ministra ahora, muy distinguida, si la actividad administrativa estatal genera un daño a un particular, que no se tenga la obligación jurídica de soportarlo, siempre y cuando no medie un supuesto de excepción como sería el caso de fuerza mayor, debe ser reparado por el Estado: atendiendo al principio de igualdad frente a las cargas públicas y el respeto al derecho de propiedad"[39].

En todo caso, de la interpretación que hizo el tribunal en pleno sobre el alcance y el significado del párr. 2° del art. 113 constitucional, primero que para poder hablar de responsabilidad patrimonial del Estado se requiere como requisito *sine qua non* que derive de una actividad administrativa irregular, y para poder calificarla como tal, el Pleno de la Corte indicó las siguientes características[40]:

1) Imputabilidad material del acto o hecho al Estado en el ejercicio de sus funciones.

2) La acreditación del cumplimiento irregular de los deberes y obligaciones impuestos legalmente.

3) La existencia de un daño cierto (menoscabo al particular).

4) El nexo causal entre el hecho o el acto administrativo y el daño ocasionado al particular[41].

5) Además, la actuación del Estado queda acotada a los actos materialmente administrativos.

6) La ley secundaria establecerá el procedimiento que determine que el particular tiene efectivamente derecho a una indemnización. Y las indemnizaciones están sujetas a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate[42].

Según Elena Fierro y Adriana García[43], la interpretación realizada por nuestro alto tribunal permitirá no generar incentivos perversos. En nuestra opi-

[39] Versión estenográfica de la discusión plenaria del día 29/2/2008, p. 45.

[40] Estas características subyacen en las diversas tesis jurisdiccionales: "...únicamente está supeditada a la demostración de la existencia de un acto administrativo irregular que hubiera causado un menoscabo a un particular que no tuviera obligación de soportar...", Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX, enero 2009, p. 2827, Tesis: I.1.A.165 A, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa.

[41] "... La inclusión de la conducta irregular como causa generadora de su responsabilidad patrimonial, coincide con el sentido de responsabilidad objetiva y directa contenida en el precepto constitucional citado", Acción de inconstitucionalidad 4/2004. Diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 7/2/2008. Unanimidad de diez votos. Ausente y ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Eduardo Delgado Durán. Registro nro. 169427, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, junio 2008, p. 720.

[42] FIERRO, Elena - GARCIA, Adriana, "Responsabilidad patrimonial de Estado, interpretación de la SCJN del art. 113 constitucional", nro. 28, CIDE, agosto 2008, ps. 7 y 8.

[43] FIERRO Elena - GARCÍA, Adriana, "Responsabilidad patrimonial...", cit., ps. 17 y ss.

nión desafortunadamente el análisis económico que realizan las autoras sobre la responsabilidad patrimonial en nuestro régimen funcionaría en el mundo ideal o en una realidad paralela. Creemos que el incentivo perverso se ha generado, tal como está legislada la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro derecho, teniendo en consideración que en México la regla general, en la prestación de servicios públicos, se hace con estándares muy mínimos de calidad y de cantidad, y, en ocasiones, la irregularidad en su prestación es la cotidianeidad. En cambio, si se hubiera establecido en México el sistema amplio de responsabilidad patrimonial como funciona en otros países, seguramente el incentivo hubiera sido para el Estado prestar con calidad y sin irregularidades sus servicios tanto legislativo, jurisprudencial y administrativo; ya que de otra manera, tendría que estar indemnizando al ciudadano cotidianamente por su actuar.

En este sentido, la primera sala de la SCJN en tesis aisladas del amparo en revisión 903/2008 de 12/11/2008, ha indicado que el Legislativo puede ampliar el derecho sustantivo consagrado en la Constitución Federal:

"La mencionada norma constitucional establece un derecho sustantivo en favor de los particulares que se fundamenta en la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, articulada sobre la base de dos características fundamentales: la de ser *directa y objetiva*. Siendo estas dos características las que determinan la extensión del citado derecho constitucional, es claro que existen actos realizados por el Estado por los cuales no es responsable constitucionalmente. Así, el Tribunal Pleno de esta Corte ha considerado que los daños ocasionados por la actividad regular del Estado, que se traduce en una responsabilidad subjetiva e indirecta, así como la actuación dolosa o culposa de los funcionarios públicos eran aspectos no incluidos en el segundo párrafo del art. 113 constitucional. Sin embargo, el hecho de que no estén explícitamente contemplados en la norma fundamental, debe llevar a concluir que dichas cuestiones pueden ser reguladas en los distintos órdenes jurídicos parciales *con el propósito de ampliar el ámbito protector que establece el precepto constitucional*. La anterior conclusión se fundamenta en el criterio de esta Suprema Corte, según el cual los derechos constitucionales son mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados por el legislador ordinario —ya sea federal o local— en su reglamentación. Una técnica válida constitucionalmente para ampliar un derecho constitucional de los particulares es la de ampliar los supuestos de responsabilidad de aquellas instituciones de cuya actuación —y la forma como se regule— dependa el ejercicio del citado derecho, por lo que si en un orden jurídico parcial se decide establecer supuestos que actualicen la responsabilidad patrimonial del Estado, distintos a los establecidos en la norma constitucional, es evidente que los particulares tienen derecho

a exigir todas las consecuencias que se deriven de la actuación del Estado, en las vías que se contemplen sin que pueda alegarse su incompatibilidad"[44].

"La citada norma constitucional no obliga a los particulares a tramitar el derecho que tutela a través de una vía específica —por ejemplo, la administrativa— ni a través de una ley determinada, pues establece un derecho sustantivo en favor de los gobernados que no reclama con exclusividad un ámbito competencial propio; sin embargo, no puede concluirse que sus titulares pueden hacerlo valer a través de la vía que más les convenga, sino mediante la que el legislador dispuso para tal fin. Lo anterior, porque el art. 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al determinar que los particulares tendrán derecho a una indemnización por la actividad administrativa irregular del Estado, conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes, no permite que escojan la materia y vía que mejor les parezca sin considerar el contexto normativo del orden jurídico en que se ubiquen, por tratarse de una cuestión delegada al legislador ordinario, con la única condición de que no restrinjan el contenido mínimo de este derecho"[45].

La primera tesis citada líneas arriba, permite abrir una pequeña posibilidad de establecer, vía legislativa, la responsabilidad del legislador por actos que se hayan declarado inconstitucionales. De esta forma la reforma constitucional no vendría a ser papel mojado, pues mediante esta interpretación el legislador ordinario podría establecer una acción de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de un acto legislativo que se haya declarado inconstitucional. Sin embargo, creo que esta posibilidad está todavía muy lejana de nuestro derecho positivo —nadie se pone la soga al cuello—.

a) ¿Cuál es el tipo de responsabilidad incorporada en la Constitución Federal de México?

Las iniciativas que presentaron el PRI y el PAN planteaban una responsabilidad objetiva del Estado y mucho más amplia de como quedó en el texto constitucional vigente. Sin embargo, en el debate parlamentario no se introdujo a cabalidad la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, en todos los elementos configuradores[46], ya que se argumentó la "cuestión de operatividad"

[44] Registro nro. 167386, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX, abril 2009, p. 590.

[45] Registro nro. 167385, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX, abril 2009, p. 591.

[46] No se incorporó la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal de los servicios públicos, tal como se consagra en el derecho español.

Roldán Xopa se muestra crítico ante el candado que estableció el mandato constitucional, pues sostiene que lo vuelca contradictorio, ya que la responsabilidad fincada en la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño proviene de una concepción amplia de la responsabilidad del Estado, en donde es irrelevante la regularidad o irregularidad de la actividad del Estado (XOPA ROLDÁN, José, "La responsabilidad del Estado...", cit., 175).

y el "transcurso del tiempo", según de lo que se desprende del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, así se acordó, y llegaron a la conclusión de ampliar posteriormente la cobertura de la responsabilidad del Estado[47]. Sin embargo, se consideró que la responsabilidad es directa porque se exige directamente al Estado la reparación del daño causado al particular. Es decir, el Estado no es subsidiario de la responsabilidad del servidor público. También sancionó como una responsabilidad objetiva, ya que tiene su origen en la actividad del Estado y quien lo sufrió no tiene el deber jurídico de soportarlo[48]. Del art. 113 quedan excluidas la responsabilidad derivada por error judicial y la materialmente legislativa[49]. De la acción de inconstitucionalidad 4/2004 discutida por el pleno de la SCJN se estableció dentro de la tesis de jurisprudencia los alcances de la responsabilidad directa y objetiva, tal como a continuación se transcriben:

"... se advierte que la 'responsabilidad directa' significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandarla directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente a dicho servidor; mientras que la 'responsabilidad objetiva' es aquella en la que el parti-

[47] No obstante que los argumentos aquí vertidos fueron documentados en el *Diario de Debates del Congreso de la Unión*, en la tesis derivada de la acción de inconstitucionalidad 4/2004. Diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 7/2/2008. Unanimidad de diez votos. Ausente y ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Eduardo Delgado Durán. El Tribunal Pleno, el doce de mayo en curso, aprobó, con el nro. 43/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a doce de mayo de dos mil ocho. Se sostuvo una cuestión muy distinta a la original, tratando de maquillar la verdadera razón por la que no se articuló una responsabilidad patrimonial amplia. Tal como se transcribe: "La diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquélla se apoya en la teoría del riesgo, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. Por otra parte, del contenido del proceso legislativo que dio origen a la adición indicada, se advierte que en un primer momento el constituyente consideró la posibilidad de implantar un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva amplia, que implicaba que bastaba la existencia de cualquier daño en los bienes o en los derechos de los particulares, para que procediera la indemnización correspondiente, pero posteriormente decidió restringir esa primera amplitud a *fin de centrar la calidad objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a los actos realizados de manera irregular*, debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil (...) Así, cuando el art. 113 constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular 'con motivo de su actividad administrativa irregular', abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración" (el resaltado es nuestro).

[48] La doctrina mexicana ha recepcionado perfectamente la responsabilidad objetiva estudiada en el derecho comparado francés. XOPA ROLDÁN, José, "La responsabilidad del Estado...", cit., p. 173.

[49] Argumentación del ministro Góngora, versión estenográfica, p. 50.

cular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida ésta como los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración..."[50].

Sobre la responsabilidad objetiva y directa[51] del Estado el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito estableció en tesis aislada las siguientes características:

"A partir de la reforma constitucional del art. 113 en su párr. 2°, se abandonó el sistema de responsabilidad subjetiva y subsidiaria del Estado, para ser objetiva y directa. Por lo tanto, ya no es necesario demostrar el dolo y la insolvencia del funcionario que causara los daños, sino que basta acreditar la existencia de: un daño, su imputación a la Administración Pública por efecto de su actividad irregular, y el nexo causal entre uno y otro. Por lo tanto, no tiene más aplicación el art. 1927 del Código Civil para el Distrito Federal sobre la acreditación del dolo para condenar solidariamente al Estado. Pues de interpretar literalmente dicho precepto se estaría contrariando al ya citado art. 113 constitucional. Además, representaría también un retroceso en la intención legislativa progresista, con miras a hacer efectivo el reclamo del afectado y significaría un obstáculo al derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia, infringiendo también el principio *pro homine* aplicable en materia de derechos humanos[52].

Este criterio también se reitera en otras tesis jurisprudenciales, en donde se analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado:

"...En conformidad con la reforma del art. 113 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de junio de dos mil dos, el legislador estableció un régimen en el que la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva y directa, lo que implica que el órgano estatal debe reconocer su responsabilidad por la afectación ocasionada a los particulares, con motivo de la actividad irregular de alguno de sus servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, e indemnizarlos cuando se le haya acreditado la realidad de los daños resentidos en el patrimonio de los afectados, independientemente de la falta o culpabilidad de sus agentes. Incluso en la reforma de mérito, el legislador estimó necesario conceder a la Federación y entidades federativas, un tiempo prudente para expedir y reformar las leyes reglamentarias correspondientes, a fin de adecuarse a este nuevo régimen de responsabilidad estatal, tal como se advierte de su artículo transitorio único. Dicho mandato, se vio reflejado en la reforma de treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, donde se derogó el art. 1927 del Código Civil Fe-

[50] Registro nro. 169424, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, junio de 2008, p. 722. Tesis: P./J. 42/2008, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional.

[51] En la tesis aislada, con registro nro. 168864, de la Novena Época, de Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[52] Registro nro. 168274, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, diciembre de 2008, p. 1079, tesis: I.7o.C.119 C, tesis Aislada, materia(s): Civil.

deral (cuyo contenido es el mismo que el actual art. 1927 del Código Civil para el Distrito Federal). Asimismo, se emitió la nueva Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en la que se adoptó el régimen de responsabilidad directa y objetiva del órgano estatal. Esta nueva concepción se aparta de la denominada responsabilidad indirecta o de hecho ajeno, prevista en el art. 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, en la que se prevé que el Estado está obligado solidaria o subsidiariamente con el agente que generó la afectación o daño en el patrimonio del particular, para lo cual, habrá de demostrarse la ilicitud en la actuación del servidor público, es decir, su culpabilidad, así como su insolvencia, para que el Estado pueda responder del daño. De esta manera, la noción de responsabilidad subjetiva ya fue superada con la reforma constitucional al art. 113, en la cual no es determinante, para los efectos de configuración de la responsabilidad del Estado, el que los particulares demuestren el actuar ilícito de los servidores públicos, con lo que se deja a un lado la tradicional teoría de la culpa. Asimismo, se opta por reconocer la responsabilidad directa del Estado, esto es, la posibilidad de que la víctima demande precisamente al Estado, por ser éste el único obligado a cubrir la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho que tenga de repetir en contra del funcionario o funcionarios responsables. Bajo este sistema no es necesario haber determinado previamente en un procedimiento la responsabilidad del servidor público, ni tampoco se requiere acreditar la insolvencia de éste para poder demandar al órgano estatal..."[53].

Aquí se abre una puerta importante, ya que dentro de la discusión tanto legislativa como jurisprudencial veladamente se pone sobre la mesa los estándares de la calidad de los servicios públicos en México, pues desafortunadamente la cotidianeidad está impregnada de mínimos prestacionales que otorga el Estado, y para muestra un botón: la escalada exponencial de violencia que está viviendo el Estado mexicano, pone de manifiesto que está colapsado, pues la no efectiva prestación de la seguridad pública y la falta de aplicación estricta de la ley ha permitido que impere la impunidad y la corrupción, lo cual afecta gravemente la libertad y la propiedad de los gobernados, en esta crítica situación cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿cabría instaurar un acción en contra del Estado vía responsabilidad patrimonial por la irregular prestación del servicio de seguridad pública y que ha sido causante directa de un menoscabo patrimonial en el ciudadano? Planteamiento que no es fácil de resolver, sin embargo, desde mi óptica y dentro de nuestro marco normativo vigente, por supuesto que el ciudadano que ha sufrido un daño pecuniario y cuantificable por esta irregular situación de la seguridad pública podría acudir al Tribunal Federal para iniciar el procedimiento respectivo. Otra cuestión será que, en efecto, el Tribunal en uso de sus atribuciones restituya al gobernado vía indemnización el daño ocasionado, y un tema también para debatir, será el monto de la indemnización, que

[53] Registro nro. 168864, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, septiembre 2008, p. 1363, Tesis: I. 4o.C.144 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

no es una cuestión menor, pues el Tribunal tiene la facultad para establecer el monto de acuerdo con Ley Federal.

Otro ejemplo grave y que podría ser arquetípico en nuestro derecho, es el relacionado con las muertes de cuarenta y nueve niños y niñas por el incendio de la guardería ABC en Hermosillo, Sonora, en el mes de junio de 2009. En este caso, también se configura la responsabilidad directa y objetiva del Estado por la irregularidad de la prestación de un servicio público. La responsabilidad patrimonial del Estado recae por la irregularidad en la prestación del servicio de la seguridad social, así como del servicio a la salud pública. La prestación de este servicio se incorpora en los derechos económicos, sociales y culturales, donde el Estado está obligado positivamente a establecer las medidas necesarias y de seguridad para preservar el derecho a la vida, de acuerdo con Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ya que la seguridad social es un bien social y público. Aunque en este sentido se abre un abanico de responsabilidades tanto en materia penal como civil, también cabe la vía administrativa[54].

La responsabilidad patrimonial es un incentivo para que el Estado mejore la prestación de sus servicios públicos, pues en todo caso si se finca dicha responsabilidad el Estado deberá indemnizar al ciudadano los daños ocasionados por esta irregular conducta administrativa[55].

Bajo esta perspectiva, se podría establecer una responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar irregular del Poder Ejecutivo mediante la SHCP si hiciera recortes importantes a programas prioritarios con perspectiva de género. Por citar otro ejemplo, se advirtió que con base en el decreto de presupuestos de la Federación para el ejercicio fiscal 2002[56], el Ejecutivo recortó del gasto público debido a la reducción de ingresos del Estado, dicho recorte se hizo con base en el art. 21[57], el cual establece la facultad del Ejecutivo para disminuir o

[54] Se ha documentado la primera demanda por responsabilidad patrimonial del Estado ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y Fiscal por parte de los padres de Vanessa Córdova Carmona, una niña pequeña de siete meses con graves quemaduras en su cuerpo, página de Internet: www.*miabogadoenlinea.net*, día de consulta: 8/7/2009.

[55] Sánchez Gil no es tan optimista en este aspecto, sin embargo, para este destacado autor, un incentivo sería los *punitive damages* anglosajones, pues de lo que se trata aquí es de una mera reparación de daños.

[56] Arts. 11 y 74, fracción IX.

[57] El art. 21 del decreto de presupuesto de egresos de la Federación para el ejercicio 2002 dice: "En caso de que durante el ejercicio disminuyan los ingresos a que se refiere el art. 1° de la Ley de Ingresos de la Federación, el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría, podrá realizar lo siguiente:

"I. La disminución de los ingresos por exportación de petróleo a que se refieren los números 3 a 6 de la fracción IV del art. 1° de la Ley de Ingresos de la Federación, se deberá compensar con los recursos del Fondo de Estabilización de los Ingresos Petroleros en los términos de sus reglas de operación. Cuando se llegue al límite de recursos establecido en dichas reglas, se procederá a realizar los ajustes a que se refiere la fracción II de este artículo, y

"II. La disminución de los ingresos previstos en el art. 1° de la Ley de Ingresos de la Federación, distintos a los ingresos por explotación de petróleo a que se refiere la fracción anterior, se compensará con la reducción de los montos aprobados en los presupuestos de las dependencias, entidades, fondos y programas, conforme a lo siguiente:

modificar el gasto público, después de haber acudido al Fondo de Estabilización Petrolero, si éste no es suficiente se podrá compensar con la reducción del gasto público con base en las reglas de operación del presupuesto, y, a su vez, se establece intentar no afectar las metas sustanciales del gasto social y los principales proyectos de inversión, en tal caso, se optará por afectar con mayor preferencia por los proyectos nuevos y que no tengan el mayor impacto social y económico.

En dicho texto normativo únicamente se establece como responsabilidad del Estado, informar en los siguientes 15 días hábiles a la Cámara de Diputados cuando la reducción sea equivalente hasta el 5 por ciento de ingresos que se tienen contemplados en el art. 1°, Ley de Ingresos de la Federación. En el supuesto que la reducción sea equivalente a un monto superior del 5 por ciento, se establece la obligación de enviar a la Cámara de Diputados, el monto del gasto programable a reducir, y una propuesta de composición de dicha reducción por dependencia y entidad, obligación que deberá desahogar dentro de los 15 días hábiles siguientes, la finalidad de enviar la propuesta es que el Legislativo intervenga a través de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública en la modificación de la propuesta, en un plazo de 15 días hábiles, sin embargo, el Ejecutivo no tiene la obligación de acatar las modificaciones, ya que únicamente se establece en la ley que deberá tomar en consideración la opinión de la Cámara, y la obligación se refiere en lo específico a verter el informe de lo que resolvió Hacienda Pública. En el supuesto de que la Cámara no emita opinión al respecto, el proyecto enviado por el Ejecutivo procederá. Además, a esta situación se suma la posibilidad de afectar en lo sustancial el gasto social, puesto que no se establece ninguna responsabilidad al respecto y sobre todo porque se trata de una facultad

"a) Los ajustes deberán realizarse en forma selectiva, reduciendo en primer lugar los montos de recursos por conceptos de ahorros y economías presupuestarios, que se determinen con base en los calendarios de gasto autorizados de las dependencias y entidades. Asimismo se procurará no afectar las metas sustantivas del gasto social y de los principales proyectos de inversión, optando preferentemente por los proyectos nuevos cuya cancelación tenga el menor impacto social y económico, así como los gastos para difusión.

"b) En el caso de que la contingencia represente una reducción equivalente de hasta el 5% de los ingresos a que se refiere la fracción I del art. 1° de la Ley de Ingresos de la Federación, el Ejecutivo Federal enviará a la Cámara en los siguientes 15 días hábiles, un informe que contenga el monto de gasto programable a reducir y la composición de dicha reducción por dependencia y entidad, y

"c) En el caso de que la contingencia sea de tal magnitud que represente una reducción equivalente a un monto superior al 5% de los ingresos a que se refiere la fracción I del art. 1° de la Ley de Ingresos de la Federación, el Ejecutivo Federal enviará a la Cámara en los siguientes 15 días hábiles, el monto de gasto programable a reducir, y una propuesta de composición de dicha reducción por dependencia y entidad.

"La Cámara, por conducto de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública, en un plazo de 15 días hábiles, analizará la composición de la misma, en el marco de las disposiciones aplicables. El Ejecutivo Federal, tomando en consideración la opinión de la Cámara resolverá lo conducente, informando de ello a la misma. En caso de que la Cámara no emita opinión dentro de dicho plazo, procederá el proyecto enviado por el Ejecutivo Federal.

"Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la disminución de ingresos que corresponda a recursos propios del presupuesto de Petróleos Mexicanos, la cual se sujetará a lo establecido en los párrs. 7° a 10 del art. 3° de este decreto".

discrecional. Lo cual resulta totalmente desventajoso para el ciudadano común, y en particular a las mujeres, porque se ven afectados en la disminución de la prestación de servicios y obras públicas.

Como ya hemos comentado el párrafo segundo del precepto 21 del decreto de presupuesto, establece una facultad discrecional al Ejecutivo para reducir el gasto público, esto en atención a sus facultades en el ejercicio del gobierno, el orden administrativo de la Federación y en virtud de lo establecido en el art. 90, CPEUM. Sin embargo, esta facultad discrecional debe generar responsabilidad patrimonial a la Hacienda Pública, y no únicamente la obligación de informar y enviar a la Cámara de Diputados, cuando sea el caso de una reducción equivalente o mayor del 5 por ciento al gasto público, respectivamente.

En el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, en España se ha estudiado un supuesto propicio de mencionar, que es la contribución especial negativa[58], aquí estamos hablando ya no del ámbito del derecho administrativo, sino del derecho tributario, esta contribución especial es una categoría tributaria y con lo cual debe informarse de los principios de justicia tributaria y también contar con los elementos estructurales de los tributos. El hecho imponible es el daño o perjuicio que recae en los particulares, en virtud de la supresión de una obra o un servicio público, o por la realización de los dos antes mencionados. El planteamiento de esta contribución es legitimar el empeoramiento patrimonial del particular frente a la situación de mejora que manifiesta el Estado, y que dicha situación de beneficio especial es causa de gravamen. En dicho supuesto, se requiere de un daño efectivo, es decir que haya sido realizado, y que sea susceptible de prueba, cuando los bienes de los particulares quedan negativamente afectados. O también, en el supuesto de un perjuicio por la supresión de una obra o servicio o por su traslado a otro lugar. Bajo esta línea de argumentación, Einaudi[59] señala que si existe una contribución de mejoras, debería existir una condonación del impuesto por razón del empeoramiento, esto es, cuando se produce un perjuicio para los propietarios a consecuencia de una obra pública, el Estado debería pagar una indemnización. Su argumento va más lejos, pues establece la obligación de indemnización sobre riquezas inmateriales. El problema, en estos supuestos, es que el Estado estaría pagando más de lo que recauda.

[58] Quien se ha dedicado a estudiar este tema, es VEGA HERRERO, Manuela, *Las contribuciones especiales en España*, IEF, Madrid, 1975, p. 66.

[59] EINAUDI, Luigi, *Principios de hacienda pública*, cit., p. 77.

VII. MECANISMOS DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO REFERENTES A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS PRESUPUESTOS PÚBLICOS

Así las cosas, una vez expuesto algunos puntos para la implantación de presupuestos públicos con perspectiva de género, se deben considerar múltiples mecanismos para dar seguimiento y evaluación de esta estrategia, entre los cuales cabe mencionar:

a) Creación de un Comité Interinstitucional

Es necesario crear un Comité Interinstitucional (CI) integrado por Inmujeres, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Educación Pública y la Secretaría de Salud, para realizar una evaluación de impacto legislativo del presupuesto público, con el propósito de analizar la eficacia de dichas normas sobre la igualdad de géneros.

Además de contar con la presencia de estas dependencias gubernamentales, el Comité deberá tener un grupo de expertos en cada área, los cuales podrán ser académicos, empresarios, funcionarios públicos o particulares, cuya currícula sea ampliamente recomendada.

1. Facultades del Comité Interinstitucional

Este mismo Comité se encargará de analizar si el gasto real destinado a los programas con perspectiva de género, ha logrado la igualdad entre ambos sexos. El Comité también analizará año con año si el gasto real destinado a servicios públicos o a dependencias ha eliminado la desigualdad de género.

El CI intervendrá desde la elaboración del presupuesto por parte de cada una de las dependencias del Gobierno federal, hasta su ejecución y seguimiento. Es así, que en el proceso administrativo de la elaboración del PEF, el CI se reunirá con todas aquellas dependencias gubernamentales que contemplen programas relacionados con la equidad de género, con el propósito de evaluar su viabilidad, su posible duplicidad y su eficacia en el mundo real.

Una vez analizados cada uno de estos puntos, el CI tendrá el voto de calidad por el que se podrán aprobar estos programas. Con la intervención del CI se tendrá garantizada la eficacia y eficiencia de los programas con perspectiva de género.

El CI evaluará los posibles impactos de las acciones gubernamentales en los grupos de mujeres y tomará las medidas adecuadas para su disminución.

2. Límites del Comité Interinstitucional

El CI no podrá emitir ninguna disposición que contravenga a la ley presupuestaria, esto en atención al principio de legalidad presupuestaria.

3. Responsabilidades del Comité Interinstitucional

En caso de incumplimiento de algunas de las facultades establecidas o bien la contravención a los límites del CI se aplicarán la responsabilidad administrativa y penal de conformidad con las leyes correspondientes.

b) Transparencia en el presupuesto y en las normas de operatividad del presupuesto

Es un hecho que la transparencia presupuestaria ha sido más tratada y con profundidad en la literatura de economía y finanzas, que en la doctrina jurídica. Así que no es gratuito que se conozca poco sobre la seguridad jurídica que pueden ofrecer las políticas de transparencia, tanto a autoridades como a ciudadanos, y la protección jurídica integral de los derechos de los ciudadanos sobre sus propios datos personales. Por la doctrina económica y financiera, sabemos que el sentido de la transparencia fiscal se explica a partir de razones de: a) Distribución equitativa de la riqueza; b) Endeudamiento del Estado y recaudación, manejo de finanzas; c) Facilitar trámites y pagos en relación con la inversión extranjera; d) Combate al crimen, lavado de dinero e intercambio de información internacional; e) Generar estadísticas y estudios para lograr grandes cambios estructurales.

La transparencia en materias presupuestaria y tributaria, respectivamente, adquiere mayor sentido, en virtud del principio de la autodeterminación, ya que bajo este supuesto el contribuyente decide lo que debe declarar y enterar, con lo cual la declaración de impuestos se queda en el espectro más íntimo, y este conocimiento se genera entre el contador, el contribuyente y la autoridad fiscal. Además, sumada a esta particularidad que impera en la mayoría de los sistemas tributarios contemporáneos, en México se combina la existencia de un aparato fiscalizador insuficiente en metas y en presencia fiscal, lo que se traduce en que la carga fiscal se concentre en sólo algunos de los contribuyentes controlados[60]. A nuestro modo de ver, la transparencia permitirá mejorar la recaudación de las contribuciones y equilibrar la distribución de la carga tributaria haciéndola más equitativa. Y si utilizamos la transparencia en la equidad de género será un valor agregado que permitirá canalizar mayores recursos a este grupo vulnerable.

En este trabajo sostenemos que la transparencia también tiene sentido desde el punto de vista jurídico para: i) la verificación de las obligaciones de contribución y las facultades de comprobación; ii) evitar fraudes y conflictos entre ciudadano; iii) la protección y garantía de los derechos de los ciudadanos y sus datos personales; iv) la rendición de cuentas de las autoridades hacia los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones de recaudación y gasto público; y v) como instrumento de cooperación internacional respecto del combate de la corrupción.

[60] TAPIA TOVAR, José, *La evasión fiscal*, cit., p. 2.

En el ánimo de esbozar el marco conceptual para explicar los puntos mencionados, es importante comenzar definiendo la idea de transparencia jurídica de la cual nosotros partimos en este estudio, sus influencias provenientes de la doctrina de gobierno y administración pública, y el contexto de derechos fundamentales que establece la garantía de acceso a la información pública. Vale la pena también asomarse brevemente a la historia de la transparencia tributaria en México y la situación actual del tema que en la práctica empírica da cuenta de sus problemas y desafíos.

El término *transparencia*, en la concepción del siglo XX, es un concepto abstracto sobre la apertura de normas, de comportamientos, y de quienes éstas se aplican (ciudadanos, gobiernos, organizaciones). Responde a diferentes necesidades de difundir o compartir información, ya sean procesos, documentos, datos, acciones, decisiones, proyectos, etc. Aunque el origen del término parece novedoso, en realidad data de los pensadores de la Revolución Francesa y filósofos del gobierno y política, como Rousseau y Bentham[61]. Actualmente la idea de transparencia ha cobrado un nivel moral valorativo tan alto, que se ha llegado a pensar que la transparencia es más una exigencia idealizada que un bien realizable.

Así que lo que nos interesa de la transparencia en este libro, es su versión menos "religiosa". Partimos de una combinación entre la doctrina de gobierno (entre gobiernos internacionales, nacionales y locales) y el derecho fundamental de acceso a la información pública (entre ciudadanos y gobiernos). En la primera vertiente, un gobierno transparente se espera que actúe con apertura, bajo normas de comportamiento predecibles y conforme a leyes vigentes. Siguiendo a Christopher Hood, es una idea legalista del término que busca alejarse de los actos de gobierno discrecionales y arbitrarios[62] conduciéndolos hacia la legalidad que tanto Estado como ciudadanos conocen y han pactado abiertamente. Para algunos autores, la transparencia significa, incluso, asegurarse que los derechos de los ciudadanos sean respetados y que puedan participar en las decisiones que afectan sus vidas y sus intereses[63]. En la segunda, la transparencia implica un derecho en su forma de acceso a la información de los ciudadanos hacia su gobierno.

El acceso a la información es un derecho fundamental, y como tal, su garantía es elemental para la dignidad e integridad de las personas. En esta línea, para Patrick Birkinshaw, este derecho se basa en la protección de los individuos contra gobiernos ineficientes, opresivos o intimidatorios[64]. El acceso a la in-

[61] HOOD, Christopher, "Transparency in a Historical Perspective", en HOOD, Christopher - HEALD, David (eds.), *Transparency. The key to better governance?, Oxford University Press*, Nueva York, 2006, p. 19.

[62] HOOD, Christopher, "Transparency in a Historical Perspective", cit., p. 14.

[63] En esta línea están Stirton y Lodge referidos en HOOD, Christopher, "Transparency in a Historical Perspective", cit., p. 15.

[64] BIRKINSHAW, Patrick, "Transparency as a Human Right", en HOOD, Christopher - HEALD, David (eds.), *Transparency. The key to better governance?*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, p. 55.

formación es un derecho de ciudadanía, de ser tratados como ciudadanos coresponsables de la cosa pública y del destino de la vida política y la cotidiana de una Nación. Así que la *transparencia* para nosotros es un concepto de gobierno, pero que implica un derecho fundamental de las personas a acceder a información de interés público.

Ahora bien, la creación del Comité Interinstitucional y la incorporación de la transparencia específicamente en las normas operativas del presupuesto público, en nuestra opinión son los canales para mejorar e incorporar plenamente la perspectiva de género en los presupuestos públicos del Estado mexicano. Estamos ante la presencia de un cambio en las políticas públicas del Estado mexicano, y debemos verlo como una ventana de oportunidad, para optimizar los recursos públicos y cumplir con el mandato constitucional de la igualdad material entre hombres y mujeres. Sin duda alguna, el presupuesto y el reparto equitativo del gasto público es un excelente instrumento para que la mujer logre esta igualdad tan deseada y que deje de ser un mito.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LA LEY DE PRESUPUESTO

Por PEDRO ABERASTURY *

I. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054, llamada Pacto de San José de Costa Rica, incorporó el derecho a la tutela judicial efectiva, como un principio de derecho que debe ser respetado por los países miembros.

Como es sabido, la modificación de la Constitución Nacional en 1994 incorporó dicho Tratado en el art. 75, inc. 22, y le dio un carácter jerárquico superior al de una ley formal emanada del Congreso Nacional, por lo que este ordenamiento constituye un ordenamiento supralegal.

La tutela judicial efectiva la encontramos incorporada en nuestra Constitución a partir de la reforma del texto constitucional de 1994, conforme la exégesis del nuevo art. 43. Así se la ha caracterizado como "el reconocimiento constitucional de la posibilidad de peticionar, en forma eficaz, ante un tribunal de justicia, la protección de los derechos constitucionales ya sea por el propio afectado o a través del ejercicio de los derechos de incidencia colectiva sin trabas formales que imposibiliten su ejercicio"[1].

El respeto del derecho a la tutela judicial efectiva es un principio rector del Estado de Derecho y comprende, esencialmente, el derecho a acceder a la Justicia pero también, el cumplimiento de las decisiones emanadas de la misma.

Desde esta órbita se realizará el estudio del tema propuesto pues el derecho administrativo, como herramienta de regulación de la actividad administrativa, no puede desconocer los principios constitucionales que rigen su actuación y del cual dependen.

Esto, que parecería una cuestión de interpretación simple, en el derecho administrativo ha adquirido una dimensión compleja pues, esencialmente, el Poder Ejecutivo, acompañado más de una vez por el legislador, ha olvidado esta

* Doctor en Derecho —área Derecho Administrativo— Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto ordinario de Derecho Administrativo en la UBA, y titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Belgrano.

[1] ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 56.

encuadre interpretativo y ha impedido, en más de una oportunidad, el cumplimiento de las sentencias de condena contra el Estado.

Como ya se ha expresado, la ejecución de las sentencias contra el Estado no ha sido una cuestión simple de solucionar, más aún cuando nos encontramos frente a gobiernos que no respetan las decisiones judiciales por un excesivo presidencialismo o por cuestiones de caja.

Se puede señalar que el acceso a la justicia, cuando se trata de demandar al Estado, tuvo su debate en el momento de la discusión parlamentaria que dio origen a la ley 48. En efecto, en las referidas discusiones los legisladores no se pusieron de acuerdo no sólo en permitir que el particular pudiera actuar como parte actora en un juicio contra el Estado sino también, en la posibilidad de que las sentencias pudieran ser objeto del poder de imperio del juzgador, para obtener su cumplimiento, entendiendo en esa época que el efecto de la sentencia era declarativo, es decir, inejecutable.

En efecto, al no llegarse a un acuerdo respecto de la posibilidad de que un particular demande al Estado, en forma directa, a pesar de lo dispuesto en el actual art. 116, CN, privó la tesis de Mármol de no reglamentar el tema[2]. Así, las decisiones jurisprudenciales fueron las que marcaron la senda por la cual hubo que transitar exigiéndose, en una primera época, la autorización legislativa, procedimiento que se denominó "venia legislativa" hasta que el dictado de la Ley de Demandas contra la Nación, ley 3952, que autorizó en un primer momento la interposición de la demanda, previa deducción de un reclamo administrativo previo, para los actos de gestión y, luego de la modificación por la ley 11.634, se lo extendió a los actos de autoridad[3].

Los argumentos de ambas posturas en la discusión parlamentaria de la ley 48 continúan, hoy en día, subsistentes pudiendo ser resumidos en los siguientes: a) la evolución que sufriera el derecho constitucional americano en esa época, en la medida en que se prohibió constitucionalmente que la Unión fuera demandada; b) la existencia en el derecho administrativo comparado de tribunales administrativos, donde era el propio Poder Ejecutivo que se sujetaba a lo que resolvieran estos órganos, pero dentro de su jurisdicción; c) la paralización a que se vería sometido el Ejecutivo si recibiera una orden judicial que le ordenara realizar una determinada conducta.

Gorostiaga, como primer presidente de la Corte Suprema de Justicia, se ocupó que el tribunal recepcionara la doctrina de la indemandabilidad del Estado pero no conforme a la adopción de una tesis absoluta, sino estableciendo que la Nación no podía ser llevada a juicio sin su consentimiento, salvo que fuera parte actora[4]. En los primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia se

[2] GAUNA, Juan O., "El proceso administrativo en el orden nacional argentino", en CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 38.

[3] ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, cit., p. 22.

[4] Se trató de la tesis sustentada por Elizalde y Gorostiaga frente a la sustentada por Vélez Sarsfield, Quintana y García, que no culminara en la adopción de una determinada solución legal,

recepcionó esta tesitura, pudiendo mencionarse los precedentes "Vicente Sesto y Antonio Seguich"[5], fallado por la Corte el 29/9/1864, donde se expresó que "El poder Ejecutivo nacional es soberano en su esfera y administra con independencia los otros dos poderes que participan del gobierno de la República pues por el art. 86 de la Constitución se declara que es el jefe supremo de la Nación quien tiene a su cargo la administración del país".

La explicación que se brinda en el fallo citado es que la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos en reparaciones civiles daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que la Constitución acuerda al jefe de la Nación. En los casos "Domingo Mendoza"[6] y "Juan Carlos Gómez"[7], de 1865, se adoptó similar tesitura.

Poco después, en el caso "Aguirre Carranza", del 25/11/1880[8], se acepta el criterio que mediante una venia legislativa, el Estado pueda ser llevado a juicio como parte demandada.

II. LA AUTORIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO

En la discusión parlamentaria de la ley 48, se discutió el ámbito de competencia asignado constitucionalmente al Poder Judicial frente a las atribuidas al Poder Legislativo para fijar los gastos del Estado, ya que se sostuvo que en caso de la condena al pago de una suma de dinero, implica que el juez invada facultades privativas de otro poder del Estado.

Esto constituye un argumento que no ha perdido actualidad por lo que corresponde referirse al presupuesto como norma que dispone la recaudación y asignación de las rentas públicas. La Constitución Nacional es la norma superior en cuanto a la asignación primigenia de competencias y en su art. 4°, se dispone que "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

como surge de la ley 48. Ver *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados* del año 1863, t. I, p. 301.

[5] Fallos 1:322.

[6] Fallos 1:485.

[7] Fallos 2:36.

[8] Fallos 22:385.

Esta cláusula debe ser interpretada juntamente con el art. 75, CN. En lo que es materia del presente, cobra importancia que la Constitución prevé que le corresponde al Congreso Nacional decidir respecto del presupuesto de gastos. El inc. 8º establece que le corresponde: "Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

El transcripto art. 4º, llamado cláusula financiera, que no fue modificado en la reforma del año 1994, es la regla general pues asigna el carácter federal de los gastos nacionales, enumera los recursos que componen el Tesoro nacional y otorga una planificación conjunta a los ingresos y egresos estatales. Además, afianza en el Congreso la competencia en operaciones de crédito público y señala el carácter equitativo y proporcional que debe sustentar la potestad tributaria del Estado, que también recae en aquél[9].

La competencia que se le asigna al Congreso en el punto es expresa en cuanto a este órgano le corresponde fijar anualmente el presupuesto general de gastos habiéndose expuesto que constituye un precepto que debe interpretarse como un verdadero principio de reserva legal. Ello se corresponde con un diseño de control republicano entre los diversos poderes del Estado, donde quien administra las cuentas nacionales, percibiendo los recursos y realizando los gastos fijados, no puede confundirse con aquel que las prevé en el plan presupuestario[10].

El problema a resolver consiste en compatibilizar el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto no sólo es necesario el acceso a la justicia sino el cumplimiento de las sentencias, con las facultades otorgadas por la Constitución al Congreso en materia presupuestaria, ya que las facultades asignadas son consideradas como una expresa reserva de ley que faculta a uno y por ende le prohíbe al otro el ejercerla[11].

Si la prohibición de ejercer esta función fuera absoluta, en forma indirecta se le vedaría al juez el ejercicio de coacción para hacer cumplir sus decisiones por lo que se deberá estudiar una solución que no se contraponga con lo normado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto el art. 25, inc. 2º. c) dispone que los Estados Partes se comprometen a "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya

[9] USLENGHI, Andrés, "El presupuesto", en SOLA, Juan V., *Tratado de derecho constitucional*, t. 3, La Ley, Buenos Aires, 2009, cap. CXIX, ps. 676/747.

[10] USLENGHI, Andrés, "El presupuesto", cit., ps. 676/747.

[11] "Una reserva implica, respecto de cierta materia decisión estatal, la conjunción de dos normas: por un lado, una atribución de potestades a un órgano, en este caso al Congreso; por otro, la postulación de una prohibición dirigida a los restantes, que no deben dictar decisiones sobre la materia o decisión regulada. La reserva suma una facultad y una prohibición" (CORTI, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 180).

estimado procedente el recurso". Y dentro de estas decisiones se encuentran las sentencias de condena dineraria.

III. NO SUBSISTENCIA DEL EFECTO DECLARATIVO DE LAS SENTENCIAS

Como se dijo, fue en el caso "Pietranera", del 7/9/1966, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que el juez podía dictar una serie de medidas tendientes a lograr el respeto de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada[12]. Si bien este precedente luego fue tomado como ejemplo para la ejecución de sentencias de condena dinerarias, no debemos olvidar que se trató de un proceso de desalojo de un inmueble.

A ello hay que agregar los casos surgidos de la creación pretoriana de la acción de amparo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme los casos "Siri"[13] y "Kot"[14], de 1957 y 1958, respectivamente. Cuando se reglamenta dicha acción por medio del dec.-ley 16.986/1966, el art. 12 estableció que la sentencia que admita la acción debía contener: "...b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto".

Mientras que en la acción de amparo no estaba contemplado, en principio, el pago de una condena de entregar una suma de dinero, si se aceptó que el Estado se encontrara compelido a que el Poder Judicial le ordenara cumplir sus pronunciamientos para el restablecimiento del orden jurídico. A ello se suma el art. 28, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, en cuanto regula el amparo por mora, que dispone: "...el que fuere parte de un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho... se resolverá lo pertinente acerca de mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el

[12] Fallos 265:291. Se expresó: "Que la regla del art. 7º ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde ese punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto. Por ello ha dicho este Tribunal que el art. 7º de la ley 3952 no descarta la pertinencia de una intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo, en el supuesto de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la Administración Pública (Fallos 253:312). Que, en tales circunstancias, resulta prudente la sentencia apelada que no fija plazo de cumplimiento, sino que requiere del Gobierno nacional manifieste en qué fecha va a desalojar el inmueble, con lo que el intimado queda en condiciones para tomarse el plazo razonable que corresponda; la advertencia final de que en caso de silencio, el plazo de desalojo será fijado judicialmente no es sino el corolario lógico de la potestad de los jueces de hacer cumplir sus decisiones en defensa del imperio del derecho".

[13] Fallos 239:459.

[14] Fallos 241:291.

plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes...".

Es decir que, paralelamente, existieron una serie de remedios legales que delimitaron el efecto declarativo contenido en el art. 7°, ley 3952, quedando únicamente vigente este precepto para las sentencias que condenaran a dar una suma de dinero pudiendo, en el resto de los casos, ejercerse coacción respecto de las sentencias judiciales[15]. La doctrina consideró que el citado efecto era inconstitucional[16] y, para otros, que había sido derogado[17].

Existieron, pues, una serie de remedios legales y jurisprudenciales que encorsetaron o delimitaron el efecto declarativo, contenido en el art. 7°, ley 3952, pero esta situación normativa nos lleva a afirmar que, hasta 1991, el efecto declarativo de las sentencias solamente se refería al cobro de sumas de dinero ya que el resto de las órdenes judiciales habían sido claramente aceptadas como una facultad del juez de imponerle plazos de cumplimiento al Estado[18].

[15] Tawill, considera a esta disposición "como verdadera injusticia, como una violación al principio de igualdad de tratamiento y como una negación del derecho de los administrados. En cuanto al alcance de la ley 3952 y de su art. 7°, aun cuando entendió en general en forma pacífica la Corte Suprema que la reclamación administrativa previa exigida por el art. 1° de tal normativa no resultaba de aplicación a los supuestos de acciones contra entes descentralizados, como lo recepcionara el art. 32, inc. f), ley 19.549, no ocurrió lo mismo en cuanto al ámbito de aplicación del art. 7°. Dispuso así, al referirse a los denominados créditos de emergencia la LC, en su art. 17 que 'el Poder Ejecutivo podrá autorizar la apertura de créditos únicamente en las situaciones siguientes, con la obligación de dar cuenta en el mismo acto al Congreso... c) Para el cumplimiento de sentencias judiciales firmes... Los créditos abiertos de conformidad con las disposiciones del presente artículo quedarán incorporados al presupuesto general'. Esta disposición y la interpretación jurisprudencial señalada habían logrado que a diferencia de lo ocurrido en España, la ejecución de las sentencias contra el Estado, fuera en nuestro país una realidad" (TAWIL, Guido, "El decreto 679/1988 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación", LL 1988-D-932).

[16] Fiorini, por su parte, formula una enérgica condena de inconstitucionalidad en contra de esta norma. Sostiene este autor que "esta norma es contradictoria, pues asigna carácter declaratorio a lo que jurídicamente es una condena contra la Nación; tal como está redactada, establece un privilegio que deja sin efecto el art. 100 de la Constitución Nacional. El constituyente jamás supuso que la demandabilidad de la Nación ante la justicia podría frustrarse cuando la sentencia fuere condenatoria. Una sentencia que reconoce un derecho y que luego es 'meramente declaratoria', es expresión de irrazonabilidad y un derecho que sólo se reconoce como declaración no es efectivamente derecho, porque le falta la materialización del respeto que merece todo acto reconocido. El art. 7° de la ley expresa una sinrazón judicial, política e inconstitucional" (FIORINI, Bartolomé, *Derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 675). Por último, Diez, encuentra también objeciones serias. BIANCHI, Alberto B., "Inconstitucionalidad sobreviniente del art. 7° de la Ley de Demandas contra la Nación", ED 118-827.

[17] ABERASTURY, Pedro, *Consolidación de deudas del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 131 y ss.

[18] El breve intento de reglamentar esta norma recibió el repudio de la doctrina. Así se expresó que "poco y nada va a quedar de '*imperium* judicial' El deudor ha declarado una virtual moratoria unilateral, difiriendo el cumplimiento de la sentencia hasta cuando pueda (o quiera) y como pueda (o quiera). La intervención del Congreso es necesaria, a la luz del art. 17, inc. c), Ley de Contabilidad, y nos ha hecho retornar a la venia legislativa, abolida hace casi 60 años. Antes se requería para iniciar los juicios contra la Nación; ahora ha sido implementada nada menos que para cobrarlos" (DOCOBO, Jorge, "El nuevo régimen de ejecución de las sentencias contra la Nación", DJ 1988-II-179).

Hemos expuesto que el problema se plantea no desde el incumplimiento de la orden impartida sino del reconocimiento del límite de su ejercicio[19]. Ello es así pues la posibilidad de ejercer coacción por medios indirectos[20], es decir a través de la aplicación de astreintes, ha sido realizada por nuestros tribunales sin mayores tropiezos[21]. Sin perjuicio de lo expuesto, es conveniente señalar que, aunque ello no fuera así, a esta altura de la evolución del derecho, no es posible sostener el efecto declarativo de la sentencia pues conduciría a argumentar un despropósito interpretativo[22]. Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos contrapuestos y en caso de obligaciones consolidadas, dispuso, en un primer momento, que las astreintes no se encontraban sujetas al procedimiento fijado por el art. 22, ley 23.982, mientras que, posteriormente, varió su criterio incorporando su cobro a este procedimiento[23].

Como expresa Linares, otorgándole el carácter de fórmula para el futuro, la distinción de categorías de acreedores del Estado no puede ser admitida con carácter de privilegio, citando el caso "Guillermo Olivar"[24] de 1875, donde se considera que existe odiosa distinción y derrotero arbitrario pues "el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social"[25].

A partir de lo expuesto, se puede concluir que el efecto declarativo de las sentencias no puede constitucionalmente encontrarse subsistente pues controvierte el derecho a la igualdad, en tanto se concederá a unos lo que se deniega a otros, conformando ambos una misma categoría de individuos, esto es, acreedores del Estado, en los cuales existe un trato que revela manifiesta inequidad[26].

[19] "Si se reglamentara el imperium del juez, para que fuera válida no deberá llegarse a la prohibición de ejercerlo pues de los contrario se encubriría a través de ella una limitación al ejercicio del poder asignado por la Constitución Nacional, en forma irrazonable" (ABERASTURY, Pedro, "La suspensión de la ejecución de las sentencias contra el Estado", LL 1989-D-1375, secc. Doctrina).

[20] MENDES DA SILVA, Ricardo P., *Execuçao contra a fazenda publica*, Malheiro Editores, San Pablo, 1999, p. 138.

[21] C. Nac. Cont. Adm., sala 1ª, 11/6/1992, *in re* "Daveza v. Florencio, Guillermo", entre otros.

[22] Respecto de la situación en el derecho comparado, ver MENDES DA SILVA, Ricardo P., *Execuçao contra a fazenda publica*, cit., ps. 49 y ss.

[23] Fallos 320:186.

[24] Fallos 16:118.

[25] LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 178.

[26] MURATORIO, Jorge I., "Ejecución de sentencias contra el Estado", en *Control de la Administración Pública*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP,

IV. EL PAGO DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES DE CONTENIDO DINERARIO

Anteriormente, el tema tuvo solución con el dictado del dec.-ley 23.354/1956, ratificado por la ley 14.467, llamado Ley de Contabilidad, en cuyo art. 17, inc. c) se estableció la habilitación al Poder Ejecutivo nacional para la apertura de créditos para el cumplimiento de las sentencias judiciales firmes[27].

Derogado dicho artículo por la ley 24.156, Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, el art. 42 estableció que los gastos devengados y no pagados al término del ejercicio, debían ser cancelados al año siguiente pero no se reglamentó, en forma específica, los gastos originados en las sentencias judiciales a cargo del Estado nacional ya que ello había sido reglamentado, anteriormente, por la ley 23.982.

En efecto, en el art. 22 de esta última, el legislador prescribió: "A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo".

En consecuencia, esta norma debe ser interpretada juntamente con la ley 24.156 pues se refiere a la obligación de dar una suma de dinero o que la obligación se resuelva en el pago de una suma dineraria. La norma establece dos etapas claramente diferenciadas:

1. Conocimiento del Congreso de la existencia de la obligación cuya obligación pone a cargo del Poder Ejecutivo.

2. Posibilidad de ejecutar coactivamente el crédito en caso de que éste no sea abonado en el período de sesiones ordinarias en que dicho crédito debiera haber sido incorporado en la Ley de Presupuesto correspondiente.

Si bien se trató de una ley de emergencia que consolidó las deudas anteriores al 1° de abril de 1991, dejó expedita la posibilidad de cobrar las deudas

Buenos Aires, 2003, p. 796. Considera que se ha operado una derogación institucional u orgánica del art. 7°, ley 3952.

[27] La ley española 29/1998 del 13 de julio en el art. 106, inc. 3° expresa: "No obstante lo dispuesto en el art. 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento", y en el inc. 4° "Si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del juez o tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla" (ver comentario en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Código de la Justicia Administrativa*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 2482).

originadas con posterioridad. A ello debe señalarse que la ley 25.344 también estableció una nueva emergencia que difirió el pago de las sentencias de condena que tuvieran por causa una obligación posterior al 31/12/2000, dejando intacto el referido art. 22.

El objeto del presente no es examinar el crédito consolidado por la emergencia dispuesta por el Congreso Nacional[28] sino analizar el procedimiento de cobro de una deuda dineraria y que es lo que ocurre en caso de que el Estado no lo efectivice.

Primeramente, se debe observar que el art. 22, ley 23.982, derogó tácitamente al art. 7°, ley 3952, en cuanto allí se dispuso el carácter declarativo de las sentencias judiciales pues, conforme el texto legal, ya no se le asigna dicho carácter a las sentencias de condena en la medida en que el art. 22 autoriza la ejecución coactiva del crédito originado en una sentencia.

Su primer párrafo impone una obligación al Poder Ejecutivo: la comunicación al Congreso de todos los reconocimientos administrativos y judiciales cuya causa o título sea posterior al 1/4/1991, en la medida en que carezcan de crédito presupuestario para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento.

Se trata de aquellos casos en los que el Poder Ejecutivo no previó el pago en el ejercicio correspondiente al que se devengó. La falta de cumplimiento a la referida comunicación adquiere particular relevancia en caso de no abonarse el crédito en el momento previsto por el art. 22, *in fine*[29].

Únicamente, si el Congreso conoce la existencia de los créditos podrá cumplir adecuadamente con la obligación establecida constitucionalmente en el art. 75, inc. 7°, por el cual es facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación arreglar el pago de la deuda interna y externa de la Nación como, asimismo, el inc. 8° del referido artículo en cuanto le corresponde fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, podrá ser cumplida cabalmente por el legislador[30].

En la segunda parte del art. 22 se prevé el plazo a partir del cual es susceptible de solicitarse la ejecución judicial del crédito por parte del acreedor, lo cual

[28] Para un estudio del tema, nos remitimos a ABERASTURY, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

[29] Ciertamente, desde la STC 32/1982 este Tribunal ha reconocido la relevancia constitucional del principio de legalidad presupuestaria o, más exactamente, de legalidad del gasto público en relación con el cumplimiento de las Sentencias condenatorias de las Administraciones Públicas, reiterándolo en varias decisiones posteriores (SSTC 26/1983, 61/1984, 67/1984, entre otras). Y en la STC 294/1994, fundamento jurídico 3°, se ha hecho referencia, al "peculiar entrecruzamiento entre la legalidad administrativa, entendida como sometimiento pleno de la actuación administrativa a la ley y al derecho (art. 103.1, CE) y la legalidad presupuestaria en el régimen jurídico de las obligaciones económicas" de un ente público, declarando que tales obligaciones no podrán ser cumplidas "si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente, siendo nulos los actos de ejecución presupuestaria que incumplan esta prohibición (art. 60, LGP)" (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Código de la Justicia Administrativa*, cit., p. 2495).

[30] ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, cit., p. 395.

ocurrirá a partir de la clausura del período de sesiones ordinarias del Congreso en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviere el crédito presupuestario.

Así, se estableció un nuevo sistema del previsto en la Ley de Contabilidad, es decir, se abandonó la incorporación automática del crédito en la Ley de Presupuesto. Este diferimiento en el tiempo no sólo posterga su exigibilidad sino que permite la adecuación y la previsión de la acreencia por parte del Estado.

Dicho plazo de no exigibilidad, que denominamos plazo de espera, reglamenta el ejercicio de la potestad de coacción, el cual comienza a partir de la clausura del período ordinario de sesiones en que debió incluirse el crédito en el presupuesto, considerándose que es partir de este momento en que la deuda es ejecutable.

Por tanto, este plazo de espera es claro en relación con el plazo de finalización del período de espera. Lo que no aparece claro es cuál es el período de sesiones en que debería haber sido tratado el crédito reconocido judicialmente o, dicho con más claridad, cuál es el ejercicio presupuestario en que el crédito debe ser abonado.

Cabe mencionar, al respecto, la normativa incluida en la Ley Permanente de Presupuesto, 11.672, t.o. 2005, en cuanto su art. 132[31] establece que el pago será satisfecho conforme las autorizaciones para efectuar gastos dejando expresamente subsistente la normativa contenida en la ley 23.982.

En efecto, el problema radica en el análisis, en forma conjunta, del referido artículo con el art. 22, ley 23.982, en cuanto al momento en que debe ser atendido el gasto originado en la sentencia de condena pues, en dicho caso, es necesario realizar la previsión en el ejercicio siguiente.

Pero para ello se dispone que se debe tomar conocimiento de tal condena con anterioridad al 31 de julio de cada año debiendo remitirse a la Secretaría de Ha-

[31] "Los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado nacional o a alguno de los entes y organismos que integran el sector público nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas jurisdicciones y entidades del presupuesto general de la Administración nacional, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido por las leyes 23.982 y 25.344. En el caso que el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo nacional deberá efectuar las previsiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las jurisdicciones y entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo remitir a la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción con anterioridad al 31 de agosto del mismo año el detalle de las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la citada Secretaría establezca para la elaboración del Proyecto de Presupuesto de la Administración Nacional. Los recursos asignados anualmente por el Honorable Congreso de la Nación se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero y siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente.

cienda del Ministerio de Economía y Producción con anterioridad al 31 de agosto del mismo año el detalle de las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto.

El párr. 2° del art. 22 de la Ley de Consolidación estableció, con claridad, que el momento del pago del crédito era el del año siguiente al de su reconocimiento pues, de lo contrario, carece de sentido la obligación de comunicar al Legislativo aquellos créditos que no pudieron ser atendidos, interpretación que ha sido adoptada por nuestro más alto tribunal[32]. La Ley de Administración Financiera del Estado es congruente con esta interpretación. En efecto, la falta de inclusión en el presupuesto de un gasto determinado judicialmente, incumple con la obligación que, con carácter de facultad reglada, ha sido legislada en el art. 42, ley 24.156, de Administración Financiera del Estado, donde se establece que un gasto devengado y no abonado debe ser abonado en el próximo ejercicio.

La Ley Permanente de Presupuesto reglamentó, en el art. 132, sin embargo, el caso de aquellos créditos que no pudieron ser abonados en el ejercicio siguiente al de reconocimiento judicial, previéndose que serán atendidos en el año subsiguiente al de su reconocimiento. En efecto, en este supuesto el Poder Ejecutivo nacional deberá efectuar las previsiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente al ejercicio en que debió ser atendido el gasto y, de esta manera, existe un plazo legal de espera mayor que el originariamente previsto en la Ley de Consolidación tomando en cuenta el momento en que la sentencia se encuentra firme.

El principio general, establecido en la ley 23.982, es que el crédito debe ser abonado en el ejercicio presupuestario correspondiente al año siguiente al de su reconocimiento. Conforme con la Ley Permanente de Presupuesto, ello es así en la medida en que la sentencia adquiera firmeza y sea comunicada a la demandada con anterioridad al 31 de julio del año correspondiente al que debe remitirse el proyecto de presupuesto para el año siguiente. Esta comunicación, consideramos que es suficiente en la medida en que sea realizada al represen-

[32] La Corte, en el caso "Giovagnoli, César A. v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/cobro de seguro", del 16/9/1999, expresó: "Con particular referencia a las disposiciones que rigen la ejecución de sentencias contra el Estado, cabe tener en cuenta que el art. 22, ley 23.982 le impone al Poder Ejecutivo nacional el deber de comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento, al tiempo que autoriza al acreedor a ejecutar su crédito 'a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo'. Es decir que la disposición transcripta fija el momento a partir del cual el acreedor está legitimado para embargar los bienes estatales susceptibles de ejecución y cobrarse sobre su producido. En sentido análogo, el art. 20, ley 24.624, dispone que los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado nacional y a cualquiera de sus organismos y dependencias de los tres poderes *serán satisfechos* dentro de las autorizaciones para efectuar gastos de la administración nacional, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido en la ley 23.982; lo cual también conduce a admitir que el acreedor cuyo crédito se encuentre incluido en la ley de presupuesto respectiva tiene el derecho, en caso de incumplimiento, de ejecutar la sentencia por el monto previsto en la partida presupuestaria correspondiente".

tante del Estado pues su negligencia en comunicarlo al Ministerio de Economía no puede serle opuesta al particular.

Por ello, el sistema implementado amplía el momento en que debe ser abonado el crédito comprometido y devengado pero, evidentemente, no podrá ir más allá del 30 de noviembre del año siguiente posterior al que la sentencia quedó firme[33].

La inclusión del crédito comprometido es un deber del Estado nacional a efectos de conocer la real exactitud de las cuentas públicas y por así disponerlo el párr. 1° del art. 22 de la Ley de Consolidación y que el Ejecutivo no le oculte el pasivo[34]. La falta de comunicación de la existencia del crédito o su falta de pago cuando debió ser abonado, permite exceptuar el principio general de inembargabilidad de fondos del Tesoro nacional previsto en el art. 131, Ley Permanente de Presupuesto, por así surgir de lo dispuesto en el art. 134[35]. Asimismo, en la medida en que esta omisión constituya una conducta negligente o dolosa del funcionario, lo torna responsable en forma personal[36].

Una vez transcurrido el plazo de espera[37], el juez ordenará, de ser el caso, llevar la ejecución adelante a través del dictado de la sentencia de trance y remate, ordenando las medidas coactivas para obtener el pago del crédito correspondiente, incluyendo, en este supuesto, la embargabilidad de fondos del Tesoro Público[38]. El acreedor puede solicitar medidas sobre inmuebles del dominio privado del Estado y que no se encuentren afectados a un servicio público y cosas muebles[39].

[33] GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Ejecución de las sentencias de contenido dinerario contra el Estado de acuerdo con la nueva legislación y conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 189-668.

[34] "No podrá admitir por contrario al art. 118 de la Constitución, el argumento de una inexistencia de crédito presupuestario en el caso de condenas patrimoniales o con trascendencia patrimonial (...), los tribunales podrán expedir válidamente mandamientos de pago vinculantes para la Tesorería y, por tanto, sobre el Banco de España que asegura en el caso del Estado ese servicio; si el pago no tuviese respaldo presupuestario o excediese del mismo, el banco lo contabilizará como anticipo de tesorería" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1982, p. 565).

[35] La ley 11.672, t.o. 2005, art. 134 dispone: "Se tendrá por acreditado el cumplimiento de la comunicación al Honorable Congreso de la Nación, que impone el art. 22 de la ley 23.982 a los fines de la inembargabilidad de fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público nacional, dispuesta por el art. 19 de la ley 24.624, mediante la certificación que en cada caso extienda el servicio administrativo contable del organismo o entidad involucrada".

[36] Cfr. Corte Sup., *in re* "Giovanolli", Fallos 322:2132.

[37] A los efectos de profundizar el estudio respecto de la posibilidad de aplicar las excepciones previstas en el CPCCN al mencionado procedimiento, ampliar en ABERASTURY, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, citado.

[38] "Sostener que el dinero público es inejecutable por estar vinculado o afectado por la Ley del Presupuesto cuando la Administración está ampliamente facultada para sortear tal vinculación es algo que sólo puede ser calificado de bochornoso" (RUIZ OJEDA, Alberto, *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Civitas, Madrid, 1993, p. 249).

[39] ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, cit., ps. 398 y ss.

El principio de la tutela judicial efectiva, en tales condiciones, no se cumple si en determinado tipo de actuaciones, el juez se ve imposibilitado de utilizar la coacción para hacer cumplir sus decisiones[40] pues, de lo contrario, la sentencia como acto jurisdiccional, no sirve como tal y se la despoja de una potestad inherente a su condición de tal[41].

Esta compatibilización interpretativa de las normas referidas permite sostener que este sistema se encuentra acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva[42] y que el principio contenido en el art. 7º, ley 3952, en cuanto el carácter declarativo de la sentencia ha quedado derogado.

Debe recalcarse que esta espera no es aplicable al cumplimiento de una sentencia con contenido expropiatorio, pues ello significaría dar prevalencia a una norma de menor rango normativo que el art. 17, CN, en cuanto éste dispone que el pago debe ser previo a la desposesión[43]. Así, en 1940 no se aceptó el efecto declarativo de las sentencias en el pago de una expropiación, en el precedente "Nación argentina v. Domingo Bianchi y otros s/expropiación", del 13/3/1940[44]. Se expresó que el desapoderamiento se había operado hacía tres años, sin que se hubiere podido cobrar el precio total fijado en definitiva por la sentencia del Superior Tribunal por lo que "no sería posible privar al dueño del medio de cobrar lo que le corresponde, sin dar lugar a la nulidad de la desposesión por violación del art. 17, CN, con las consecuencias que aquella comporta según las disposiciones del Código Civil. De otro modo, el derecho de propiedad se hallaría sin defensa frente al Estado que, mediante una consignación ínfima, podría desapoderar a los habitantes del país, transformando la condición *sine qua non* del art. 17 de la Constitución en una obligación inejecutable, sujeta a su mero arbitrio en cuanto a la época y forma de solventarla. Este precedente fue seguido hasta nuestros días sin excepción alguna.

[40] HUTCHINSON, Tomás, "Los efectos de la sentencia en los juicios administrativos", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, LexisNexis - Abeledo Perrot - UCA, Buenos Aires, 2004, p. 624.

[41] "El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no se limita a obtener una resolución dictada por un órgano estatal independiente que dé respuesta a lo que la pretensión plantea, sino que se extiende a la plena eficacia de lo mandado en la sentencia. La pretensión no quedará satisfecha en la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando el contenido del fallo sea cumplido" (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La extinción de la eficacia ejecutiva de la sentencia administrativa", en *Derecho administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1297).

[42] "En la práctica, la ejecución individual y colectiva de la hacienda pública sólo ha tenido importancia en algunos pocos casos. Gracias a la tradición y a la idea que el Estado de Derecho alemán, conforme la cultura administrativa dominante cumple en gran medida las decisiones judiciales" (SOMMERMAN, Karl-Peter, "A execuçao forçada por quantia certa contra a fazenda pública no direito alemao", en *Execuçao contra a Fazenda Pública*, serie cadernos do CEJ 23, Centro de Estudos Judiciarios, Brasilia, 2003, p. 107.J).

[43] ABERASTURY, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, cit., ps. 42 y ss.

[44] Fallos 186:151.

V. EXIGIBILIDAD DE LA DEUDA AFECTADA A LA CONSOLIDACIÓN

Como hemos referido, no es objeto del presente trabajo la forma de atender el pago de las acreencias consolidadas en la medida en que el acreedor optó por la recepción de títulos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 23.982 y 25.344. Es interesante referirse a aquellos casos, que originariamente se encontraron incorporados al régimen de consolidación de deudas y al haber vencido el plazo de dieciséis años (para las obligaciones que no eran de naturaleza previsional) se han tornado exigibles.

En efecto, para todos aquellos créditos anteriores al 1/4/1991, la ley 23.982 dispuso dos formas de atender el pago de la obligación:

1) en efectivo, y

2) mediante la entrega de bonos de consolidación.

Para ello estableció que anualmente se fijaría una suma en el presupuesto para su atención y el acreedor podía optar por su pago mediante la entrega de bonos de consolidación, mediante la novación de su deuda o en la espera de dieciséis años.

El plazo de dieciséis años ha fenecido, en el caso de la ley 23.982 con fecha 1/4/2007, por lo que, aquellos acreedores que no hubieran recibido su pago en dinero conforme el mecanismo implementado en la ley o en títulos públicos, pueden solicitar actualmente su cobro en efectivo.

El sistema establecido por la ley 23.982 y su reglamentación, puede resumirse así: créditos nacidos hasta el 31/3/1991, caracterizados por:

1) Inejecutabilidad de las sentencias por el plazo de dieciséis años, salvo expresas y contadas excepciones.

2) Habilitación de partidas en cada ejercicio presupuestario a efectos de atender el pago de las deudas alcanzadas por la ley en forma gradual.

3) Posibilidad de obtener títulos (bonos) escriturarios representativos del crédito a dieciséis años de plazo.

4) Prohibición del dictado de medidas compulsorias.

En este estado debe realizarse una distinción que, en nuestro criterio, adquiere particular trascendencia. Aquellas deudas comprendidas en la Ley de Consolidación que fueron abonadas mediante la entrega de títulos públicos, aunque tengan su origen en un proceso judicial, debe estarse al esquema general del título recibido en la medida en que, con el consentimiento del acreedor, se ha producido la novación de su crédito.

En cuanto a las restantes, es decir, deudas que tienen una causa anterior al 1/4/1991 y que aún no han sido abonadas de ninguna forma, la constitucionalidad del sistema implementado por la ley 23.982 se basó en la necesaria existencia de la opción de cobro en efectivo[45] por lo que al disponer el art. 22, ley 23.982, la ejecución del crédito emanado de una sentencia judicial, se estableció una opción

[45] "Peralta", Fallos 313:1513.

para el acreedor pudiendo éste efectuar la espera de hasta dieciséis años, previsto en la norma y luego solicitar el pago en dinero efectivo u optar por novar el crédito y solicitar su pago mediante la entrega de bonos de consolidación[46].

Una postura opuesta se centraría en el hecho de que el art. 9°, ley 23.982[47] estableció el plazo de dieciséis años del diferimiento para el pago en efectivo por lo que, actualmente, el único medio de pago sería mediante la entrega de bonos de consolidación que han reemplazado a los originales bonos de consolidación, lo cual lleva a pensar que esta deuda el Estado la puede abonar hasta en treinta y tres años[48].

En efecto, el art. 64, ley 25.827 estableció que las obligaciones consolidadas en los términos de las leyes 23.982 y 25.344, cuyo reconocimiento en sede judicial o administrativa hubiera operado con anterioridad al 31/12/2001, serán atendidas mientras dure el proceso de reestructuración de la deuda mediante la entrega de Bonos de Consolidación previstos en el dec. 1873 de fecha 20/9/2002. Los acreedores comprendidos en el presente párrafo, excepto los que se encuentren alcanzados por la ley 25.344, podrán hacer uso de la suspensión del cobro de sus acreencias de acuerdo con el art. 11, dec. 1873, de fecha 20/9/2002[49]. El contexto general de la norma se refiere a la suspensión de pagos de la deuda instrumentada mediante la entrega de títulos públicos únicamente.

En el caso "Ind. Metalúrgicas Pescarmona SA v. BCRA", de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, sala 2ª, del 9/12/2004, se expresó que no ha-

[46] "La aplicación del sistema de consolidación de deudas no priva al acreedor del resarcimiento patrimonial declarado en la sentencia, sino que *sólo suspende temporalmente* la percepción íntegra de las sumas adeudadas, circunstancia que obsta a la declaración de inconstitucionalidad (Corte Sup., 25/11/2003, 'Obra Social para la Actividad Docente v. Provincia de Misiones, ejecución fiscal')" —el resaltado me pertenece—. Las normas contenidas en la ley 23.982, dictadas en situación de emergencia, son válidas *en tanto suspenden temporalmente los efectos de las sentencias firmes* y, por tanto, *queda salvada la "sustancia" de los derechos reconocidos judicialmente* (C. Nac. Civ., sala E, 20/5/1993, "Sitler, Rafael L. v. Subterráneos de Buenos Aires", JA 1994-II-189 —el resaltado me pertenece—.

[47] El art. 9°, ley 23.982 expresaba: "Los pedidos de informes o requerimientos judiciales respecto al plazo en que se cumplirá cualquier obligación alcanzada por la consolidación dispuesta por la presente ley, serán respondidos por el Poder Ejecutivo nacional, o cualquiera de las personas jurídicas o entes alcanzados por el art. 2°, indicando que se propondrá al Congreso de la Nación que vote anualmente los recursos necesarios para hacer frente al pasivo consolidado al 1 de abril de 1991 en un plazo máximo de dieciséis (16) años para las obligaciones generales y de diez (10) años para las de origen previsional. Informarán también el orden cronológico de prelación y el privilegio que le corresponda al crédito pretendido hasta la fecha del informe, de modo que pueda estimarse provisionalmente el plazo que demandará su atención".

[48] ABERASTURY, Pedro, "La nueva consolidación presupuestaria", *Revista de Derecho Público. Proceso administrativo*, III-2004-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 25.

[49] El art. 11 expresa: "Los acreedores comprendidos en el segundo párrafo del art. 8° de la ley 25.565 de Presupuesto de la Administración Nacional para el ejercido 2002, con excepción de los alcanzados por la ley 25.344, podrán suspender el cobro de sus acreencias hasta que concluya el proceso de renegociación referido en el art. 6° de la citada ley, en la forma que determine la autoridad de aplicación.

biendo el acreedor optado por el pago en Bonos de Consolidación no se pueden invocar los efectos del art. 69, ley 25.827[50].

Hemos afirmado, oportunamente, que la constitucionalidad de la ley 23.982 se encuentra subordinada a la circunstancia de que el acreedor del Estado pueda claramente ejercitar la opción que la ley le confiere[51], que, a su vez, exige, inexorablemente, que la entrega de los títulos previstos en el ordenamiento —si es que se opta por tal alternativa— sea efectivamente realizada[52].

En este sentido, el art. 10, ley 23.982, que no se encuentra derogado, prescribe que: "Alternativamente a la forma de pago prevista, los acreedores podrán optar por suscribir a la par, por el importe total o parcial de su crédito en moneda nacional los Bonos de Consolidación en moneda nacional, cuya emisión autoriza la presente ley...".

La derogación del art. 9°, ley 23.982, al no hacer mención al art. 10 mantiene subsistente la opción de cobro en efectivo. A ello se suma la subsistencia del art. 14, ley 25.344. La jurisprudencia reconoce que el propio sistema establece la posibilidad de *optar por el pago en efectivo*[53].

El art. 10, ley 23.982, dispone el pago alternativo, en efectivo o en bonos de consolidación. Es decir, el derecho de opción al pago en efectivo no ha sido dejado sin efecto por la derogación del mentado art. 9° (cfr. asimismo arts. 7° y 8° de la misma ley). Una solución contraria, desvirtuaría el derecho a la tutela judicial efectiva e implicaría un diferimiento *sine die* de la obligación de cumplir la manda judicial por parte del Estado.

VI. EL CONTROL JUDICIAL DEL GASTO PÚBLICO. COLOFÓN

Conforme el sistema constitucionalmente establecido, al Poder Judicial le corresponde el control de las medidas adoptadas por los otros poderes del Estado y la existencia de las llamadas facultades reservadas no obsta al control constitucionalmente asignado. Prueba de ello es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha expresamente dispuesto la posibilidad que el juez controle el presupuesto, tal como lo decidiera en el caso "Badaro"[54].

[50] C. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 9/12/2004, "Industrias Metalúrgicas Pescarmona SA v. BCRA s/proceso de conocimiento", expte. 47.760/1994.

[51] ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, cit., p. 403.

[52] Caso "Tantucci", Fallos 322:1318.

[53] "Resulta claro del art. 5° de la ley 23.982 cuál es la fecha de corte establecida en la ley, no correspondiendo el cómputo previo de accesorios posteriores (cfr. asimismo art. 14, inc. a], párr. 2°, decreto reglamentario 2140/1991). Tal cálculo será viable sólo *si se optare por dinero en efectivo como forma alternativa de pago*" (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 20/4/1999, 'Esquerre de González Araujo, Zulema R. y otro v. BCRA, juicio de conocimiento. Causa: 23867/1993)" —el resaltado me pertenece—.

[54] Corte Sup., 26/11/2007, Fallos 330:4868.

La cuestión versaba sobre el ajuste del haber jubilatorio del actor quien había demandado a la ANSeS. La causa ya había sido sentenciada por la Corte previamente. Se había revocado parcialmente la decisión y ordenado al organismo provisional que efectuara los reajustes que habían quedado firmes.

Al volver nuevamente el caso a la Corte, se encontraba planteada la inconstitucionalidad de las previsiones de la ley 26.198 de presupuesto del año 2007, en tanto convalidaban las modificaciones en los valores mínimos prestacionales de los años anteriores, el suplemento por movilidad fijado en el año 1994 y, en lo esencial, la previsión de un aumento del 13% y un haber mínimo de $ 530 mensuales.

En lo pertinente, la Corte Suprema expresó que las prescripciones de la ley de presupuesto no habían sido aquellas que el tribunal reclamó oportunamente pues no se había contemplado la recomposición por años anteriores (consid. 10). Además, destacó que el aumento otorgado para el año de ese ejercicio fiscal regía para la totalidad de la clase pasiva, sin examinar el achatamiento en la escala de beneficios señalado por la Corte anteriormente (consid. 11). Por consiguiente, dispuso que la prestación del actor se ajuste de enero de 2002 a diciembre de 2006 según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general[55].

En síntesis, observamos que el alto tribunal realizó un examen de razonabilidad sobre la propia norma presupuestaria concluyendo que los medios allí dispuestos para el reajuste de su haber jubilatorio por años anteriores no eran proporcionados a los términos de la recomposición ordenada en la sentencia de fondo anteriormente dictada. Así, la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vino a poner fin a la inacción manifiestamente inconstitucional de los otros poderes del Estado que se proyectaba cercenando los derechos de un sector social (esto es la clase pasiva)[56].

La cita de este precedente nos demuestra que todo intento del legislador de desconocer los pronunciamientos judiciales, en la manera de atenderlos, no sólo implica una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que implica un desconocimiento al sistema jurídico implementado por la Constitución Nacional por lo que el principio de razonabilidad determina que la sentencia judicial sea cumplido de manera cierta, oportuna y eficaz.

[55] USLENGHI, Andrés, "El presupuesto", cit., t. 3, cap. CXIX, ps. 676/747.

[56] Ver ROSSI, Patricia A., "Reflexiones sobre los límites de la revisión judicial a propósito del fallo Badaro", *Revista de la Seguridad Social*, 2007-11-956, LexisNexis, Buenos Aires.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1RA QUINCENA DE ABRIL DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

- **Eusebio González García,** La Ley de Presupuesto en la Constitución española de 1978
- **Gerald E. Frug,** Las potestades presupuestarias del Poder Judicial
- **Kate Stith,** Las potestades presupuestarias del Congreso
- **J. Gregory Sidak,** Las potestades presupuestarias del Presidente
- **Álvaro Rodríguez Bereijo,** La formación del concepto de ley en torno al presupuesto y en el contexto histórico de la pugna Gobierno-Parlamento
- **Juan Ignacio Moreno Fernández,** Función, contenido y límites de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en España en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- **Jean-Luc Albert,** El triángulo constitucional financiero francés
- **Dannil V. Vinnitski,** Regulación jurídico-constitucional del presupuesto en Rusia: tendencias actuales de su desarrollo
- **Xóchitl Raquel G. Pérez Cruz,** Comentarios a la última reforma constitucional mexicana en materia presupuestaria
- **Sergio Endress G.,** Derecho presupuestario chileno: notas sobre sus actores, procedimiento y principios en la Constitución
- **Adolfo Atchabahian,** El derecho constitucional presupuestario argentino: visión histórica y actual
- **Enrique G. Bulit Goñi,** Sobre el programa constitucional y el derecho presupuestario
- **César García Novoa,** Constitución y principios presupuestarios. Especial referencia al principio de estabilidad presupuestaria
- **Mauricio Plazas Vega,** Teoría general del gasto público. Algunos comentarios sobre la normativa colombiana
- **Andrea Amatucci,** La Ley Financiera y las leyes relacionadas con la Hacienda Pública
- **José O. Casás,** Los principios de equilibrio y anualidad en materia presupuestaria
- **Gabriel Casado Ollero,** La Constitución y el Derecho Financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público
- **Horacio G. Corti,** Ley de Presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero
- **Gabriela Ríos Granados,** Lineamientos para el presupuesto público con perspectiva de género en México
- **Pedro Aberastury,** La ejecución de sentencias y la Ley de Presupuesto