

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

14, 15 y 16 de septiembre, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero

Comisión: El rol del juez civil en la actualidad

Título de la ponencia: “Función jurisdiccional y análisis presupuestario”

Autores: Olivia Minatta y Alejo J. Giles

Fecha de nacimiento: 16/02/1990 (Olivia Minatta) y 20/06/1988 (Alejo J. Giles)

Dirección postal: Calle 16 núm 3497 CP 1897, Gonnet, La Plata

Teléfono: 0221 603 0988 (Minatta)/ 0221 5991218 (Giles)

Correo electrónico: oliviaminatta@gmail.com/ alejojgiles@gmail.com

Los autores se postulan como participantes de los concursos para los premios del *art. 7 del Reglamento General* de este Congreso y del *Concurso Jóvenes Ponentes*.

SUMARIO:

En este trabajo se abordará la problemática del rol de los jueces en los casos judiciales que conllevan la necesidad de realizar análisis presupuestarios. En particular, se analizará en qué medida, si alguna, la introducción del análisis presupuestario en los contextos procesales debería incidir sobre el modo en que tradicionalmente se entiende la función jurisdiccional. Partiendo de cierta vinculación entre derechos, políticas y presupuesto, estudiaremos dos precedentes estimados representativos de las dificultades generadas en ese tipo de casos. Sobre esa base se realizarán algunas propuestas relativas al rol de los/as jueces/zas en los mismos, tendientes a fortalecer las capacidades institucionales del Poder Judicial para canalizarlos.

FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ANÁLISIS PRESUPUESTARIO

Por **Olivia Minatta y Alejo J. Giles**

I.

INTRODUCCIÓN: DERECHOS, POLÍTICAS Y PRESUPUESTO

I. 1. La interdependencia entre derechos y políticas públicas

Las reflexiones que se pretenden hacer aquí reposan en cierta relación entre los derechos, las políticas públicas y los presupuestos como motor económico de estas últimas. Es una relación que de un tiempo a esta parte se ha estrechado, pasando de la total separación a la interdependencia de esos elementos, lo cual da pie a la problemática que abordaremos.

Aquel fenómeno se desató dentro del campo del derecho a partir de la ampliación del contenido dogmático de los textos constitucionales y el énfasis puesto en su carácter normativo. Este fenómeno, estudiado por buena parte de la teoría constitucional como *neoconstitucionalismo*, alteró el modo de distribuir el poder público dentro de las estructuras estatales propio de la teoría política decimonónica, concibiendo así un modelo de sistema jurídico en el cual las Constituciones contienen reglas y principios que tiñen toda la producción normativa del Estado y la actuación de su administración, que pasan a estar al servicio de la concreción del proyecto constitucional.¹

De acuerdo a dos tesis sostenidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a) las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación²; y (b) el Estado debe garantizar los derechos sociales de modo progresivo, lo que supone la prohibición de

¹ Véase Comanducci, 2002, p. 97 y ss.

² Esos términos textuales utilizó la CSJN en “Verbitsky” (2005, Fallos 328:1146) para justificar su reproche a la política carcelaria bonaerense. Enunciado que luego ratificó otros precedentes como “Defensor del Pueblo contra Chaco” (2007, Fallos 330:4134) y “Gutiérrez” (2015, Fallos: 338:68).

regresividad en el nivel de garantía alcanzado.³ Pero además, con la incorporación del PIDESC a nuestro sistema constitucional, el Estado asumió obligaciones jurídicas concretas en materia presupuestaria a los fines de garantizar los derechos socioeconómicos.⁴

Esas concepciones sobre la relación entre los derechos y las políticas han transformado también los confines de la función jurisdiccional: el reconocimiento de la exigibilidad judicial de los nuevos derechos y del vínculo entre éstos y las políticas públicas son factores que vienen conformando una nueva demanda hacia los tribunales, tendiente a que éstos se involucren en casos de interés público donde se cuestionan o bien se exigen políticas públicas.

I. 2. El presupuesto en el contexto procesal

Entre las numerosas consecuencias de esa transformación nos interesa abordar una en particular: la producida en la función jurisdiccional a partir del ingreso de los presupuestos públicos al contexto procesal.

Sobre la base de las tesis de la CSJN que acabamos de mencionar es posible articular pretensiones que requieran de la autoridad jurisdiccional el análisis de la constitucionalidad de políticas públicas. Al momento de decidir sobre las mismas, nuestros tribunales suelen encontrarse con la necesidad de realizar análisis de los presupuestos públicos involucrados en esas políticas, siempre dependiendo del perfil que se le haya dado a los agravios invocados y del remedio peticionado.⁵

Los presupuestos son imprescindibles para motorizar políticas públicas, en tanto se presentan como instrumentos que indican la medida de los recursos disponibles para cada actividad del Estado y, por lo tanto, los

³ En los casos “ATE” (2013, Fallos: 336:672) y “RENATRE” (2015, Fallos: 338:1347) la CSJN ha reconocido como contenido de los derechos sociales el deber del Estado de garantizarlos progresivamente y, como piso, la prohibición de que retroceda en el nivel de garantía logrado. Por un estudio detallado de la prohibición de regresividad en la garantía de los derechos sociales, ver Courtis (2006, p. 21 y ss).

⁴ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁵ No sostenemos que en todos los casos que se cuestionen políticas públicas en un proceso se deba emprender un análisis presupuestario. Sostenemos, en cambio, que ello es probable dependiendo del perfil que se le de a los agravios planteados y al remedio pretendido.

límites de lo que puede invertir en cada rubro.⁶ En consecuencia, para conocer en qué medida determinada política está cubriendo una necesidad abarcada por un derecho o determinar si se está produciendo un supuesto de regresividad o discriminación en su nivel de protección, suele resultar fundamental analizar el presupuesto asignado a las políticas públicas involucradas y cómo se ha venido devengando, entre otros factores.⁷

II.

FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ANÁLISIS PRESUPUESTARIO

II. 1. En lo que sigue haremos referencia dos casos que nos permitirán ilustrar las dificultades generadas en los casos que abordamos aquí. Con ellos buscaremos brindar una aproximación a los “usos” que se puede realizar del análisis presupuestario en el contexto procesal y a la intrínseca complejidad técnica -objeto de las ciencias económicas- de esas operaciones.

(a) El primer caso que presentamos nos ayuda a retratar en qué medida el carácter esencialmente *prospectivo*⁸ que poseen las sentencias que ordenan a implementar determinada política pública torna al instrumento presupuestario en una herramienta clave para analizar su efectiva ejecución.

Se trata de una causa iniciada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) a los fines de resolver la falta de vacantes escolares detectadas en el nivel inicial.⁹ Allí el análisis presupuestario tuvo dos funciones relevantes: (a) resultó un *elemento probatorio* fundamental para demostrar que el GCBA no estaba destinando el máximo de los recursos disponibles a la construcción

6 La Corte Constitucional colombiana ha reflexionado más de una vez sobre la relación entre derechos, políticas y presupuesto sosteniendo que los/as jueces/zas no podían limitarse a reconocer su complejidad y abstenerse de impartir órdenes porque en ellos se comprometían cuantiosos recursos presupuestarios (ver, entre otras, las sentencias T-974/09 -ap. II.3.3- y T-235/11 -ap. II.b.22-).

7 Para una justificación constitucional de la relación entre los derechos y el presupuesto y del análisis presupuestario en el Poder Judicial, véase Maurino (2013, p. 69 y ss.) y Corti (2010, p. 654 y ss.).

⁸ Véase Chayes (1976, p. 1292 y ss.).

⁹ “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CPCPCBA)” Expdte. Núm. 23360/0, iniciado en el año 2006. El Acta acuerdo se celebró en el año 2011.

de salas en el nivel inicial, ello por cuanto: (i) existían importantes tendencias a sub-ejecutar partidas presupuestarias destinadas a la infraestructura escolar, en contraposición a otros gastos que podrían considerarse menos prioritarios; (ii) no existía una mayor inversión de recursos públicos en los distritos escolares más desfavorecidos, lo cual implicaba una violación al principio de igualdad y no discriminación en la implementación presupuestaria. Por otra parte, (b) el presupuesto fue considerado en el acta convenio firmada por las partes ante el TSJ como uno de los aspectos centrales a evaluar en las mesas de trabajo pactadas para *supervisar el cumplimiento* de las obligaciones contraídas por el GCBA.

Ahora bien, durante la ejecución de la sentencia, uno de los problemas denunciados en forma persistente por la Asociación Civil actora, fue la omisión del GCBA en presentar información presupuestaria debidamente desagregada,¹⁰ a los fines de dilucidar no sólo si las erogaciones presupuestarias eran suficientes –y en su caso, si continuaba la sub-ejecución de partidas– sino también si estaban siendo correctamente destinadas de acuerdo a las necesidades y demanda de los distintos distritos escolares (para lo cual, hacía falta analizar otros datos importantes como listados de obras, listas de espera, vacantes disponibles, etcétera).

(b) El segundo caso pertenece al ámbito de la justicia mexicana, y resulta una muestra de que el fenómeno señalado excede al escenario nacional.¹¹ Conocido como “Pabellón 13”, trata sobre la asignación de fondos para garantizarle el derecho a la salud a las personas con VIH/Sida. El Estado mexicano fue demandado ante la omisión de tomar las medidas presupuestarias necesarias para la ejecución de un proyecto destinado a tratar pacientes con VIH/Sida. En tal sentido, se argumentó que las autoridades responsables incumplían el deber de destinar el máximo de los recursos disponibles para garantizar el derecho a la salud, con lo que se violaba el acceso de los enfermos de VIH al “más alto nivel posible” de ese

¹⁰ Ver: <http://acij.org.ar/falta-de-escuelas-de-nivel-inicial-en-la-ciudad-promesas-incumplidas-y-ocultamiento-de-informacion-sobre-el-problema-de-falta-de-vacantes/>

¹¹ Los casos de la Corte Constitucional colombiana citados en la nota 7 son otros ejemplos.

derecho. También se alegó que de ese modo el Estado incurría en una práctica discriminatoria hacia aquellos pacientes sin condiciones socioeconómicas para acudir al sistema privado de salud.

A los fines de hacer lugar al amparo, la Suprema Corte de Justicia mexicana sostuvo que el Estado no había demostrado la realización del máximo esfuerzo presupuestario para garantizar el derecho al nivel más alto de salud de los demandantes y en tal sentido consideró que “los entes estatales se encuentran obligados a aportar el material probatorio en que sustente su dicho, pues es precisamente a la autoridad a quien le compete acreditar tal situación financiera”.

Esta breve mención a dos supuestos representativos del tipo de casos que abordamos nos ayuda a tener una aproximación a los “usos” que se puede realizar del análisis presupuestario en el contexto procesal. (a) En un primer lugar vemos que con la articulación de estas pretensiones tendencialmente se coloca al presupuesto dentro de la órbita del *thema decidendum*, ya que la autoridad jurisdiccional necesitará expedirse sobre la relación de adecuación normativa entre determinado presupuesto (su asignación, su ejecución, etcétera) y las obligaciones de afectar el máximo de los recursos disponibles para garantizar cierto/s derecho/s en un mínimo esencial así como en forma progresiva, no regresiva y no discriminatoria. (b) Una vez dado lo anterior la cuestión presupuestaria necesariamente se trasladará al *thema probandum*. La fase probatoria requerirá la producción de información desagregada de ciertos datos socioeconómicos¹² y en particular, de información presupuestaria donde se de cuenta de todas las cuestiones que sean presupuestos fácticos de la pretensión articulada.¹³ (c)

¹² Cabe tener presente la evolución que actualmente se está dando en el seno nacional e internacional en materia de indicadores socioeconómicos, la que se produce en el contexto de exigir a los Estados el establecimiento de objetivos y metas específicas para medir el cumplimiento de los derechos. Esta medición cuantitativa y cualitativa también podría tener un impacto en los procesos judiciales en los que se debate el diseño e implementación de políticas públicas (ver, por caso, la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU).

¹³ Por ejemplo: cuál es el dinero asignado a cierta política, cuál es el estado de ejecución, en qué medida la negación de presupuesto para una política está justificada por una restricción económica, etcétera.

De hacerse lugar a la pretensión, la etapa de *ejecución* de la sentencia tendencialmente requerirá -para garantizar el efectivo cumplimiento de la decisión- de una evaluación continuada de las asignaciones y ejecuciones presupuestarias de dicha orden.

En todas esas etapas advertimos que adquiere una mayúscula importancia: (i) el acceso a información presupuestaria debidamente desagregada, lo que muchas veces depende de la voluntad de la administración; (ii) la existencia de herramientas procesales concretas para evitar una eventual sub-ejecución o reasignación de partidas, o bien, el incumplimiento de las obligaciones presupuestarias preestablecidas, verbigracia el dictado de medidas cautelares; y (iii) la capacidad del juez de comprender el modo en que las partidas presupuestarias son elaboradas y ejecutadas, lo que requiere de cierta especialización y dedicación de tiempo.

II. 2. Los puntos que hemos, inicialmente, detectado, permiten sostener que la intervención en este tipo de casos requiere de nuestros jueces la adopción de un rol activo. ¿Activo en qué sentido? Veamos.

Como puede advertirse, las problemáticas destacadas tienen todas que ver con la información. El presupuesto, al conformar la litis, se vuelve fuente de información que puede actuar como evidencia a favor o en contra de las pretensiones o como indicador sobre el cumplimiento de una resolución judicial, según la etapa de que se trate.

Pues bien, el desafío para la función jurisdiccional es fortalecer sus capacidades para procesar esa información, ya que cuando se la introduce al contexto procesal suele resultar clave para la tutela judicial efectiva de los derechos sociales en procesos donde se puede llegar a discutir si el Estado gasta eficientemente sus recursos desde una perspectiva de derechos humanos.

En el actual contexto institucional entendemos que, como dijimos, eso requiere de la adopción de un rol activo por parte de los jueces, a través del cual logren reducir el riesgo epistémico producido por la conjugación de dos factores: el ingreso del presupuesto al contexto procesal y la falta de adecuación institucional a ese tipo de casos.

Lo primero eleva la complejidad técnica de las cuestiones debatidas en el proceso. Saber cómo se conforma determinado presupuesto exige un conocimiento técnico básico. Pero determinar si el Estado gasta eficientemente en términos de derechos muchas veces exige procesar datos presupuestarios en base a premisas o estándares que surgen de lo que otras ciencias prescriben.¹⁴

Los sistemas procesales, por su parte, no parecen acompañar esa complejidad. Es baja –cuando no nula– la formación de los magistrados en la materia. Si en estos casos la decisión depende de la prueba e interpretación de cuestiones presupuestarias a la luz de los derechos fundamentales, es un desafío de primer orden el procurar un adecuado nivel de comprensión por parte del órgano decisor de esas cuestiones y de cómo asegurar el cumplimiento de las órdenes por dictar. Aún cuando no descartamos de plano la utilidad de la actividad pericial para esa tarea cognoscitiva, lo cierto es que el análisis presupuestario con enfoque de derechos exige algo más que un conocimiento meramente técnico de los documentos que reflejan las previsiones y ejecuciones presupuestarias. Por otro lado, la asistencia técnica por parte de peritos está reservada en nuestros sistemas con exclusividad a la etapa probatoria, con el objeto de dirimir hechos litigiosos. Ello es especialmente conflictivo en la etapa de ejecución, donde muchas veces se requiere de la realización de un detallado seguimiento del cumplimiento de las órdenes judiciales.

Por todo eso, para garantizar la tutela judicial efectiva de los casos a los que nos referimos, los jueces tienen que apuntalar su rol de modo de conducir el proceso hacia un espacio de producción de información, generación de evidencia y de diálogo, a través del cual –en definitiva– se canalice un análisis profundo de las prioridades presupuestarias que el

¹⁴ Así por caso, las ciencias de la educación podrían determinar por qué determinado programa de educación infantil (por ejemplo, los “Centros de Primera Infancia”) es más o menos aconsejable que otro a los fines de obtener una educación integral de los niños como exige la normativa aplicable. Y a partir de dicha premisa, puede elaborarse una comparación de costos desde una perspectiva económica y de derechos (qué es más costoso en recursos para el Estado teniendo en consideración las consecuencias negativas que ese programa tendrá en los niños, desde una perspectiva a largo plazo).

Estado debe tener a los fines de garantizar el derecho en debate en modo eficiente, o bien en el cual se estudie el verdadero impacto presupuestario que el establecimiento de determinada política pública puede implicar.

En un primer lugar, los tribunales deberían procurar utilizar sus poderes instructorios para adquirir toda la información que estimen relevante. No sólo para resolver acerca de los hechos litigiosos, sino también para comprender los verdaderos alcances del conflicto y, por ende, de su decisión.

En segundo lugar, y especialmente para la etapa de ejecución de la sentencia, deberían utilizar sus poderes de dirección para servirse de la asistencia técnica que estimen necesaria para disminuir el riesgo epistémico y conocer cabalmente la suerte de las decisiones que hubieran librado.

Una herramienta del derecho comparado en especial permite, según nuestra opinión, superar algunos de los problemas descriptos. Consiste en la capacidad del juez de incorporar un funcionario *ad hoc* que tenga la capacidad de producir la información presupuestaria que sea necesaria, tanto en la etapa probatoria como en la faz de ejecución de la sentencia, ello a los fines de proveer al magistrado de las bases necesarias para adoptar un rol activo tanto al decidir como al compeler el cumplimiento de sus resoluciones..

Si analizamos el derecho norteamericano, puede resultar de interés a los fines de nuestra propuesta la figura del *special master*, la cual proviene del sistema del *common law* y encuentra su raíz en los procesos de equidad originados en Inglaterra. Adoptado en Estados Unidos¹⁵, fue variando su rol a partir de la evolución propia de la función judicial en el proceso. En ese sentido, con posterioridad al movimiento por los derechos civiles de la década de 1950 y 1960¹⁶ y los consecuentes problemas del proceso tradicional para llevar adelante la nueva visión sobre la función jurisdiccional –entre los que se ha señalado, la falta de tiempo y especialización del juez,

¹⁵ No obstante, cabe aclarar que el *special master* no ha estado exento de críticas en Estados Unidos, en tanto en algunos casos implicaría el ejercicio de funciones típicamente judiciales.

¹⁶ Si bien durante el proceso del leading case *Brown vs. Board of Education* de 1958 no se utilizó la figura del *special master*, fue adoptado como una de las alternativas a los fines de implementar la sentencia en ciertos distritos.

las características formalistas y típicamente bilaterales del proceso así como la actitud generalmente cerrada de las partes intervinientes¹⁷-, conllevó a que, una de las salidas, fuera delegar en el *special master* la implementación, monitoreo y administración de la sentencia.

En ese país, el *special master* actúa en los procesos que involucran tareas complejas por su nivel de tecnicismo o sofisticación, a partir de lo cual requieren de una experticia y dedicación temporal que generalmente no posee el juez. Específicamente en los litigios de interés público, el rol del *special master* posee funciones amplias en la gestión del proceso, monitoreo e implementación de la sentencia (Brakel, 1979).

Con ello no queremos manifestar que la figura del *special master* deba ser directamente trasladable a nuestro sistema legal, el cual presenta diferencias importantes con el norteamericano. No obstante, la experiencia obtenida en Estados Unidos en la gestión del litigio de interés público puede resultarnos útil a los fines de pensar en mecanismos para barrer los obstáculos que actualmente presentan los procesos complejos en los que se debate el diseño o implementación de políticas públicas y que muchas veces involucran la cuestión presupuestaria.

III.

PROPUESTAS

En virtud del recorrido realizado se proponen los siguientes puntos:

1. La exigibilidad judicial de los derechos sociales ha llevado a la cada vez más frecuente inclusión dentro el contexto procesal del análisis presupuestario. Un correcto procesamiento de los conflictos por violaciones a derechos sociales, como lo exige la tutela judicial efectiva, requiere del fortalecimiento de las capacidades institucionales del Poder Judicial para comprender y utilizar la herramienta presupuestaria.

2. La intervención en casos que requieran análisis presupuestario exige la adopción de un rol judicial activo tendiente a superar el riesgo empírico propio de aquéllos. Por un lado utilizando sus poderes instructorios para valerse de toda la información que estime relevante para la

¹⁷

Véase Brazil (1982).

comprensión y solución de la controversia. Por otro lado utilizando sus poderes de dirección con el objeto de procurarse la asistencia técnica que resultase necesaria, tomando especialmente en consideración la experiencia comparada de los *special masters* como figuras destinadas a asesorarles en el desarrollo del proceso.

3. De *lege ferenda* creemos fundamental para la potenciación de la intervención del Poder Judicial en este tipo de caso el reforzamiento de su estructura institucional. De dos maneras: incorporando funcionarios especializados en la materia y regulando su intervención en los procesos.

IV.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAKEL, Samuel Jan, "Special Masters in Institutional Litigation", en *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 4, No. 3, pp. 543- 569
- BRAZIL, Wayne D. (1982), "Special Masters in the Pretrial Development of Big Cases: Potential and Problems" en *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 7, No. 2 (Spring, 1982), pp. 289-374.
- CHAYES, Abram (1976), "The rol of the judge in public law litigation", en *Harvard Law Review*, 89 Harv. L. Rev. 1281 1975-1976.
- COMANDUCCI, Paolo (2002), "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico". En *Isonomía*, n° 16. Ciudad de México: ITAM.
- CORTI, Horacio G. (2010), "Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero". En *Revista Jurídica de Buenos Aires - UBA*, Año 2010. CABA: Abeledo Perrot.
- COURTIS, Christian (2006), "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis [coord.], *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editoriales del Puerto.
- ETCHICHURY, Horacio J. (2013), *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, primera edición.
- HÄBERLE, Peter (2003), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson, primera edición.
- MAURINO, Gustavo (2013), "El presupuesto en el Poder Judicial: herramientas para la efectividad de los derechos sociales". En AGT, *Implementación de sentencias judiciales colectivas*. CABA: Eudeba.