

ACERCA DEL DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO Y DE LOS DERECHOS HUMANOS*

por: Arístides Horacio M. Corti

Sumario: I.- Una primera aproximación. II.- Del derecho financiero como instrumento de realización de los derechos humanos. III.- De la tributación como instrumento de realización de los derechos humanos. IV.- Del crédito público como instrumento de realización de los derechos humanos. V.- De las rentas patrimoniales como instrumento de realización de los derechos humanos. VI.- Del derecho monetario como instrumento de realización de los derechos humanos. VII.- Del presupuesto y el gasto público como instrumentos de realización de los derechos humanos. VII.1.- Del derecho a la salud. VII.2.- Del derecho a la vivienda. VII.3.- Del derecho a la provisión de alimentos y artículos de primera necesidad. VII.4.- De los gastos reservados. VIII.- Del derecho financiero y tributario y la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos humanos. IX.- De las medidas defensivas y protección sancionatoria de las infracciones y delitos que ponen en crisis la actividad financiera pública como garante de los derechos humanos.

I.- Una primera aproximación.

El título del presente nos lleva a formularnos diversos interrogantes: ¿tienen vigencia los derechos humanos?, ¿Constituyen un mito o una realidad?, ¿Pueden encontrar efectividad cuando el 50% -o casi- de la población argentina "vive" con ingresos inferiores al nivel de pobreza?, ¿Deberíamos seguir hablando de programa constitucional?, ¿De cláusulas programáticas?, ¿Existen cláusulas programáticas en la Constitución Nacional (C.N.)?, ¿O todas las cláusulas son imperativas, operativas?, ¿Es posible seguir hablando de Estado de Derecho cuando la cabeza del Poder Judicial argentino sigue sosteniendo que las acciones de clase en las que se debaten derechos colectivos con consistencia económica no son procesalmente admisibles?¹. Pensamos que la C.N. no constituye un programa sino un plan operativo y obligatorio de acción, así como que los derechos consagrados por la misma resultan exigibles y justiciables². De lo que se sigue que todo derecho humano tiene como

¹*Capítulo de [la obra colectiva "Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La revolución Inconclusa "](#), coordinada por Germán J. Bidart Campos y Risso, Ediar Buenos Aires, año 2005, págs. 111/155.

C.S.J.N., 7/10/03, "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos" y nota de Eduardo Pablo Jiménez "¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el art. 43 de la Constitución Nacional?" ("Suplemento de Derecho Constitucional", "La Ley", 2/4/04, págs. 1/6); José Díaz Ortiz, "Efectos de un fallo desconcertante", rev. "Abogados" (CPACF), Nº 72, diciembre 2003, págs. 52/3; Arístides Horacio M. Corti, "Del monotributo y los profesionales", misma rev. y nº, págs. 50/1, y rev. del Colegio de Abogados de San Isidro, Nº 109, mayo/junio 2004, págs. 14/8.

² Bidart Campos, Germán, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Editorial Ediar, 9ª edición actualizada, 1984, sostiene con acierto: "La inactividad de los órganos del poder que

contrapartida su correlativa obligación (prestación pública de hacer o de dar). Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, consagradas en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecieron que: *"Hoy en día 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 igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones constituye una violación a dichos derechos... La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la efectividad de dichos derechos... 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 elementos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza'. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o*

omiten determinar mediante normas más precisas a las normas programáticas de la Constitución, es inconstitucional por omisión. En consecuencia, cuando después de un lapso suficientemente razonable la norma programática no ha sido determinada, la mora del órgano del poder encargado de dictar las normas derivadas debe abrir la vía de acceso de los particulares perjudicados ante los jueces, para que éstos, declarando la inconstitucionalidad por omisión, pongan en funcionamiento la norma programática y faciliten su aplicación y su vigencia impedidas hasta ese momento. Como principio general, también sostenemos que la necesidad de determinación que tienen las normas programáticas para poder funcionar cuenta con la posibilidad de que sean objeto de esa misma interpretación por parte de los jueces en las causas donde tales normas programáticas están en juego". Cfr. también en igual sentido Rolando E. Piña, "Cláusulas constitucionales operativas y programáticas", Depalma, 1987, págs. 110 y 141. Más recientemente, igualmente Bidart Campos, "...las normas de la Constitución no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la Constitución con fuerza normativa... La Constitución no es para recitarla sino para hacerse realidad... las normas de la Constitución rinden utilidad práctica en la medida en que alguien capaz les depara encarnadura en lo que manda hacer..., en lo que prohíbe hacer, y en lo que permite hacer"("Suplemento de Derecho Constitucional", "La Ley", 21/03/97, págs. 48/9).

dificultad. En muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación en los derechos económicos, sociales y culturales”.

Como señala un prestigioso jurista argentino³: *“...A los derechos subjetivos subyace, como substrato material, el interés. A los derechos humanos subyace, como substrato material, la necesidad. Los derechos subjetivos están formulados para aquel que se encuentra en la titularidad, en la posesión del derecho, previendo mecanismos precisos de reposición en el supuesto que ese derecho subjetivo sea lesionado. Los derechos humanos presuponen, como primer tramo, el acceso al derecho. Esto es, que se parte de la desposesión para afirmar, en el nivel lingüístico-normativo, el acceso. La expresión ‘acceso’ denota la tarea clave de una política de derechos humanos”. Agregando que “...la desposesión de los derechos humanos... constituye... una antijuricidad objetiva, y convoca... a la obligación de resultado que comporta la asunción de un texto de derechos humanos. Y el Estado debe ser responsable por esa obligación de resultado, porque de lo contrario no se trataría de un derecho. El derecho, para ser tal, debe ser exigible”.*

Así las cosas, deviene apropiada la reflexión de José Pablo Feinmann⁴ -citando a José Nun-: *“América Latina brinda desde hace tiempo el ejemplo por excelencia de una desigualdad unida a una gran pobreza y a una gran polarización... La desigualdad está sobredeterminada tanto por niveles de pobreza, como por una brecha entre ricos y pobres que en las últimas décadas no ha dejado de crecer”* (*‘Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?’*, p. 125/126)⁵,

³ Eduardo S. Barcesat, “Sobre el porvenir de los derechos humanos”, Congreso Internacional – Derechos y Garantías en el Siglo XXI, 28, 29 y 30 de Abril de 1999, Buenos Aires, Argentina, “Ponencias”, Asociación de Abogados de Buenos Aires.

⁴ José Pablo Feinmann, “El gran debate de América Latina”, “Página 12”, 29/05/04, pág. 36.

⁵ Algunas muestras bastan para evidenciar la situación: tomemos la revista “Noticias”, N° 1437, 9/07/04, págs. 34 y ss. y el diario “Clarín” del 13/07/04, pág. 3. Computando el ingreso familiar promedio mensual, el primer decil, con un ingreso básico de \$ 3.060 absorbe el 44,5 % de la renta nacional; el segundo decil, con un base de \$ 1.900, incrementa dicha absorción hasta un

agregando Feinmann: *“Todo ésto lleva al plano político: semejante polarización pone en peligro las democracias de América Latina. Si el mercado, sumido en la mecánica de su ‘libertad’, genera desequilibrio, pobreza y polarización, y si estos elementos se traducen en una estabilidad político-institucional que lleva al colapso de la democracia, alguien tiene que intervenir. Y si lo que está en peligro (por la supremacía absoluta de la economía) es la democracia, lo que está en peligro es el orden político. ‘Lo cual (sigue Nun) equivale a decir que, como no podía ser de otro modo, el gran tema sigue siendo la política y las relaciones de poder’ (‘Marginalidad y exclusión social’, p. 294)”*. Y el poder político no lo detentan solamente los departamentos ejecutivo y legislativo del gobierno, también el poder judicial. Los jueces no son aplicadores mecánicos o indeliberados de las normas generales (a contrario del mito de la llamada ley clara, desnudado por Juan Francisco Linares), sino que, dentro del marco por ellas delineado –bien que privilegiando las constitucionales y sus valores-, deben adoptar sus decisiones (normas individuales) aprehendiendo los contenidos económicos y sociales de los problemas jurídicos concretos sujetos a su resolución, con arreglo y efectivización de los principios de la justicia

55% de dicha renta; el tercer decil, se integra con un base de \$ 1.325; y los deciles 4, 5 y 6 con una de \$ 740 (el estudio mentado por “Noticias” trabajó con 5400 casos en CABA, GBA, Mendoza, Rosario, Tucumán y Mar del Plata). Los últimos 4 deciles abarcan una población de 14.800.000 personas, con un ingreso familiar promedio mensual inferior a \$ 740, que absorben sólo el 13% de la renta nacional asignable al conjunto de las familias. Nótese que el Plan Jefas y Jefes contempla una ayuda mensual de \$ 150 y lo cobra 1.700.000 personas; que el haber salarial mínimo lo cobra aproximadamente 350.000 personas; que los empleados en negro, que suman el 48% de los asalariados, ganan en promedio \$ 334 y que el 86% de los trabajadores registrados que se desempeñan en jornada completa, el ingreso total de sus hogares se ubica en el orden de los \$ 600. Nos recuerda Silvia Bleichmar (“Clarín” 13/07/04, pág. 29”) que *“...tres millones de argentinos viven en villas en el conurbano, lo cual representa el 38% de la provincia de Buenos Aires”,* incluidos *“...dos millones de niños subalimentados y sometidos a enfermedades endémicas, violaciones y quemadura, mugre y accidentes”,* agregando que *“Así, la política degrada a la ‘biopolítica’, reducción del ser humano a la pura conservación de la vida biológica, a la lucha por la supervivencia básica, al abandono temporario o definitivo de todo objetivo que no sea la resolución más inmediata de sus necesidades vitales más primarias”*. Como también señala Jorge Luís Velázquez (“Clarín”, 13/07/04, pág. 3) *“El 10% más rico de la población se quedó con el 44,5 de la riqueza producida y mantuvo una distancia de casi 50 veces con el sector más pobre. En 1974 cuando arrancó este tipo de medición, esa brecha era de apenas 12 veces”*. También según “Noticias” (pág. 34) el porcentaje de ingreso entre 1991 y 2003, se incrementó para el primer quintil del 43% al 55%, en tanto que se redujo para el segundo quintil del 22% al 20%; para el tercer quintil del 16% al 12%, para el cuarto quintil del 11% al 8% y para el último del 8% al 5%. Datos más recientes incrementan la regresividad en la participación en el ingreso, cfr. “Página 12”, 9/8/04, pág. 5 (elaboración Consultora Equis con datos de la Encuesta Permanente de Hogares/INDEC para octubre/2003): primer decil 44,6%, segundo 16,3%, tercero 10,6%, cuarto 8,4%, quinto 6,5%, sexto 4,5%, séptimo, 3,2%, octavo 3%, noveno 2% y décimo 0,9%, es decir que el último quintil redujo su participación a octubre del 2003 al 2,9% y el primer quintil lo incrementó al 60,9%. En tales condiciones los derechos y garantías constitucionales se parecen mucho a una “declamación fraseológica”.-

material, dinámica y progresivamente. Como señalara Kelsen⁶: *“Todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política”*.

II.- Del derecho financiero como instrumento de realización de los derechos humanos.

El derecho financiero –como capítulo del derecho público, con base constitucional como cualquier rama del derecho- regula la actividad financiera del Estado (finanzas públicas/hacienda pública/economía financiera del sector público nacional, provincial y municipal, incluidos sus entes descentralizados y autárquicos, así como sus empresas públicas), de entes públicos no estatales (obras sociales sindicales, AFJP, colegios profesionales) y de empresas concesionarias de servicios públicos. Dicha actividad, en clave constitucional, debe reunir consistencia jurídica y fines constitucionales: la efectiva realización de los derechos humanos de los sujetos sociales⁷ en términos de igualdad real y efectiva y no meramente nominal o discursiva.

Integran el derecho financiero: el tributario, del crédito público, patrimonial del Estado, monetario y el presupuestario o del gasto público. Y como recursos procesales y materiales para su efectivización, acciones procesales eficientes y expeditas y sanciones de nulidad, cancelatorias, resarcitorias, preventivas y represivas protectorias de su completa y oportuna realización.

Sus funciones no se agotan en obtener recursos y efectuar erogaciones. Son múltiples: proveer bienes públicos (función de asignación), de redistribución (cometidos dirigidos a efectivizar la justicia social) y de estabilidad y progreso económico (políticas anticrisis e inductoras del desarrollo de las fuerzas

⁶ “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 19/20.

⁷ Germán J. Bidart Campos, “El orden socioeconómico en la Constitución”, Ediar, 1999, págs. 351/385; Horacio Guillermo Corti, “La actividad financiera desde la Constitución”, “La Ley”, 1995-E:660/73; “Derecho y actividad financiera”, “La Ley”, 1995-E:1078/97; “Principios constitucionales financieros”, “Impuestos”, 1996-A:165/186; “Bases para un constitucionalismo financiero”, “Derecho Tributario”, tomo 12-71, mayo/1996; “La constitucionalización del gasto público”, “Lecciones y Ensayos”, 1995/6-64/5, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 33/91; “La ley de presupuesto ante la Constitución”, “Lecciones y Ensayos”, 2002, N° 77, págs. 35 y 84. Cfr. también la declaración de la Rama Argentina de la Asociación Americana de Juristas, Seminario realizado los días 28 y 29 de junio de 1996, publicada en la revista de la AAJ, año 6-N° 2, diciembre 1996: *“La actividad financiera del Estado no reviste sólo naturaleza económica sino también y principalmente jurídica en tanto su objeto no es otro que realizar los derechos constitucionales de los habitantes dirigida a efectivizar las prestaciones públicas correlativas a dichos derechos (derecho a la salud, a la educación, a la cultura, a la seguridad social, etc.)”*.

productivas de la sociedad). Su fin último: el bienestar social (C.N. 1853/60); el desarrollo humano (con la reforma constitucional de 1994).

Adviértase que el poder tributario (atribución legislativa de establecer tributos, entendiendo por éstos, con arreglo a una clasificación conocida y tradicional –pero ampliable y perfectible-: impuestos, tasas, contribuciones especiales, empréstitos forzosos y contribuciones para-fiscales), no necesariamente se ejerce para obtener ingresos. También el poder tributario cumple una función extra-fiscal -lindante con el poder de policía- que se efectiviza cuando la recaudación resulta inexistente o secundaria. Así, un impuesto aduanero a la importación virtualmente prohibitivo de ésta, para proteger la industria nacional de la competencia extranjera, o bien mecanismos legales de promoción económica regional o sectorial en virtud de los cuales el contribuyente deja de pagar impuestos, paga menos o paga después mediante los llamados beneficios fiscales indirectos o “gastos fiscales” (consistentes en exenciones, desgravaciones, deducciones, reducciones, liberaciones, bonificaciones o diferimientos impositivos) o directos (subsídios de naturaleza tributaria). Es decir, la tributación como herramienta de planificación o regulación económica. Así lo sostuvo la C.S.J.N., entre otros, en el precedente “Montarcé” (“Fallos” 289:443) *“...si no es constitucionalmente dudoso que el Estado, por razones que hacen a la promoción de los intereses económicos de la comunidad y su bienestar, se encuentra facultado para prohibir la introducción al país de productos extranjeros... con igual razón debe considerársele habilitado para llegar a un resultado semejante mediante el empleo de su poder tributario, instituyendo con finalidades acaso disuasivas, gravámenes representativos de uno o más veces el valor de la mercadería objeto de importación. Que ello es así habida cuenta que este último poder –el fiscal-, según lo tiene reconocido esta Corte (‘Fallos’ 243:98) ‘tiende, ante todo, a proveer de recursos al tesoro público, pero constituye, además, un valioso instrumento de regulación económica... que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida que corresponde a las exigencias del bien general, cuya satisfacción ha sido prevista en la ley fundamental como uno de los objetivos del poder impositivo’, agregando aquel pronunciamiento que ello es así, además, porque ‘en este aspecto las manifestaciones actuales de ese poder convergen hacia la finalidad primaria, y ciertamente extrafiscal, de impulsar un desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas’”*. Acerca de la aplicación, en materia de beneficios fiscales, del principio

“favoris promotionis” por encima de cerrados criterios fiscalistas, cfr. C.S.J.N., “Fallos” 307:993; 308:2554; 310:177, entre otros muchos.

III.- De la tributación como instrumento de realización de los derechos humanos.

Señalamos en el acápite anterior que los tributos pueden cumplir una función recaudatoria dirigida a financiar funciones y servicios públicos - provisión de bienes públicos- con alcance a personas físicas y colectivas residentes en el territorio del país o que inviertan o desarrollen actividades en el mismo, así como la de operar -concurrentemente o de manera exclusiva- como un instrumento de planificación o regulación económica con la mira puesta en el desarrollo económico y social (humano). Dicho de otra manera y, en uno y otro caso, con la finalidad de efectivizar los derechos humanos de los habitantes (sujetos sociales) del país.

A los efectos de alcanzar estos fines constitucionales, las personas físicas y colectivas con capacidad económica (exteriorizada a través de ingresos, bienes y consumos, que excedan los necesarios para la efectivización de sus derechos fundamentales) tienen el deber constitucional de contribuir, es decir pagar las distintas especies tributarias en la medida de dicha capacidad.

Existen valiosos antecedentes de derecho argentino y comparado (Italia, España) donde el principio de legalidad tributaria (cuya sustancia es la representatividad, principio de autoimposición) no solamente abarca: a) impuestos (que gravan ingresos, patrimonios o consumos), b) tasas (retributivas de servicios públicos divisibles efectivamente prestados), c) contribuciones especiales (obras o servicios públicos generadores de un beneficio sectorial), d) empréstitos forzosos (tributos con promesa de devolución) y e) contribuciones para-fiscales (retributivas de servicios públicos prestados por entes públicos no estatales), sino también: f) regalías petroleras y similares⁸, g) monopolios fiscales (actividades monopolizadas por el Estado cuyos precios o tarifas cubren el costo, la ganancia normal y la ganancia de monopolio o super-rentas, éstas de naturaleza impositiva⁹) y h) prestaciones patrimoniales virtualmente impuestas,

⁸ Federico M. Palavecino y Ana G. Isola, “El gravamen de regalías sobre agua mineral”, “Impuestos”, 1997-B:2018 y ss., en especial págs 2024/5.

⁹ Cfr. José Osvaldo Casás, “Derechos y garantías constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria”, Ad-hoc, 2002, págs. 556/61 y sus citas de José Manuel Tejerizo López, Juan Carlos Peirano Facio y Andrea Fedele, considerando que la fracción de precio

originadas en contratos de adhesión (con cláusulas predispuestas) en las que el prestador del servicio ostenta una posición dominante, caso de los servicios públicos privatizados suministrados por empresas concesionarias (tarifas de peaje, luz, gas, agua, teléfono y similares). Esta conceptualización conduce a sostener que dichas tarifas deban ser abarcadas por el principio de legalidad (art. 42, C.N.), fijadas/aprobadas por el Poder Legislativo (leyes 25.561/25.790/25.820¹⁰) o el Ejecutivo por delegación impropia a través de reglamentos de integración o delegados (art. 76, C.N.; Carlos Manuel Grecco, "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario"¹¹) y requiriendo también, para su legitimación constitucional, de una cuantificación de su monto consistente con el principio constitucional de igualdad, una cuyas manifestaciones más relevantes viene constituida por el de capacidad económica.

Las empresas concesionarias de servicios públicos privatizados, al amparo del modelo neoliberal (que implica un Estado desertor o ausente), obtuvieron en la década del 90, tasas de rentabilidad superiores a las medias del mercado internacional; otras no efectuaron las inversiones comprometidas; algunas, a su vez, adeudan sumas significativas en concepto de canon (precio o contraprestación de la concesión). El reclamo de reajuste de tarifas (en muchos casos privilegiadamente indexadas, no obstante la ley de convertibilidad de 1991) ha sido instalado por las empresas concesionarias y sus accionistas ante los tribunales del CIADI con base en inconstitucionales prórrogas de jurisdicción que serán materia de análisis en el capítulo VIII.

Toda actividad-servicio público presenta la característica de hallarse sujeta -jurídicamente- a la titularidad intransferible del Estado, instituida como medio de defensa de intereses populares y de promoción de intereses nacionales. Es que la prestación indirecta a través de concesionarios debe determinar el sometimiento

que operará en los hechos como tributo reclama de la existencia de ley formal. Idem, la cita del precedente de la Corte Constitucional Italiana referida por Peirano Facio.

¹⁰ Cuadra observar la flagrante inconstitucionalidad de la aprobación tácita del Congreso prevista en el art. 4 de la ley 25.790 frente al art. 82 de la C.N. que la prohíbe expresamente. Cfr. al respecto María Angélica Gelli, "La estabilidad de los contratos y la emergencia del default", suplemento especial de la revista "La Ley", "El contrato administrativo en la actualidad", mayo 2004, págs. 19 y ss., en especial pág. 28. Idem, Miguel A. Sánchez Maríncolo, "La renegociación de los contratos de obras y servicios públicos y su delegación legislativa", "La Ley", 2004-B:1029.

¹¹ Carlos Manuel Grecco, trabajo publicado en la "Revista de Derecho Administrativo", año 2, septiembre/diciembre 1990, N° 5, Depalma, págs. 481/518 y Guillermo Andrés Muñoz y Carlos Manuel Grecco, "Fragmentos y testimonios de derecho administrativo", Ad-Hoc, 1999, págs. 423/55 y jurisprudencia de la C.S.J.N. allí citada, "Fallos" 146:233; 184:296 y 311.

jurídico de éstos a la ley objetiva del servicio, que deroga el derecho común que rige la vida y el funcionamiento de las empresas particulares¹². De lo que se sigue que las tarifas, en el caso de las empresas concesionarias, carecen de validez legal sin una ley o decreto que las autorice, bien que en este último caso por vía de delegación legislativa (con los alcances del art. 76, C.N.).

En otros países, como es el caso de Italia, se considera que las tarifas de los servicios públicos (incluso aquellos prestados por empresas concesionarias) revisten el carácter de tributos. Así se expidió hace casi 40 años el Tribunal Constitucional Italiano pese a enmarcarse en un contrato entre el particular y una compañía privada concesionaria del servicio telefónico. Tal caracterización fue efectuada en función de que dicho servicio es esencial en las actuales sociedades y que el sujeto privado (usuario) no gozaba de autonomía para decidir sobre su contratación¹³.

Ahora bien, sea que a la contraprestación a cargo del usuario se le asigne naturaleza tributaria o administrativa tarifaria, lo cierto es que siendo nota esencial del servicio público la igualdad de los usuarios (en el sentido de que todas las personas deben acceder al mismo; principio de no exclusión que gobierna la provisión de bienes públicos y sociales preferentes) y habida cuenta de sus distintos niveles de ingresos, resulta de necesaria aplicación la cláusula constitucional que establece que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas (principio de capacidad económica), tanto más a partir de la reforma constitucional de 1994, por cuyo artículo 75 se impone, como función del Congreso, la de proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, legislando y promoviendo medidas de acción

¹² Julio Oyhanarte, "La expropiación y los servicios públicos", Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1957, págs. 56/8. Cfr. también precedente de "Fallos" 171:243 (caso "Cia. Swift de la Plata y otros", 1934), declarando la C.S.J.N. que son válidos los medios que el Estado emplea para impedir que el "derecho de vida" y "de progreso" de la comunidad sea "desmedrado" o "aniquilado" por "una verdadera soberanía de empresas y capitales poderosos de manos libres" (ver Julio Oyhanarte, "Poder político y cambio estructural en la Argentina", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969, pág. 36).

¹³ Juan Martín Queralt y Carmelo Lozano Serrano, "Curso de Derecho Financiero y Tributario", segunda edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 138: "Basta recordar, a estos efectos, que ya en 1966 el Tribunal Constitucional italiano calificó como tributo el canon telefónico, pese a enmarcarse en un contrato de derecho privado entre el particular y una compañía privada. Partiendo de que el servicio telefónico es esencial en las actuales sociedades, y de que el sujeto privado no goza de autonomía para decidir sobre su contratación, ni mucho menos sobre la modalidad de ésta, el Tribunal concluyó que con dicho canon se está en realidad contribuyendo a un servicio público esencial, como es el de las comunicaciones telefónicas, debiendo estimarse la naturaleza tributaria de lo satisfecho por el usuario".

positiva que garanticen la igualdad real y de trato. En tales condiciones resulta legítimo que las tarifas de los servicios públicos privatizados se fijen mediante un sistema de discriminación de precios, fórmula que supone vender bienes o servicios esencialmente idénticos en función de las condiciones diferenciales de los consumidores, a los que se les aplicará precios distintos por el suministro del mismo producto en función de su capacidad económica¹⁴, en virtud de lo cual y en el marco de una política de redistribución de la renta, podrán válidamente fijarse (con el referido sustento constitucional) tarifas sociales –por debajo del costo, o incluso exenciones de pago- para los sectores de menor poder adquisitivo, compensables con tarifas de sesgo progresivo para los sectores de mayor capacidad económica. A lo que cabe añadir que a los efectos de preservar la ecuación económica razonable del contrato de concesión, en aquellos casos en que las tarifas contuvieron super-rentas o ganancias monopólicas u oligopólicas, dichos excedentes deberían resultar compensados con nuevas tarifas que contemplen, en este nuevo tramo de la concesión, una menor ganancia global. Esto así a fin de neutralizar la exacción de cargas excesivas ganadas en el primer tramo y de esa manera reconducir la rentabilidad integral de la empresa concesionaria a términos justos y razonables¹⁵. Nótese al respecto que sus ingresos y bienes, en tanto afectados a actividades ejercidas por delegación del Estado, se encuentran sujetos a una intensa reglamentación legal a efectos de preservar el interés público y el principio de no

¹⁴ Juan F. Corona, Juan C. Costas y Amelia Díaz, "Introducción a la Hacienda Pública", Barcanova-Temas Universitarios, Barcelona 1988, pág. 96 y ss., señalando que una de las alternativas de tarifación "...consiste en aplicar el sistema de 'discriminación de precios'. Esta fórmula supone vender bienes o servicios esencialmente idénticos, a precios diferentes en función de las condiciones diferenciales de los consumidores y no de las desigualdades en los costes. La utilización de este método en las empresas públicas les permite realizar una cierta política de redistribución de la renta". Si bien las empresas concesionarias de servicios públicos no son estrictamente empresas públicas, habida cuenta de la titularidad intransferible del Estado de los servicios públicos, realizan actividades apartadas del sector de economía privada e integrativas del sector de economía pública, cfr, Julio Oyhanarte, "La expropiación y los servicios públicos", Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1957, págs. 51 y ss., quien también señala en pág. 52 que "...el servicio público se singulariza por la circunstancia de que constituye una actividad de la que es titular el Estado; y lo es de un modo insusceptible de enajenación o modificación, debido a que aquél –el servicio público- presupone la actuación de una función pública" y en pág. 54 que "Si se quiere caracterizar la mayúscula jerarquía que a los servicios públicos corresponde dentro de la organización político-económica de la democracia contemporánea, es indispensable subrayar que ellos son sometidos a la titularidad intransferible del Estado... como medio de defensa de intereses populares. Es decir, porque así lo exige la necesidad social de proteger a la comunidad de usuarios contra la exacción de cargas irracionales, y contra los peligros de la injusticia y de la opresión económica de los concesionarios".

¹⁵ Arístides Horacio M. Corti, "Tarifas sociales de servicios privatizados. Una política de redistribución", "Página 12", "CASH", 30/11/03, pág. 5; cfr. también del autor, "Urbe et Ius. Revista de opinión jurídica", Edición I, otoño 2004, págs. 95/96.

exclusión en el suministro y recepción de los bienes y servicios a ellas encomendados¹⁶, con la consiguiente vigencia del principio de legalidad en cuanto a su fijación, con participación de los usuarios como expresión de una sociedad democrática¹⁷.

Ello sentado, cabe destacar que sin igualdad no hay justicia, y que el principio de igualdad viene impuesto constitucionalmente en distintas cláusulas operativas (no meramente programáticas). Así: a) el art. 16 prescribe: "...Todos los habitantes son iguales ante la ley,... La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"; b) art. 4: "El Gobierno federal proveerá a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado del producto... de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso Nacional..."; c) art. 75: "Corresponde al Congreso:..."; inc. 2, párrafo tercero: "La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas,... 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"; inc. 8: "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"; inc. 19: "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social... promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones... Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad como la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública y estatal y la autonomía y la autarquía de

¹⁶ Señala Juan Carlos Cassagne, "El contrato administrativo", Abeledo-Perrot, 1990, pág. 138 y ss., que: a) "La configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegurara la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas. A ello tiende, precisamente, el principio de obligatoriedad que predica... el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan... su realización efectiva"; b) que el principio de igualdad opera "...como una garantía para los usuarios del servicio en el sentido del derecho que poseen a que se les dispense igual tratamiento, público y económico, sin efectuar discriminaciones, a menos que éstas se funden en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario" y c) que "...los principios a que deben sujetarse las tarifas de servicios públicos (aparte de los que resultan de las características de la institución, como el de igualdad) cabe mencionar a los principios de proporcionalidad e irretroactividad".

¹⁷ Así, las audiencias públicas como elementos de democratización del poder, cfr. CNACAF, Sala IV, sentencia del 23/6/98, "in re" "Youssefian, Martín c/Estado Nacional", "La Ley", 1998-D:710.

la universidades nacionales”, e inc. 23 “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”. Asimismo, los Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, v.g. art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Idem, art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título, a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*”).

En materia específicamente tributaria el deber de contribuir opera en términos de igualdad con arreglo a los siguientes criterios: a) principio de igualdad *ante* la ley (generalidad o equidad horizontal): gravar igual a los iguales, es decir igual impuesto a igual capacidad contributiva sin discriminaciones arbitrarias u odiosas; b) principio de igualdad *en* la ley (progresividad o equidad vertical): gravar desigualmente a los desiguales, es decir desigual impuesto a desigual capacidad contributiva, criterio que conduce a gravar con tasas progresivas (mayor impuesto a mayor capacidad contributiva). Adviértase que la C.S.J.N. tiene dicho que la mejor proporcionalidad es la progresividad, de suerte de realizar de tal manera la igualdad de sacrificio en la imposición. Así también, que dicho principio admite la clasificación legal de categorías en la medida en que las mismas resulten razonables y no arbitrarias. Cabe añadir, de suyo, que dichas categorías no son únicamente susceptibles de ser establecidas por el legislador en materia tributaria sino también en otras diversas: v. g. en materia de clasificación de la propiedad. A este respecto cuadra distinguir los bienes objeto de propiedad personal, de los bienes afectados a empresas reglamentadas y/o prestatarias de servicios públicos, gobernadas en materia indemnizatoria por principios diversos, los primeros con arreglo al principio de indemnización integral o valor de reposición; los segundos en función del valor histórico de los bienes afectados al servicio, previa detracción en moneda homogénea de las amortizaciones y ganancias en exceso de la justas y razonables. Por último, c) principio de igualdad *por o mediante* la ley, o de solidaridad, en cuanto convalida la desigualdad de sacrificio a los efectos de efectivizar la

justicia social. Nótese que en esta modalidad la ley opera como un instrumento de transformación social¹⁸.

Por otra parte la C.N. acepta la posible consagración legislativa de "concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" (art. 75, inc. 18, C.N.), a los efectos de promover el desarrollo económico regional o sectorial. Se trata de mecanismos legales que instituyen beneficios fiscales indirectos (enumerados "supra") y también directos (gastos de transferencias monetarias del Estado en favor de empresas promovidas: reintegros, reembolsos, recuperos, en definitiva subsidios directos de naturaleza tributaria) cuyo fin último no es beneficiar a las empresas sino generar fuentes de trabajo y mejorar la calidad de vida de los sujetos sociales vinculados directa (trabajadores) o indirectamente (la sociedad en su conjunto) en virtud del incremento de los ingresos, bienes y servicios generados por la nueva actividad promovida. No se trata de un privilegio arbitrario u odioso sino justificado en la cláusula del progreso (prosperidad) del art. 75, inc. 18 (ex art. 67, inc. 16) de la C.N.¹⁹.

¹⁸ Acerca de la igualdad ante la ley, en la ley y por la ley, cfr. Addy Mazz, "Curso de derecho tributario y finanzas", Fundación de Cultura Universitaria, 1991, Montevideo, tomo I, volumen 2, págs. 29/30; y Horacio Guillermo A. Corti, "El principio de igualdad tributaria. Una aproximación sistemática", Revista jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, U.B.A., ed. Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2001, págs. 133/163. Ver también Arístides Horacio M. Corti, "De los principios de justicia que gobiernan la tributación (igualdad y equidad)", en "Estudios de derecho constitucional tributario", coordinador Horacio A. García Belsunce, Depalma, 1994, págs. 271/300. Mario Augusto Saccone ("Manual de derecho tributario", "La Ley", 2002, págs. 69 y 75) menciona dos fallos significativos de la C.S.J.N., "Fallos" 190:159, acerca de que el propósito de *justicia social* perseguido mediante el impuesto de contribución territorial no se halla al margen de las normas de la Constitución Nacional, y "Fallos" 195:270, en punto a que el impuesto progresivo aceptado como legítimo se funda sobre la base de la *solidaridad social*, en cuanto exige más a quien posee mayor riqueza en relación con quien posee menos, porque supone que el rico puede sufragarlo sin mayor sacrificio de su situación personal. Como bien señala Ernesto Carlos Celdeiro ("Ensayos sobre sistemas y poder tributarios", "La Ley", 1987, pág. 16) "*...en una economía de corte liberal tienden a ensancharse las diferencias en la distribución de la renta observables entre las distintas clases sociales como consecuencia del juego no condicionado de las fuerzas del mercado. Pero cuando surge el ideal de la justicia social, con la pretensión de que accedan a la riqueza los sectores de menores recursos, tiene notoria vigencia la doctrina wagneriana que sostiene que el reparto de la carga debe propender a la redistribución del ingreso, consagrándose así un criterio de justicia distributiva*".

¹⁹ Acerca de los beneficios fiscales y su malversación, cfr. del autor, "Acerca de los beneficios fiscales y la represión de sus malversaciones en las leyes penal tributarias", Derecho Económico, "La Ley", febrero de 2004, Director Marcos Arnoldo Grabivker, págs. 45/50.

Como dijimos en otra oportunidad²⁰, cabe destacar que “El art. XXXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece que: ‘Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos’. El concepto de ‘servicios públicos’ debe entenderse referido a funciones públicas o cometidos estatales de producción y asignación de bienes públicos (el servicio de justicia, el de la seguridad social, educación y salud entre otros). La cláusula reafirma la finalidad pública de los tributos, consistentes con las ‘justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático’ (de la cláusula XVIII de la misma Declaración). En otros términos los impuestos no deben recaudarse para financiar los gastos privados o suntuarios del gobernante, sino un gasto formal y substancialmente público, programado e integrado al plan económico general, con la mira puesta en el ‘progreso económico con justicia social’ y asignando prioridad ‘al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional’ (como lo exige el art. 75, incs. 8, 2, tercer párrafo, 18 y 19, de la C.N. reformada en 1994)”.

Por lo demás, dicho desarrollo normativo, efectuado por la reforma constitucional de 1994, ya se encontraba implícito en el texto 1853/60, habida cuenta de la exigencia normativa y axiológica del bienestar general del Preámbulo, con el alcance asignado por la C.S.J.N. en el precedente “Berçaitz”, “Fallos” 289:430 (en el que se advierte la pluma señera del conjuer Arturo Sampay): “...como esta Corte lo ha declarado, ‘el objetivo preeminente’, de la Constitución, según expresa su Preámbulo es lograr el ‘bienestar general’ (‘Fallos’ 273:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: ‘in dubio pro justitia socialis’. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”.

²⁰ Arístides H. M. Corti, “Acerca de la incidencia de los tratados internacionales en materia fiscal y penal-fiscal a partir de la reforma constitucional de Santa Fe-Paraná 1994”, Errepar, Doctrina Tributaria, tomo XV:371 y ss.

IV.- Del crédito público como instrumento de realización de los derechos humanos.

Las finanzas públicas requieren también de otros fuentes o instrumentos financieros distintos del tributo: el crédito público (empréstitos y otras operaciones de crédito), en especial cuando se trata de gastos de inversión en empresas de utilidad nacional, como señala el art. 4 de la C.N.

Dicho medio financiero requiere de una ley del Congreso, es decir que, a su respecto, debe también satisfacerse el principio de legalidad (art. 75, inc. 4, C.N.). Se instrumenta a través de contratos de derecho público o de títulos-valores públicos. En armonía con la C.N., la ley 24.156 (de administración financiera y sistemas de control), define la política legislativa en la materia, sanciona de nulidad la infracción al referido principio de legalidad²¹ y prescribe que dichas operaciones de crédito público no deben destinarse a gastos corrientes sino a inversiones reproductivas.

Cuadra señalar que en la medida en que nos encontramos ante una institución de derecho público resulta absurdo receptor la tesis trasnacional que sostiene que las referidas operaciones revisten naturaleza comercial²², ajenas a la

²¹ Art. 66, ley 24.156: *"Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las normas dispuestas en la presente ley son nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes las realicen. Las obligaciones que se derivan de las mismas no serán oponibles ni a la administración central ni a cualquier otra entidad contratante del sector público nacional"*. Acerca del precario valor jurídico de la deuda externa contraída por la dictadura militar 1976/1983 y del derecho del gobierno de "jure" de rechazarla, cfr. del autor, "Algunas reflexiones sobre leyes de facto y derechos adquiridos", "La Ley", 1984-B:970/3. La Declaración de la AAJ mencionada en la nota 7, expresó que: "1) Las llamadas leyes y demás actos públicos de los gobiernos de facto carecen de legitimidad de origen, no generan derechos adquiridos ni puede invocarse con base en las mismas el principio de la ley penal más benigna. 2) Un gobierno constitucional está facultado para ratificarlos o rechazarlos, sin que la ratificación implique necesariamente otorgarles efectos retroactivos. 3) La ratificación legislativa, a su vez, estará sujeta al control de constitucionalidad, en cuanto a su contenido y alcances. 4) En particular y en lo que específicamente concierne a la deuda pública externa e interna, en tanto contraída sin la necesaria intervención legislativa impuesta por los arts. 4 y 67 inc. 3 (hoy 75 inc. 4) de la C.N., resulta inoponible al estado constitucional. La validez de una futura ratificación legislativa, está condicionada a que los fondos obtenidos se hayan aplicado a empresas de utilidad nacional, como también lo exige el precitado art. 4, cláusula constitucional que históricamente ha exigido no sólo legitimidad de origen, sino también de fines. Además para tal ratificación, resulta necesario el dictado de la ley especial prevista en el art. 75, inc. 7mo. Y no la mera inclusión de partidas que autoricen el gasto en la ley anual de presupuesto".

²² Sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, 12/06/92, autos "República Argentina c/Weltover". Criterio del cual participa Carlos Botassi, "Contratos públicos y emergencia estatal", cfr. suplemento especial de la revista "La Ley", "El contrato administrativo en la actualidad", mayo 2004, págs. 39 y ss., en especial págs. 42/48 y citas concordantes de dictámenes de la "Procuración del Tesoro de la Nación" (Nº 27/99 en Expte. Nº 001-003148/99; en igual sentido

actividad gubernamental del Estado. En estricto derecho constitucional constituyen un acto de gobierno que, en algunos casos, asume carácter bilateral, y en otros, unilateral, bien que siempre de derecho público²³ y sujetos a la jurisdicción nacional. Ello teniendo en cuenta que la jurisdicción, como atributo de la soberanía²⁴, no resulta disponible siquiera con autorización legislativa, habida cuenta que el poder constituido no puede avanzar sobre el poder constituyente y alterar las cláusulas constitucionales federales que establecen dicha indisponibilidad. La cuestión se vincula con el derecho a la legalidad constitucional y los principios constitucionales de juez natural, prohibición de concesión de la suma del poder público o de facultades extraordinarias, independencia del Poder Judicial y de la abolición de la justicia privada y de los fueros personales, de suerte tal que el tópico será desarrollado en el acápite VIII del presente.

Finalmente, en situaciones de crisis, debe privilegiarse el pago de la deuda social (prestaciones públicas dirigidas a efectivizar los derechos humanos) por sobre el pago de los servicios de intereses y amortización de la deuda pública. Al respecto existe un valioso precedente C.S.J.N., autos "Brunicardi, Adriano C. c/B.C.R.A.", 10/12/96 ("Fallos" 319:2886), en el que se destaca la existencia de un principio de derecho de gentes que permite excepcionar al Estado de responsabilidad internacional *"...por suspensión en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que*

los informes obrantes en la revista "Dictámenes 224:49 y 60, entre otros), en las antípodas del dictamen rector (Nota 168/73-Ministerio de Hacienda y Finanzas, del 25/6/73) suscripto por el entonces Procurador del Tesoro Enrique Bacigalupo.

²³ Así, reconocidos juristas extranjeros (Jeze, Trotabas, Duverger, Ingrosso, Sainz de Bujanda y Sayagués Laso, etc.) y argentinos (Luís María Drago, Giuliani Fonrouge, Fiorini, Bielsa, De Juano y Ahumada, etc.). Cfr. Carlos M. Giuliani Fonrouge, "Derecho Financiero", volumen II, 6ª edición, Depalma, 1997, págs. 1196 y ss.. Es que el crédito público constituye un ingreso o recurso público derivado del Estado para brindar cobertura a la financiación de gastos públicos destinados a satisfacer necesidades públicas de "urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad Nacional", art. 4, C.N.. Cfr. ley 24.156, título 3, "Del sistema de crédito público", art. 6, que prescribe que "se entenderá por crédito público la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos". Acerca de la preeminencia del gasto social por sobre el pago de los servicios de deuda pública externa CSJN, caso "Brunicardi", "Fallos" 319:2886; "La Ley", 1997-F:620 e "Impuestos", 1998-A 1131. También acerca de la relación entre desnutrición/mortalidad infantil y deuda externa, Silvia Bleichmar, "Clarín", 05/12/02 y Miguel Esteban Hesayne, "Le Monde Diplomatique", año IV, núm. 42, diciembre 2002, pág. 6.

²⁴ "Fallos" 176:218, sentencia del 16/11/36, autos "Compte c/Ibarra", con cita de un fallo de la Corte de Casación del Reino de Italia del 3/3/26 que decidió: "Las cláusulas de contrato que anulan la competencia de los tribunales italianos son nulas como contrarias al orden público de que participa la organización de la jurisdicción y como contrarias a la soberanía del Estado a quien esas cláusulas deniegan uno de sus atributos esenciales".

sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable”, haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación en el que se señaló que “...desde la primera mitad de este siglo (por el siglo XX), la práctica de las Naciones evidencia la aplicación de una regla de conducta uniforme y reiterada de parte de los Estados (opinio juris) con arreglo a la cual un país incurre en responsabilidad internacional si desconoce, repudia, anula, suspende o modifica el servicio de su deuda mediante acto legislativo o decreto ejecutivo si no justifica estas medidas en razones de necesidad financiera o de interés público. Efectivamente, hacia fines de los años 20, el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, Andrew Mellon, proclamaba que ‘...La insistencia en el cumplimiento de un convenio que supere la capacidad de pago de una Nación, le serviría de justificación para negarse a cualquier arreglo. Nadie puede hacer lo imposible...’. Por su parte, Walich señalaba que el principio de santidad e inmutabilidad de los contratos ‘pasó a ser un lujo que ya nadie podía darse’ (H. Walich: ‘The future of Latin American Dollar Bonds’), en ‘The American Economic Review’, junio de 1943, pág. 322). En tanto que Adams afirmaba que ‘aún cuando deba preservarse el principio de la integridad de las obligaciones internacionales, es incontrovertible que no se puede exigir a un país que pague a otros gobiernos sumas que exceden de su capacidad de pago... Tampoco requiere la adopción del principio de capacidad de pago que el deudor extranjero pague hasta el límite de su capacidad actual o futura...’ (Phelps Havilland Adams: ‘Strictly Business’, en North American Review, sept. 1931, N° 232, págs. 192/209)”. Idem, varias citas del profesor Gastón Jeze: “Es una norma de derecho internacional positivo el que un Estado se encuentra autorizado para dar prioridad al funcionamiento de sus servicios públicos esenciales sobre el pago de su deuda” , así como también que “...se justificaría que un gobierno suspendiese o redujese el servicio de su deuda pública cada vez que se hubiesen de comprometer o descuidar los servicios públicos esenciales para asegurar el servicio de la deuda”.

Dicho precedente encuentra sustento en el art. 75, inc. 7, de la C.N., en cuanto atribuye competencia al Congreso de la Nación para “Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”. Como bien lo señala Carlos P. Mastrorilli²⁵ “El significado de esta expresión no se presta, desde el punto de vista semántico, a muchas disquisiciones. Arreglar el pago significa ‘establecer la manera de saldar la deuda’. Dentro de este concepto, caben holgadamente las nociones de decidir acerca de transacciones,

²⁵ “Atribuciones del Congreso en materia de deuda externa”, “La Ley”, tomo 1984-C:831/6.

quitas o esperas, renovaciones, garantías, avales, plazos de pago y condiciones de financiamiento y tasas de interés en relación a la deuda externa. Incluso cabría admitir que así como el Congreso tiene atribuciones para decidir acerca del 'pago' de la deuda, también las tiene para repudiarla si tal fuera el parecer de los representantes parlamentarios". Este último criterio -repudio-, no fue aceptado por la C.S.J.N. en el caso "Brunicardi", citado en precedencia (ver "Fallos" 319:2886, en especial pág. 2920, considerandos 18 y 19), donde señaló que si bien los acreedores no son pasibles de un enfoque iusprivatista "...ellos adquieren el título en un mercado internacional, en condiciones que presuponen el riesgo inherente a un negocio comprendido en el endeudamiento exterior de un Estado soberano", también lo es que "...la naturaleza del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones, en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales dignos de protección". Dicho criterio no fue extendido por la C.S.J.N. a los empréstitos forzosos internos (ahorro obligatorio) respecto de los cuales convalidó la devolución de sólo un 3% a moneda constante ("Fallos" 318:676 y 785).

Finalmente, cuadra recordar al célebre jurista alemán Zachariae (1830), al decir que el Estado no puede quebrar sus compromisos financieros sin razón, bien que destacando que *"...el gobierno tiene un deber que es superior al de pagar sus deudas y que es el de mantener vivos a sus ciudadanos"*²⁶.

V.- De las rentas patrimoniales como instrumento de realización de los derechos humanos.

Una tercera fuente de ingresos públicos viene dada por los ingresos patrimoniales u originarios del Estado, es decir aquellos provenientes de la explotación de bienes de su dominio público o privado. La C.N. prevé en su art. 4 la renta de correos. En otros países resulta un componente importante de sus finanzas públicas la renta petrolera, originada en la explotación por parte del Estado de dichos recursos no renovables (como es el caso de Brasil, Venezuela, Ecuador y México). En Argentina, esa renta -muchas veces extraordinaria, como sucede actualmente en virtud de los altos precios internacionales del petróleo-, se encuentra privatizada como consecuencia del modelo neoliberal de Estado desertor o ausente. Esta situación importó los consiguientes beneficios para los operadores privados, con menoscabo de las rentas que el Estado

²⁶ Cfr. Eduardo A. Zalduendo, "La deuda externa", Depalma, 1988, págs. 9/10.

obtendría de haber mantenido la explotación a título de empresa pública o monopolio fiscal²⁷.

Al respecto señalan Alfredo Eric Calcagno y Eric Calcagno²⁸ que *"...el costo de barril de petróleo en boca de pozo es de cerca de \$12 (u\$s 4). Las empresas que lo extraen venden ese petróleo en el mercado interno argentino al precio internacional, que ahora supera los u\$s 40, como si fuera de importación. Se apropian así de la renta petrolera, que pertenece al Estado argentino y a su población presente y futura (no debe confundirse con el beneficio empresario, que está incluido en el precio del barril). Esta renta fue estimada en cerca de u\$s 6.000.000.000 anuales"*. Nótese que el conjunto de las provincias argentinas recibieron en el 2003 fondos de coparticipación por \$ 19.800.000.000 (u\$s 6.600.000.000), es decir una suma levemente superior a la renta petrolera privatizada por el modelo neoliberal de los '90, con cita de la CEPAL (*"La inversión extranjera en América Latina y el Caribe"*, 2001, Santiago de Chile, 2002). El proyecto del Poder Ejecutivo Nacional impulsando la creación de la empresa pública ENARSA podría constituir un instrumento de renacionalización parcial de la renta petrolera (cfr. Aldo Ferrer, *"El Estado recupera energía"*, Clarín, 8/9/04 pág. 25").

VI.- Del derecho monetario como instrumento de realización de los derechos humanos.

Las economías contemporáneas (cuyos precios son fijados por el mercado o, más estrictamente, por sus operadores con posiciones dominantes, como sucede en las actuales economías de competencia imperfecta) discurren a través de ciclos con lapsos de auge y depresión (alzas y bajas). De allí las políticas anticíclicas y anticrisis dirigidas a estabilizar la economía y evitar la desocupación de los factores productivos, en especial de los trabajadores.

De allí también que, en momentos de depresión, corresponda rebajar la presión tributaria y financiar el gasto con emisión monetaria, en cuyo caso no necesariamente ésta generará inflación (impuesto inflacionario) sino que activará la demanda global, y de esa forma la producción de bienes y servicios.

²⁷ Acerca del poder tributario de hecho de las empresas privadas monopólicas u oligopólicas, cfr. Tulio Raúl Rosembuj, *"El hecho de contribuir"*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, págs. 65 y ss. Cfr. también Casás, op. cit en nota 9, pág. 561/3.

²⁸ Alfredo Eric Calcagno y Eric Calcagno, *"El desguace de los estados. Malas experiencias en Argentina. La privatización del poder"*, *"Le Monde Diplomatique"*, año V, Nº 60, junio 2004, págs. 14/5.

En este sentido, el Banco Central y la política monetaria cumplen una función significativa, dirigida - en conjunto con otras- a reactivar fuentes productivas, generar fuentes de trabajo, y en definitiva coadyuvar a la efectivización de los derechos humanos.

Nótese que el deber constitucional del Congreso de la Nación de preservar el valor de la moneda (art. 75, inc. 19) le viene impuesto a dicho poder del Estado integrando la cláusula del progreso económico con justicia social. Se advierte así la clara voluntad constituyente de evitar la estabilidad monetaria con exclusión social, estabilidad excluyente a la que adhirió el modelo neoliberal de la década del '90 con la consiguiente desocupación, sub-ocupación, pauperización y un Estado desertor de sus cometidos constitucionales travestido en Estado de malestar social con la mitad de la población viviendo por debajo del nivel de pobreza.

VII.- Del presupuesto y el gasto público como instrumentos de realización de los derechos humanos.

Se ha dicho o dice -con grosero error jurídico- que la ley de presupuesto constituye la ley de las leyes, un acto institucional, un documento técnico contable, o un mero acto administrativo con forma de ley autorizativa de gastos. En estricto derecho constitucional, el presupuesto constituye una ley formal y material del Congreso (similar a las demás leyes que éste normalmente dicta) que debe ser interpretada y aplicada con arreglo a la C.N., operando ésta como condición de su validez y vigencia, susceptible por ende de incurrir en omisiones o vicios inconstitucionales sujetos a control y corrección judicial. La tesis que sostiene que el presupuesto constituye un acto institucional no justiciable supone la existencia de instrumentos o actos situados por encima de la C.N.. Es totalmente absurdo pensar que un instrumento legal sancionado por un poder constituido pueda encontrarse exento del control judicial. Todo los actos públicos, sean de gobierno, administrativos, legislativos o judiciales, deben ajustarse como condición de su validez a las exigencias constitucionales y, en su defecto, declarárselos nulos o inaplicables.

La ley de presupuesto constituye un instrumento jurídico financiero que debe guardar consistencia con la C.N. y subordinarse, al igual que los restantes instrumentos financieros, a sus fines constitucionales, que no son otros que efectivizar el sistema de derechos humanos de los habitantes de la República. Si dicha

ley no contemplase partidas, o las contemplase de manera insuficiente, la provisión de bienes o prestaciones públicas necesarios para satisfacer la exigibilidad de dichos derechos no puede encontrarse condicionada a los avatares presupuestarios, sino que deben ser satisfechos con arreglo a las exigencias inherentes a un Estado Social y Democrático de Derecho de base constitucional, con cláusulas entendidas como imperativas –operativas- y no meramente programáticas o incorporadas a la Constitución como meras expresiones de deseos o de adorno.

VII.1.- Del derecho a la salud.-

Al respecto podemos citar un valioso y ejemplar precedente de una justicia activista y aplicación del derecho en serio. En este sentido cabe recordar²⁹ *"...el fallo de la justicia federal "Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud" (5/12/96), que hizo lugar a la medida cautelar solicitada, haciéndole saber al organismo demandado que deberá adquirir y entregar a cada uno de los efectores sanitarios del país los reactivos y medicamentos que la ciencia propone para combatir el HIV. Entre los fundamentos se lee lo siguiente: 'Que, por último, debo señalar que para el caso de que efectivamente el Ministerio se encontrara cumpliendo normalmente con la conducta que se 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 medicamentos no es regular ni permanente, cobra toda su virtualidad la necesidad de que esa situación se revierta en beneficio de la comunidad'. **Es decir: los avatares presupuestarios no pueden ni deben afectar el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales"***.

Al anotar dicho precedente señalamos que: *"...las omisiones presupuestarias incurridas por la ley anual de presupuesto (ley ordinaria) no pueden prevalecer sobre los derechos individuales y colectivos de base constitucional, en la especie, los derechos constitucionales a la vida y a la salud, salvo que se argumente con malicia que dichos derechos no son operativos o que el principio de supremacía constitucional consagrado por el art. 31 de la C.N. no es vinculante para el legislador ordinario, conclusión que, por absurda, no merece el menor comentario"*³⁰.

²⁹ Horacio Guillermo A. Corti, "Derecho Financiero", Abeledo Perrot, 1997, pág. 578.

³⁰ Arístides H. M. Corti, "Derecho presupuestario y derechos humanos. Fallo de la justicia contencioso administrativa federal que ordena al Estado adquirir medicamentos para combatir y

Dicha sentencia fue confirmada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (5/3/98) con sustento en que *“frente a la determinación de asumir una obligación concreta en la lucha contra la enfermedad, el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con su deber de proveer de medicamentos a enfermos de VIH/SIDA constituye una omisión que roza la violación de los derechos humanos reconocidos en C.N., ante la que este remedio excepcional del amparo, asume, en principio, el perfil del remedio judicial adecuado”*³¹.

Es que en materia de derechos humanos³² *“Está vigente aquello de que los derechos no se declaman, se ejercen. Esto importa no sólo voluntad ciudadana en acción sino la existencia de un poder judicial independiente y con coraje civil. Deberá ser resignificada la ‘imparcialidad’ como categoría que nos ha sido enseñada como fundante de la independencia de los jueces. Frente a una normativa constitucional clara, la magistratura –como una de las funciones del poder- deberá tener la ‘parcialidad ideológica’ que aquél le marca y decir derecho con la clave del modelo constitucional vigente: progreso con justicia social, desarrollo humano, participación ciudadana, medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos... Y cuando una acción u omisión de autoridades públicas o de particulares los ponga en riesgo siquiera, allí estará el Amparo como medida idónea que ponga en su lugar al que pretendió eludir el mandato constitucional. Porque de poco sirve tener incorporado un artículo que contenga la fuerte garantía destinada a suministrar tutela rápida, expedita y efectiva, si no contamos con el magistrado al que no le tiemble la mano para efectivizarlo. La interpretación judicial de la Constitución deberá ser ‘interesada’ en el sentido que hoy la orienta. El art. 43 impone al poder judicial que -individualmente o en conjunto- funcione como sujeto/actor ideológico/axiológico constitucional operador directo de las prioridades de aquélla”*.

prevenir el flagelo del SIDA por encima de restricciones presupuestarias”, “Impuestos”, 1997-A:275/6.

³¹ Liliana B. Costante, “Las partidas presupuestarias insuficientes o inexistentes. A propósito de la jerarquía de valores en la Constitución Nacional”, “Plenario”, publicación de la AABA, Año 6, Nº 47, septiembre 1999, págs. 12/15.

³² Liliana B. Costante, “El desafío de implementar la acción de amparo en la efectivización del sistema de derechos de base constitucional en una sociedad democrática”, Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI, 28, 29 y 30 de Abril de 1999, Buenos Aires, Argentina “Ponencias”, Asociación de Abogados de Buenos Aires.

La C.S.J.N. dictó sentencia el 1/6/00 ("Fallos" 323:1339) acogiendo la demanda por remisión al dictamen del Procurador General cuyas partes salientes expresan: *"A mayor abundamiento el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional... extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva"*. Agregando el Procurador General en igual dirección, que: *'El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio'*". Al respecto señaló Díaz Ortiz³³ que: *"...creo que efectivamente la C.S.J.N., a través de su sentencia dispuso la realización de un gasto en materia de salud que corrigió el presupuesto originalmente previsto por el legislador y, a mi juicio, ello estuvo bien hecho, ya que las finanzas públicas –como vengo diciendo-, deben estar subordinadas al programa plasmado en el texto constitucional, aspecto que, por cierto resulta perfectamente justiciable, habida cuenta del carácter operativo de las cláusulas constitucionales de garantía"*.

Concordantemente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Federal, Sala "IV", 2/6/98, "Viceconte, Mariela C. c/Ministerio de Salud y Acción Social"³⁴: *"La declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional, no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas. Los llamados 'derechos sociales' establecidos en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, entre los que se encuentra el derecho a la salud, no constituyen para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado cuando éste hubiera organizado el servicio. Cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial- que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad. Corresponde hacer lugar a la acción de*

³³ José Díaz Ortiz , "Derecho a la salud y tributación", "Revista Jurídica de Buenos Aires", 2001, "Derechos humanos y tributación", coordinador José O. Casás, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, pág. 253.

³⁴ Cfr., "Suplemento de Derecho Constitucional", "La Ley", 5/11/98, págs. 51/54.

amparo interpuesta y ordenar al Estado que cumpla con el compromiso, cuando éste, a través del Ministerio de Salud y Acción Social, asumió producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina y no cumplió, incurriendo en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población, potencialmente afectada por la mentada enfermedad. La función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho, debiendo atenderse antes que a un criterio formalista a la vigencia de los principios que ampara la C.N., y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, considerando éste como el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección". Cabe señalar, que en la parte dispositiva de la sentencia, se ordenó al Estado Nacional que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma de ejecución del proyecto, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y de Obras y Servicios Públicos, a la vez que encomendando al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del referido cronograma.

VII.2.- Del derecho a la vivienda.-

En materia de acceso a la vivienda, la insuficiencia o inexistencia de planes constructivos pone en acto la procedencia de promover acciones judiciales por los afectados directos o colectivos a fin de emplazar al Estado a definir y ejecutar en plazos razonables planes de vivienda bajo apercibiendo de astreintes, con medidas cautelares dirigidas a suministrar a los afectados condiciones dignas de alojamiento hasta tanto no se efectivice la adjudicación de la vivienda. Al respecto debe estimarse lo expuesto por Viviana Cecilia Di Pietromica³⁵: *"...pese a las numerosas previsiones normativas en aras de cumplir con el mandato constitucional de facilitar el acceso a la vivienda digna, la realidad muestra facetas en algunos casos perversas, donde tal cantidad de disposiciones parecen no ya suficientes sino ineficaces para solucionar el problema habitacional. Y aún cuando tal mandato no existiere, el derecho a la vivienda es inherente a la condición de persona humana. La concentración urbana en condiciones precarias y hasta de indigencia y la falta de ejecución efectiva de una política habitacional, convierten en inútiles los esfuerzos normativos tendientes a satisfacer la necesidad de acceso a la vivienda... circunstancia que repercute gravosamente sobre las*

³⁵ Viviana Cecilia Di Pietromica, "Vivienda y tributación", op. cit. en nota ³³, págs. 179 y ss. en especial las conclusiones obrantes a fs. 225/6.

clases sociales de escasos o inexistentes recursos, a quienes justamente las Constituciones pretenden amparar. Las exenciones y otros beneficios impositivos tampoco han cooperado mucho para solucionar esta problemática”.

Específicamente, en lo que se refiere a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se estima que la cantidad de personas alojadas en hoteles bajo el programa de emergencia habitacional –decreto 607/97-, asciende a 9.000 personas. La obra “Derechos Humanos en Argentina. CELS/Informe 2002/3. DD.HH.ARG.02+03” (CELS Centro de Estudios Legales y Sociales y Siglo XXI Editores Argentina, págs. 476/495), proporciona datos que indican que la gran mayoría de los hoteles de la Ciudad de Buenos Aires afectados a dicho programa están lejos de ser considerados espacios habitables en condiciones dignas. Dicho informe señala que la falta de disponibilidades de servicios, materiales, facilidades, infraestructura, maltrato y perjuicios en la vida social y laboral no condicen con el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Humanos Sociales y Culturales (PIDESC) y las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC). Según estimaciones habitacionales realizadas en 1995 por la Subsecretaria de Vivienda de la Nación el déficit habitacional correspondía a un 33% del total de los hogares y 3.039.018 familias presentaban condiciones deficitarias de vivienda (de las cuales 510.000 familias habitaban viviendas consideradas irrecuperables debido a la calidad constructiva de los materiales).

El “*acceso a una vivienda digna*” se encuentra garantizado por la C.N. (art. 14 bis in fine) y por el constitucionalismo provincial, cfr. por todos art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que textualmente prescribe: “*La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1) resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con las necesidades especiales de escasos recursos; 2) auspicia la reincorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial catastral, con criterios de radicación definitiva; 3) regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones*”.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad, Sala I, sentencia del 28/12/01, “Ortiz, Célica y otros c/Gobierno de la Ciudad de

Buenos Aires" ("Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo", "La Ley", 14/02/03, págs. 46 y ss.), fijó la siguiente doctrina judicial en la materia: 1) *"El principio de la autonomía individual –art. 19, Constitución Nacional-, consistente en la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida, implica no sólo un deber de no coartar acciones autónomas sino que exige la adopción de medidas positivas por parte del Estado que hagan posible la inclusión social –en el caso, mediante planes habitacionales-, y consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales. 2) El derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, entendido como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en un espacio físico adecuado, está garantizado por el art. 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, razón por la cual se encuentra habilitada su tutela judicial si sus titulares –en el caso beneficiarios de un plan habitacional- invocan su lesión o menoscabo. 3) La obligación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires relativa a la satisfacción del derecho a la vivienda no se limita a dictar las normas para cumplir con el deber impuesto por el art. 31 de la Constitución local, sino que supone una cierta progresividad consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales. 4) La circunstancia de que los plazos previstos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para llevar a a cabo diversos planes de asistencia habitacional se encuentren vencidos, no implica que resulte discrecional su supresión, sino que para que tal curso de acción resulte legítimo, la administración debe acreditar que aquellos cumplieron los objetivos propuestos. 5) La interrupción en forma intempestiva de un plan de asistencia habitacional, que garantiza un nivel mínimo de efectiva vigencia del derecho de la vivienda, vulnera el principio de no regresividad que veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentran en situaciones de extrema precariedad y exclusión social. 6) El adecuado cumplimiento –en forma progresiva y razonable- de los programas creados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a efectos de tutelar el derecho a la vivienda constituye una cuestión justiciable ya que corresponde al poder judicial resolver los conflictos traídos a su conocimiento y todos los actos de la administración son susceptibles de ser confrontados con el derecho vigente. 7) Procede la acción de amparo deducida contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el fin de que se garantice el derecho a la vivienda de los amparistas, en su calidad de beneficiarios de planes de asistencia habitacional, toda vez que las manifestaciones de la demandada consistentes*

en disponer en el futuro la interrupción de los mismos –en el caso, se intima a los actores a elegir prestaciones alternativas por razones presupuestarias- configuran una actividad administrativa que amenaza en forma cierta el derecho invocado”.

En línea con dicha doctrina, la Corte Constitucional de Sudáfrica, 4/10/00, caso “The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom, Irene and others”, anotada aprobatoriamente por Victor Abramovich y Christian Courtis (“Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ed. Trotta, 2002, Madrid, págs. 160 y ss.). Dicho precedente declaró que *“Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen sólo en el papel. La sección 7 (2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión entonces no es si los derechos económicos y sociales son justiciables en la Constitución sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado”.* Señalan Abramovich y Courtis que la Provincia del Cabo Occidental tenía encarado un programa de construcción de viviendas que no brindaba ninguna solución para los sectores con necesidades imperiosas, es decir que no existía *“...ninguna previsión presupuestaria destinada a facilitar el acceso a una solución habitacional temporaria para aquellas personas que no tienen acceso a la tierra, ni a un ‘techo sobre su cabeza’, o que sobreviven en condiciones intolerables”.* En consecuencia, apuntan los autores, la Corte *“...decide emitir una orden declarativa por la cual ‘requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el art. 26 (2) de la Constitución’”,* imponiendo *“...la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer solución a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas”* y *“a cargo de la Comisión de Derechos Humanos las tareas de controlar el cumplimiento del Estado y mantener informado al tribunal de los pasos que el Estado adopte para llevar a cabo la decisión”.*

3) En los autos “Ramallo Beatríz y otros c/GCBA s/amparo” radicada ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 de la CABA el juez Dr. Roberto Andrés Gallardo ante el informe del art. 8 de la ley de amparo, afirmando –el Gobierno de la Ciudad- que en el caso no se encontraban en juego cláusulas constitucionales directamente operativas sino programáticas, que el derecho de acceso a una vivienda digna es simplemente una cláusula declarativa que al no ser de

aplicación directa y operativa no torna derecho subjetivo alguno a exigir el cumplimiento de una obligación legal y que la pretensión de los actores no es de naturaleza jurídica sino que debe ser encuadrada dentro del campo de lo social, agregando que el cumplimiento de dicha cláusula programática esta supeditado "*...conforme las partidas presupuestarias lo posibiliten*", así como que los programas de asistencia habitacional "*...se mantendrán en la medida de la voluntad de la administración y del equilibrio presupuestario. Si no se quiere o no se puede mañana la cosa puede mutar y ninguna persona tiene derechos adquiridos*", la sentencia del 14/12/2001 puntualizó que "*algunos hombres... tratan de convencernos sobre lo irreversible de esa realidad, pretendiendo que aceptemos la reducción del ser humano a algo aún más degradado que el insecto (que aún en su naturaleza tiene su nido)*". Y en cuanto a la posición oficial del Gobierno de la Ciudad, adscripta a las perimidas tesis de las cláusulas meramente programáticas y la subordinación de la Constitución a los avatares presupuestarios, el juez Gallardo dijo: "*No puede dejar de advertir los peligros que entraña una visión tan retrógrada de los derechos y de la realidad, en tanto pone en duda el derecho humano a una vivienda digna. Debo, además por mandato constitucional, defender la vigencia de un orden jurídico frente a la amenazante prevalencia de ciertas doctrinas económicas. El único camino hábil de que dispone quienes consideran que los derechos humanos son programáticos es la denuncia de los tratados y la reforma constitucional. Mientras los tratados resulten aplicables y las leyes fundamentales vigentes, las planificaciones económicas deberán necesariamente subordinarse y articularse en función de la efectividad de los derechos reconocidos. Ese y no otro es el Estado de Derecho en sentido material. El gobierno de los números y no el gobierno de la ley, conforma el 'Estado de Derecho Formal' desprovisto de valores humanos y carente de sentido social*".

Tres años después la situación habitacional referida en el fallo se mantiene, de suerte tal que el 16/06/04 el juez Gallardo señaló que la reubicación de las familias dista de ser un progreso cualitativo y que "*...la decisión gubernamental 'de alojarlas en estas condiciones (insatisfactorias en términos técnicos e indignas humanamente consideradas) demuestra una desidia francamente inaceptable o bien evidencia que el Ejecutivo ha menospreciado el papel de la justicia como garante de los derechos constitucionales*". Así como también que "*...la tutela judicial efectiva es la misión más sagrada del poder judicial y el norte de su acción debe necesariamente ser el cumplimiento estricto de la Constitución para todos los habitantes de su territorio. Si las*

constituciones, como señalara Ferdinand Lasalle, adquieren, por las prácticas, el mismo sentido que las guías de teléfonos, entonces nos encontramos ante el principio del fin del Estado mismo... es que no tiene razón de ser un Estado que resulte incapaz de garantizar a sus habitantes condiciones mínimas de existencia y dignidad que constituyen lo más básico de la justicia”.

VII.3.- Del derecho a la provisión de alimentos y artículos de primera necesidad.-

Existe un valioso precedente en la materia de los tribunales de la Provincia de Entre Ríos, caso “Defensor del Superior Tribunal de Justicia c/Provincia de Entre Ríos”, sentencia del Juzgado de Menores Nº 2 de Paraná del 28/6/02, que hizo lugar a una medida cautelar disponiendo que en forma inmediata el Estado provincial proceda a suministrar a 3 menores y a sus padres determinados alimentos en forma semanal, a fin de cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, colocando dicho suministro a través de un supermercado de la Provincia. La sentencia dispuso que dicha medida cautelar debía cumplimentarse contra entrega de un remito firmado por el padre de los menores cuya copia debía ser presentada en autos juntamente con precisa indicación de los precios y el total de la adquisición; de lo cual, se ordenó correr traslado a la Provincia por el plazo de 2 días “...bajo apercibimiento que si dentro de ese término no mediare pago o impugnación o si ésta fuera desestimada, el supermercado... podrá solicitar que se le autorice a compensar las deudas fiscales que éste pudiera registrar hasta el monto de su acreencia, hasta que recaiga resolución definitiva del caso planteado, sin que ello posibilite ningún recargo o interés”³⁶.

Posteriormente el juzgado dictó sentencia el 21/7/02 haciendo lugar al amparo contra la Provincia de Entre Ríos a fin de que ésta “suministre alimentación digna y necesaria a menores y su grupo familiar carentes de recursos –en el caso vivían en condiciones precarias y los menores padecían desnutrición en grado I- toda vez que al haber receptado nuestra Constitución normas sobre la familia, devino imperativo para el Estado asistirle, no sólo económicamente sino también en los aspectos sociales, éticos, religiosos y jurídicos”. En el caso el accionante había agotado las

³⁶ Cfr. texto de la sentencia en “Suplemento de Derecho Constitucional”, “La Ley”, 23/8/02, págs. 7/9, con nota aprobatoria de Germán J. Bidart Campos, “Una sentencia que supo dar curso efectivo a los derechos sociales, encontrar al sujeto pasivo y determinar su obligación”.

instancias administrativas previas para obtener su inclusión en un programa social de apoyo sin resultado alguno por inoperancia del cumplimiento de los deberes del Estado, colocándolos en situación de riesgo a la salud. Cabe señalar también que la sentencia ordenó mantener la medida cautelar hasta que la Provincia incorpore a la familia en un programa de asistencia social, pues *"...las normas sobre protección de la familia dispuesta en tratados internacionales no fueron incorporadas por una cuestión formal, sino para ser aplicadas y ello constituye deber de los magistrados, aún cuando es el propio Estado quien debe padecer su cumplimiento"*³⁷.

Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos el 9/4/03, por mayoría, *"...con fundamento en los Pactos Internacionales que resguardan la vida y la salud de los niños, como también en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el derecho a la vida como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional ('Fallos' 302:1284; 310:112; 316:476, entre otros)"*³⁸.

El voto del juez ponente en dicha causa Dr. Miguel A. Carlín resulta ejemplar: *"Diariamente, con los ojos nublados por las lágrimas vemos a través de los medios de comunicación las múltiples imágenes de niños desnutridos, de familias que claman por lo indispensable para superar la marginación a la que fueron sometidos, siquiera en materia alimentaria. Ello no acontece en la lejanía sino en todo el país y Entre Ríos no tiene ajeneidad. Los diarios y la televisión locales muestran permanentemente horriblos casos de familias enteras, en especial de criaturas, que deben ser internadas en nosocomios públicos para ser entregados a la atención facultativa que les permita superar los trastornos del hambre. Cuando los afectados ocurren a la vía jurisdiccional, buscando desesperadamente la respuesta que no brinda el Estado, no cabe aguardar el empeoramiento de la situación, la irreversibilidad de la misma, para compadecerse con un llanto tardío. El juez ante el peligro real o inminente debe adoptar las medidas conducentes para revertir, en la medida de lo posible, el problema traído, ejercitando con toda su autoridad la potestad que la Constitución le confirió para preservar las libertades fundamentales de la población, en este caso el de los amparistas que han ocurrido en*

³⁷ Cfr. sumario del fallo en el "Suplemento de Derecho Constitucional", "La Ley", 23/08/02, págs. 10/17, con nota aprobatoria de Miguel Angel Ciuro Caldani, "Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de filosofía de la propiedad)", págs. 10/17.

³⁸ Cfr, Daniela Ugolini, "Los derechos sociales y la emergencia", "Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo", "La Ley", 21/05/04, págs. 11/9.

sede judicial". Agrega, que "Cuando la función de efectuar prestaciones positivas no se cumple, es apta la vía escogida para obtener una sentencia como la lograda en autos que remueva la omisión estatal". Asimismo, frente al contra-argumento individualista de que la obligación impuesta al supermercado –resarcible por el Estado o en su defecto por vía de compensación de impuestos- constituía "Una confiscación de bienes a un tercero" el juez Carlín señaló que no había tal confiscación frente a "...una nimia suma mensual –en especie- que debe ser inmediatamente pagada por la provincia y en defecto de ello resulta compensable de su débito por tributos provinciales, lo que obviamente lo que el supermercado señalado en el pronunciamiento está obligado, como todo contribuyente, a oblar habitualmente".

Cuadra señalar también el pasaje del mismo voto en cuanto señaló que *"...cuando media, como en el caso, una notoria posición abstencionista del Estado... cabe la intervención judicial por vías como la acción expedita del amparo para que el órgano jurisdiccional remueva la omisión, ya que del contralor judicial practicado emerge que hay una sustracción al cumplimiento de deberes constitucionales insoslayables por parte de la demandada".*

La doctrina judicial de que se trata brinda cumplida efectivización a la cláusula constitucional que ordena que el derecho presupuestario y el gasto público sea equitativo, solidario y de prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, así como también cuando impone la obligación al Estado de 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 la C.N. y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, a la vez que la de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo (art. 75, inc. 8 y reenvío al inc. 2, tercer párrafo, e inc. 23). Nótese también que la obligación de venta impuesta al comercio privado no afecta su derecho de propiedad en la medida en que el precio de las mercaderías debe ser cancelado por el Estado o compensado a dicho comercio, en tanto que como contribuyente le fue reconocido el derecho de aplicarlo al pago de sus obligaciones impositivas.

La solución arbitrada por la Justicia de Entre Ríos, a su vez, brinda un ejemplo señero para el conjunto de la magistratura del país, en cuanto demuestra la existencia de jueces activistas y militantes de la Justicia, en contraposición al juez espectador, indiferente o distante de la realidad de las cosas, como si la cuestión excediese su cometido jurisdiccional, justificando su inacción con tesis perimidas como aquella que sostiene que el presupuesto constituye un acto institucional no justiciable y/o sus omisiones no pueden ser subsanadas por el Poder Judicial, no obstante el control difuso de constitucionalidad establecido por los constituyentes de 1853/60.

Finalmente, cuadra señalar que los referidos pronunciamientos judiciales no acercan al país (como algún crítico insidioso supuso o pueda suponer) a un posible régimen o "Estado comunista", aún mediando su generalización en supuestos similares a los que motivaron aquéllos, sino, exclusivamente, a la efectivización de cláusulas constitucionales basadas en principios de solidaridad y asistencia social, supletorios de una verdadera justicia social, en los términos exigidos por el preámbulo y art. 75, inc. 19 (cláusula del desarrollo humano), de la Constitución reformada en 1994.

Un fallo reciente (sentencia in re "González Feliciano" de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, 18/5/04, "Suplemento de concursos y quiebras", "La Ley", 7/9/04), por voto de la jueza ponente Dra. Medina señaló que *"...cuando los bienes materiales están necesariamente destinados a atender de modo urgente o inminente debilidades graves de la salud, o cuando las persona hayan llegado a una edad en que naturalmente se producen debilidades físicas, ya no es el derecho de propiedad el afectado sino, a través de éste, el de la vida misma, puesta en riesgo por aquellas circunstancias"*. Y anotando el fallo Jorge Mosset Iturraspe señaló que *"La jerarquización del 'derecho de la salud', como un derecho fundamental, incorporado a la Constitución, configura, asimismo, un desafío a la sensibilidad y a la imaginación de los jueces; una puerta abierta al 'activismo judicial'. Puesto que de poco serviría semejante reconocimiento si todo a de quedar en una mera declaración de carácter formal, en una norma no operativa, un texto más del 'catálogo de ilusiones', tan caro a ciertos constitucionalistas"*.

VII.4.- De los gastos reservados.-

Debe señalarse también que, en la medida en que el gasto público debe estar dirigido a satisfacer los derechos humanos de los sujetos sociales,

resultan inadmisibles los gastos secretos o reservados destinados al enriquecimiento personal de los funcionarios. Más allá del disfavor que merecen dichos gastos, prohibidos en algunas Constituciones -caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, su admisión no debe sino merecer un juicio restrictivo, y circunscribirse a servicios públicos esenciales en los que se encuentre comprometida la defensa nacional.

Los gastos reservados constituyen un resabio monárquico que no armoniza con los principios de una república democrática. De allí que incluso dicha "ley" de facto (1969) los limita para procurar "...la reducción de los mismos" "...de acuerdo al régimen establecido en el decreto-ley 5315/56" comprendiendo como beneficiarios, únicamente, a los servicios de defensa nacional y seguridad del Estado. Se trata de gastos que, por su aplicación, no admiten se destinen a otras funciones estatales o al beneficio personal de los funcionarios públicos. Su destino es el órgano-institución y la específica función a él encomendada y no el patrimonio de las personas físicas (funcionarios) que lo gestionan. El art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción ratifica principios supraleales que, desde hace mucho, forman parte del derecho positivo argentino. Dicha norma (operativa y no programática) exige el "...correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas" con el fin de "...asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones" y de preservar "...la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública". De mediar razones de defensa nacional o seguridad interior (lo que importaría verificar qué alcance tienen dichas justificaciones), los gastos reservados o secretos deben necesariamente ser afectados a dichas específicas funciones públicas y no al enriquecimiento personal. De mediar éste se verifica: 1) un enriquecimiento punible; 2) un título viciado o ilegítimo de acceso a la propiedad personal así adquirida susceptible de comiso como sanción penal o incluso civil, y 3) su gravabilidad con impuesto a las ganancias, ya que "el dinero no huele"³⁹, y el impuesto se funda en la capacidad económica, más allá de la licitud o ilicitud de su título de adquisición, sin perjuicio de las sanciones represivas e

³⁹ Vespasiano, Hensel y Jarach, "Curso Superior de Derecho Tributario", CIMA, 1969, pág. 152. Acerca de la imposición de las actividades ilícitas, criminosas e inmorales, cfr. Amílcar D. Araújo Falcão, "El hecho generador de la obligación tributaria", Depalma, Buenos Aires, 1964, págs. 59/66.

indemnizatorias de dicha actividad. Como ha dicho recientemente César José Galarza⁴⁰, de no permitirse la tributación de los actos ilícitos se estaría facilitando su comisión, pues serían mayores los beneficios que se obtengan con su ejecución en comparación con sus homólogos lícitos. El pago de impuestos sobre los ingresos espúreos no los legitiman sino que facilitan su persecución penal y, en especial, la del crimen organizado por sus otorgantes y beneficiarios. La función pública no puede constituir una fuente de ganancias inícuas sino un servicio gobernado por la ética pública y privada. De allí que el desvío de fondos públicos para fines de beneficio personal se exhibe notoriamente en pugna con los principios éticos y constitucionales propios de un Estado social y democrático de derecho⁴¹.

VIII.- Del derecho financiero y la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos humanos.

No existen derechos humanos sin garantías procesales efectivas. En este sentido la C.N. consagra las del juez natural y de la defensa en juicio (art. 18). Nadie puede ser privado de su propiedad (entendida ésta como el conjunto de bienes materiales y culturales que deben acceder al hombre como requisito de su excelsa dignidad) sino en virtud de sentencia (judicial) fundada en ley (art. 17). Tal cláusula es complementada por los Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos (con alcance a las personas colectivas), en cuanto consagran el principio de tutela judicial efectiva, cfr. por todos art. 8, inc. 1, del Pacto San José de Costa Rica: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden, civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole"*. Se sigue de lo transcrito la proscripción del principio del "solve et repete" en materia tributaria y "a fortiori" en materia penal-tributaria. A este respecto nótese, además, que el Pacto precitado garantiza en materia penal la doble instancia judicial ordinaria (cfr. art. 8 inc. 2, punto h).

⁴⁰ Cfr. Cesar José Galarza, "Tributación y actos ilícitos", "Periódico Económico Tributario", 14/04/04, págs. 1/3, y tesis doctoral de dicho autor reseñada por Diego Freedman, "La tributación de los actos ilícitos", "Revista Argentina de Derecho Tributario", Universidad Austra-Facultad de Derecho, "La Ley", octubre/diciembre 2003 n° 8, págs. 961/81 y revista "Impuestos", n° 15, agosto 2004, págs. 20/31.

⁴¹ Arístides Horacio M. Corti, "Los gastos reservados", "Página 12", 14/5/04, pág. 4.

A su vez, sin perjuicio de las vías judiciales ordinarias, tanto la C.N. (art. 43) como los pactos internacionales (vide art. 25, Pacto de San José de Costa Rica) contemplan acciones sumarísimas (caso de la acción de amparo; acciones de clase) en todos aquellos supuestos en que resulten más eficaces que las ordinarias para restablecer de manera inmediata y pronta los derechos constitucionales. En este sentido y en materia presupuestaria resulta relevante resaltar la utilidad del amparo a los efectos de efectivizar los derechos humanos por encima de avatares presupuestarios.

Por su parte en materia de deuda externa e inversión extranjera directa se advierte un proceso de extranjerización de funciones judiciales indelegables que afecta la soberanía de la República, con notoria infracción del derecho humano a la legalidad constitucional y de los principios indicados supra IV, tercer párrafo "in fine" (juez natural, prohibición de concesión de la suma del poder público o facultades extraordinarias, independencia del Poder Judicial y de abolición de la justicia privada y de los fueros personales, etc.).

En efecto⁴², *"El proceso de desnacionalización y extranjerización de la economía nacional que hizo del Estado Nacional un Estado ausente devino acompañado de una paralela desnacionalización y extranjerización del aparato institucional del poder del Estado. Si bien es cierto que al 24/3/76 existían determinadas leyes (de más que dudosa constitucionalidad) que prorrogaban la jurisdicción para resolver controversias en los que el Estado Nacional era parte a favor de los tribunales extranjeros, el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454) establecía que 'la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable' con la salvedad de la territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales que podía ser prorrogada de conformidad de partes 'pero no a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República'. Usurpado el poder el 24/3/76 el elenco cívico militar que se instaló en el mismo rápidamente modificó dicha norma legal pretendiendo habilitar la prórroga de jurisdicción en asuntos patrimoniales aún de índole internacional 'a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley'. Así las cosas, tanto en materia de deuda externa cuanto en materia de inversión extranjera directa se prorrogó la jurisdicción a favor de tribunales*

⁴² Arístides Horacio M. Corti y Liliana B. Costante, "Extranjerización de funciones públicas indelegables, "La Ley Actualidad", 16/03/04.

extranjeros o excluyentes de la jurisdicción nacional. Así por ejemplo, en los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones suscritos en los años 90 con los principales países centrales del mundo (EE.UU., Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia y otros...) se estableció la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI).⁴³ En el caso de la deuda externa la prórroga se estipuló ante los propios jueces de asiento de los acreedores. De acuerdo con publicaciones periodísticas, la Argentina enfrenta 27 demandas promovidas por empresas concesionarias de servicios públicos privatizados que involucran un reclamo resarcitorio total de más de 16.000 millones de dólares (cfr. 'Clarín', 14/11/03, 28/11/03 y 09/12/03). A ello se suman múltiples juicios promovidos por acreedores externos y fondos buitres ante los tribunales de EE.UU. y otros países centrales. Dicha prórroga de jurisdicción luce contradictoria con la Constitución Nacional en cuanto su art. 27 prescribe que 'El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados', bien que éstos, en la medida en que 'estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución'. A este respecto, tres cláusulas resultan decisivas. La primera, consagrada en el art. 116 en cuanto establece que corresponde al Poder Judicial de la Nación todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes federales, así como en todos los asuntos en que la Nación se parte, de lo que se sigue, la improrrogabilidad de jurisdicción en las referidas controversias. La segunda en el art. 29 que impide al Congreso otorgar 'sumisiones o supremacías' por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna'. La tercera porque la renuncia a la inmunidad soberana por parte de los poderes constituidos ofende de manera directa e inmediata el principio de la soberanía del pueblo y los derechos y garantías irrenunciables que de él nacen (art. 33). Es evidente que la prórroga de jurisdicción en controversias atinentes a la deuda pública externa pone en crisis tanto la facultad soberana del Congreso de la Nación de 'Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación' (art. 75, inc. 7) como la de sancionar la ley de presupuesto anual (autorización y asignación del gasto público de la Nación con arreglo a los principios de solidaridad y redistribución establecidos en el mismo (art. 75, incs. 8 y 2, tercer párrafo), en cuanto ordena

⁴³ Cfr. Santiago Panelo, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los tratados bilaterales de inversión", "La Ley", tomo 2003-E:1482.

privilegiar el gasto social por sobre los de transferencia financiera, con el objeto de efectivizar, con primacía, el desarrollo humano y la calidad de vida de los habitantes de la República por sobre los intereses crematísticos de los rentistas financieros. En el mismo sentido, cuando se trata de controversias vinculadas con los derechos e intereses de las empresas concesionarias de servicios públicos privatizados o titulares de inversión extranjera directa en la Argentina. A poco que se advierta que, tanto los bienes afectados a dichos servicios cuanto los radicados en el país con afectación a actividades económicas organizadas se encuentran sujetos, al igual que los capitales argentinos, a las leyes nacionales que reglamenten su ejercicio con miras al bienestar general, fin último de la CN (preámbulo y sus arts. 14 bis y 75 incs. 19, 22 y 23 en cuanto garantizan los derechos humanos a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda digna). En tales condiciones la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales del exterior, como bien señala Arturo Sampay: 'ante 'sus jueces'... se trata de una fibra más de las que componen la coyunda con que atan a su yugo (los países dominantes) a los países dependientes. Décadas atrás la CSJN llegó a hacer suya la 'doctrina Matienzo', gracias al empeño de uno de sus jueces, el Dr. Benito Nazar Anchorena, que fue también un juez ejemplar en cuanto atañe a la defensa del patrimonio nacional' ⁴⁴. En efecto, si bien es cierto que la Corte en 'Fallos' 138:62 desestimó la opinión de Matienzo, posteriormente con una nueva composición, en 'Fallos' 176:218, siguió la opinión del Procurador Juan Alvarez estableciendo la prohibición de excluir la jurisdicción de los jueces argentinos a favor de la justicia extranjera en hechos relacionados con el comercio con otras naciones. Cuanto más decir en cuestiones en las que se encuentran

⁴⁴ Cfr. Arturo Enrique Sampay, "Realidad Económica", Nº 11, Noviembre/Diciembre 1972, pág. 67; Bernardo de Irigoyen/José Nicolás Matienzo/Arturo E. Sampay/ Francisco Menegazzi, "El derecho y la soberanía argentina", "Juarez Editor S.A.", 1969; Héctor Masnatta, "Emergencia económica y recurso extraordinario", "La Ley", Diciembre 2003, págs. 3-15, en especial pág. 13/14, y sus citas. En las "Segundas Jornadas Jurídico Institucionales", organizadas por el PJ, Buenos Aires, 25 y 26 de noviembre de 1982, la Comisión 11, de la que fue presidente el Dr. Héctor Masnatta y relator el Dr. Juan Pablo Cafiero, adoptó la siguiente conclusión: "Entiende esta Comisión que el Estado Argentino tiene derecho a recurrir ante la CSJN, e impugnando las cláusulas de prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros, violatorios de la soberanía nacional y que contradicen lo dispuesto por el art. 100 de la CN (actual 116), demandar la nulidad de los préstamos internacionales que agravan la deuda pública externa, siempre que los contratos aparezcan violatorios de los arts. 1206 y 1207 del Código Civil". Más recientemente se expidió en sentido similar, es decir adverso a la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros, la Asociación Americana de Juristas en la XIII Conferencia Internacional celebrada del 11 al 14/11/03 en la Facultad de Derecho (UBA), acerca de "Justicia Social, Democracia y Paz-Los juristas y sus responsabilidades en su defensa y promoción" sobre la base de una propuesta de la Dra. Liliana B. Costante.

involucrados los servicios públicos de la República y/o las operaciones de crédito público, esto es actividades que no se rigen por el derecho privado sino por el derecho público (derecho administrativo, en el caso de los servicios públicos, y el derecho financiero regulador de la actividad financiera pública o finanzas públicas del Estado, en el caso de la deuda pública). Corrobora con más razón lo expuesto tratados internacionales formalizados por la República Argentina, como es el caso del Tratado de Montevideo de 1940, que como bien se ha señalado, ha regido eficazmente las cuestiones de jurisdicción y competencia en el derecho internacional privado latinoamericano, en cuanto admite la prórroga de la competencia territorial nacional solamente en los casos en los que el acuerdo de declinación de la jurisdicción se establezca o pacte después de producido el conflicto que haya de ser resuelto, porque se supone que no existe un marco de libertad para aceptar la renuncia anticipada como imposición de los contratos u acuerdos.⁴⁵ Y si esto es así entre países latinoamericanos con más razón debe serlo cuando se trata de relaciones entabladas entre países centrales o poderes corporativos transnacionales y nuestros países periféricos. Es cierto también que dicha concepción no ha sido aceptada por algunos juristas argentinos de débil conciencia nacional y ética. Sin embargo, también lo es que dicha concepción ha devenido anacrónica desde una perspectiva constitucional vigente. En efecto a partir de la reforma constitucional de 1994 la Carta Magna de los argentinos sólo autoriza la prórroga de jurisdicción a favor de organismos supra-estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad de trato y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. En primer término con los Estados de Latinoamérica y subsidiariamente con otros Estados, bien que en este último caso requiriendo mayorías especiales y doble votación (art. 75, inc. 24, CN). De lo que se sigue que, bajo el imperio de la Constitución vigente, todas las prórrogas de jurisdicción estipuladas sin sujeción a dicha cláusula han devenido o son manifiestamente inconstitucionales. Se trata en definitiva de reafirmar, con la Constitución en mano, la soberanía nacional en el ámbito jurisdiccional, por encima de cualquier prórroga menoscabante de poderes estatales irrenunciables. No se trata por lo demás de casos que involucran crímenes de lesa humanidad en los que medie denegación de justicia en sede nacional (en cuyo caso se abre la jurisdicción de los tribunales extranjeros con arreglo al principio de justicia universal y efectividad del derecho internacional

⁴⁵ Cfr. la Resolución adoptada en el Encuentro Interamericano Sobre Aspectos Jurídicos del ALCA (29,30 y 31/8/03) Paracicaba, Est. de San Pablo, Brasil, por aclamación, en el grupo 9 sobre solución de conflictos, a propuesta final del Dr. Mario Elfman.

humanitario) o de aquellos supuestos en que los pronunciamientos de la instancia judicial cimera de la República comprometan los pactos internacionales en materia de derechos humanos, en cuyo caso quedan expuestos a la jurisdicción constitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica (cfr. sus arts. 33, inc. b y 52 y ss. y 75, inc. 22, CN)”.

En sentido afín se ha expedido Eric Calcagno⁴⁶: *“...los contratos de deuda externa y la emisión de bonos son actos del Estado soberano. Se puede alegar que el Gobierno argentino de la época renunció a la soberanía, pero se olvida que esa renuncia es absolutamente nula. Para un país, renunciar a su soberanía es equivalente a la renuncia que pueda hacer un ciudadano a su libertad individual. Un contrato en el que alguien se obligue a servir de esclavo a otra persona, por su naturaleza misma es nulo, aunque lo haya firmado. La soberanía está en la esencia del Estado, como la libertad individual está en la esencia de la persona humana. Esta verdad elemental no es respetada por el establishment financiero internacional y es ignorada por el local, para el cual la soberanía es esa facultad extraña que sólo ejercen los países desarrollados”.*

Concordantemente tiene dicho Eduardo Conesa⁴⁷ que: *“...cuando la Argentina saca las controversias y juicios más importantes de la jurisdicción de sus jueces está concediendo la inoperancia y la corrupción de nuestra justicia. También está profiriendo una ofensa gratuita a sus jueces. En todo caso debe tratarse de mejorar el poder judicial del país. Nunca vaciarlo de los casos más importantes. La Argentina de los 90, al firmar estos tratados se convirtió en el hazmerreír de América Latina. Se cuenta que un Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil no podía creer que la Argentina, país que generó la doctrina Calvo, haya firmado tratados tan humillantes. Su Corte Suprema dejó de ser tal. Pasa a ser una especie de triste tribunal municipal pues queda excluida de fallar en los pleitos más relevantes del país”.*

Se avizoran cambios. Un valioso precedente ha sido adoptado recientemente por la C.S.J.N., sentencia del 1/6/04, autos “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidronor S.A.”, en punto a que el sometimiento de controversias a tribunales arbitrales no excluye el derecho de acceder a la jurisdicción del Poder Judicial argentino, cuando los laudos dictados por aquéllos se exhiben en pugna

⁴⁶ Eric Calcagno, “Renunciar a la soberanía es nulo”, “Página 12”, 21/02/04.

⁴⁷ “Argentina: Como convivir con el default”, “Suplemento especial La Ley: Default y Reestructuración de la Deuda Externa”, noviembre de 2003, págs. 69/88.

con la Constitución, las leyes y el orden público nacionales. Al anotar dicho fallo señalamos que “...razones de economía procesal llevaron a la Corte a suprimir, sin más dilaciones, la injusticia del laudo”, sin perjuicio de que “...en cuestiones de derecho público en las que se encuentre comprometido el orden público y el Estado sea parte, el proceso arbitral no es válido y la jurisdicción judicial argentina reviste el carácter de plena e irrenunciable” (arts. 116, C.N. y 737, CPCCN, con valor de norma reglamentaria de la cláusula constitucional antedicha)⁴⁸.

IX.- De las medidas defensivas y protección sancionatoria de las infracciones y delitos que ponen en crisis la actividad financiera pública como garante de los derechos humanos.

Los instrumentos financieros, en tanto medios indispensables para la realización de los derechos humanos, requieren en su aplicación de un criterio pragmático y realista que impida su malversación, con la consiguiente frustración de sus finalidades constitucionales. Resulta de especial aplicación todas aquellas herramientas hermenéuticas que privilegian la realidad jurídica y económica por encima de ritualismos paralizantes (principio de la realidad económica, teorías de la penetración en la forma de la persona colectiva, del órgano, del conjunto económico y sus equivalentes⁴⁹), acciones procesales efectivas (como las señaladas en el acápite anterior) y sanciones civiles y penales que operen con finalidad nulificatoria, cancelatoria, resarcitoria, preventiva y represiva. Cabe señalar así, entre otras: a) la sanción de nulidad respecto de los empréstitos y otras operaciones de crédito público en pugna con el principio de legalidad (art. 66, ley 24.156); b) la responsabilidad patrimonial personal de los órganos ejecutivos que los concertaron o emitieron sin base legal (idem art. 66 precitado) o incursos en el incumplimiento de mandatos constitucionales (precedente de la CNACAF, Sala IV, citado en el capítulo VII.1, último párrafo, y sentencia del juez Gallardo, caso “Ramallo”, del 05/07/2004, intimando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que en el plazo de 3 días reubique a los actores en viviendas o alojamientos apropiados “...bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento de una multa diaria de

⁴⁸ Arístides H. M. Corti y Liliana B. Costante, “La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes”, “Ámbito Financiero”, 18/06/04, págs. 14/15.

⁴⁹ Cfr. Arístides H. M. Corti y Rubén A. Calvo, “Bases preliminares del derecho constitucional económico”, Separatas, Errepar, 1991, acápite 3: “Métodos interpretativos de las cláusulas constitucionales” (3.1. “Interpretación estática”; 3.2. “Interpretación dinámica” y 3.3. “Interpretación mutativa”) y 4 (“Métodos interpretativos del derecho público económico”).

\$ 500 aplicarse sobre los ingresos personales del Señor Jefe de Gobierno, ...Sr. Secretario de Desarrollo Social... y... del Presidente del Instituto de la vivienda de Buenos Aires”, apercibimiento hecho efectivo por sentencia del 16/07/2004); c) el instituto de la “retorsión” como contestación de un acto poco amistoso aunque lícito con otro de igual nivel legal, y el de la “represalia”, esto es la contestación de un acto ilícito con otro igualmente ilícito⁵⁰; y d) las sanciones resarcitorias y penales de quienes se aprovechan en su beneficio personal de fondos públicos (caso de los gastos reservados destinados a cometidos distintos a la defensa nacional o seguridad interior rectamente entendida) o lesionan o ponen en peligro de la hacienda pública, entendida como proceso dinámico ingreso/gasto público para la realización de los derechos humanos (salud, vivienda, alimentación, educación, cultura, seguridad social, etc.).

Como bien lo señalara el Tribunal Oral en lo Penal Económico nº 3, sentencia del 9/9/97, autos “Kasperski Francisco José s/infracción art. 8, ley 23.771”, voto de la jueza Oliva Hernández, *“La hacienda pública debe entenderse en un sentido dinámico, es decir como proceso ingreso-gasto público indispensable para cumplir con la finalidad constitucional propia del Estado. Tanto los ingresos como los gastos son medios jurídico-financieros tendientes a realizar las prestaciones básicas del Estado... las cláusulas consagradas en la Constitución Nacional (art.75, incs. 8, 19, 22 y 23) requieren de dichos medios en un todo de conformidad con las exigencias de bienestar y justicia social del desarrollo humano. Por consiguiente sin medios oportunos y suficientes dichas cláusulas devendrían carentes de contenido y en abierta contradicción con la imperatividad y operatividad de la Carta Magna, circunstancia que el Poder Judicial no puede ni debe consentir”*.

⁵⁰ Eduardo Conesa, op. cit. en nota 47, pág. 77: *“Si un juez extranjero llegase a embargar bienes del Estado Argentino situados en el extranjero, nada impediría, de acuerdo a las normas citadas, que el Poder Ejecutivo Argentino promueva, como ‘contracautela’, el embargo de propiedades de similar valor que el poco amistoso Estado extranjero tenga en nuestro territorio. Es muy posible que en los próximos años nuestro país deba utilizar estos instrumentos de presión para hacer respetar la soberanía nacional”*. Dino Jarach enseña que *“...la garantía del patrimonio del Estado por sus deudas... es inaplicable, en general, por la naturaleza de los bienes patrimoniales que están afectados al uso público y están fuera del comercio e inalienables”* (“Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1993, pág. 920). El decreto 319/2004 del 15/03/04 (Boletín Oficial 17/04/04) por cuyo art. 8 autoriza la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales estadales y federales ubicados en la ciudad de Nueva York, EE.UU, y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana (invocando en sus considerandos el art. 16 de la ley 11.672 complementaria permanente del presupuesto, t.o. 1999 -fuentes leyes 16.432, arts. 48 y 83, 20.548, art. 7 y 24.156, título tercero, art. 58, segundo párrafo, “in fine”), declara la inembargabilidad en forma expresa de los bienes enumerados en los incs. letras a) a f) del referido art. 8.