

La reasignación por parte del Poder Ejecutivo de partidas presupuestarias destinadas por ley al cumplimiento de derechos

Un análisis de la estrategia judicial de ACIJ para impugnar la reorientación a otros fines de recursos legalmente asignados a infraestructura escolar

El problema que dio lugar al caso

El caso judicial bajo análisis se inscribe en una de las líneas de trabajo principales de ACIJ, relacionada con el derecho a la educación, y es una buena ilustración de cómo incorporar la herramienta del análisis presupuestario al litigio.

Fue iniciado en diciembre de 2010 en un contexto caracterizado por problemas estructurales, profundos y persistentes en el ámbito del derecho a la educación pública en la Ciudad de Buenos Aires, que van desde la falta de escuelas en muchas zonas de la ciudad a la grave emergencia edilicia de muchos establecimientos educativos. Las consecuencias que esta situación genera incluyen la imposibilidad de asistir a escuelas por falta de vacantes, la suspensión de días de clase por problemas edilicios, la necesidad de reubicar a niños/as en establecimientos educativos lejanos a su lugar de residencia sin que se les asegure transporte escolar gratuito, la superpoblación y el hacinamiento en las aulas, y la existencia de graves obstáculos a la accesibilidad para personas con discapacidad.

Tal como será desarrollado más adelante, esta situación coexistía con —y era explicada, al menos en parte, por— la sistemática sub ejecución de los recursos asignados a educación por la ley de presupuesto y, aún peor, la reorientación a otros fines de una de esas partidas en el año 2010 por medio de una resolución del Poder Ejecutivo local.

Los derechos en juego y las obligaciones estatales correlativas

El derecho a la educación es un derecho fundamental, y está consagrado en la Constitución Nacional (arts. 14 y 75, inc. 19) y en una serie de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina (arts. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, “PIDESC”—; 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño; XII de la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires consagra este derecho de modo robusto, al disponer que “[l]a Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine” (art. 24).

A su vez, el deber que pesa sobre el Estado de garantizar el goce del derecho a la educación conlleva, entre otras obligaciones, una serie de deberes relacionados con el presupuesto. En particular, el PIDESC establece que el Estado está obligado “a adoptar medidas (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2, inc. 1). Además, debe “garantizar el ejercicio de los derechos (...), sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 2, inc. 2).

La Constitución de la ciudad recepta estas obligaciones y va aún más lejos. Ordena específicamente que “[l]as partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas” (art. 25, últ. párr.).

En la misma línea, la ley nacional 26.061, de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece que “[l]as políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: (...) 3. Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4. Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice (...)” (art. 5).

Cabe recordar que cuando las normas internas de un Estado establecen umbrales mínimos más elevados que las normas que surgen de tratados internacionales, esas normas deben ser respetadas. En efecto, el PIDESC prevé que “[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de

leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado” (art. 5).

La información presupuestaria

Según se adelantó al comienzo, ACIJ entendió que los problemas educativos descriptos muy probablemente tenían una dimensión presupuestaria ya que es evidente que deben resolverse mediante una política de construcción y reparación de escuelas, que requerirá indefectiblemente de la asignación de recursos públicos. Justamente por ese motivo, la Legislatura, tras realizar una evaluación de la necesidad de inversión para el desarrollo y el mantenimiento de infraestructura escolar de ese año, asignó fondos a la Dirección General de Infraestructura Escolar a través de la Ley de Presupuesto del año 2010 para realizar obras de albañilería. Por su parte, en reiteradas oportunidades el Ministerio de educación reconoció los graves problemas edilicios que aquejan a los/as alumnos/as y la necesidad de construir más establecimientos educativos, y presentó en agosto de 2010 un plan de obras de infraestructura escolar que comprendía cientos de obras.

Sin embargo, al analizar las asignaciones y ejecuciones del presupuesto de los años inmediatamente anteriores a 2010, ACIJ observó que el Poder Ejecutivo sub ejecutaba año tras año los recursos asignados a Educación en la ley de presupuesto, lo que generaba que muchas de las obras prometidas en los planes no se llevaran adelante¹. El año 2010 no fue una excepción. De este modo, los problemas edilicios coexistían con recursos asignados por la Legislatura y no ejecutados por el Poder Ejecutivo. Debe resaltarse que, como regla, los recursos sobrantes al cierre de un ejercicio pierden su asignación e ingresan a rentas generales en el siguiente.

Así, sub ejecutar los recursos destinados a educación constituía un mecanismo a través del cual se alteraba de hecho la finalidad establecida previamente en la ley de presupuesto. Entre las posibles razones que ACIJ identificó que podrían explicar esta práctica, se encuentran la ineficiencia, la corrupción, el desvío de fondos para fines con mayor atractivo electoralista o de corto plazo, y la dificultad para hacer oír su voz que tienen los afectados (niños/as, de situación social desfavorecida, dispersos/as y poco organizados/as). De este modo, ACIJ observó que, año tras año, la Legislatura asignaba a la educación pública más recursos que los que el Poder

¹ Esto surge de las planillas de ejecución presupuestaria de la Dirección General de Infraestructura mantenimiento y equipamiento, correspondientes a la Cuentas de Inversión de los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009. En su acción de amparo, ACIJ acompañó copias como prueba.

Ejecutivo utilizaba a pesar de estar disponibles. Ello demuestra que, por la razón que fuera, el Poder Ejecutivo no valoraba de igual manera que la Legislatura el gasto en materia educativa en la ciudad. ACIJ consideró que esta práctica redundaba en perjuicio directo del derecho a la educación de los habitantes más desfavorecidos de la ciudad.

Al evaluar los documentos presupuestarios del ejercicio correspondiente al año 2010, ACIJ detectó que el 3 de noviembre el Ministerio de Hacienda de la Ciudad de Buenos Aires resolvió reorientar a otros fines una partida de 41 millones de pesos asignados por la Legislatura para el desarrollo de infraestructura en el ámbito de la educación pública. Ello fue dispuesto por medio de la Resolución N° 2.846/MHGC/10². En particular, los recursos estaban asignados a la Dirección General de Infraestructura y Equipamiento dependiente del Ministerio de Educación. En la siguiente tabla —anexada a la resolución— puede observarse claramente el movimiento de recursos recién descripto:

N° 3547 - 18/11/2010

Separata del Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires

N° 13

ANEXO - RESOLUCIÓN N° 2.846 /MHGC/10 (continuación)

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

SIGAF

Modificación Presupuestaria

Ejercicio: 2010

Ministerio Hacienda

Requerimiento N°: 3940

Actuación Origen: NOTA	N°: s/n	Fecha: 29/10/2010
Tipo Actuación: EXPEDIENTE	N°: 1.171.911/10	Fecha: 05/10/2010
Norma Aprobatoria: RESOL. MIN. HACIENDA	N°: 2846-MHGC-10	Fecha: 03/11/2010

Jurisdicción: 55-MINISTERIO DE EDUCACION

Subjurisdicción: 0

Entidad: 0

CREDITO

UE	Programa	Subprograma	Proyecto	Actividad	Obra	Partida	FueFin	FinFun	Importe
573-DIR. GRAL. DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO	53-INFRAEST Y MANTENIME	0	12-OBRAS CIVIL. DE ALBAR. CUBI.	0	51-	4210	11	34	-41,000,000.00

Diferencia: 0.00

² La resolución está disponible en:

<http://www.boletinoficial.buenosaires.gob.ar/documentos/boletines/2010/11/20101118.pdf> (pág. 20). El

anexo está disponible en:

<http://www.boletinoficial.buenosaires.gob.ar/documentos/boletines/2010/11/20101118ax.pdf> (págs. 4 a 17).

Si bien la resolución en cuestión no especifica a qué finalidad concreta fue derivada la partida recortada, en la misma resolución el Ministerio de Hacienda aumentó en 41 millones de pesos el presupuesto destinado al Ministerio de Ambiente y Espacio Público, fundamentalmente para el mantenimiento del alumbrado y las veredas. Ello puede verse en la siguiente tabla —también anexada a la resolución—:

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

SIGAF

Modificación Presupuestaria

Ejercicio: 2010

Ministerio Hacienda

Requerimiento N°: 3940

Actuación Origen: NOTA	N°: s/n	Fecha: 29/10/2010
Tipo Actuación: EXPEDIENTE	N°: 1.171.911/10	Fecha: 05/10/2010
Norma Aprobatoria:	N°:	Fecha:

Jurisdicción: 35-MINISTERIO DE AMBIENTE Y ESPACIO PUBLICO

Subjurisdicción: 0

Entidad: 0

CREDITO

UE	Programa	Subprograma	Proyecto	Actividad	Obra	Partida	FueFin	FinFun	Importe
8807-DIRECCIÓN GENERAL ALUMBRADO	37-MANTENIMIENTO Y OPTI	0	1-OPTIMIZACION DEL ALU	0	51-	3390	11	49	12,000,000.00
2353-DIRECCION GENERAL ACERAS	34-MANT. DE LA VIA PUBL	0	1-REPARACION Y MEJORAS	0	51-	4220	11	49	12,000,000.00
8738-DIRECCION GENERAL DE ESPACIOS VERDES	35-CUIDADO Y PUESTA EN	0	1-VALORIZACION ESP. VE	0	52-	4220	11	44	3,000,000.00
8738-DIRECCION GENERAL DE ESPACIOS VERDES	35-CUIDADO Y PUESTA EN	0	1-VALORIZACION ESP. VE	0	51-	3390	11	44	1,000,000.00
8503-MINISTERIO AMBIENTE Y ESPACIO PUBLICO	1-ACT. CEN. AMB. Y ESP	0	0	99-	0	922351	11	44	13,000,000.00

La coincidencia exacta entre las cifras³ hace presumir que ése fue el destino de la partida originalmente asignada al Ministerio de Educación. De todos modos, lo que es seguro —y, como se verá a continuación, suficiente para configurar una violación al derecho en juego— es que no fue destinada a otro programa relacionado con la educación pública porque, si bien en la misma resolución se asignaron fondos a otras áreas, ninguna de ellas pertenece al ámbito educativo.

La acción judicial

Frente a esta situación, ACIJ mantuvo una serie de reuniones con un grupo de padres y madres de niños/as que asisten a escuelas públicas de la Ciudad de Buenos Aires, integrantes del colectivo “Familias por la Escuela Pública”, para consensuar una estrategia.

³ La suma de 12.000.000, 12.000.000, 3.000.000, 1.000.000 y 13.000.000 (segunda tabla) es 41.000.000 (primera tabla).

En diciembre de 2010, ACIJ promovió ante la justicia una acción de amparo colectivo⁴, con la adhesión expresa de “Familias por la Escuela Pública”, contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ministerio de Hacienda) a fin de que “[s]e declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 2.846/MHGC/10 (...) en cuanto reasignó 41 millones de pesos destinados a obras de infraestructura escolar a otros fines (ajenos al ámbito de la educación), por ser violatoria del derecho a la educación y a la igualdad de oportunidades de los niños y niñas de la ciudad, y contraria al artículo 25 de la Constitución de la ciudad, que establece que ‘Las partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas’”.

En subsidio, para el caso de que se interpretara que el art. 22 de la ley que aprobó el presupuesto para el año 2010 (ley 3.395) —en cuanto disponía que el Poder Ejecutivo podía modificar la distribución funcional del gasto hasta el 5% del total del presupuesto— habilitaba la reasignación efectuada por la Resolución N° 2.846/MHGC/10, ACIJ solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de dicho artículo en el caso concreto, por ser violatorio del derecho a la educación y a la igualdad de oportunidades de los/as alumnos/as de las escuelas de gestión estatal, de la prioridad presupuestaria establecida en favor de los/as niños/as y del art. 25 de la Constitución de la ciudad.

Para remediar la violación, ACIJ solicitó que “[s]e ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que reafecte los 41 millones de pesos ilegalmente reasignados mediante la resolución N° 2.846/MHGC/2010, a la Dirección General de Obras de infraestructura escolar”. Además, demandó que se “disponga la creación de una partida de afectación específica que deba ser reapropiada en ejercicios sucesivos manteniendo su afectación, con dicha suma de dinero”.

Por último, peticionó que se concediera con urgencia una medida cautelar y se dispusiera “la reafectación inmediata al Ministerio de Educación de los 41 millones reasignados por la Resolución N° 2.846/MHGC/2010”. En caso de que dicha reafectación resultara imposible por haber sido utilizados los recursos mencionados, solicitó que se trabara embargo por la suma de 41 millones de pesos sobre las cuentas titularidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires existentes en el Banco de la Ciudad, con el objeto de no tornar ilusoria una eventual sentencia favorable.

⁴ La carátula del caso es “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) contra GCBA y otros sobre amparo (art. 14 CCABA)” (Expediente N° 39924/0).

Los argumentos para cuestionar la reasignación de las partidas efectuada

I. La asignación del presupuesto como una atribución exclusiva del Poder Legislativo

Ante todo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece en su art. 53 que el proyecto de ley de presupuesto debe ser presentado ante el Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo para su aprobación. Precisa que “(...) [l]os poderes públicos sólo pueden contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo con la ley de presupuesto y las específicas que a tal efecto se dicten (...)”. En el mismo sentido, su art. 80, al enumerar las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad, expresa que la Legislatura “[s]anciona anualmente el Presupuesto de Gastos y Recursos” (inc. 12).

En este marco, resulta sumamente problemática la cláusula —habitualmente presente en las leyes que aprueban el presupuesto cada año— que contempla la posibilidad de que el Poder Ejecutivo reasigne discrecionalmente partidas presupuestarias, con la única condición de que el monto total anual de las modificaciones no supere el cinco por ciento (5%) del total del presupuesto⁵. Esta delegación legislativa es demasiado genérica y no fija límites precisos para autorizar las reasignaciones, tales como —al menos— la exigencia de acreditar que se trata de un caso urgente que no permite esperar el tiempo que llevaría el trámite legislativo y el requisito de someter inmediatamente la decisión al control del Poder Legislativo para su posterior ratificación. Por lo tanto, resulta difícilmente compatible con los arts. 53 y 80, inc. 12, de la Constitución local.

En su acción de amparo, ACIJ argumentó que la vigencia del principio de reserva legal en esta cuestión se explica por el hecho de que la Legislatura, en lugar de representar únicamente el interés mayoritario —como lo hace el Poder Ejecutivo—, permite contemplar, en virtud de su carácter colegiado, las voces de las mayorías y las minorías. Así, en ese ámbito puede desarrollarse, como en ningún otro, una deliberación que procese todas las voces y tenga en cuenta la pluralidad de opiniones.

Si la potestad del Poder Ejecutivo de reorientar a otros fines partidas presupuestarias

⁵ En el presente caso, dicha norma es el art. 22 de la ley local 3.395 (que aprobó el presupuesto para el año 2010): “Con el objeto de lograr mejores resultados en la inversión de los recursos y a fin de resguardar el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos, el Poder Ejecutivo, la Legislatura y el Poder Judicial, podrán modificar, en el curso del ejercicio, la distribución funcional del gasto, en tanto que el monto total anual de dichas modificaciones no supere el cinco por ciento (5%) del total del presupuesto establecido en los artículos 1° y 4° (gastos corrientes, gastos de capital y aplicaciones financieras) de la presente Ley (...)”.

asignadas por la Legislatura es de por sí problemática, no quedan dudas acerca de su inconstitucionalidad cuando los recursos son sustraídos de programas destinados al cumplimiento de derechos —en el presente caso, el derecho a la educación—, por las tres razones que se expondrán a continuación (puntos II, III y IV).

II. Los deberes del Estado correlativos a los derechos de las personas

La prohibición de sustraer recursos legalmente asignados al cumplimiento de derechos en un contexto caracterizado por la violación de esos derechos forma parte del deber del Estado de garantizar su cumplimiento. En efecto, la consagración de un derecho genera deberes positivos y negativos para los poderes del Estado. En este caso, el derecho a la educación de los/as niños/as (consagrado en las normas citadas de la Constitución Nacional, la Constitución local y tratados de derechos humanos) impone al Poder Ejecutivo los siguientes deberes —entre otros—: (i) prever en el proyecto de ley de presupuesto las partidas necesarias para asegurar su goce (en particular, para remediar los problemas existentes en el acceso a la educación y mejorar la infraestructura escolar); y (ii) ejecutar esas partidas sin modificar su destino.

III. La obligación de usar el máximo de los recursos disponibles para garantizar derechos sociales (art. 2, inc. 1, del PIDESC)

Asimismo, ACIJ argumentó que la reasignación de partidas destinadas por ley a obras de infraestructura escolar viola la obligación estatal de destinar el máximo de los recursos disponibles al cumplimiento de los derechos, en los términos del art. 2, párr. 1, del PIDESC. Precisó que los 41 millones derivados a otros fines no eran recursos meramente disponibles para educación, sino que además estaban expresa y claramente asignados a dar cumplimiento a ese derecho, y fueron ilegalmente desafectados de sus fines específicos.

Agregó que la detracción de esos recursos resulta aún más grosera si se tiene en cuenta que las áreas del Gobierno presuntamente beneficiadas no guardan relación alguna con el cumplimiento de derechos fundamentales, por lo que su gasto no es prioritario. De todos modos, como se explicará a continuación, ningún cambio de finalidad podría, en rigor, ser considerado legítimo.

IV. La prohibición específica prevista en el art. 25 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

El argumento central de la acción de amparo de ACIJ giró en torno a la interpretación del art. 25 de la Constitución local y su aplicación al caso. ACIJ efectuó una lectura literal de esa norma — que es, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el primer método de interpretación al que debe acudir el/la juez/a—. Expuso que, al ordenar que “[l]as partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas”, la norma establece que la asignación de recursos para la educación pública es en todos los casos una potestad exclusiva de la Legislatura y prohíbe cualquier reasignación de esas partidas. De este modo, la Constitución considera que el respeto por la inversión en educación pública es un valor central para la ciudad, y dispone que la asignación de esos recursos debe ser el resultado de un debate público robusto y plural. A su vez, prohíbe al Poder Ejecutivo alterar los fines de los recursos públicos que la Legislatura haya asignado a educación al aprobar el presupuesto de cada año después de ese debate.

ACIJ expresó que el objetivo del art. 25 es blindar los recursos destinados a educación de los vaivenes de la política y de las urgencias que impone el transcurrir del año presupuestario, que muchas veces genera la reasignación de recursos para la resolución de problemáticas coyunturales. Expresó que es propio de las necesidades de la política que quien representa a la mayoría privilegie decisiones de corto plazo, cuyas consecuencias sean palpables en forma inmediata y computables para el cálculo electoral. Frente a ello, la Constitución procura conjurar el riesgo de que se vulnere el derecho a la educación, para lo cual establece una regla categórica que asegura la intangibilidad de los recursos destinados por ley a tal fin.

ACIJ destacó que el constituyente no dispuso una regla semejante para ningún otro derecho, lo que se explica en parte porque los/as niños/as constituyen un grupo que merece especial protección, de acuerdo con lo dispuesto por los tratados internacionales y leyes especialmente protectorios de estos grupos⁶.

Asimismo, enfatizó que quienes tienen necesidad de utilizar el sistema de educación pública son los grupos económicamente más desfavorecidos de la Ciudad. Si bien es cierto que toda la ciudadanía tiene derecho, y puede tener interés, en utilizar dicho sistema, los habitantes con más recursos tienen otras alternativas en caso de que el sistema público no les brinde respuestas

⁶ Ver, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y la ley 114 de la Ciudad de Buenos Aires.

adecuadas —por ejemplo, pueden recurrir al sistema de educación privada—. Esto deja a los grupos más vulnerables en una situación de absoluta dependencia de las políticas públicas educativas que adopte el Estado en la Ciudad.

ACIJ observó que, sumado a ello, la materia educativa tiene ciertas características propias que la hacen especialmente vulnerable a las decisiones urgentes que pueda adoptar el Poder Ejecutivo. Es probable que sea más difícil cuestionar los recortes en materia educativa debido a que afectan a grupos dispersos y con dificultad para organizarse, y muchas veces producen efectos que se percibirán en el largo plazo. Esto último hace que un Poder Ejecutivo preocupado por razones electoralistas cuente con todos los incentivos para —ante una situación de escasez—, recortar recursos del ámbito educativo.

En definitiva, el fin de la prohibición absoluta del art. 25 es evitar que el gobierno utilice los recursos educativos para financiar otros gastos y, de este modo, frustre uno de los derechos humanos más básicos. ACIJ argumentó que esto fue precisamente lo que ocurrió en este caso: a pesar de la grave situación edilicia que atraviesan las escuelas de la ciudad y la necesidad de que se construyan nuevas, la resolución cuestionada y su anexo detrajeron en forma conjunta 41 millones de pesos que por ley habían sido asignados a obras de infraestructura escolar, hacia fines no educativos.

A la luz de esta norma, ACIJ aclaró que el hecho de que los recursos fueron asignados a un área no prioritaria sólo tornó más grosera de la violación, pero en rigor ningún cambio de finalidad podría superar el test de constitucionalidad. Sin importar el destino final de los fondos, su detracción del presupuesto educativo es causa suficiente de la vulneración del derecho invocada, de acuerdo con la estricta regla del art. 25 de la Constitución local.

V. El derecho a la igualdad

Por otro lado, ACIJ identificó una violación del derecho a la igualdad porque los/as niños/as que no pueden acceder a una vacante debido al desvío de los fondos de infraestructura escolar, o los/as que deben asistir a escuelas lejanas a su residencia, superpobladas o en malas condiciones edilicias debido a la postergación de las obras que necesitan, sufren una notoria e injusta desventaja en relación con los/as niños/as que sí acceden a una vacante en el nivel inicial, o con los/as que asisten a escuelas cercanas y en buen estado. Este trato desigual es totalmente injustificado porque el Gobierno no ha invocado —ni podría invocar— ninguna razón valedera frente

a los/as niños/as a los/as que el Estado niega el acceso a la educación de calidad que es esencial para su desarrollo pleno. Además, ACIJ subrayó las enormes diferencias en las condiciones educativas entre la zona norte de la ciudad y la zona sur (donde se encuentran los distritos escolares más desaventajados en términos socioeconómicos).

VI. El principio de jerarquía constitucional y la doctrina del control de constitucionalidad

Por las razones expuestas, ACIJ entendió que la resolución cuestionada era violatoria de los arts. 2, párr. 1, del PIDESC, y 25 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y de los derechos a una educación de calidad, y a la igualdad de oportunidades y de trato de los/as niños/as que necesitan la realización de las obras de infraestructura para acceder a la educación (tanto de los/as niños/as que asisten a las escuelas de la ciudad como los que quieren asistir pero no pueden hacerlo por falta de vacantes).

Señaló que, de este modo, se configuraba una contradicción entre dos normas de distinta jerarquía ya que una resolución ministerial pretendió habilitar una conducta contraria al PIDESC y expresamente prohibida por la Constitución local: la reorientación a fines distintos de las partidas presupuestarias asignadas a educación. ACIJ expuso que, en supuestos como éste, el principio de supremacía constitucional determina que es la norma constitucional la que prima. Observó que aceptar que una norma creada por un Ministerio pueda contradecir un categórico mandato constitucional significaría negar la existencia misma de la Constitución concebida como un límite al poder mayoritario imperante en un momento dado.

A su vez, recordó que, con arreglo a la doctrina del control de constitucionalidad —iniciada en Estados Unidos con el caso “Marbury v. Madison” y en Argentina con el caso “Sojo”—, cuando se produce una contradicción tal entre dos normas, el/la juez/a debe declarar la inconstitucionalidad de la resolución. En efecto, frente a la actuación del Poder Ejecutivo por fuera de los límites constitucionales, es el Poder Judicial el encargado de velar por la supremacía constitucional. Siempre que se encuentren vulnerados derechos fundamentales, la actividad del Estado —incluyendo su faz presupuestaria— puede y debe ser objeto del control judicial de constitucionalidad. ACIJ agregó, con apoyo en citas jurisprudenciales, que el ejercicio de funciones privativas de otros poderes es revisable judicialmente en la medida en que se limite a verificar si dicho ejercicio se efectuó regularmente, es decir, en cumplimiento de los requisitos establecidos

por la Constitución⁷. En efecto, no puede hablarse con propiedad de supremacía de la Constitución si quien está encargado de controlar la legitimidad constitucional de los actos es el propio poder que los emite.

Por lo tanto, negar el control judicial de constitucionalidad de la Resolución N° 2.846/MHGC/2010, en cuanto detrajo fondos previstos para infraestructura escolar, supondría renunciar al ejercicio de la función jurisdiccional que debe asegurar la plena vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales vulnerados en el presente caso.

Como se adelantó al describir el objeto de la acción de amparo, ACIJ solicitó que para remediar la violación se ordenara al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires reafectar a la Dirección General de Obras de infraestructura escolar los 41 millones de pesos ilegalmente reasignados mediante la resolución cuestionada. Agregó que resultaba fundamental que el diseño del remedio contemplara la necesidad de identificar en forma precisa esos fondos y evitar su reasignación mediante nuevas resoluciones o mediante vías de hecho —como la sub ejecución—, de forma tal de garantizar su intangibilidad y mantener su destino. Por ello petitionó que la sentencia incluyera una provisión especial para que los fondos identificados constituyeran una partida con afectación específica que debiera ser reapropiada al ejercicio siguiente sin perder su afectación. El objetivo de este pedido era evitar que se burlara el derecho mediante el mecanismo de la sub ejecución presupuestaria.

Por otro lado, ACIJ remarcó que al resolver el caso debían tenerse en cuenta las especificidades propias del proceso presupuestario, a fin de que los efectos de la sentencia no resultaran ilusorios. En este sentido, sostuvo que, en virtud de los tiempos procesales, era previsible que el proceso concluyera una vez finalizado el ejercicio que culminaba el 31 de diciembre de 2010. En consecuencia, solicitó el dictado de una medida cautelar consistente en la reafectación inmediata al Ministerio de Educación de los 41 millones de pesos reasignados o, en caso de que ello resultara imposible, la traba de un embargo preventivo por esa suma sobre cuentas bancarias de titularidad del gobierno de la ciudad⁸.

⁷ Caso “Partido Justicialista y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura)” (Expte. N° 50/99), resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires el 14 de julio de 1999, y sus citas.

⁸ Para ello, ACIJ solicitó que se declarara la inconstitucionalidad, en caso de considerarlo aplicable, del art. 28 de la ley que aprobó el presupuesto para el año 2010 (ley 3.395), en cuanto dispone que “[l]os fondos,

El trámite del proceso y la sentencia

Tras la interposición de la acción, el Juzgado N° 5 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires citó a las partes a una audiencia para el día 23 de diciembre de 2010, con intervención de los Ministerios de Educación, de Hacienda, y de Ambiente y Espacio Público. Durante dicha audiencia, el representante del Ministerio de Educación explicó que la situación se había regularizado porque la resolución impugnada —que, según alegó, contenía un error material— había sido dejada sin efecto y las partidas habían sido devueltas a su asignación presupuestaria original. En consecuencia, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires entendió que la cuestión estaba solucionada y solicitó que la causa fuera declarada abstracta, para lo cual acompañó prueba documental que acreditaba lo señalado en la audiencia acerca de la reversa en la asignación de partidas.

Finalmente, el 30 de marzo de 2011, el Juzgado hizo lugar al pedido de la demandada y resolvió que la cuestión planteada había devenido abstracta por haberse cumplido el objeto del amparo. Para así decidir, entendió que de la documental acompañada por el Gobierno se desprendía que, a través de la Resolución N° 3114-MHGC-2010⁹, la reasignación cuestionada (que había sido aprobada por la Resolución N° 2846-MHGC-2010) fue rectificadas. En consecuencia, las sumas objeto de la presente acción fueron reasignadas a la partida del Ministerio de Educación de donde habían sido detraídas.

El Juzgado agregó que, si bien ACIJ también había peticionado en su escrito de inicio que los montos antes referidos mantuvieran su afectación en los ejercicios fiscales sucesivos luego de ser reafectados, “la actuación del poder judicial está llamada a desplegarse en casos concretos y no ante la conjetura de incumplimientos del órgano ejecutivo”. Entendió que, “[p]or lo tanto, la

valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público de la Ciudad (...) se declaran inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad”, por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Argumentó que la imposibilidad de disponer medidas para identificar, aislar y proteger recursos presupuestarios para reorientarlos al fin del cual fueron ilegítimamente sustraídos por el propio Gobierno excluye del control judicial oportuno la conducta del Gobierno que viola abiertamente derechos constitucionales. Ello frustra la posibilidad de obtener un remedio adecuado durante el desarrollo del proceso.

⁹ La resolución está disponible en:

<http://www.boletinoficial.buenosaires.gob.ar/documentos/boletines/2011/01/20110105.pdf> (pág. 17). El anexo está disponible en:

<http://www.boletinoficial.buenosaires.gob.ar/documentos/boletines/2011/01/20110105ax.pdf> (pág. 35).

continuación de esta acción a efectos de observar el mantenimiento de una afectación presupuestaria en futuros ejercicios, podría implicar la cristalización de la partida presupuestaria respectiva y una suerte de intromisión de la jurisdicción en la actividad del Gobierno”.

Respecto de la declaración de abstracto, recordó mediante citas jurisprudenciales del fuero que “es función de los jueces decidir litigios en los que se configuran colisiones efectivas de derechos, estándoles vedado efectuar declaraciones meramente generales o abstractas”; y que “[e]n las cuestiones abstractas (sean las inicialmente abstractas o, como en el caso, las que devienen abstractas durante el transcurso del proceso) se produce para algunos inclusive una ‘falta de jurisdicción’ más que de competencia, la que exime al tribunal del deber de fallar”. Finalmente, agregó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, las sentencias “deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario”.

¿Cómo podría mejorarse la estrategia?

En su acción de amparo, ACIJ abordó extensamente el problema de las sub ejecuciones presupuestarias. Explicó que, dado que el cierre del ejercicio fiscal era inminente (porque el año 2010 estaba próximo a terminar), la sub ejecución de la partida asignada a educación —que no sólo no había sido gastada, sino que, aún peor, había sido reasignada a otros fines— ya era prácticamente irreversible en los hechos. Advirtió de que, en consecuencia, si la demanda era rechazada, los fondos ingresarían a rentas generales al año siguiente, al tiempo que subrayó que eso había ocurrido sistemáticamente durante los últimos años.

Sin embargo, es posible que la cuestión no haya sido lo suficientemente enfatizada, de modo que puede no haber quedado del todo claro que la sub ejecución del presupuesto, *por sí sola*, constituía una violación de las normas aplicables. Por ejemplo, en el amparo se sostuvo que “si la sub ejecución de recursos es inaceptable, el hecho que motiva este caso judicial es aún más indignante e insultante: la consciente y deliberada utilización de partidas destinadas a asegurar el derecho a la educación de los niños/as para otros fines constituye un fraude a los derechos de quienes necesitan las obras”.

En la misma línea, se relató que “[h]asta ahora, el Poder Ejecutivo ha venido detrayendo fondos de áreas Educativas, utilizando la perversa estrategia de la sub ejecución de recursos (...). En el caso de autos, el Gobierno recurre a una herramienta mucho más evidente y flagrante para

reasignar partidas destinadas a educación, por lo que la vulneración del art. 25 de la Constitución resulta más grosera y evidente”.

Parecería que, para obtener una sentencia que dispusiera un remedio efectivo —tanto contra la reasignación como contra la sub ejecución—, habría sido más conveniente enunciar claramente que *los dos hechos* motivaron el caso y que *cada uno por sí solo* era suficiente para hacerlo. En efecto, es claro que la no utilización de fondos que el Estado tenía disponibles para gastar —y que habían sido legalmente asignados a fines educativos— es una flagrante violación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr la efectividad del derecho a la educación (art. 2, párr. 1, del PIDESC).

Por otra parte, la sub ejecución del presupuesto asignado a educación y su ingreso a rentas generales al año siguiente puede constituir en definitiva —del mismo modo que una reasignación— un mecanismo para orientar esas partidas a fines distintos de aquéllos a los que fueron asignadas, en los términos del art. 25 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. No parece plausible interpretar que una prohibición constitucional tan categórica sólo tiene por fin evitar que los recursos sean formalmente desviados a fines no educativos durante el transcurso del ejercicio (en el caso, mediante una resolución ministerial), pero que es perfectamente compatible con que estos recursos no sean utilizados para ejecutar los programas educativos a los que fueron asignados, siempre y cuando se mantenga su asignación formal en el presupuesto de ese año.

De acuerdo con esta línea de argumentación, debería haberse enfatizado que la reasignación de la partida en cuestión mediante la resolución ministerial impugnada sólo hizo más evidente una violación *preexistente* —y que continuó existiendo después de que el gobierno revirtiera dicha reasignación—, al formalizarla en el texto de dicha resolución.

De ello se desprende que el hecho de que se hubiera revertido esa reasignación no tornaba abstracto el caso ni volvía conjetural la violación de los derechos en juego. Por el contrario, parte del remedio solicitado (la creación de una partida que mantuviera su afectación específica en los ejercicios siguientes) seguía siendo necesaria para asegurar la supremacía constitucional.

Así, al evaluar la situación existente al momento de dictar la sentencia, el Juzgado debía tener en cuenta no solamente la circunstancia de que la reasignación había sido revertida, sino el panorama completo, que incluía: (i) la persistencia de graves problemas infraestructurales en la

educación pública en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires; (ii) el saldo de recursos que habían sido asignados a infraestructura escolar en el presupuesto del año 2010 y que finalmente no fueron ejecutados (a pesar de que su reasignación a otros fines fue revertida); y (iii) la sistematicidad de la práctica de sub ejecutar las partidas presupuestarias asignadas al Ministerio de Educación año tras año.