

¿Transferencias o derecho constitucional de los niños?



Gustavo Zafra Roldán*

CÁTEDRA COLOMBIA. UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Este trabajo está dedicado al doctor Jaime Vidal Perdomo, maestro del derecho constitucional y del administrativo. Se presenta en público, por primera vez, hoy 14 de agosto de 2001, con motivo del homenaje que el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario le hace.

Las presentes notas reconocen las buenas intenciones de los distintos estudios y fórmulas que se han elevado a reforma constitucional. En este sentido no debe entenderse como ataque a nadie. Por el contrario, buscan ser cautelosas las referencias a instituciones o personas que con innegable autoridad han opinado sobre el tema. Preferimos que en las referencias que coincidan con algunas de las ideas por ellas planteadas, sean ellas mismas las que se identifiquen.

Esto lo hacemos porque creemos, con sinceridad, que la emotividad no ha ayudado a la búsqueda de los mejores acuerdos.

El mensaje es sencillo; si se piden aclaraciones a una propuesta, esto no debe confundirse con un ataque a la propuesta; si se recuerdan algunos antecedentes que han generado las dificultades del modelo inicial de la Constitución de 1991, no se trata de identificar culpables ni de hacer juicios históricos. Si se busca resaltar algunas de las inconsistencias de la Constitución de 1991 tampoco se trata de hacer



* Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana.

una descalificación a ella, que por cierto muchas cosas buenas tiene. Si se busca señalar la moderación en el gasto público, no es una crítica al Estado social de derecho; si a la inversa, se señalan las rigideces de una cultura centralista que se resiste a desaparecer, no es para molestar a quienes no son culpables de haberla heredado, ni al gobierno nacional en apuros. Entendemos el drama que deben vivir con un Plan de Desarrollo declarado inconstitucional, que equivale más o menos a no tenerlo, y al juego de la piñata sin reglas y todos con los ojos vendados.

Pensamos que si recordamos algunas pocas líneas institucionales fundamentales, podemos ayudar al menos a entender por qué el modelo de descentralización con autonomía de las entidades territoriales propuesto en la Constitución de 1991, con sus alcances, sus limitaciones, sus fortalezas y sus debilidades.

EL MODELO DE ESTADO

La Constitución de 1991 optó por una línea media entre el Estado unitario centralista de la vieja Constitución del 86 y sus reformas, y el Estado federal. La Constitución fue pragmática. En vez de adentrarse en una polarización innecesaria que reviviera verbalmente la violencia armada del siglo XIX entre los dos modelos, apuntó a un esquema intermedio, recogiendo las experiencias descentralistas de los últimos 20 años y reforzándolas con algunos rasgos tomados de modelos como el español o el Italiano, pero también, léase claro, con algunos rasgos federales como el de Alemania, USA y aun Suiza. La diferencia entre nuestro modelo y el de estos países, es que la Constitución colombiana fue más audaz en la distribución de recursos para la inversión social (el pago de maestros, médicos y personas del sector), e hizo un contrato económico-social de orden constitucional por el cual nación, departamentos y municipios como gobiernos nacionales, regionales y locales, elegidos democráticamente, participan de los recursos del presupuesto nacional.

El estatuto básico de las autonomías es entonces *un pacto constituyente*. Es elemento esencial del consenso básico que nuestra Constitución pretende definir la forma de Estado que tenemos: unitario (no federal), autonómico (con gobiernos democráticos regionales y locales y no con administraciones) y descentralizado.

ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y ESTADO CON AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN

La Constitución apostó al modelo autonómico (gobiernos elegidos popularmente en todos los niveles, competencias constitucionales propias, régimen tributario propio sujeto a ley y participación en las rentas nacionales), porque se partió de la base de que este sistema realizaba mejor la democracia participativa y no la representativa, y consultaba mejor la pluralidad de las comunidades locales y regionales. El modelo mantiene los recursos públicos del Estado social de derecho dirigidos prioritariamente a la inversión social en salud, educación, servicios públicos básicos y empleo. En esto hubo un amplio consenso, en que un Estado social de derecho no puede existir sin garantizar la educación y la salud a todos los colombianos en un nivel básico. Por ello las fórmulas de distribución de los recursos se hicieron teniendo en cuenta no sólo la población, sino también las necesidades básicas insatisfechas. Contra lo que algunos afirman, los departamentos que más recibían recursos en el sistema anterior a 1991 por su mayor población, disminuyeron ligeramente su porcentaje de participación al incorporarse el índice de necesidades básicas insatisfechas, como criterio a tener en cuenta para la distribución. No fue en ningún caso una reforma para favorecer privilegios. Sin embargo, es necesario reconocer que Colombia no tiene, ni tenía en el momento de 1991, un sistema satisfactorio y confiable de medición de necesidades básicas insatisfechas, porque el Dane usaba el criterio de calidad de vivienda en la época mencionada. Todos conocemos además las dificultades con que el sector salud y educación trabajan para levantar estadísticas confiables. Se observa entonces que el problema de la eficiencia del gasto social va ligado más a la administración del sistema constitucional que a la norma misma y a la Ley 60 de 1993, que con algunas dificultades, ha permitido al menos reglas de juego para los distintos actores. Además, reconozcámoslo con modestia, el modelo no es original; se encuentra en las experiencias de estados federales y autonómicos y en la literatura mundial de finanzas públicas como en Musgrave y Bird.

POR QUÉ SE ESCOGIÓ PARTICIPACIÓN EN RENTAS NACIONALES Y NO FEDERALISMO FISCAL

Una de las mayores críticas que por voz autorizada se hace a la Constitución de 1991, es que al rechazar el proyecto inicial del gobierno se

desechó la propuesta de federalismo fiscal, cuyo mayor doctrinante colombiano ha producido en compañía con el Banco de la República los estudios más juiciosos sobre el tema. Éste es un buen debate. Sólo queremos contribuir a él con tres reflexiones básicas. La primera, muy elemental, Colombia no es todavía un Estado federal. La segunda nos muestra que los estudios de base económica que existen sobre la mayoría de los municipios colombianos, cerca de 1.000, muestran que por sí solos fiscalmente no pueden sobrevivir. Algo semejante sucede con el 90% de los departamentos. Más que pereza fiscal que los estudios han comprobado, en los departamento y municipios hay es pobreza fiscal. Su estructura tributaria es limitada básicamente al impuesto predial, y el de industria y comercio; algunos pueden darse el lujo de un modesto sistema de valorización y a otros impuesticos que no llegan al 10% de las rentas municipales. Los departamentos, cuyo problemática es más compleja, viven encima del crecimiento poblacional y redistribuido territorialmente para los efectos del tema tratado.

¿POR QUÉ LOS RECURSOS NO DAN PARA EL FINANCIAMIENTO DEL ESTADO?

Coincidimos en que el déficit fiscal hay que estabilizarlo o reducirlo; en que la atención del servicio de la deuda es asfixiante (males del Banco de la República); en que en el discurso internacional del FMI, del BM y del BID, hay lo que otro colombiano denomina “la defluencia”, o sea el discurso de “lo toma o lo deja» (un jefe de Estado colombiano en el pasado, lo dejó y se la ganó al FMI).

Miremos algunos antecedentes del problema. Es verdad que la Constitución de 1991 estableció un mayor gasto público e institucional, pero también previó en el artículo transitorio número 43 una reforma tributaria que se podía establecer por el gobierno de la época que las había solicitado. Éste, dentro de su estrategia con el Congreso no hizo uso de las facultades que le dio la constituyente y prefirió negociar con el Congreso la reforma. Ella se hizo limitada en el tiempo y en el ajuste tarifario. En otras palabras, se quedó corta.

Es difícil decir si ese fue el escenario realista para tramitar después la agenda legislativa que ese gobierno tuvo con el Congreso, entre otras la ley de reforma financiera. Pero el hecho está allí, la bomba fiscal le explotó al siguiente gobierno.

Además, el de la época de la constituyente, tuvo facultades constitucionales especiales para reducir el tamaño del Estado nacional, también solicitadas, y no lo hizo. Es justo reconocer que en este caso se atravesó un concepto de la Comisión Consultiva *ad-hoc* del Consejo de Estado que llenó de incertidumbre el alcance de la reforma administrativa.

Curiosamente, al gobierno le terminó yendo bien en su "reformita", pero se perdió la oportunidad histórica de hacer el ajuste, en un momento en el que la economía colombiana, los municipios y departamentos hubieran podido absorber el desempleo generado por la reducción burocrática nacional. Lo que sí genera cierta perplejidad es el incremento de empresas industriales y establecimientos públicos a nivel nacional después de la Constitución de 1991, así como el de empleados nacionales, cuando la tendencia lógica ha debido ser la contraria.

El modelo departamental, hay que reconocerlo, quedó ambivalente, por un lado una variable política, la elección de gobernadores, que se impuso como una realidad de consenso en la constituyente, y por otro unas funciones de carácter técnico del departamento, como sugerían las recomendaciones de Naciones Unidas (PNUD), Planeación Nacional Unidad de Desarrollo Territorial, Findeter, Procomún y las federaciones de municipios, donde el nivel de ejecución básico se le atribuye al municipio como célula fundamental y el departamento debe ser un nivel de gestión, de planificación, de promoción, de apoyo, y de articulación entre el Estado nacional y el nivel de gobierno municipal. Algo semejante se encuentra en Estados autonómicos y federalistas con fuerte desarrollo del nivel local.

En el lenguaje constitucional esa relación se concreta en el nivel comparado mundial, bajo funciones expresadas en tres verbos rectores: coordinar, subsidiar y complementar. En otras palabras, los gobernadores no hacen sino que dejan que otros hagan, y "coequipan" en aquellos casos más necesarios.

La realidad, diez años después, muestra otro escenario: unos departamentos y municipios, sobre todo los más poderosos económicamente, que no fueron responsables en el manejo del derecho constitucional del crédito, y por supuesto, una banca que tampoco lo fue.

Un estudioso colombiano había advertido ese riesgo de la brasileñización. Tuvo razón. Dos leyes, en especial la 617 de 2000, heroica desde todo punto de vista, pueden introducir el orden. Vale la pena decir que la crisis no fue generada por la Constitución de 1991 sino por el acto legislativo primero de 1996 que trató de revivir los privilegios de asambleas y concejos que la Constitución de 1991 había limitado, y además por la falta de garantías sobre las entidades financieras por parte del ente regulador. En 1930, en un escenario parecido, la sociedad colombiana apeló a la moratoria. Eran los tiempos de Olaya Herrera y Esteban Jaramillo, con dos grandes partidos asumiendo las responsabilidades históricas de salvar las finanzas públicas, no importando qué poderosos intereses económicos se tocaran.

¿EL CONTRATO SOCIAL DEBE PACTARSE SOBRE INGRESOS CORRIENTES, SOBRE CRECIMIENTO ECONÓMICO, O SOBRE INFLACIÓN MÁS PROBONOS?

Infortunadamente, la fórmula que aparentemente se ha acordado entre gobernadores, alcaldes y gobierno, no es metafóricamente ni medio parecida a la de 1930. Como este documento se escribe el 28 de abril de 2001, paradójicamente, los que sufren en la fórmula son los niños (niños internacionalmente son todas las personas menores de 18 años); todos los demás salen más o menos contentos. El acuerdo parece dejar satisfechos a los gobernadores, porque de algún modo les legitima su papel de ejecutores de obras públicas cuando no lo son. ¿Tendrá que ver esto con la deuda pública inmensa de los departamentos y de las grandes ciudades? El acuerdo legitima la atenuación del efecto de la Ley 617 de 2000 que hacía del trienio de los alcaldes actuales un periodo de ajuste, legitima el sistema de reajustes automáticos, la promoción automática del escalafón docente que empezó en el gobierno de 1978-1982 y que llevó en 20 años a la crisis fiscal de la educación, como se había diagnosticado desde esa época por consultores de Planeación Nacional. El acuerdo legaliza las burocracias nacionales en vísperas electorales.

Por ello parece más lógico haber seguido la recomendación de la Comisión del gasto público dirigida por Gabriel Rosas y garantizado el crecimiento de los recursos de salud y educación ligados a precios constantes más crecimiento económico del producto interno bruto. Es la solución intermedia entre lo acordado y la fórmula actual de la Constitución. Como lo muestran los estudios de Iván Jaramillo a nombre de Fescol y de Francisco Piedrahita, rector del Icesi, con lo acorda-

do estamos escogiendo en dejar a perpetuidad entre 3'600.000 y 4'000.000 de niños por fuera de la cobertura del sistema educativo.

En este Estado social de derecho paralítico, ¿quién hace de Dios para escoger cuál 20% de los niños de cinco años están condenados al infierno de la ignorancia perpetua? ¿El ministro de Hacienda? ¿El de Educación? ¿Los gobenadores? ¿Los alcaldes? ¿Sus secretarios de Educación?

Lo que vemos en el futuro parece ser un sistema judicial congestionado de tutelas para hacer valer el derecho fundamental a la educación de cinco a 15 años y hasta el noveno básico.

Por fortuna la Constitución de 1991 sigue ahí

La fórmula acordada además genera un enorme potencial de conflicto que rompe la idea de la sociedad de competencia *concurrente* entre nación, departamento y municipio, que está pactada para salud y educación. Ella crea enormes escenarios de disenso entre actores institucionales legítimos, los alcaldes y gobernadores, a quienes se pone a competir por recursos sin reglas claras; igualmente sucederá en la bolsa común para los sectores de salud y educación. Nuevamente será el juego de la piñata con los actores vendados. Esta experiencia ya la han vivido alcaldes y gobenadores al interior de Ecosalud. La fórmula genera incertidumbre en la destinación de recursos y obliga además a competir a estos sectores con otros no necesariamente prioritarios dentro del concepto de Estado social de derecho.

Pero más grave aún, la norma proyectada le permite al Estado nacional lavarse las manos de modo definitivo, de su responsabilidad con los sectores más vulnerables de Colombia: los niños, los analfabetos de cualquier edad; y los municipios y departamentos más débiles, que requerirán siempre de un fondo de compensación educativa, que no es una limosna del Estado sino su deber, por ser la educación y la salud mientras Colombia no sea un Estado federal, una competencia concurrente de todos los niveles de gobierno.

Lo que está en juego no es una fórmula de más o menos, sino el concepto de sociedad igualitaria.