



ECONOMÍA Y POLÍTICA

ANÁLISIS DE LA COYUNTURA LEGISLATIVA



No. 43 - Julio 2008 comentarios a: vsaavedra@fedesarrollo.org

Director: Guillermo Perry R.

Editor: Juan Carlos Esguerra, Víctor Saavedra M.

EL PROYECTO DE LEY DE TRANSFORMACION SOCIAL UN DEBATE IMPORTANTE, PERO UN MAL PROYECTO

1. Introducción y Resumen

La Senadora Cecilia López presentó en la legislatura pasada un ambicioso Proyecto de Ley denominado Ley de Transformación Social, que pretende dar un vuelco sustancial a la formulación e implementación de la política social en el país. Este proyecto fue retirado el 17 de Junio, no obstante introduce una discusión de gran vigencia por lo cual es necesario analizarlo y buscar subsanar sus deficiencias para la próxima legislatura dado que va a volver a ser presentado. Específicamente, este proyecto busca definir derechos sociales básicos y convertirlos en derechos exigibles mediante la acción de tutela. Dada la amplitud, y en ocasiones la vaguedad, de la definición de estos derechos básicos en el proyecto, el Ministerio de Hacienda se pronunció sobre él de manera desfavorable con base en tres argumentos. En primer lugar, alega que podría llegar a tener un costo fiscal muy alto e imprevisible. En segundo lugar, que modificaría sustancialmente el actual Plan de Desarrollo. En tercero, que resultaría inconstitucional por cuanto, en su concepto, es contrario a las normas Constitucionales sobre Planeación, Dirección de la Economía

y Estado Social de Derecho.

En nuestra opinión el Proyecto adolece de muchos defectos. En particular, no define de manera sistemática los derechos sociales básicos y cuando lo hace no comprueba la posibilidad fiscal de convertirlos en derechos exigibles mediante la acción de tutela. Debido a estas deficiencias podría resultar en costos fiscales imprevisibles e insostenibles, como lo afirma el Ministerio. Asimismo, resulta inapropiado hacerlos exigibles mediante la acción de tutela, por cuanto este mecanismo jurídico está limitado constitucionalmente a la defensa de los derechos fundamentales, claramente separados en ella de los derechos económicos y sociales. Al menos desde este punto de vista, no cabe duda de que el Proyecto sería inconstitucional, así otros argumentos de inconstitucionalidad esgrimidos por el Ministerio puedan resultar más debatibles.

Dicho lo anterior, el Proyecto plantea una discusión sobre la orientación de la política social que es importante afrontar. ¿Hasta dónde es cierto que la política actual no es suficientemente "universalista" y que debería

serlo más? ¿Hasta dónde es cierto que universalismo y focalización se oponen? ¿Es posible y es conveniente definir derechos sociales básicos o esenciales de obligatorio cumplimiento, tomando en cuenta las limitaciones fiscales? ¿En qué áreas y con qué contenidos? ¿Cuáles serían los instrumentos jurídicos apropiados para hacerlos exigibles? ¿Cómo se logra que los Jueces acepten la definición de contenidos mínimos y no la interpreten a su arbitrio como ha venido sucediendo en materia de salud? ¿Cómo se asegura su sostenibilidad fiscal hacia el futuro? En este número de Economía y Política se adelantan algunas opiniones sobre este necesario debate.

2. ¿Es posible y conveniente implementar una política social basada en la formulación de derechos sociales básicos?

El Proyecto en referencia se inspira, según su Exposición de Motivos, en tres vertientes teóricas. En primer lugar, en el enfoque del INDES sobre “universalismo básico”. “Este enfoque se basa en el suministro (garantizado por el Estado, aunque no obligatoriamente prestado por éste) de bienes y servicios básicos que permitan un goce efectivo de los derechos sociales, pero que se limiten a las prestaciones esenciales, a fin de que su universalización sea social y fiscalmente sostenible. En palabras de sus promotores: Los principios que guían la propuesta del universalismo básico son los siguientes: (i) la cobertura del conjunto de prestaciones esenciales que lo definen debe ser universal y debe alcanzar a las categorías de población definidas a partir de atributos que todas las personas cumplan; (ii) este conjunto de prestaciones, que bien puede incluir bienes, rentas o servicios, debe cumplir con estándares de calidad garantizados para todos; asimismo (iii) el usufructo de este conjunto

de prestaciones debe estar garantizado para todos y esa garantía debe ser brindada por el Estado; y (iv) el universalismo básico ofrecerá un conjunto limitado de prestaciones llamadas esenciales, conjunto que responderá a las particularidades y niveles de desarrollo propios de cada país” (subrayados nuestros).

En segundo lugar, en las propuestas de la CEPAL sobre Cohesión Social que contemplan: (i) garantía de umbrales mínimos de protección social para todos, (ii) mecanismos sostenibles económicamente para asegurar la expansión progresiva y equitativa de esos umbrales de protección, (iii) el desarrollo de formas concretas de solidaridad, (iv) la puesta en marcha de una institucionalidad social que tenga suficiente autoridad y legitimidad y (v) la puesta en marcha de regulaciones que aseguren la vigencia efectiva de la solidaridad en el financiamiento fiscal y contributivo.

En tercer lugar, en el enfoque de Derechos Humanos (Comité DESC) que destaca las siguientes cuatro obligaciones de los Estados firmantes: (i) la de no discriminar; (ii) la obligación de adoptar inmediatamente medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr la plena realización de los derechos sociales; (iii) la obligación de asegurar un contenido mínimo de los derechos reconocidos en el PIDESC; y (iv) la prohibición de retroceso.

Como puede verse, en los tres enfoques se distinguen dos tipos de contenidos en los derechos sociales. De un lado, un contenido básico o esencial de los derechos, que los Estados deben tener la obligación de garantizar para todos y cuya definición debe consultar la capacidad fiscal y el nivel de desarrollo del país. De otro, un contenido deseable

de progresivo cumplimiento en el tiempo, a medida que avance la capacidad fiscal y administrativa del Estado. La mayor crítica que puede hacerse al Proyecto es precisamente la de que no define esos contenidos básicos, de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, con base en un estimativo cuidadoso de sus costos fiscales y de la capacidad fiscal del Estado, como lo recomiendan las tres vertientes teóricas en las que se basa.

Tomemos, por ejemplo, el caso de la salud. El Artículo 21 dice textualmente: “El derecho a la salud comprenderá como elemento mínimo la exigibilidad de niveles de atención dignos, los cuales corresponden a los servicios de mejor calidad que el Estado esté en capacidad de proveer”. Es fácil imaginar el impacto fiscal que tendría este artículo en manos de jueces fallando acciones de tutela para hacerlo exigible. Algo similar sucede con la forma como se definen los contenidos mínimos de los derechos a la alimentación adecuada, la vivienda digna y la seguridad social

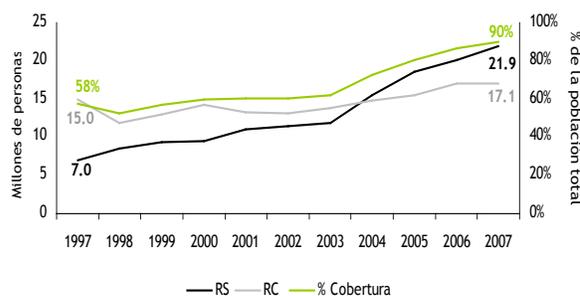
3. La crítica a las políticas sociales de los noventa.

La Exposición de Motivos parte descalificando las políticas sociales aplicadas desde principios de los noventa, que incluyen, según el texto, la descentralización, la focalización basada en subsidios a la demanda, la competencia en la prestación de servicios y el desarrollo de los servicios sociales con base en proyectos puntuales”. Sin embargo, esa posición no se justifica bien en el texto ni desde un punto de vista conceptual ni empíricamente. Además, resulta innecesaria para defender el enfoque teórico que adopta.

No hay duda de que las políticas de descentralización y de competencia en la prestación

de servicios sociales, con base en subsidios focalizados a la demanda, han tenido en ocasiones problemas de implementación, más o menos serios, y que subsisten aun serios problemas de calidad e inequidad en el acceso, que podrían ameritar adoptar un enfoque de derechos como el que defiende el Proyecto. Pero sería necio desconocer los avances que han permitido esas políticas, por ejemplo, en materia de aseguramiento de salud, cuya cobertura aumentó del 23% en 1993 al 90% actualmente, especialmente entre los grupos de ingreso más bajo y se tiene que para el nivel 1 del Sisben la cobertura se elevó de 6.1% en 1993 a 46.5% en el 2003. Ver Gráfico 1. Asimismo, la cobertura de educación básica ha aumentado del 76% en 1996 al 107% en el 2006 y, en particular, para el quintil más bajo, de 83% en 1996 a 90% en el 2004 y el aumento también ha sido considerable en el quintil 2. Ver Gráfico 2. La propia Exposición de Motivos reconoce que las políticas sociales aplicadas hasta los ochenta eran muy ineficientes y que, en general, no llegaban a los pobres. De otra parte, presenta datos muy positivos sobre el aumento del gasto social y las coberturas durante la década de los noventa, lo que no se compadece con el juicio tan adverso a estas políticas.

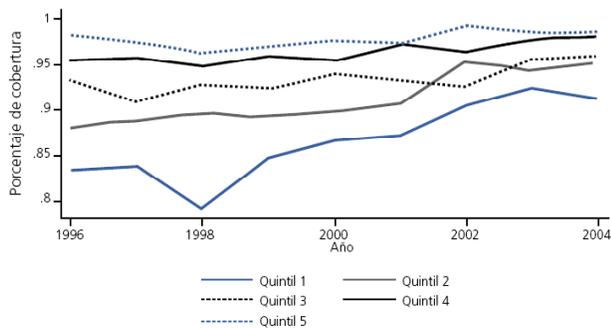
Gráfico 1
COBERTURA EN SALUD A NIVEL



Fuente: Ministerio de Protección Social, Revista de Salud Pública.

¹ Ver, por ejemplo, M. Santamaría 2008, y Ursula Giedion 2007.

Gráfico 2
COBERTURA EDUCACIÓN BÁSICA POR
QUINTILES DE INGRESO



Fuente: Encuesta de Hogares (Dane), Cálculos de Fedesarrollo.

El Proyecto presenta la focalización y la competencia en la prestación de servicios como esencialmente incompatibles con el universalismo. Al hacerlo confunde objetivos (el universalismo) con medios (la focalización y la competencia). La verdad es que en países con altos niveles de desigualdad los subsidios focalizados resultan indispensables para conseguir el universalismo. En América Latina, las familias pobres retiran con frecuencia a sus hijos de la escuela cuando sufren choques de ingreso por cuanto el costo de oportunidad de mantenerlos hasta terminar secundaria, cuando se obtiene un retorno verdaderamente significativo a la educación, en lugar de contribuyendo a la generación de ingresos en el hogar se hace prohibitivo. En esas condiciones subsidios o transferencias de ingreso condicionadas a mantener los hijos en la escuela (como en los programas Oportunidades en México, Bolsa Escola en Brasil, Chile Solidario, Familias en Acción en Colombia o Juntos en Perú) constituyen la única forma efectiva de resolver este problema y asegurar el universalismo. Las evaluaciones de impacto disponibles confirman que éstos programas son muy efectivos para aumentar la cobertura efectiva de la edu-

cación entre los sectores de ingreso bajo. Por supuesto que también se necesita disponer de escuelas y maestros, pero ello no es suficiente para garantizar el universalismo. Algo similar ha sucedido con el régimen subsidiado de salud en Colombia.

Pareciera conveniente despojar la discusión de la política social de un nivel tan alto de ideologización como el que se observa tanto en la Exposición de Motivos del Proyecto como en el escrito del Ministerio de Hacienda: ambos se esmeran en calificar de asistencialistas las propuestas de la contraparte.

4. La Constitucionalidad del Proyecto. ¿Es la tutela el mecanismo jurídico adecuado para garantizar la prestación de servicios sociales mínimos?

En el afán de buscar la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales cuya realización constituye el núcleo de la transformación social que persigue la ley, el artículo 12 de la propuesta consagra un así llamado ‘principio de efectividad’ que, según se dice en él, consiste en el “derecho de los afectados” a interponer acción de tutela como mecanismo para hacer exigibles judicialmente tales derechos.

En otras palabras, con evidente simplismo, el proyecto pretende extender el alcance de la acción de tutela a los derechos sociales, económicos y culturales, a partir de la idea de que es esa una forma idónea de conseguir que ellos se hagan realidad.

La verdad, sin embargo, es que con ello se incurre en una gruesa y doble violación de la Constitución, que por una parte circunscribe expresamente el ámbito de la acción de tutela a “la protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales”,

y por la otra la define como un instrumento de carácter subsidiario para aquellos casos en los que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” o en los que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (artículo 86).

Por lo demás, este artículo 12 del proyecto incurre en el yerro adicional —esta vez de elemental técnica legislativa— de establecer una circunstancia meramente subjetiva como elemento básico para esta modalidad de acción de tutela, consistente en que quien va a interponerla “considere afectado” el reconocimiento mínimo que la ley le asigna a cada uno de sus derechos sociales, económicos y culturales, y no, como debería ser, la circunstancia objetiva de que en efecto ese mínimo haya resultado afectado. De esta suerte, el fundamento de esta *sui generis* especie de tutela no sería, como debería ser, el hecho real de que el Estado no satisfaga el mínimo de tales derechos, sino la estimación personal del titular de los mismos, de que ese mínimo no se está satisfaciendo o no se ha satisfecho.