

ESTADO DE DERECHO E INSTITUCIONES

Por Sergio Clavijo (Marzo de 2004) ^{*/}

I. Introducción

La Constitución Política Colombiana de 1991 ha significado un gran avance en materia de representatividad de los ciudadanos y ordenamiento institucional. En el primer caso se profundizó el esquema de descentralización política, para lo cual se adoptó la elección de Gobernadores por voto popular, después de que se había instituido la de alcaldes a partir de finales de los años ochenta. También se aceleró la descentralización de tipo fiscal al adoptar un esquema de transferencias de recursos, los cuales han implicado que el gobierno central comparta “automáticamente” cerca del 50% de sus ingresos tributarios con los Departamentos y Municipios del país. Estos recursos se destinan en su gran mayoría al pago de la educación y la salud, basados en esquemas de subsidios cruzados a la demanda, los cuales tratan de establecer los costos por servicio prestado (la llamada “capitación”).

En el caso del ordenamiento institucional el mayor aporte de la Nueva Carta Política radica en haber creado una serie de organismos relativamente independientes del Ejecutivo. La idea es que dichos organismos puedan adelantar importantes tareas técnicas usando criterios de equilibrio de largo plazo, sin la injerencia directa del gobierno de turno, tanto en materia de ordenamiento económico (el caso del Banco de la Republica), como de energía y aguas (el caso de la CREG y CRAG), etc.

Diversas evaluaciones nos permiten extraer las siguientes conclusiones sobre el relativo éxito que ha tenido este tipo de ordenamiento institucional (Comisión de Racionalización del Gasto Público, 1997; Clavijo, 1998).

Una primera conclusión es que *el Marco Constitucional de 1991 ha resultado adecuado y “amigable” al propósito de lograr mayor bienestar masivo para los colombianos*, en un ambiente de sana competencia. Ese Marco no solo respeta el principio de mercado y de libre asociación (Arts. 38 y 58), sino que permite intervenirlo para mejorarlo, cuando quiera que las circunstancias monopólicas amenacen con encarecer la provisión de dichos bienes y servicios. Esto no quiere decir que no se hubieran cometido errores en la Carta de 1991, como el de no haber permitido que el gobierno central pudiera disfrutar de alguna porción de las regalías mineras o que no se hubiera puesto un límite al endeudamiento territorial.

Una segunda conclusión, *es que el desarrollo legal de esos principios económicos y sociales resultó siendo de menor calidad respecto al marco general provisto por la Constitución* y que en los casos de la educación y, en menor medida, en la salud, se han tenido serios problemas de implementación. No es entonces de extrañar que la descentralización haya resultado apenas de regular calidad, pues las leyes no fueron las mejores y existieron, como se dijo, dificultades operativas, alimentadas por intereses políticos.

¿Qué pasó? Que la Carta de navegación resultó siendo mal interpretada, a veces por el gobierno, otras por el Congreso y en muchas ocasiones por la propia Corte Constitucional (Clavijo, 2001a y 2004). El Ejecutivo, por ejemplo, se equivocó en la descentralización de la educación (Ley 60 de 1993), pues en vez de impulsar un sistema de “pagos por alumno atendido”, terminó perpetuando los “pagos en bloque”, sin atención a las necesidades específicas de cada región. Afortunadamente, esta falla se enmendó a través de instituir el pago “por capitación” mediante la Ley 715 de Diciembre de 2001, apoyada por la Reforma Constitucional a los Art. 356 y 357.

^{*/} Co-Director del Banco de la República. Las opiniones aquí expresadas son exclusiva responsabilidad del autor. Artículo publicado en la Revista Javeriana: Colombia ¿Estado Social de Derecho? (Abril de 2004). Email: sclavive@banrep.gov.co

El Congreso, por su parte, deformó gravemente la idea de proveer seguridad social en forma amplia y oportuna. Este fue el caso de la Ley 100 de 1993 en su componente pensional, ya que el legislador optó por un sistema dual, sin adoptar suficientes correctivos para el componente público del ISS. Tal como se había pronosticado desde 1995, durante el año 2004 las reservas pensionales del ISS se extinguirán totalmente y el gobierno tendrá que dedicar parte de su tributación general a financiar faltantes que podrán llegar a representar hasta 6% del PIB en el año 2010. La nueva Ley pensional 797 de 2002 adoptó correctivos importantes, pero de poca utilidad para enfrentar la difícil etapa de transición fiscal hacia el nuevo régimen. Esta tampoco se ocupó de los llamados “regímenes especiales”. Igualmente se había descuidado de forma grave lo referente al componente pensional territorial, lo cual solo se enmendó parcialmente con Ley 549 de 1999 y la 863 de 2003, allegando mas recursos para el FONPET.

La verdad es que Leyes las hay de buena calidad: como la Ley 100 de 1993 en su componente de Salud, pero donde ha habido graves problemas de implementación. También existen Leyes de pésima calidad: como la Ley 141 de 1994 sobre regalías mineras, la cual solo se ha enmendado parcialmente con el traslado de parte de los proyectos de inversión hacia el DNP, con base en la Ley 812 de 2003 sobre el Plan de Desarrollo del periodo 2002-2006.

II. Hacia Un Balance Sectorial

Hemos asignado una calificación de Bueno (B=3), Regular (R=2) o Malo (M=1) y reclasificado dicho resultado en la escala de 1 (malo) y 5 (excelente). Cada calificación intenta juzgar en qué medida la provisión de esos bienes públicos (educación, salud, etc.) se ha logrado hacer con coberturas amplias, a costos razonables y con buena calidad en la prestación de esos bienes y servicios.

Balance Institucional y Logros en las Principales Areas: 1991 – 2003

Bueno (B=3), Regular (R=2), Malo (M=1)

| Areas | Marco Constitucional | Desarrollo Legal | Implementación y Resultados | Calificación * (Máximo = 5.0) |
|-----------------------|----------------------|------------------|-----------------------------|----------------------------------|
| 1. Educación | | | | <u>2.7</u> |
| a. Básica | B | M | R | 3.3 |
| b. Superior | R | M | M | 2.2 |
| 2. Salud | | | | <u>3.0</u> |
| a. Preventiva | R | M | M | 2.2 |
| b. Curativa | B | R | R | 3.9 |
| 3. Descentralización | | | | <u>3.0</u> |
| a. Política | R | R | R | 3.3 |
| b. Fiscal | R | R | M | 2.8 |
| 4. Servicios Públicos | | | | <u>3.6</u> |
| a. Tarifas | B | B | R | 4.4 |
| b. Infraestructura | B | M | M | 2.8 |
| 5. Justicia | | | | <u>3.7</u> |
| a. Corte Constituc. | B | R | M | 3.3 |
| b. Judicatura | R | R | R | 3.3 |
| c. Fiscalía | B | B | R | 4.4 |
| 6. Juntas Autónomas | | | | <u>3.6</u> |
| a. Energía (Creg) | B | M | R | 3.3 |
| b. Banco República | R | B | R | 3.9 |

* : El máximo de calificación de 9 (equivalente a obtener 3 Bien) ha sido re-escalado para expresarlo en el rango 1 (min.) a 5 (máx.).

Fuente: Clavijo (2001b).

Del cuadro adjunto se puede obtener el siguiente balance sectorial:

Educación: Calificación de 2.7 sobre 5.0 (hemos convertido el máximo de 9 puntos a la escala de 1 a 5). El marco constitucional es bueno en primaria, al haberse fijado la prioridad de nuevo años de educación básica, pero la Ley 60 de 1993 no lo desarrolló adecuadamente, como ya se comentó. Somos relativamente optimistas sobre la aplicación de la Ley 715 de 2001. Los resultados son entonces apenas regulares. En educación universitaria la Constitución falló al haber dejado abierto el principio de “autonomía”, para gastar irresponsablemente, y esto se agravó aun mas con la Ley 30 de 1992. El resultado es un sistema universitario sin mayor viabilidad económica y de mala calidad.

Salud: Calificación de 3.0. A nivel preventivo la Constitución es débil y la Ley 100 de 1993 no otorgó instrumentos adecuados para los Planes Básicos de Salud (PAB). Esto

contrasta con lo logrado en la parte curativa, donde el esquema EPS-IPSS, una replica criolla de los “Health Management Organizations” (HMOs), ha permitido ampliar la cobertura de manera significativa, con calidades aceptables. Sin embargo, el país podría verse abocado a una crisis de salud en la medida en que se está bajando la guardia a nivel de atención primaria, donde los puestos de salud y los programas de vacunación y tratamientos de agua permitieron la gran revolución en los años 1960-70s.

Descentralización: Calificación de 3.0. A nivel político se ha hecho evidente las imperfecciones de un sistema electoral atomizado, con circunscripción nacional de senado y regional para los representantes. El resultado es el “canibalismo” de los partidos y la inestabilidad de las alianzas, con malos resultados para la gobernabilidad. A pesar de la profundización en la descentralización política, al elegir también gobernadores por voto popular, la descentralización fiscal ha sido traumática. Tal como se explicó, las fallas en la aplicación de las transferencias del situado y las participaciones municipales han sido protuberantes. El grueso de las reformas constitucionales (cerca de catorce al finalizar el 2003) han versado sobre las transferencias territoriales, señal de que allí las cosas no han marchado bien.

Servicios Públicos: Calificación de 3.6. En materia constitucional es donde mejor se hicieron las cosas, tanto en lo referente a tarifas, como en el desarrollo de la infraestructura. En el primer caso las leyes desarrollaron bien estos principios, aunque la debilidad de los organismos de supervisión ha impedido una buena implementación. Algo similar ocurrió en materia de infraestructura, pero allí ha habido fallas en las leyes referentes a garantías y la implementación ha sido traumática, con graves problemas de corrupción.

Justicia: Calificación 3.7. Salvo por los reparos a la figura de la Judicatura, a nivel Constitucional se tienen buenos principios. A nivel de leyes y estatutos el balance es regular, mientras que a nivel de implementación se tienen malos resultados con la Corte del periodo 1991-2000 en materia económica y regular con la del periodo 2001-2003, al menos en materia económica (Clavijo, 2001a y 2004). La fiscalía es la que sale mejor librada, a pesar de las críticas a los sistemas de emergencia adoptados en momentos en que el país lo necesitaba para luchar contra el crimen organizado.

Juntas Autónomas: Calificación 3.6. Este principio de cuerpos reguladores autónomos fue uno de los grandes avances de la Constitución, aunque el caso del Banco de la República ha sido criticado por su composición y rotación. En el caso de la CREG, algunas interpretaciones de la Ley han vulnerado su autonomía, mientras otros critican que dicho organismo intervenga en las políticas de mediano y largo plazo. Los ataques a la infraestructura han impedido una mejor aplicación de un modelo que debe ser exitoso hacia el futuro.

Algo similar ha ocurrido con el Banco de la República, donde el desarrollo legal ha sido bueno, pero donde la implementación de algunas políticas en momentos de crisis internacional han sido fuertemente criticadas, como las referentes al UPAC o al sistema de bandas cambiarias. Sin embargo, en el periodo 1999-2004 de aplicación del sistema de flotación cambiaria y de “inflación objetivo”, el Banco de la República ha logrado mantener inflaciones bajas y de un solo dígito, al tiempo que ha logrado reducir sus tasas de interés y apoyar la recuperación económica, estando muy cerca de cumplir las metas de inflación fijadas con criterios de largo plazo (Banco de la República, 2004).

III. El Estado Social de Derecho (ESD) y el Ordenamiento jurídico

Como es sabido, la Constitución de 1991 invoca el principio del “Estado Social de Derecho” (ESD), el cual ha dado lugar a una gran polémica. Recordemos que esa fue la respuesta moderna de algunos Estados Europeos a la situación de la post-guerra. En efecto, ante la necesidad de la reconstrucción de los años cuarenta y cincuenta, se fue consolidando la idea de promocionar un Estado activista en materia de reafirmación de los derechos sociales. Los teóricos de España y Alemania, principalmente, se dieron a la tarea de explicar cómo y porqué se requería añadir una serie de funciones sociales a las tradicionales del Estado de Derecho, el cual ya estaba fundamentado desde hacia un par de siglos en los derechos capitalistas de propiedad y respeto a la iniciativa privada (Botero, 2003).

Estas nuevas funciones sociales han tomado muchas y variadas formas, pero todas ellas apuntan a profundizar la regulación económica, la distribución del ingreso-riqueza e intentar definir unos derechos programáticos sociales. Tratándose de temas “principalistas”, donde el concepto de equidad bien puede tener un referente de mínimos absolutos deseados o de brechas mínimas relativas, la operatividad del mismo concepto de ESD es altamente debatible. Sin lugar a dudas, el elevar el concepto del ESD a nivel Constitucional “invita” a las Cortes al activismo económico.

Unos definen el ESD como “una formula dialéctica para que el Estado fuerte afirme los derechos sociales”; otros invocan la necesidad de tener “instituciones propias” para afirmar “la dignidad de la persona, basándose en valores de igualdad y libertad”. También se habla con la jerga “cooperativista”-“solidaria” de Proudhon y cuando se postula la “abolición de la desigualdad social” de Böckendförde en el ESD resulta difícil diferenciarlo respecto de postulados marxistas y comunistas. Pero tal vez la definición mas etérea es la que se concentra en “el libre desarrollo de la personalidad”.

El concepto de ESD se ha querido enfatizar tanto por parte de la Cortes Colombianas, que en la propia sentencia C-551 de 2003 sobre el referendo (Ley 796 de 2003) se aclaró que el ESD formaba parte de la esencia de la Constitución de 1991 y que como tal (¿advertían?) que no sería reformable por esta vía, si algún día alguien así lo pensara. Según este concepto de la Corte, el ESD quedó como un “texto petrificado”, por que de otra manera sería como acabar con el espíritu de la Constitución actual.

Curiosamente, otros Estados decidieron recurrir a la reconstrucción física y social de la post-guerra, pero sin redefinir el Estado de Derecho a nivel Constitucional. Este fue el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos. Allí sencillamente, al calor del debate político posterior a la Gran Depresión (1935-37), el Congreso de la República y la Corte Suprema del *New Deal* (1937-44) fueron fraguando nuevas reglas del juego en tres áreas específicas: la expansión del poder nacional respecto de los Estados Federales, la supresión de garantías constitucionales en reclamaciones económicas y una incipiente jurisprudencia en materia de derechos civiles (Cepeda, 2001).

A continuación vino la gran revolución social en materia de derechos civiles, donde la Corte liderada por Earl Warren, durante el periodo (1953-69), alteró la jurisprudencia existente en más de 33 ocasiones. Esto implicó que, en promedio, se afectó la Constitución de los Estados Unidos dos veces por año, frente al promedio histórico del periodo 1790-1953, que había sido de un cambio cada dos años. Enfrentando gravísimos problemas de segregación racial y luchas religiosas, los Estados Unidos invocaron, de forma más práctica, el principio del “Estado Benefactor” (*Welfare State*) para impulsar programas de reinserción de las minorías negras, dándoles acceso a la educación y “reafirmando” sus oportunidades en los mercados laborales a través de cuotas que buscaban resarcir la discriminación histórica (Powe, 2000 p.485-501).

El contraste es entonces evidente: varios países Europeos (excluyendo curiosamente a Francia) y algunos países emergentes (incluido Colombia) decidieron expresar de forma genérica su afán por lo social y a través de ello aprobaron la figura constitucional del ESD. Esta figura, en la práctica, ha venido operando como una “patente de corso”¹ para que las Altas Cortes puedan interpretar y acomodar a su criterio el grado de “activismo” económico que quieren aplicar en cada caso, desconociendo la separación de poderes y la “jurisprudencia” existente. (Mayores detalles en Clavijo, 2004).

Esto es particularmente peligroso cuando el establecimiento invita al “activismo”, pero se encuentra totalmente desprovisto de la protección requerida para que el sistema económico básico no se vea alterado. Esta situación debe contrastarse con lo ocurrido en los sistemas anglo-sajones, donde las leyes referidas a los contratos-propiedad-responsabilidad han protegido al sistema económico del activismo judicial.

En Estados más prácticos, como el Norteamericano, ese afán por lo social no tomó la forma de la retórica constitucional de “los mínimos vitales, móviles, o el libre desarrollo de la personalidad”. Esta preocupación se expresó en programas temporales y

cambiantes según el saber y entender del Congreso de la República, que es la mejor expresión de la democracia en cada periodo y ciclo político.

IV. A Manera de Conclusión

En síntesis, el balance que se puede extraer de esta breve revisión institucional es que se han implementado mal un buen conjunto de principios Constitucionales. En unos casos hubo deficiente desarrollo de las leyes y casi en todos los frentes ha habido un pobre desarrollo de esas leyes, cuando no peligrosas interpretaciones de las Altas Cortes. Esta es par-excellence la definición de un país sub-desarrollado.

No es a través del prisma del “Estado Social de Derecho” que lograremos combatir la pobreza y disminuir la desigualdad social, sino mediante la dinámica de la inversión privada y la apropiada regulación del mercado, que son las bases de la generación del empleo sostenido. Ojala en un futuro cercano, logremos los Colombianos consolidar menos retórica alrededor “lo social” y mejores ejecutorias basadas en el Estado de Derecho y el respeto a la iniciativa y la propiedad privada bien habida.

¹ Dícese de la “autorización que se tiene o *se supone* para realizar actos prohibidos a los demás”, como por ejemplo, no invadir las decisiones de las instituciones autónomas cuyas tareas se encuentran claramente

Bibliografía

- Banco de la Republica (2004) Informe al Congreso de la Republica (Marzo).
- Botero, J.H. (2003) “Constitución y Democracia: Apuntes de Clase” (Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Septiembre).
- Cepeda, M.J. (2001) Derecho Constitucional Jurisprudencial: Las Grandes Decisiones de la Corte Constitucional (Legis Editores).
- Clavijo, S. (1998) Política Fiscal y Estado en Colombia (UNIANDES-Banco de la República).
- Clavijo, S. (2001a) Fallos y Fallas Económicas de la Corte Constitucional (Libros de Cambio, Editorial AlfaOmega, Abril).
- Clavijo, S. (2001b) “Qué Tal Manejamos: El Caso de la Constitución de 1991” Revista Cambio (Bogotá, Junio 26).
- Clavijo, S. (2004) Descifrando la ‘Nueva’ Corte Constitucional: Una Evaluación del Periodo 2001-2003 (Libros de Cambio, Editorial AlfaOmega, Febrero).
- Comisión de Racionalización del Gasto y la Finanzas Públicas (1997) Informe Final (Seis Tomos, Ministerio de Hacienda y Crédito Público).
- Powe, L.A. Jr. (2000) The Warren Court and American Politics (Belknap-Harvard University Press).