

Aportes Andinos N. 10 Servicios públicos y derechos humanos

La inversión social y la responsabilidad del Estado: un estudio de caso sobre la exigibilidad en Ecuador

*Ramiro Ávila Santamaría**

Contenido

1. *El Programa de Alimentación Escolar*
 2. *La desinversión social*
 3. *Las acciones jurídicas: los problemas enfrentados*
 4. *El análisis jurídico: los derechos violados, el daño y la responsabilidad del Estado*
- Conclusiones*

1. El Programa de Alimentación Escolar

El Programa de Alimentación Escolar (PAE) es el programa social de alimentación más grande e importante que realiza el Estado ecuatoriano, atendiendo con desayuno y almuerzo escolar a niños, niñas y adolescentes que asisten a escuelas de todo el país.

Los objetivos del programa son lograr el mejoramiento de la educación básica, brindar un apoyo alimentario con enfoque nutricional para menguar el hambre a corto plazo, otorgar un subsidio directo y focalizado a las familias pobres.

La Cobertura del PAE es de 15.846 escuelas fiscales, fiscomisionales y municipales, beneficiando a 1'423.340 niños, niñas y adolescentes entre los 5 a 14 años, durante 160 días al año.

Tiene dos modalidades de atención: (1) Desayuno escolar: Ración diaria por niño 30 gr. de galletas y 35 gr. de colada enriquecida, que contiene Vitaminas A, B1 (Tiamina), B2 (Riboflavina), ácido fólico, Hierro (el 50% del requerimiento diario), Calcio (el 30 % del requerimiento diario). El desayuno supe hasta el 15% de la necesidad nutricional de los

escolares. (2) Almuerzo escolar: Ración diaria por niño de almuerzo escolar de 100 gr. de cereal (arroz), 20 gr. de lenteja, 20 gr. de fréjol, 20 gr. de atún enlatado, 6 ml. de aceite vegetal, 12 gr. de azúcar, 5 gr. de sal, 5 gr. de avena. Más los componentes aportados por los padres de familia, como frutas, legumbres, huevo, condimentos, etc., que se emplean para preparar el almuerzo escolar.

El costo del desayuno escolar es de USD 0.07 (**siete centavos de dólar**) y del almuerzo es de USD 0.1644 (**dieciséis centavos de dólar**). En total, Ecuador invierte en la alimentación escolar con USD 0.2344 (**veintitrés centavos de dólar**) por niño, niña y adolescente diariamente.

El 97% del presupuesto del PAE es financiado a través del presupuesto general del Estado y por el Fondo de Solidaridad, que comprende un monto de 19 millones de dólares. De esos 19 millones, 3'000.000 son administrados por el Ministerio de Bienestar Social y el resto por el Ministerio de Educación y Cultura.

El PAE para cumplir cabalmente con sus propósitos de abastecer a todos los niños, niñas y adolescentes, requiere de aproximadamente 40 millones de dólares. Apenas está financiado la mitad.

2. La desinversión social

El Estado ecuatoriano, a través de acciones del Ministerio de Bienestar Social y del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, realizó varias transferencias de fondos de la partida "Aporte al PMA para almuerzos escolares" para otros fines. (1). En total, el Estado –de lo que se conoce- transfirió del PMA, destinado para alimentación y que debía ser administrado por el PAE, la cantidad de USD 2'900.000 (**dos millones novecientos mil dólares**).

Es decir, un programa que a penas tiene financiado el 50% de lo que requiere para cumplir sus objetivos, se le resta un 20% adicional.

Por esta transferencia de fondos, los beneficiarios del PAE dejaron de comer 12'608.695 raciones de desayuno y almuerzo escolar. Es decir, durante 11 días los niños, niñas y adolescentes dejaron de alimentarse en las escuelas.

3. Las acciones jurídicas: los problemas enfrentados

El primer problema fue encontrar víctimas que estén dispuestas a exigir sus derechos. Las escuelas tenían miedo de represalias por parte del Ministerio de Educación o que se les prive de los alimentos. Una escuela se atrevió: la Escuela Fiscal Mixta "García Moreno", que, como efecto de este recorte presupuestario, no recibió alimentos y productos que corresponde al Desayuno y Almuerzo escolar desde los meses de Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2003. Posteriormente, se les entregó incompleta la ración (no desayunos, ni galletas con vitaminas).

El segundo problema fue encuadrar estos hechos en los requisitos inflexibles del amparo, que requieren víctimas concretas, derechos violados, daños graves e inminentes y acción u omisión del Estado. El Juez de lo Civil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, inadmitió la acción de amparo afirmando que era un acto de carácter general.

Para evitar la impunidad, se intenta ahora una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El tercer problema fue que la Defensoría del Pueblo acepte la posibilidad que los actores, como titulares de derecho que son, sean las propias víctimas. En este caso comparecían la presidente del Gobierno Estudiantil de la Escuela García Moreno y el vicepresidente de Defensa de Derechos. A pesar que

comparecían con sus madres, la Defensoría del Pueblo (que tiene que dar un informe de admisibilidad) pidió que comparezcan únicamente los padres y madres y no los niños y niñas, que hubiese sido un precedente importante en reconocer la capacidad para exigir los derechos y también un acto pedagógico.

El cuarto problema es la petición, igual en la Defensoría del Pueblo, que pidan que los actores modifiquen la pretensión. Se pretende que, como es un acto que viola los derechos humanos que constan en la Constitución, se repare devolviendo el dinero transferido. La Defensoría, al momento de escribir este artículo, pide que se aplique una norma jurídica por la que no se podría devolver los fondos que provocaron la desinversión del PAE.

Hasta ahí el trámite jurídico, que, en buenas cuentas, no comienza aún.

4. El análisis jurídico: los derechos violados, el daño y la responsabilidad del Estado

a. Los derechos humanos violados

1. La supremacía Constitucional: Art. 272 de la Constitución

"La Constitución prevalece sobre cualquier otra normal legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con elle o alteraren sus prescripciones" (el subrayado es nuestro), según el Art. 272 de la Constitución.

La Constitución, como elemento fundacional de los Estados democráticos y su supremacía, según Larrea Holguín, están fuera de dudas. (2)

Las normas de jerarquía inferior deben enmarcarse en los límites de forma y fondo establecidos en la Constitución. (3)

Las normas imperativas, como se demostrará a continuación, no han sido respetadas al momento de dictar las resoluciones impugnadas.

2. El deber de respetar y hacer respetar los Derechos Humanos: Art. 3 (2) y Art. 16 de la Constitución

El más alto deber del Estado consiste en *respetar* y hacer respetar los derechos humanos contemplados en la Constitución y otros instrumentos jurídicos internacionales: Art. 16 y Art. 3 (2) de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Respetar implica un deber del Estado frente a sus ciudadanos. “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben [...] procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.” (4)

La existencia de los derechos reconocidos por la constitución no son suficientes. Ecuador debe procurar, por todos los medios, realizar “una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” (5)

Es decir, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de actuar en relación a la educación, salud y nutrición de los escolares y comete no sólo un acto ilegítimo ante sus ciudadanos sino también ante la comunidad internacional.

Cuando el Ministerio de Economía y Finanzas toma la resolución de transferir fondos de un programa que promovía el ejercicio de derechos a la salud, alimentación y educación, hacia otros fines que no necesariamente se constituyen en derechos, rompe su obligación de respetar los derechos humanos, convirtiendo al acto administrativo en inconstitucional.

3. *El derecho de máxima prioridad y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes: Art. 49 y 50 de la Constitución*

La Constitución Política de la República del Ecuador, en el Art. 48, determina que “en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes...”

Con mayor énfasis, el Art. 49 de la Constitución Política del Ecuador establece que “será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el

ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.” Estos artículos guardan conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, Art. 3 (1), que el Ecuador ratificó en 1990.

El Art. 12 del Código de la Niñez y Adolescencia, que explica con más detalle el alcance y contenido de la norma constitucional, hace más evidente estos principios y le otorga más fuerza al consagrar que los niños y adolescentes tienen prioridad absoluta: “En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran...”.

Máxima prioridad quiere decir que la cuestión de la niñez y adolescencia debe preceder en orden e importancia respecto de otros intereses e incluso derechos. Preferente quiere decir que la niñez y adolescencia en nuestro sistema jurídico merece un valor superior y que, entre varias opciones, se preferirá a los niños, niñas y adolescentes. Especializada quiere decir que se requiere atención profesional y técnica.

En cuanto al principio del interés superior, reconocido en la Constitución Política del Ecuador, en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, lo desarrolla y dispone que “es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento...”.

En el presente caso, por mandato constitucional, la alimentación escolar provista por el PAE prevalece y es prioritaria al PRODEIN, a la indemnización de trabajadores del Ministerios de Bienestar Social y a la entrega de herramientas para el trabajo (conocido públicamente como “Picos y Palas”).

El Principio constitucional del Interés Superior de los niños obliga al Estado a tomar decisiones a favor de los derechos de los niños/as, en cuanto a recursos y políticas sociales, y prevalece sobre otros derechos y más aún con relación a intereses particulares.

4. *Derecho a la educación: Art. 66 y Art. 71 de la Constitución Política del Ecuador*

Siendo un derecho irrenunciable de los ecuatorianos, particularmente de los niños,

niñas y adolescentes, se constituye en un deber inexcusable del Estado, como lo establece la Constitución, en el Art. 66.

El mismo Art. 66 de la Constitución determina que la educación es “área prioritaria de la inversión pública, requisito del desarrollo nacional y garantía de equidad social. Es responsabilidad del Estado definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar estos propósitos.”

Por su parte, el Art. 71 determina una asignación presupuestaria del treinta por ciento para la educación y la erradicación del analfabetismo.

Los fondos públicos destinados al PAE, como se desprende del folleto explicativo denominado “La educación y alimentación son derechos de todos”, suscrito por el Ministerio de Educación y Cultura y el PAE, son fondos destinados a garantizar el derecho a la educación. Así, en el acápite “Antecedentes” consta que la desnutrición es un problema que afecta a más de la mitad de los escolares ecuatorianos, que el bajo rendimiento escolar es una de las consecuencias de la desnutrición, que es un compromiso del gobierno mejorar las condiciones de salud y la calidad educativa de los niños y que complementa la alimentación de los niños escolares.

En otras palabras, cuando el PAE, programa del Estado ecuatoriano, establece los beneficios, en primer lugar lo vincula con el derecho a la educación. La alimentación escolar mejora la educación básica y disminuye la deserción escolar, mejora la concentración del niño/a en el proceso educativo y evita la repitencia de escolares.

El hecho de tener seguro un desayuno y un almuerzo es razón suficiente para asistir cotidianamente a la escuela.

Sin alimentación escolar, por el uso de fondos para otros fines, muchos de los niños y niñas pierden motivación para ir a la escuela y los que van y no comen, pierden atención e incluso se duermen.

Es decir, los actos administrativos impugnados violan las normas constitucionales que establecen el derecho a la educación de los niños y niñas beneficiarios del PAE.

5. *Derecho a la salud y a la alimentación: Art. 42 y Art. 46 de la Constitución Política del Ecuador*

El derecho a la salud integral, definido en el Art. 42 de la Constitución, incluye el desarrollo a la

seguridad alimentaria. De igual modo, los instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, en el Art. 26, determinan que “... Este derecho [la salud] incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente ...” Lo que quiere decir que el Estado tiene la obligación, Art. 24 (2) de la misma Convención, de adoptar las medidas apropiadas para “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”.

Por su parte, la Constitución, en el Art. 46, obliga al Estado a destinar recursos obligatorios, suficientes y oportunos para garantizar el derecho a la salud y a la nutrición.

Recursos obligatorios quiere decir que las autoridades públicas que toman decisiones sobre el presupuesto (Presidencia de la República, Ministerio de Economía y Finanzas y, además en este caso, Ministerio de Bienestar Social) tienen que dar el financiamiento necesario para cumplir los mandatos constitucionales. No es facultativo ni está sujeto a condicionamientos internos o externos. La Constitución no permite excusas.

Recursos suficientes quiere decir que el dinero tiene que alcanzar para cumplir lo definido y planificado en la política pública, en este caso satisfacer los requerimientos del PAE para garantizar la cobertura determinada. La Constitución no permite déficit.

Recursos oportunos quiere decir que tienen que llegar al lugar, a las personas que lo requieran y en el momento adecuado. En este caso, por el desvío de fondos, dejaron de llegar los alimentos a los niños, niñas y adolescentes beneficiarios del PAE que estaba previsto que iban a recibirlo.

Los actos administrativos impugnados atentan contra los principios establecidos para el manejo de recursos que garantizan el derecho a la salud.

6. *La jerarquía de los tratados y convenios internacionales: Art. 163 de la Constitución Política del Ecuador.*

El Art. 163 de la Constitución establece que “las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y

prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”

Larrea Holguín, explicando el sentido de esta norma, determina que “al obligarse un Estado por cualquier convenio con otro u otros, o con toda la comunidad internacional, queda ciertamente vinculado por los compromisos adquiridos, limita de alguna manera su soberanía, pero lo ha hecho precisamente en ejercicio de la misma soberanía”. (6)

Los tratados sobre derechos humanos vigentes en el Ecuador, entonces, prevalecen sobre los actos administrativos impugnados.

De esta manera, la resolución del Ministerio de Economía y Finanzas contraviene múltiples normas contenidas en convenios internacionales.

7. La obligación de no regresividad y progresividad del derecho a la educación y salud: Art. 26 de la Convención Americana y Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El Estado tiene la obligación de no tomar medidas regresivas en cuanto a derechos sociales, en virtud del principio de progresividad establecido en el Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 2 del PIDESC: “Cada uno de los Estados partes... se compromete a adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Es decir, una vez que el Ecuador ha implementado y financiado un programa de alimentación escolar, NO PUEDE dar un paso atrás, desviar los fondos y desfinanciar el PAE.

Al transferir los fondos, el Estado ecuatoriano dejó de adoptar el programa del PAE, que garantiza la salud y la educación, hasta el máximo de recursos.

Ecuador es responsable por el cumplimiento de los derechos humanos de los niños y niñas y tiene obligaciones “independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de estos derechos” (Ver. CIDH, informe anual, 1993, párr. 524, Principios de Liburgo, párr. 21, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General al Art. 3 del PIDESC).

8. Otros instrumentos jurídicos irrespetados

El derecho de máxima prioridad y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes: Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Derecho a la educación: Art. 13 del Protocolo de San Salvador, Art. 28 de la Convención de los Derechos del Niño. Derecho a la salud y a la alimentación: Art. 24 (2) de la Convención de los Derechos del Niño, Art. 10 y 12 del Pacto de San Salvador. El Deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos: Art. 1 y Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b. Los daños producidos por la violación de los derechos humanos:

Existe una relación directa entre el desarrollo de los niños y niñas y la privación alimenticia. Por un lado, la deserción escolar corre el riesgo de aumentar, la lucha contra el hambre de los niños y niñas sufre un grave revés, y las consecuencias son la disminución del desarrollo intelectual y emocional de las personas beneficiarias del PAE.

Según el Diagnóstico alimentario, nutricional y de salud (DANS) 45 de cada 100 niños sufre desnutrición crónica. La desnutrición es uno de los principales problemas de salud del Ecuador. Contribuye directamente a la mortalidad infantil y a rezagos en el crecimiento físico y desarrollo intelectual de las personas. Este indicador es uno de los testigos más sensibles de la aplicación de políticas sociales. Sin los fondos destinados al PAE para alimentación escolar se corre el riesgo de aumentar esta triste estadística.

De acuerdo a una certificación de la Médico del Patronato Municipal de Riobamba, se desprende que el 53% de quienes asisten a la escuela, tienen problemas de desnutrición.

La nutrición crónica se manifiesta en su crecimiento físico. Esto quiere decir que los niños y niñas no tienen la talla ni el peso de acuerdo a su edad en un grupo poblacional determinado.

Si consideramos que miles de niños, niñas y adolescentes de este programa social viven en hogares indigentes, lo que implica que van sin desayunar o con un desayuno insuficiente, es evidente lo grave de distraer fondos destinados a este programa para otros fines.

A estos efectos hay que agregar los ya enunciados al explicar la violación al derecho a la salud y a la educación.

Conclusiones

- La transferencia de fondos de un programa que garantiza derechos sociales, como la educación y la salud, tiene consecuencias graves.
- El Estado ecuatoriano incurrió en varias violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución y en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
- El Estado ecuatoriano si es que no repara adecuadamente la violación de derechos, incurre en responsabilidad internacional.

Notas

1. a) El 21 de abril de 2003, mediante resolución No. PTO-088, el Ec. Hugo Muñoz, Subsecretario de Presupuestos Encargado, a petición del Ing. Patricio Ortiz James, Ministro de Bienestar Social, resuelve modificar el Presupuesto del Gobierno Central, transfiriendo del presupuesto del PMA para el PAE la cantidad de US \$ 2'000.000 (DOS MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS), con el fin de que la Subsecretaría Rural Integral financie los componentes de infraestructura, crédito, capacitación y asistencia técnica, a cargo del Proyecto de Desarrollo Integral (PRODEIN).
b) El 9 de mayo del 2003, mediante resolución No. PTO-0167, el Ec. Hugo Muñoz, Subsecretario de Presupuestos Encargado, a petición del Ing. Patricio Ortiz James, Ministro de Bienestar Social, resuelve modificar el Presupuesto del Ministerio de Bienestar Social, transfiriendo del presupuesto del PMA para almuerzos escolares (PAE) la cantidad de US\$ 150.000,00 (CIENTO CINCUENTA MIL DÓLARES) con el fin de adquirir herramientas y bienes muebles de larga duración que se entregue en calidad de comodato, conocido públicamente como la acción gubernamental "Picos y Palas".
c) El 19 de junio de 2003, mediante resolución No. PTO-320, el Ec. Hugo Muñoz, Subsecretario del Presupuestos Encargado, a petición del Ing. Patricio Ortiz James, Ministro de Bienestar Social, resuelve modificar el Presupuesto del Ministerio de Bienestar Social, transfiriendo del presupuesto del PMA para almuerzos escolares la cantidad de US \$ 150.000,00 (CIENTO CINCUENTA MIL DÓLARES) para indemnizar y liquidar los haberes a 235 funcionarios del Ministerio de Bienestar Social, que se acogieron a la supresión de puestos por la aplicación de la reestructura Institucional.
d) El 10 de septiembre de 2003, mediante resolución No. PTO-659 y resolución interna N. 60 de 12 de septiembre de 2003, se reduce el presupuesto de la misma partida, en la cantidad de USD. 600.000,00 (SEISCIENTOS MIL DOLARES).
2. Ver, UASB, Revista de Derecho, N. 1, 2003, p. 239.
3. Ver Hernán Rivadeneira, "Acción de Inconstitucionalidad de las normas jurídicas", en la Justicia Constitucional en la actualidad, CEN, 2002, p. 240.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.
5. Corte IDH, Op. Cit., párr. 167.
6. UASB, Op. Cit, p. 246.

Ramiro Ávila. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE. Master en Derecho por la Universidad de Columbia, Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar y Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Director de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.