



Conclusiones de la investigación sobre derechos prestacionales

❖

Óscar Dueñas Ruíz

Profesor de derecho constitucional de la Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad del Rosario

La Universidad del Rosario, por determinación de sus autoridades, permitió que de manera institucional se adelantara una investigación sobre derechos sociales, económicos y culturales, también llamados derechos prestacionales.

La investigación se hizo en diversas dependencias del Estado y se examinaron más de seiscientas sentencias referentes a la salud, el trabajo, la seguridad social, la protección a la vida, la protección al medio ambiente, la protección a los niños. Casi un año duró la investigación, bajo la dirección del autor, con la colaboración de 16 alumnos: Catalina Díaz, David Barbosa, Mónica Rodríguez, Natalia García, Juanita Sánchez, Marcela Castro, Carlos Buriticá, Paola Vergara, Diana Garzón, Marcela Roa, Marcela Hincapié, Tatiana Caldas, Ana lucía González, María Paula Jaramillo, Carlos Neira, y Mauricio Rodríguez.

La investigación informa, entre muchos temas, sobre el funcionamiento del ISS, la Caja Nacional de Previsión, las EPS, la rama legislativa y judicial, esta última especialmente dirigida a los juzgados laborales. Al mismo tiempo que analiza el sistema de salud, compila las reglas jurisprudenciales para proteger a los usuarios de las EPS. Reseña todas las normas y los programas de protección a la niñez, los mecanismos de defensa del medio ambiente. Resume la jurisprudencia en materia de derechos prestacionales y especialmente del derecho al trabajo y pone de presente varios replanteamientos jurisprudenciales en la Corte Constitucional, con énfasis en el ocasionado con la sen-

tencia SU-111/97, según la cual, tratándose de derechos prestacionales, se subordina la prosperidad de la acción de tutela a la existencia de leyes (especialmente de carácter presupuestal), salvo cuando se afecte el mínimo vital o se violen los derechos a la igualdad o al debido proceso, sentencia que, en el fondo, aboga por que en los presupuestos haya una apropiación cada vez mayor para solucionar los problemas derivados de la insuficiencia en la prestación adecuada de seguridad social. Además, se hacen análisis históricos, de política constitucional y de interpretación jurídica actualizada, para comprender mejor los derechos sociales, culturales y económicos que caracterizan el Estado social de derecho y para concluir que la jurisprudencia en materia de tutela es de las más garantizadoras del mundo, pero que no está acompañada de una colaboración real por parte de la democracia representativa y de la democracia participativa.

Un primer grupo de capítulos se refieren a una nueva forma de interpretar el derecho, dentro del desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea; también se contemplan antecedentes históricos no sólo en Colombia sino en toda Latinoamérica, y hay una referencia muy especial al derecho indígena (es importante anotar que tres de las investigadoras, por su propia cuenta, hicieron labor de campo en el Ecuador respecto al manejo que se venía dando en la Asamblea Constituyente que funcionó en dicho país y a la información que allí existe sobre el derecho consuetudinario). Una segunda parte se orienta hacia la caracterización del Estado social de derecho, de los derechos fundamentales y de los derechos prestacionales. Y, luego, viene el estudio individualizado del sistema de seguridad social en salud, en pensiones, de los derechos ecológicos, de la educación, de los derechos a organización y procedimiento, del derecho al trabajo, del funcionamiento de las ramas del poder público y de la protección a la niñez.

Las conclusiones de esta investigación son las siguientes:

PRIMERA. Sobre política constitucional: el Estado social de derecho no opera a cabalidad en Colombia

El punto de partida de la investigación fue el análisis de una sentencia de la Corte Constitucional, la SU-111 de 1997, por cuanto en ella se sentó como principio general que los derechos sociales, económicos y culturales, también llamados derechos prestacionales, no son

derechos fundamentales y que para su protección mediante tutela se requería no solamente la conexidad del derecho prestacional con otro derecho que sí fuera fundamental, sino la existencia de una norma intermedia, generalmente de carácter presupuestal, que viabilizara una posible sentencia favorable. Se aspiraba con esta actitud jurisprudencial que la orden del Juez de tutela no se quedara escrita por falta de medios adecuados para su realización y que hubiera un desarrollo progresivo por parte del Congreso en la destinación de fondos para la solución de los problemas derivados de la insuficiencia en la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales; por eso dicha sentencia (SU-111/97) lanza un SOS para que la democracia representativa (Congreso de la República) colabore en la realización de esos derechos prestacionales. Es una sentencia pragmática que puso fin a la era romántica de los primeros cinco años de la Corte Constitucional, durante los cuales honestamente se pensó que los fallos judiciales podían por sí solos contribuir a la modificación del comportamiento del Estado. Aunque se establecieron en la SU-111/97 excepciones, (cuando se afecta el mínimo vital, cuando se viola el principio de igualdad o el del debido proceso), la verdad es que la decisión de la Corte Constitucional, pese a su realismo, alarmaba porque la mayoría de las tutelas instauradas en Colombia tienen un evidente contenido prestacional y parecería que el fallo permitía un desamparo que no se compaginaba con la aceptación popular de la tutela. (Ver cuadro No.1).

En efecto, mediante la acción de tutela, las personas exigen masivamente que el Estado cumpla con la efectividad de esos derechos prestacionales. En los últimos meses han aumentado el número de expedientes que para revisión llegan a la Corte Constitucional. En seis años han arribado más de 180.000. Durante 1997 el promedio en día hábil era de 150 expedientes; en los últimos meses de 1998 ascendió a 215; la mayor parte tiene que ver con derechos prestacionales. Esto permite acercarse a la primera conclusión: está fallando la estructura del Estado en la solución de los problemas prestacionales.

Pero el análisis puede ir más allá: la Constitución ha establecido que Colombia es un Estado social de derecho, pero éste no existe a cabalidad porque se violan grave y consuetudinariamente los derechos humanos y porque no hay presupuesto adecuado para que sean efectivos los derechos sociales, económicos y culturales. Esta conclusión está desarrollada en varios capítulos de la investigación.

CUADRO No.1**PORCENTAJE DE TUTELAS
PRESENTADAS EN 1998 SOBRE ALGUNOS
DERECHOS PRESTACIONALES**

-13%	Demora en trámite de pensiones
-13%	No ascenso (escalof on)
-12%	Salud
-9%	No pago de cesantías
-5%	Educación
-43%	No pago de salarios
-4%	No pago de mesadas pensionales
-3%	Reclamaciones por retiro
-2%	Medio ambiente sano
-1%	Discriminación salarial
-1%	Afectación carrera administrativa
-1%	Derecho a protección
68%	TOTAL

En la investigación se recuerda que después de la segunda guerra mundial, los países desarrollados destinaron presupuestos grandes para la educación, la seguridad social, la salud, para evitar las secuelas de las crisis económicas. A nivel normativo se expidió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro del marco de las Naciones Unidas, que en su artículo 2º señaló que los Estados Partes deben destinar “hasta el máximo de los recursos de

que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados" la efectividad de dichos derechos prestacionales. Con similar propósito de los países americanos aprobaron el Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 26 ordenó el desarrollo progresivo hacia la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales. Estos derechos, también denominados de segunda generación, según el Protocolo de San Salvador, son: la seguridad social en salud y en pensiones, el trabajo, los derechos sindicales, la alimentación, la educación, los beneficios de la cultura, el medio ambiente sano; los derechos de protección a la familia, la niñez, los ancianos y los minusválidos. Luego los Estados Parte deben cumplirlos y efectuar un desarrollo progresivo al máximo posible. No ha sido dable ni en Colombia ni en los Estados que han ratificado este Protocolo, cumplir con lo allí establecido: faltan medidas reales de carácter interno. Y la dificultad aumenta si ocurren casos de corrupción por la malversación de los modestos presupuestos destinados a cubrir las necesidades sociales. Dicho incumplimiento de los Pactos es una prueba más de que no se puede hablar realmente de que exista en nuestro país un Estado social de derecho, así la Constitución de 1991 caracterice a Colombia como tal. Cualquier reforma que se le quiera hacer a ésta, debe fortalecer los mecanismos para que se viabilice el modelo de Estado social de derecho.

SEGUNDA. Sobre teoría jurídica: el llamado Nuevo Derecho ha influido en los replanteamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional

Recién iniciada la investigación fue fácil detectar que para hallar respuestas correctas, se requería acudir a las corrientes jurídico-filosóficas que nutren el impropriamente denominado Nuevo Derecho, ya que éste subyace en muchas de las sentencias de la Corte Constitucional. Esta clarificación teórica constituyó la primera parte de la investigación y permitió comprender debidamente cómo se han manejado jurisprudencialmente los derechos fundamentales. Por supuesto que en todo aquello que se refiere a casos fáciles y, especialmente, a la reiteración de jurisprudencia, hay empleo del tradicional formalismo jurídico (silogismo jurídico, en el cual la premisa mayor es la jurisprudencia ya adoptada, la premisa menor es el caso concreto y la conclusión, un fallo que reproduce jurisprudencia y decisiones anteriores). Pero cuando el asunto es complejo, se acude a nuevas formas de interpretar el derecho, que tuvieron como impulsor en la jurispru-

dencia constitucional colombiana al magistrado Ciro Angarita (de cuyo pensamiento jurídico se hace un esbozo en la investigación). Dentro de este esquema se aprecian, por ejemplo, estas influencias: del realismo jurídico norteamericano y del C.L.S. se recoge el activismo jurídico en que se fundan muchas decisiones de la Corte Constitucional, en ocasiones muy objetadas; de la jurisprudencia feminista, no sólo hay aportes en cuanto al derecho como género (casos en que se combate la discriminación de la mujer y de los homosexuales) sino que se acepta la posición del derecho como redistribución, especialmente en el tema económico del “proveedor” en la familia; de ahí las sentencias sobre los derechos de la mujer embarazada, el trabajo invisible de la mujer en el hogar, salarios y horas de trabajo del servicio doméstico.

Del pragmatismo jurídico de Rawls, surgen para la jurisprudencia constitucional colombiana los mínimos vitales (empleados en centenares de fallos especialmente en favor de jubilados), y en el fondo ideológico de la casi totalidad de los fallos sobre temas sociales y económicos está el liberalismo social de Rawls que aboga por el mantenimiento del capitalismo pero dentro de criterios humanistas; de la escuela de Frankfort como inspiradora de la corriente crítica del derecho, y especialmente del pensamiento de Habermas, exponente tardío de esa escuela. Así, por ejemplo, se encuentran la SU-111/97 en cuanto al entrelazamiento del derecho y del poder político, que en cierta forma limita la acción del Juez constitucional y se la traslada a la democracia representativa y a la democracia participativa, para una correcta distribución de competencias entre el legislador democrático y el administrador de justicia; pero, por sobre todo, se aprecian las influencias de Ronald Dworkin y de Robert Alexy en lo que tiene que ver con el sistema de principios que se aplica muchísimo cuando hay que ponderar por colisión entre principios o entre reglas y principios (por ejemplo, las sentencias que ordenan entregar antiretrovirales a los enfermos del sida, pese a que no figuran en el listado oficial, pero se preferencia el principio de la protección a la vida y a la salud) y, también se sigue a Dworkin en considerar la labor del juez como descubridor del derecho (T-002/92 que indicó cuáles son los derechos fundamentales). En la investigación se estudian algo más de seiscientas sentencias y en una gran cantidad ya no se ve el imperio del formalismo jurídico. Por supuesto que se investigó en otros espacios a la rama judicial pero que tienen que ver con el tratamien-

to de los derechos prestacionales.¹ Pero en lo que tiene que ver con la teoría jurídica, se concluyó que es necesario en muchas ocasiones el empleo del llamado Nuevo Derecho y no olvidar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional difiere de la de la Corte Suprema de Justicia en cuanto esta última maneja casi únicamente el formalismo jurídico. Se explica además que dentro de la Corte Constitucional ha habido replanteamientos; ya se enunció el primero: el ocasionado por la SU-111/97, pero esta última también ha sido revaluada por la SU-225/98 que reconoció, al menos en cuanto a los niños se refiere, que algunos derechos prestacionales sí son derechos fundamentales.

TERCERA. Sobre historia constitucional y legislación comparada: la Constitución de 1991 y la jurisprudencia constitucional colombiana son vanguardia en el constitucionalismo Latinoamericano

La investigación, en varios capítulos presenta una información sobre Colombia y Latinoamérica en materia de tratamiento a tales derechos y, a nivel más general, en el salto cualitativo del Estado de derecho al Estado social de derecho. Esa historia y la política constitucional indican que lo más importante no es consagrar los derechos prestacionales sino garantizarlos, es decir que la norma constitucional no sólo debe mirarse bajo la óptica programática, sino en su desarrollo real y, en este aspecto, la tutela en Colombia ha sido factor extraordinario de avance en la jurisprudencia.

Para lo atinente a la historia constitucional, se acudió a diferentes fuentes y textos, lo cual permitió auscultar el itinerario del constitucionalismo colombiano en el siglo pasado, con un análisis centrado en el momento en que se expide la Constitución de 1886; se aprecia entonces que no se le daba ninguna importancia a estos derechos prestacionales.

En el presente siglo, la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre temas prestacionales, al menos en lo que tiene que ver con sentencias

¹ Espacios donde primordialmente se investigó: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Juzgados Laborales de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Congreso de la República, ISS, Cajanal, Ministerio de Salud, Ministerio del Medio Ambiente, DAMA, Ministerio del Trabajo, diversas EPS, hospitales, escuelas, colegios, universidades, Policía Nacional, Fiscalía, I.C.B.F., bibliotecas Luis Ángel Arango y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Adicionalmente: Asamblea Constituyente del Ecuador, Universidad de Bolívar en Guaranda. Y fueron más de 1.300 las horas sumadas por las labores de las 17 personas que hicieron la investigación.

de inconstitucionalidad, es escasa: apenas se hace referencia a las pensiones; y en el constitucionalismo del Frente Nacional, pese a existir ya y estar en su apogeo el modelo del Estado social de derecho, no hay referencia alguna a los derechos prestacionales ni en la reforma plebiscitaria de 1957 ni en la jurisprudencia y la doctrina de la época.

En la investigación se analizó también el derecho consuetudinario indígena para lo cual no sólo se investigó en Colombia sino en Ecuador (en la Universidad de Guaranda donde hay una Facultad andina que analiza los temas indígenas). De lo investigado se deduce que salvo la mencionada experiencia ecuatoriana no hay elementos de juicio suficientes para extraer enseñanzas jurídicas del derecho tradicional y que, en Colombia, la remisión a la justicia indígena no va acompañada de un estudio a fondo sobre la trascendencia de ésta.

De la averiguación sobre la situación de los derechos prestacionales en Latinoamérica, se colige que han sido normativamente aceptados, especialmente en la Constitución colombiana de 1991 y en la ecuatoriana de 1998, pero ningún país tiene en la interpretación la audacia de la Corte Constitucional colombiana.²

CUARTA. Algunas realidades positivas en Colombia: la jurisprudencia en materia de tutela, los programas del ICBF y la cobertura de la seguridad social en salud.

Enfrentar la realidad colombiana fue uno de los objetivos de la investigación. En esta tarea, lo que preferencialmente se buscó fue información que permitiera el real conocimiento de los derechos prestacionales y la manera de lograr su garantía por parte del Estado. Por eso se diseña en la investigación cómo es el sistema de seguridad social en salud, se dice cuáles son las jurisprudencias que favorecen al usuario de la misma, se reseña la estructura del ISS, se indica cómo opera la Caja Nacional de Previsión, se informa sobre tratamiento jurisprudencial a temas relacionados con el derecho de los trabajadores y de los pensionados, se indica cuáles son los mecanismos legales y las jurisprudencias de la protección al medio ambiente sano, se hace mención del contorno y de los problemas más sentidos de la educación a nivel jurisprudencial, se resaltan algunos aspectos



² Inclusive, yendo a Europa, tal jurisprudencia es más garantista que la jurisprudencia española en donde la mayoría de los derechos prestacionales, no son fundamentales ni pueden garantizarse mediante la acción de amparo.

de la organización actual de ramas del poder público y sus procedimientos, se toca lo del debido proceso a nivel constitucional; y se enfocan mecanismos de protección, especialmente respecto de los niños, haciéndose un recuento de la grave situación en que se encuentran y además de los programas que existen para prevención y protección frente al maltrato. Y siguiendo a Alexy, también se estudiaron los derechos a organización y procedimiento. Pues bien, un análisis de la situación de tales derechos en la actual situación social colombiana permite afirmar que, aunque no pueda hablarse propiamente de que se está en un Estado social de derecho, sí se han dado pasos muy importantes hacia ese proyecto. Vale la pena mencionar al menos tres:

a.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de tutela ha sido instrumento útil para la protección de los derechos fundamentales. Si bien es cierto dicha jurisprudencia, en el plano teórico, sigue orientaciones de sus homólogas en Alemania y España y, en principio, no admiten el calificativo de derechos fundamentales para los derechos prestacionales, muchos mecanismos ha expuesto la Corte Constitucional para darles protección. El principal instrumento ha sido el de la conexidad con otros derechos que no ofrecen duda sobre su jusfundamentalidad y, últimamente se reconoce que el núcleo esencial de tales derechos, en cuanto se relacionan con los niños, es fundamental; lo cual abre una perspectiva teórica de que pueden serlo para los mayores de edad. Pero la importancia de tal jurisprudencia no se puede medir solamente en el aspecto teórico sino que ha repercutido en la solución de problemas prácticos de hondo contenido humano. Inclusive se puede afirmar que cuando esta jurisprudencia se enfrenta a normatividad legal, como la argumentación que se da es de orden constitucional, se impone una pronta modificación de la legislación existente (valgan algunos ejemplos: entrega de medicamentos, igualdad de derechos para los profesores del sector privado frente a los profesores del sector público, igualdad en lo referente a pensiones, empleadas del servicio doméstico, estabilidad laboral plena para la mujer embarazada, etc.).

b.- Los programas de protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar han cumplido una labor meritoria. Especialmente han sido exitosos frente al maltrato infantil. Estos programas se desarrollan en los centros zonales y a ellos acuden personas pertenecientes a los sectores bajos y medios de la sociedad colombiana, lo cual contribuye eficazmente a una justicia social.

c.- Se debe destacar la cobertura cada vez mayor del sistema de seguridad social en salud, tanto en el sistema subsidiado como en el sistema contributivo.

QUINTA. Sobre aspectos pedagógicos: deberes de universidades, colegios y sociedad en general

Se requiere sensibilizar a la opinión y a las autoridades sobre la necesidad de que la democracia participativa afronte con entusiasmo la conformación de un Estado social de derecho. No todo se puede dejar en manos de la jurisprudencia, en efecto: los jueces no pueden suplir a las autoridades; no se puede confundir el activismo judicial con el paternalismo; nadie puede afirmar que la posición garantista de la actual Corte Constitucional se vaya a mantener en el futuro. Debe existir una armonía entre la parte orgánica de la Constitución, orientada hacia una democracia real y no formal, y la parte dogmática de la Constitución que incluye los principios, los valores y los derechos constitucionales. Este constitucionalismo no debe limitarse al compromiso de los jueces con la defensa de los derechos fundamentales, sino ampliarse a todos los órganos del poder público con el propósito de solucionar las necesidades vitales y mínimas como dice la jurisprudencia colombiana, o del esquema de la Escuela de Budapest como se conoce en Europa.

Por supuesto que es de resaltar que hay un ascenso en el conocimiento de los derechos por parte del ciudadano corriente, debido a los logros jurisprudenciales, pero se requiere algo más que conocer y ello es comprometerse en la formación del modelo de Estado que la Constitución establece.

SEXTA. Conclusiones específicas sobre algunos derechos prestacionales

a.- En cuanto al sistema de seguridad social en salud, se investigó especialmente en el ISS, al Ministerio de Salud, se consultó a los diversos actores del sistema, sobre todo a las EPS, IPS y obviamente se examinó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, recopilándose 16 reglas sobre temas varios en la relación paciente-médico-EPS-Estado. (Ver algunas de las reglas en el cuadro No. 2). Pues bien, uno de los objetivos principales de la ley 100 de 1993 fue el de ampliar la cobertura (afiliación familiar, régimen subsidiado, creación de las EPS). La conclusión a la cual llega la investigación es que el sistema como concepción es bueno y en principio está bien pensado, aunque no

CUADRO No.2**JURISPRUDENCIA: Las 14 reglas más importantes de protección a la salud**

- El sistema incluye protección familiar, desde hijos hasta 18 años o de más edad, bajo dependencia
- Se cotiza al sistema, no a una EPS
- La mora patronal no perjudica al trabajador
- Servicio médico según semanas cotizadas, salvo que esté de por medio la vida
- Generalmente se requiere el consentimiento informado del paciente.
- Las prescripciones médicas son por escrito
- La EPS debe cumplir con lo determinado por el médico tratante
- La incurabilidad no excluye la asistencia
- Si está de por medio la vida, no obliga el listado oficial de medicamentos
- Se protege la salud mental
- Las excepciones deben previamente pactarse por escrito.
- Excepcionalmente el ISS puede ordenar tratamientos en el exterior.
- No puede haber tratamientos a título de experimentación
- Medicina alternativa para las etnias

hubo suficiente planificación que permitiera un proceso de capacitación y de conocimiento que ahora se torna impostergable.

No obstante, se pueden hacer unas glosas:

Se estableció la universalidad en el sistema de salud pero no la **integración** por cuanto en muchas ocasiones no cubre la totalidad de las enfermedades (lo cual afecta el modelo del Estado social de derecho).

Si bien es cierto que la cobertura ha aumentado, los recursos oficiales no han aumentado: esto se compensa con las cotizaciones de los usuarios.

Las formas de solidaridad principian a operar, pese al caos en los mecanismos de irrigación. Pero se plantea la inquietud de que la descentralización tiene sus defectos.

Claro que es muy pronto para evaluar debidamente el impacto de la ley 100 y la enorme cantidad de decretos que la reglamentan. Pero esto no impide concluir que es conveniente hacer una compilación precisa y coherente en un solo texto normativo, reuniéndose además la jurisprudencia sobre la materia.

En cuanto al Instituto de Seguros Sociales, al cual la investigación le hizo un seguimiento en línea a su organización y a las evaluaciones que se le han practicado, se llegó a la conclusión de que el ISS tiene un enorme impacto en el sistema de seguridad social y por ello es muy conveniente realizar con seriedad la evaluación de su funcionamiento. Igualmente es importante estudiar el informe de la OIT para deducir algunas conclusiones importantes sobre el sistema de seguridad social.

Es evidente que el sistema ha perjudicado a las IPS, hasta el punto de que están en quiebra algunos hospitales. Es quizás este el aspecto más negativo de la reforma a la seguridad social en salud.

En otro aspecto, hay la sensación en las EPS de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los fallos de tutela sobre salud desequilibra el sistema, especialmente en la protección que se le da a las enfermedades de alto riesgo y terminales. Sin embargo, la visión social de la jurisprudencia justifica las reglas y subreglas que la misma señala.

b.- En cuanto al sistema de seguridad social en pensiones, lo que se aprecia en la práctica del reconocimiento de las pensiones, es una incertidumbre para la definición de quienes están en el régimen de transición, porque casi todo se ha simplificado en semanas cotizadas y se dejan de lado las circunstancias especiales existentes. Es la jurisprudencia la que ha llenado estas deficiencias y por ello se hace en la investigación una presentación de numerosas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Se preferió el estudio de lo que viene ocurriendo en la Caja Nacional de Previsión. Es palpable el problema de organización y procedimiento ya que hay un paralelismo para resolver lo de las pensiones, porque hay una vía normal y una vía de tutela, esta última más ágil y rápida, pero fácilmente presa de engaños. Otro problema es el del clientelismo en el nombramiento de los funcionarios por pocos meses. La sentencia de la Corte T-068/98 que ordenó mejorar el funcionamiento de la Caja produjo sus efectos, pero a las deficiencias organizativas se suma un bajo presupuesto para pensiones.

c.- Respecto a otro derecho prestacional, el derecho al trabajo, se auscultó lo que ocurre en los Juzgados Laborales de Bogotá y se hizo un glosario de las principales jurisprudencias que informan al operador jurídico, uniendo las de la Corte Constitucional con las de la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

La investigación indica que el derecho al trabajo por parte de los funcionarios judiciales conlleva problemas complejos. Por un lado, mientras en la acción de tutela hay gran demanda en lo relativo a temas de índole laboral, en los propios juicios laborales ante la jurisdicción ordinaria es bajo el porcentaje: 6% de casos dentro del universo judicial. Otro factor de contraste es el siguiente: mientras en las tutelas sobre temas laborales es alto el número de las que prosperan, en los juicios ordinarios las sentencias totalmente favorables a las pretensiones de los trabajadores son pocas. En otro aspecto, dentro de la jurisprudencia que consultan los jueces laborales, la de la Corte Constitucional apenas llega al 9% y casi nunca se acude a los convenios de la OIT. Los Convenios de la OIT, en especial los siete Convenios calificados como fundamentales, deben ser aplicados por los jueces y son muy pocos los que lo hacen. Esta obligatoriedad en la aplicación de los Convenios de la OIT se deduce del artículo 53 de la Constitución Política.

d.- En cuanto a los derechos llamados de protección, la información sobre la situación colombiana es de percepción directa, pero también se analizó a través de documentos que tienen que ver especialmente sobre derechos humanos y caso de los desplazados; y, en el tema de la protección de los niños, el trabajo se centró en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y colateralmente en la Fiscalía, la Policía, la Cámara de Comercio, organizaciones no gubernamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La conclusión a la cual se llega es que resulta más que conocida la situación de la violación a los derechos humanos en Colombia y la escasa confianza que se le tiene al Estado, especialmente en cuanto a la protección a la vida. En este aspecto es impactante el problema de los desplazados que no solamente debe mirarse como un efecto de la intolerancia, sino como un mecanismo de apropiación de la tierra, con repercusiones internacionales por la migración hacia países vecinos. Como el Estado frente a la violencia no se muestra como tal, es conveniente iniciar el trámite aprobatorio del Tratado que creó la corte Penal Internacional.

En contraste, la protección a la niñez es positiva no sólo en las normas sino en la jurisprudencia y, como se anotó anteriormente, en los programas del ICBF, aunque se aprecia que no hay debida comunicación entre la sede nacional y los centros zonales. Pero la realidad es tan dura en Colombia, que los esfuerzos hechos son insuficientes y corresponde a la sociedad la mayor solución, mediante la erradicación de la intolerancia y de la violencia, y parece que el mecanismo más útil para ello es la educación.

e.- El derecho al medio ambiente no sólo se investigó en la normatividad, nacional e internacional, que es muy completa, y en la jurisprudencia, sino en los organismos que tienen objetivos ecológicos y en las entidades que prestan el servicio de agua. Es indudable que existe una Constitución ecológica y una adecuada protección jurisprudencial. La legislación también es avanzada pero se ha quedado escrita. La verdad es que la gente no conoce cuáles son los derechos colectivos.

Hay organizaciones dispersas, con grandes propósitos, muchas veces con funciones semejantes, pero sin coordinación entre ellas.

En materia internacional, muchos son los compromisos de los países desarrollados, pero no se han traducido en algo concreto. Por ejem-

plo, no se ha hecho realidad lo de la deuda ecológica, ni ha habido preocupación por la protección del medio ambiente ya que esta se limita a simples formalismos en la mayoría de las situaciones.

Hasta ahora se está creando la conciencia y la educación ambientalista, en medio del enfrentamiento entre el medio ambiente por un lado y por otro las necesidades vitales del individuo o la explotación de la naturaleza con fines de lucro.

El índice de agua contaminada es altísimo y la Comisión de regulación de agua potable sólo ha investigado a 25 empresas de variada composición.

f.- En cuanto a la educación, la crisis principal es de calidad en la enseñanza. Hay diferencia entre los colegios públicos y los principales colegios privados, tanto en la edad en que se inicia la educación como en los programas. En los colegios públicos hay deserción; sin embargo quienes reciben educación oficial se muestran agradecidos con lo recibido. Se hizo averiguación en colegios y universidades y se le dio realce al análisis de los reglamentos y de los manuales de convivencia y la respuesta jurisprudencial sobre estos aspectos. El tratamiento jurisprudencial en el tema educativo se orienta especialmente hacia factores en libertad a favor del alumno, criticándose en muchas ocasiones el carácter autoritario de los manuales de convivencia.

Afortunadamente ya se toma en cuenta que de la educación depende el crecimiento del país: por eso la cobertura de lo básico se ha incrementado. Es muy importante la figura de la nueva escuela.

En cuanto a las universidades, se nota la falta de relaciones académicas internacionales. Hay una enorme inquietud sobre aspectos del mejoramiento de la enseñanza en el pregrado. En los programas de postgrados, que llegan a cifras superiores a los 1.300 en todo el país, el control del ICFES es generalmente formal.

g.- De acuerdo con la clasificación de Alexy sobre derechos de organización y procedimiento, fue indispensable acudir al Congreso de la República, al Consejo Superior de la Judicatura, para ver el funcionamiento de estas ramas del poder público; se tiene lo siguiente:

En lo referente a la organización y funcionamiento de la rama judicial, ésta se encuentra desbordada por la cantidad de casos de toda índole, lo cual afecta el principio constitucional de la pronta y cum-

plida justicia, dándose la paradoja de que los términos son para las partes pero no para el funcionario, lo cual es aberrante.

En cuanto al Congreso, es indudable que se abre campo al pluralismo, pese a la estructura caduca de los partidos políticos. La eficiencia y la eficacia del Parlamento se ve menoscabada por la incapacidad para hacer las leyes de parte de algunos representantes del pueblo. Esta tarea se cubre con un gran número de asesores que desafortunadamente se dedican a la búsqueda de la reelección de quien los patrocina. Ello se refleja en un descuido técnico en la confección de las leyes y de ahí el gran número de demandas ante la Corte Constitucional. Más del 90% de las demandas de inconstitucionalidad presentadas en la Corte Constitucional son contra leyes expedidas después de la Constitución de 1991, cuando lo lógico es que lo fueran contra leyes preconstituyentes que incurrieran en inconstitucionalidad sobreviniente.

Muchas otras conclusiones aparecen en cada uno de los treinta y tres capítulos que integran la investigación, pero en la presente oportunidad solamente se resaltaron las que parecen de mayor importancia.

