

Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo

Título: Edgar Morin

Técnica: Óleo con espátula

Dimensiones: 100 x 70

Año: 2009

EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU PROTECCIÓN EN LA SUBREGIÓN DEL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO*

* Informe final de la investigación “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena Medio Antioqueño 2001-2007.” Financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– y por la Dirección de Regionalización de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2008. El desarrollo de este trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo del coinvestigador y estudiante de la sede Puerto Berrío de la Universidad de Antioquia, Cristian Leonel Guardia López y sin la labor de los ocho auxiliares de investigación del proyecto.

Fecha de recepción: 11 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2010

EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU PROTECCIÓN EN LA SUBREGIÓN DEL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO

*Luisa Fernanda Cano Blandón***

RESUMEN

La implementación de políticas públicas constituye el instrumento por excelencia para lograr la eficacia normativa de los derechos constitucionales, especialmente de los llamados derechos sociales, lo cual, hasta ahora, ha sido más una labor de los jueces constitucionales que de los órganos democráticos. Por tanto, se espera que ante la existencia de políticas públicas para atender tales derechos, se reduzca el número de acciones de tutela para demandar su protección en casos particulares. En el proyecto de investigación desarrollado en los municipios de Maceo, Puerto Nare y Puerto Berrío, se analizó la protección de los derechos sociales por parte de los jueces constitucionales vía acción de tutela como indicador de su garantía –o ausencia de ésta– mediante acciones públicas.

Palabras clave: Derechos sociales, políticas públicas, enfoque de derechos, juez constitucional.

EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHTS: ANALYSIS OF THE “TUTELA” JUDGMENT AND THE PUBLIC POLITICS FOR THEIR PROTECTION IN THE MAGDALENA MEDIO IN ANTIOQUIA

ABSTRACT

The implementation of public politics constitutes the instrument par excellence for attain the normative efficacy of the constitutional rights, specially the calls social rights, which, up to now, has been a work of the constitutional judges and don't a work of democratic organs. In this way, is expected that before the existence of the public politics for attend those rights, the number of “tutela” actions for demand their protection in particular cases reduces. In the project of investigation development in the towns of Maceo, Puerto Nare and Puerto Berrío, was analyzed the protection of social rights made for the constitutional judges through “tutela” action how indicator of their guarantee – or absence of this- by means of public actions.

Keywords: Social rights, public politics, focus of rights, constitutional judge.

** Magíster en Gobierno y Asuntos Públicos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Sede México. Abogada de la Universidad de Antioquia. Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad. Correo electrónico luisafcانو@yahoo.com.mx

EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU PROTECCIÓN EN LA SUBREGIÓN DEL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO

Este escrito busca cumplir tres propósitos. En primer lugar, presentar la fundamentación conceptual y la metodología del proyecto de investigación que da origen a las reflexiones que aquí se sugieren, proyecto desarrollado en el Magdalena Medio antioqueño con el apoyo de un estudiante coinvestigador y ocho auxiliares de investigación que se encargaron de fichar cerca de quinientos expedientes de tutela en los municipios de Puerto Berrío, Puerto Nare y Maceo, fichas que sirvieron de fuente para analizar los derechos invocados y protegidos en las sentencias de tutela estudiadas y comparar la protección de derechos sociales desde el punto de vista judicial y desde las políticas públicas, en materia social, diseñadas en los mencionados municipios de esta subregión antioqueña.¹

El segundo propósito es abordar las políticas públicas, en el campo social, como una opción para la exigibilidad no judicial de los derechos sociales,² así como la referencia jurisprudencial del concepto de políticas públicas en el país a partir de la figura del estado de cosas inconstitucional y, la eventual creación jurisprudencial de un derecho subjetivo a políticas públicas inexistente, hasta el momento, en el ordenamiento positivo nacional. Así mismo, en este punto, se pretende abordar el concepto de políticas públicas con enfoque de derechos como una posibilidad de conciliar lo aparentemente inconciliable, el discurso de los derechos y la lógica económica de la asignación y distribución de recursos fundamentada en el principio de escasez y en la eficiencia de las políticas públicas.

1 Los municipios que hacen parte de esta subregión son Puerto Berrío, Puerto Nare, Maceo, Caracolí, Yondó y Puerto Triunfo. La información se recolectó en los juzgados ubicados en los tres primeros municipios, en virtud de la distancia que existe entre la seccional de la Universidad de Antioquia ubicada en Puerto Berrío, a la cual pertenecen los auxiliares de investigación, y los municipios que fueron descartados para el rastreo.

2 Cano Blandón, Luisa Fernanda (2005). “Un derecho puede ser exigido por su titular mediante múltiples mecanismos –considerando las vías legales, obviamente– tales como protestas y manifestaciones públicas, petición por vía administrativa de su cumplimiento, huelgas, entre otros (...) En cambio, decimos que un derecho es justiciable, o que se caracteriza por su justiciabilidad, cuando es posible que su titular ponga en conocimiento de la autoridad judicial pertinente, la vulneración de su derecho, con el fin de que sea el juez quien imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación”.

Y en tercer y último lugar, el escrito presenta los resultados del trabajo empírico desarrollado en los mencionados municipios del Magdalena Medio antioqueño, cuya información permitió explorar la relación existente entre las dos vías principales para la protección de los derechos sociales: una que podría denominarse *principal*, mediante la formulación y ejecución de políticas públicas del orden local que garanticen el bien jurídico que protegen³ y otra *subsidiaria*, mediante sentencias de tutela dirigidas a la protección de los derechos sociales en casos concretos frente a la posible amenaza de su violación o frente a su violación efectiva.

En este sentido, existe una relación inversamente proporcional entre acción de tutela y políticas públicas, según la cual, “en la medida en que las políticas públicas contribuyan al pleno ejercicio de los derechos, la población tendrá menos motivos para acudir a los mecanismos judiciales para reclamarlos”, (Pérez Murcia, 2007: 75) en otras palabras, se espera que a mayor gasto público social, menor número de acciones de tutela se interponga solicitando la protección de derechos sociales. A la inversa, si el número de acciones de tutela incoadas es alto o incrementa, puede entenderse como una señal de ausencia de políticas públicas en materia de derechos sociales o como síntoma de que, pese a su existencia, tales políticas presentan deficiencias.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, relativa al derecho a la salud, estableció como indicador del cumplimiento de su providencia, la reducción de la presentación de acciones de tutela en el país para acceder a los servicios de salud.

Durante más de una década las personas han tenido que acudir a la acción de tutela para que la justicia resuelva controversias que habrían podido ser dirimidas de manera general por los órganos competentes de regulación. Este fenómeno *constituye un claro indicio* acerca de las fallas en la regulación del sistema de salud, lo cual a su vez es el fundamento de las órdenes generales atinentes a corregir dichos problemas. Por esta razón, las decisiones que adopten los órganos de regulación encaminados a cumplir la presente sentencia deben necesariamente conducir a un resultado que facilite el acceso de las personas a los servicios de salud y que eventualmente disminuya la proporción de tutelas presentadas para ello.

(...)

Tales indicadores son de enorme trascendencia y significación para verificar si los objetivos de la política pública en materia de salud se están logrando y si los medios diseñados para alcanzarlos son idóneos.⁴ [Cursiva fuera de texto]

3 En este caso nos referimos a la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social y la vivienda (Arango: 2005:347).

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Esta inquietud, que motivó la ejecución del proyecto en mención, se inscribe dentro de un interrogante de mayor trascendencia acerca de la relación entre el derecho, los derechos y las políticas públicas. Al respecto vale la pena hacer una primera aclaración: la lengua inglesa diferencia los términos *politics* y *policy*, para referirse a la actividad de consecución y permanencia en el poder, el primero; y al instrumento por medio del cual se pretende dar tratamiento a los problemas públicos, el segundo.⁵

En español, en contraste, utilizamos el término “política” para ambas definiciones y la forma como se han diferenciado, hasta ahora, es usando en plural el segundo concepto al hablar de las políticas. Similar situación sucede con el término “derecho”, puesto que en español lo usamos indistintamente para aludir al conjunto de instituciones que regulan el comportamiento humano, como para hacer referencia a la facultad otorgada a un sujeto para exigir el cumplimiento de determinado bien jurídico.

En inglés, por el contrario se utiliza el término *law* para el primer concepto y *right* para el segundo. Por lo anterior, es necesario explorar la relación entre las políticas públicas y el derecho como marco regulador de competencias –entendido como *law*– por un lado y, entre éstas y los derechos –entendidos como *rights*– por el otro. Esta última denominación, es la que permite acercarnos al llamado enfoque de derechos en las políticas públicas que se abordará en el segundo apartado.

La ejecución de la investigación se dividió en dos etapas, la primera buscaba explorar y recolectar información sobre las acciones de tutela falladas entre 2001 y 2007, tarea que se llevó a cabo en ocho despachos judiciales: los seis juzgados del municipio de Puerto Berrío y los Juzgados Promiscuos de Puerto Nare y Maceo, fichándose un total de 478 expedientes de tutela archivados en cada despacho. Posteriormente se sistematizó la información en el programa estadístico Epi Info.⁶

5 Salazar Vargas (2009:32) indica que “la palabra política tiene tres acepciones bien diferentes. La primera corresponde a la expresión inglesa *politics* con la cual se designa la práctica de la competencia política, especialmente entre partidos y a través de estrategias desarrolladas por los políticos profesionales. Es la actividad dirigida a la conquista, ejercicio y mantenimiento del poder o, como algunos lo denominan, es “el arte de lo posible”. La segunda hace referencia al vocablo inglés *polity* con la cual se entiende la estructura y la organización política. La tercera es el vocablo *policy* (*policies* en plural) con significado de directriz o curso definido de acción, deliberadamente adoptado y perseguido para conseguir un determinado fin”.

6 En cada juzgado se realizó un inventario del número de acciones de tutela presentadas entre enero de 2001 y diciembre de 2007, con los libros radicadores de cada año, obteniendo un total de 800 acciones y se decidió revisar la totalidad de expedientes encontrados de este periodo, pese a lo cual el inventario no coincidió con el número de fichas elaboradas (478) por varias circunstancias, entre ellas el envío de la acción, después de admitida, a otro despacho competente o la duplicidad de la información en los libros radicadores, hecho que se tuvo en cuenta para el análisis estadístico. La distribución de expedientes revisados por juzgado es la siguiente: 57 en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Berrío a cargo del auxiliar de investigación Juan Alberto Zapata Zapata y del coinvestigador Cristian Leonel Guardia López; 77 en el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrío a cargo del auxiliar Luis Eduardo Peláez Jaramillo; 69 en el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío a cargo del auxiliar Gonzalo Andrés Giraldo Marín; 89 en el Juzgado Civil de Circuito de

La segunda etapa consistió en la revisión de normas y documentos que dieran cuenta de las acciones públicas implementadas en el periodo de análisis en materia social en los municipios objeto de estudio, información que se complementó con entrevistas a actores sociales y políticos con incidencia en estos municipios. El paso final de la investigación consistió en verificar si, en efecto, se ha reducido el número de acciones de tutela presentadas en la subregión en respuesta al diseño e implementación de políticas públicas en materia de derechos sociales, los mismos que, hasta el momento, han tenido una precaria protección en los municipios del Magdalena Medio antioqueño que hicieron parte de la investigación; ello se puede verificar en el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI–, el cual indica que el 38.4% de los hogares del municipio de Puerto Berrío no tiene asegurado un nivel mínimo de subsistencia, cifra que se reduce a 35.4% de los hogares en el municipio de Maceo y a 31.9% en Puerto Nare.⁷

1. LOS DERECHOS SOCIALES: TIERRA FÉRTIL PARA EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

Los derechos sociales surgen como resultado de la ampliación de los bienes jurídicos que son objeto de protección constitucional en los textos normativos superiores, como consecuencia de la transición normativa y fáctica del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y del propósito de adicionar la protección del principio de igualdad a través de los derechos sociales, al principio democrático y a la libertad, protegidos mediante los llamados derechos civiles y políticos, los cuales siguieron ostentando una posición privilegiada frente a los nuevos derechos que hacían el *debut* constitucional en pleno siglo XX.

En la última década y, particularmente en América Latina y en Colombia, el tema de los derechos sociales se ha convertido en un campo abonado del que emergen toda clase de debates jurídicos y políticos, pues aparece como un propicio escenario para articular varias discusiones. Algunas de ellas son: a) la estructura de los derechos sociales con relación a la estructura de los llamados derechos civiles y políticos; b) los mecanismos de protección judicial disponibles para la garantía de

Puerto Berrío a cargo de Geovanny Andrés Agudelo; 62 en el Juzgado Segundo Promiscuo municipal de Puerto Berrío a cargo de Manuel Jaime Monsalve; 30 en el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Berrío a cargo de Juan Felipe Márquez Naranjo; 65 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Nare a cargo de Luis Guevara Pérez y 29 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Maceo a cargo del auxiliar Oscar Felipe Velásquez Muñoz.

7 Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE–. Información producida en el Censo nacional del 2005 y ajustada a diciembre 31 de 2008.

los derechos sociales; c) la identificación del objeto y del sujeto pasivo u obligado frente a los derechos sociales; d) la legitimidad de los órganos judiciales para intervenir en políticas públicas y en planeación económica, aún en contra de la voluntad democrática o, lo que se ha denominado “la dificultad contramayoritaria”⁸ y e) el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional que ordena acciones públicas generales más allá del caso concreto.

Estas situaciones han sido abordadas por la doctrina nacional y extranjera, por lo que no es intención de este escrito ahondar en temas que han sido ampliamente discutidos en otros espacios.⁹ Lo que se pretende, en este apartado, es presentar en términos políticos –*politics*– y de políticas –*policies*– una discusión que se ha planteado principalmente desde el ámbito jurídico.

1.1 La lucha por la justiciabilidad pasa por el debate de la fundamentalidad (e incluso de la existencia) de los derechos sociales

Posiblemente el asunto sobre el que más se ha debatido, de los mencionados previamente, es la inexistencia de garantías específicas que permitan la protección en sede judicial de los derechos sociales, lo que ha llevado a desarrollar elaborados –y no pocas veces forzados– argumentos para justificar la justiciabilidad de los derechos sociales y para objetar su aparente carácter de “derechos disminuidos.”¹⁰

En otro espacio¹¹ se ha señalado la posibilidad de abordar este debate desde dos orillas: en una se encuentra el argumento que presenta la disponibilidad de garantías

-
- 8 Al respecto Lopera Mesa (2001) sostiene que “la que desde Alexander Bickel se conoce como la «dificultad contramayoritaria» (*The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 1962, 2ed., New Haven-London, Yale University Press, 1986, p. 16) agrupa todas las críticas dirigidas contra la justicia constitucional en nombre de la democracia. En ella se mezclan objeciones contra la idea de supremacía constitucional y contra la que en este trabajo denomino opción judicialista, es decir, aquellas que no necesariamente cuestionan la existencia de límites constitucionales al legislador o la necesidad de arbitrar mecanismos de control para hacerlos efectivos, sino la atribución de dicho control a jueces carentes de legitimidad democrática para imponer su opinión a la de la mayoría”.
- 9 Ver Arango Rivadeneira, Rodolfo (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Universidad Nacional, Legis, 347p.
- 10 Prieto Sanchis, Luis (1990:185) sostiene que “existe una conciencia general de que los llamados DESC o bien no son auténticos derechos fundamentales y representan una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación (...) en la filosofía política, al parecer hoy dominante, constituyen la expresión de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenazan el disfrute de las libertades individuales (...) en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal los derechos sociales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales”.
- 11 Ver Cano Blandón, Luisa Fernanda (2005). “Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa (primera parte)” En: *Revista Estudios de Derecho* Año LXXV, Vol. 062, N°. 140, pp. 215-240.

judiciales como condición *sine qua non* para hablar de la existencia de un derecho; en la otra se encuentra el argumento según el cual la justiciabilidad de un derecho es una consecuencia –y no un requisito– de la existencia de los derechos. La primera posición es defendida, entre otros, por Abramovich y Courtis (2002: 47) quienes sostienen que “lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.”¹² En contraste, Alexy (1993:496) indica que “la existencia de un derecho, no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable.” La primera postura, en palabras de Atria (2004), alienta la prevalencia de la forma sobre la sustancia, lo que encuentra explicación en la tradicional confusión entre derechos y garantías, que equipara el concepto de derecho al concepto de acción procesal (Cruz Parceró, 2007:77).¹³

Es evidente que la posibilidad de acudir al juez para demandar la protección de un derecho, es una consecuencia del trabajo argumentativo que justifica la necesidad de tal protección, ya sea por la urgencia de la situación, por la conexidad con otros derechos, porque esté dirigido a lograr la dignidad humana o porque se trate de una población merecedora de especial protección.¹⁴ No obstante lo anterior, la justiciabilidad de los derechos sociales en determinadas circunstancias, no excluye la posibilidad de exigir –de modo general y no sólo en casos extremos– políticas públicas para su protección a los órganos democráticos.

Esto es, si bien la elaboración doctrinaria y jurisprudencial de los derechos sociales en Colombia ha permitido avanzar en su protección, es menester pasar del discurso académico a la acción pública, que promueva cambios estructurales en

12 Lo anterior es criticado por Atria (2004:43) de la siguiente forma: “En su alegato por la exigibilidad de los derechos sociales, Abramovich y Courtis parten de una posición que puede parecer extraña, porque parecen preferir el agua sucia de la bañera antes que al bebé: aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social (...) ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento”.

13 Cruz Parceró (2007:77) sostiene que “muchas de las críticas y posiciones escépticas sobre los derechos sociales se apoyan en una concepción positivista sobre lo que son los derechos subjetivos. Para ser más precisos en una concepción kelseniana que entiende que los derechos subjetivos en sentido estricto son poderes que tiene un sujeto para exigirle al Estado el cumplimiento de un deber jurídico de otro sujeto. Esta noción se centra en la idea de acción procesal (...) es reduccionista y tenemos buenas razones para rechazar una estipulación de este tipo, que por lo demás confunde lo que es tener un derecho con tener una garantía”.

14 La Corte Constitucional en sentencia T-227 de 2003 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett señala “será fundamental todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la Dignidad Humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

la situación de los derechos sociales en el país y, no sólo, osadas determinaciones jurisprudenciales.

Por tanto, el siguiente paso es ir más allá de la justiciabilidad y entrar al camino de la exigibilidad de políticas (*policies*) para la satisfacción de los derechos. En otras palabras, la protección general de los derechos sociales no debe depender exclusiva, ni prioritariamente, de un mecanismo como la acción de tutela sino del cumplimiento de la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr, progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de tales derechos (Art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC–).

1.2 ¿Es relevante para políticas públicas la discusión sobre la naturaleza de los derechos sociales como derechos?

Dentro de las objeciones que se erigen contra los derechos sociales se distinguen aquellas que desestiman su carácter fundamental –y con ello su justiciabilidad– de aquellas que cuestionan su existencia misma como derechos.

Las objeciones del primer tipo pueden clasificarse según sean ideológicas, funcionales o prácticas (Cano Blandón, 2005). Las objeciones del segundo tipo, es decir, aquellas que cuestionan la denominación de derechos de las demandas sociales y su incorporación a los textos constitucionales, han tenido lugar a partir, principalmente, del concepto de derecho subjetivo. En este sentido, Atria (2004:15) sostiene que “si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos.”¹⁵

Paradójicamente –y no en pocas ocasiones– se ha dicho que el derecho posee tal ductilidad que permite la incorporación de los llamados derechos sociales al apreciado formato de los derechos subjetivos.¹⁶ Así, la tesis de Arango (2005:5) es que “los derechos sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos.”¹⁷

15 Pese a que Atria fundamenta esta afirmación para elaborar un argumento moral de los derechos, resulta valiosa la deconstrucción jurídica que realiza del concepto de derechos sociales para efectos de su relación con las políticas públicas, en la medida en que, si se quiere evitar tal contradicción, “debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos” (Atria 2004:15).

16 En contraste, Atria (2004: 33) manifiesta que el lenguaje jurídico como lenguaje institucionalizado tiene limitaciones para expresar el conflicto político, lo que evidencia que las instituciones son dúctiles, pero no completamente.

17 Entendiendo por derecho subjetivo “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (Arango citando a Maurer 2005:9). Esto le permite concluir que todo aquello que cumpla con las siguientes características: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica, es un derecho subjetivo.

Sin embargo, al sentir de Atria (2004:51) el concepto mismo de derecho subjetivo, es individualista, mientras que los derechos sociales apelan a la solidaridad, a la necesidad de preocuparnos por el otro, sentimiento que se desnaturaliza al ser juridificado, lo que muestra la estrechez del traje liberal para dar cabida a los fines colectivos. Incluso el autor es enfático en señalar que “los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos” Atria (2005:47).

Pese a ello, se ha insistido en que “los derechos sociales, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos” (Atria, 2004:27) y, más específicamente de los derechos subjetivos, lo cual, según Haba (2004:8) es una tarea inocua, pues las enunciaciones de los derechos sociales en instrumentos jurídicos, como las Constituciones, sólo posee cierto valor fermental o heurístico, ya que se trata, simplemente, de unos ideales, cuya eficacia depende de condiciones extrajurídicas de tipo económico y cultural. Por tanto, es necesario superar estos “juegos del lenguaje que, en cuanto a la práctica, resultan esencialmente inofensivos. Estos son, puede decirse, más bien unos discursos-pantalla: no se ocupan, en lo esencial, de la realidad, sino que la sustituyen por un «cielo» de papeles y oratorias, una especie de iusteología” (Haba, 2004: 28).¹⁸

En suma, la preocupación por argumentar la justiciabilidad de los derechos sociales, ha desatendido la preocupación por su cumplimiento efectivo y la posibilidad de demandar social y políticamente acciones públicas generales frente a estos. Sin embargo, la conciliación entre derechos y políticas públicas no es un asunto simple.

2. EL ESPINOSO CAMINO DE LOS DERECHOS EN EL DISCURSO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Entendemos las políticas públicas como un flujo de acciones y decisiones intencionalmente coherentes y racionalmente focalizadas, tomadas por actores públicos (que no sólo estatales), sociales y/o privados, con el fin de resolver, de manera puntual, un problema definido como público en la arena política (*politics*), utilizando para ello recursos técnicos, humanos, físicos y económicos de distinta naturaleza y

18 Señala Haba (2004: 28) que “el destino práctico de los derechos económicos no se juega en el papel de las Constituciones, y muchísimo menos en los pergaminos que componen el Derecho Internacional, sino en la complicada madeja que constituyen, conformando el mundo real, las condiciones económico-materiales y también ciertos decisivos factores culturales propios de cada país.” Pese a que coincidimos con Atria en que la eficacia de los derechos va más allá de su consagración formal, tal escepticismo frente al poder regulador del derecho en una sociedad no tiene en cuenta que, bajo ciertas circunstancias, es necesaria la protección judicial de los derechos, por lo que las vías democrática y judicial para su garantía son complementarias y no excluyentes.

cuyo propósito, en últimas, es avanzar en la protección progresiva de los derechos constitucionales.

La definición anterior, pretende reformular el concepto tradicional según el cual, una política pública es una acción gubernamental racional y eficiente para gestionar lo público. Es claro que los teóricos de las políticas públicas pocas veces han mencionado la dimensión jurídica de las políticas y mucho menos han puesto atención al tema de los derechos. De igual forma, la doctrina jurídica ha ignorado por largo tiempo su posición frente a aquellas.

Los primeros, han entendido que el derecho (*law*) es el marco regulador en el que se produce un juego de actores racionales que utilizan la norma como una variable más dentro del complejo proceso de las políticas, es decir, como las reglas de juego, las instituciones que otorgan competencias y límites al proceso de elaboración de políticas.¹⁹ Los juristas, por su parte, han entendido que el concepto de políticas públicas pertenece prioritariamente al campo económico y a la administración pública por lo que, de modo general, este tema no se ha considerado objeto de estudio jurídico.

En los últimos años, sin embargo, tanto la teoría de las políticas públicas como el derecho, han debido replantear su divorcio en virtud de los cambios jurídicos y políticos producidos por las premisas del Neoconstitucionalismo y por la incidencia de los jueces constitucionales en la acción pública.²⁰

2.1 El llamado enfoque de derechos en las políticas públicas

Además de limitar las políticas públicas, de ser su marco regulador y de servir de instrumento para su implementación, el derecho orienta el contenido de las políticas; esto lo hace a través de la consagración de derechos constitucionales (*rights*).

Recientemente, se ha conjugado el lenguaje de las políticas públicas con el discurso de los derechos en la expresión *políticas públicas con enfoque de derechos*, el cual

19 Caillosse (2000:38-39) citado por Sierra Cadena (2009:18) señala que “la teoría de las políticas públicas llegó al mejor conocimiento de su objeto ignorando casi totalmente su dimensión jurídica, puesto que la sociología tomó el papel de disolverla en los juegos de los actores, que los juristas rehúsan a comprometer, introduciendo similares impurezas en el derecho.”

20 Sin lugar a dudas el Neoconstitucionalismo incide en cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, sobre el estatus de su conocimiento y sobre la función del jurista. Cruz (2006:2) citando a Guastini, sostiene que “la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha de entenderse como un proceso de transformación al cabo del cual el ordenamiento resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza así por poseer una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”

se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente, de manera principal, frente a la garantía de los derechos sociales.

Es indiscutible que las políticas públicas representan una posibilidad para reducir la brecha entre lo normativo y lo fáctico, un instrumento para planear y regular –tal como lo hace la norma– pero también para concertar, ejecutar y evaluar y, aunque contar con una política pública dirigida al cumplimiento de derechos sociales no es garantía de su eficacia normativa, no contar con ella representa una barrera para su desarrollo y el incumplimiento de una obligación constitucional del Estado con su protección.^{21, 22} En la medida en que focalizan la acción pública en virtud de la escasez de recursos, las políticas públicas en materia social permiten atender a las condiciones mínimas para asegurar la vida digna de los destinatarios sobre los que se ha focalizado la orientación de ciertos recursos.²³

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, se refirió extensamente al tema de políticas públicas en la parte motiva de su providencia, lo que constituye verdadera doctrina constitucional al respecto en el país. En tal ocasión, esa Corporación expresó:

La Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

(...)

21 Al respecto Pérez Murcia (2007:73) señala: “cabe advertir que la sola existencia de políticas públicas no determina logros en la materialización de los DESC e incluso, por el contrario, puede darse el caso de que las políticas erijan nuevas barreras para la realización de los mismos”.

22 En igual sentido Roth Deubel (2006:60) indica que “las políticas públicas constituyen las herramientas desarrolladas por el Estado para favorecer y garantizar el cumplimiento y el respeto a estos derechos considerados como bienes públicos fundamentales constitutivos de una sociedad democrática. Por tanto, la formulación y la implementación de las políticas públicas deberían estar diseñadas en función de su utilidad para acercar a la sociedad a estos objetivos. Igualmente la evaluación de las mismas debería realizarse con base en idénticos criterios de libertad, igualdad, justicia y dignidad.”

23 No deja de inquietar la contradicción que se presenta entre el principio de universalidad de los derechos humanos y la focalización –elemento natural– de las políticas públicas. Por ejemplo, en virtud del principio de igualdad, un no-destinatario de una política determinada, que cumple las condiciones para serlo pero que no fue beneficiado por ésta debido a que no alcanzó a ser incluido en su cobertura, ¿podría incoar una acción de tutela para solicitar que el juez constitucional le ordene al responsable de la política incluirlo en ésta, pese a que los recursos ya fueron focalizados?

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, *cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública* que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.²⁴ [Cursiva fuera del original]

Esta determinación de la Corte Constitucional, concuerda con la normatividad internacional al respecto. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y la Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) de las Naciones Unidas, que data de 1990, se refieren a la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte frente al PIDESC. Ésta última precisa que la obligación de “adoptar medidas” es un compromiso incondicionado de los Estados y que éstas deben ser deliberadas, concretas y orientadas claramente hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Sin embargo, tal como señala Pérez Murcia (2007:73), “no obstante el deber de los Estados de poner en marcha políticas respetuosas y garantes de los derechos humanos, se advierte un divorcio entre la lógica de los derechos y la lógica de las políticas públicas,” lo que se acentúa desde un concepto tradicional de política pública según el cual las políticas son resultado de una empresa racional llevada a cabo por técnicos en materia presupuestaria que sugieren al gobernante de turno la opción de *policy* más eficiente, es decir, aquella que responde de mejor manera al análisis costo-beneficio.²⁵

Los cuestionamientos por la equidad, la discriminación positiva, el impacto social y cultural de la política y la participación de los destinatarios en la acción emprendida, están lejos de éste concepto, hoy replanteado, en parte, por los afortunados aportes de la escuela francesa de las políticas públicas.

Sin embargo, la práctica de las políticas públicas en Colombia ha permanecido al margen del debate académico sobre el concepto²⁶ y es claro que ha predominado el

24 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

25 Tal como lo señalara Merriam (citado por Aguilar Villanueva, Luis F., 1992: 45) “a menos que se incorporen a las operaciones de gobierno mayores dosis y niveles de ciencia, la civilización corre el peligro del capricho, la ignorancia y la pasión.” En este mismo texto Aguilar (1992: 10) explica que la política pública no es más que “una disciplina que pretende contribuir a la elaboración de decisiones públicas más eficaces que, sin cuentos y con sustancia, sean capaces de ir abandonando oportuna y sistemáticamente desoladores problemas y defectos públicos.”

26 Ver Cuervo, Jorge Iván (2007). Las políticas públicas, entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental. En: Ensayos sobre políticas públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 65-96.

enfoque economicista que prioriza la simpleza del análisis presupuestario y pasa por alto que quien diseña o ejecuta una política pública no sólo necesita sacar adelante una acción eficiente sino, además, democráticamente construida y orientada hacia el cumplimiento de los derechos constitucionales.

Estas tres condiciones que debe cumplir toda política pública (eficiencia, participación democrática y enfoque de derechos) fueron indicadas –o más precisamente ordenadas– por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada previamente de la siguiente forma:²⁷

La jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional. La primera condición es que *la política efectivamente exista*. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar (...)

La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad *garantizar el goce efectivo del derecho*. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable” (Cita de la sentencia T-595 de 2002).

La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública *permitan la participación democrática*. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan, o (ii) que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente. [Cursiva fuera del original]

Una política pública tendrá enfoque de derechos si su objetivo, referente e indicador es la garantía de los derechos constitucionales y no, exclusivamente, la eficiencia presupuestaria.²⁸

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

28 Sobre el tema de indicadores sociales ver Pérez Murcia, Luis Eduardo (2007) ¿Cómo medir el cumplimiento de los derechos sociales?, un modelo de indicadores para monitorear y evaluar el disfrute del derecho a la educación. En: Los derechos sociales en serio, Bogotá: De Justicia, pp.131-177.

2.2 Del discurso a la práctica del enfoque de derechos

En cuanto a la forma de llevar a la práctica el enfoque de derechos en el diseño de una política en materia de derechos sociales, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha aportado a este asunto en sus Observaciones Generales.

Así, por ejemplo, frente al derecho a la educación, la Observación General número 13 dispone como características de este derecho la asequibilidad o disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad, lo que se ha conocido como las 4A. Así mismo, se ha hablado del método PANEL (Participation, Accountability, No discrimination, Empowerment, Linkage) de las 4P (Progresividad, Priorización, Presupuesto y Participación) y de los Objetivos del Milenio como criterios para verificar el cumplimiento de los derechos en las acciones públicas. Igualmente y, haciendo énfasis en el desarrollo humano, el enfoque de derechos parte de principios como: la universalidad, la no regresividad, la igualdad, la no discriminación, la integralidad de todos los derechos, la participación activa de los titulares de derechos y de la rendición de cuentas de los portadores de obligaciones.

En todo caso, no basta con que el documento que contiene la política pública señale que ésta tiene enfoque de derechos como un asunto retórico y de legitimación, la asignación presupuestal, la cobertura, la naturaleza de las acciones y el tiempo de ejecución, entre otros asuntos, deben atender a la garantía del derecho para hablar de la existencia de tal enfoque.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional no admite políticas de papel, meramente simbólicas o documentos que sirvan de disfraz y distracción frente a la desatención a los problemas públicos y a la violación sistemática de derechos que redunden en un estado de cosas inconstitucionales.²⁹

29 La Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló que “Se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando *“(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas -que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.* Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”

Con la sentencia T-760 de 2008, entre otras, la Corte Constitucional ha asumido el papel de ente ordenador, regulador y supervisor de la ejecución de políticas públicas en el país, por lo que pasamos de hablar de la judicialización de la política (*politics*) a la judicialización de las políticas (*policies*).

Uprimny (2008:82), explica que la judicialización de la política se refiere al hecho,

(...) de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos [lo que] supone (...) una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas en la medida en que el trámite y decisión de ciertos asuntos es transferido de la esfera política al ámbito judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere mayor peso.

Sin embargo, esta actuación loable de los jueces, a la cual millones de colombianos le deben hoy su vida y su bienestar, no debería convertirse en un patrón de actuación regular, aceptado y generalizado. Cuando los jueces asumen la política de ordenar políticas públicas, fijar plazos, responsables y contenidos para la misma, nos encontramos frente a una situación que debería ser remedial, residual y temporal. Remedial en la medida en que ocurre ante la inactividad de los órganos democráticos en la materia; residual porque la actuación judicial en políticas públicas debería ser subsidiaria en el proceso de construcción de las mismas; y temporal porque la democracia exige que los asuntos importantes para una sociedad sean debatidos abierta y públicamente.

El planteamiento anterior, condujo al objetivo del proyecto de investigación desarrollado en el Magdalena Medio antioqueño, en cuyo caso se pretendió analizar si la protección de los derechos sociales ha sido una labor primordialmente de los jueces o si, se han diseñado políticas públicas que atiendan estos derechos y, en consecuencia, reduzcan las acciones judiciales en este territorio.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO

De los despachos judiciales de los municipios de Maceo, Puerto Nare y Puerto Berrio, se extrajo la información correspondiente a 478 sentencias de tutela emitidas por los jueces locales en primera instancia entre 2001 y 2007.

En este apartado se presentan algunos datos compilados de tal rastreo. La distribución de los expedientes por despacho y el número de acciones de tutela concedidas y negadas en cada juzgado es la siguiente:

TABLA 1. DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES FICHADOS POR JUZGADO

Municipio	Autoridad judicial	# de expedientes fichados	# de fallos que conceden la tutela	# de fallos que niegan la tutela	No hay datos
Puerto Berrio	Juzgado Civil del Circuito	89	53	36	0
	Juzgado Laboral del Circuito	30	15	15	0
	Juzgado Penal del Circuito	69	60	9	0
	Juzgado 1° Promiscuo Mpal.	57	51	5	1
	Juzgado Promiscuo de Familia	77	58	19	0
	Juzgado 2° Promiscuo Mpal.	62	47	13	2
Puerto Nare	Juzgado Promiscuo Municipal	65	26	35	4
Maceo	Juzgado Promiscuo Municipal	29	24	5	0
TOTAL		478	334	137	7
		100%	69,9%	28,7%	1,4%

Fuente: Elaboración propia.

En el 69,9% del total de casos analizados se consideró procedente la acción de tutela y en el 30,1% de ellos se negó la protección con base en los siguientes argumentos:

TABLA 2. RAZONES DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

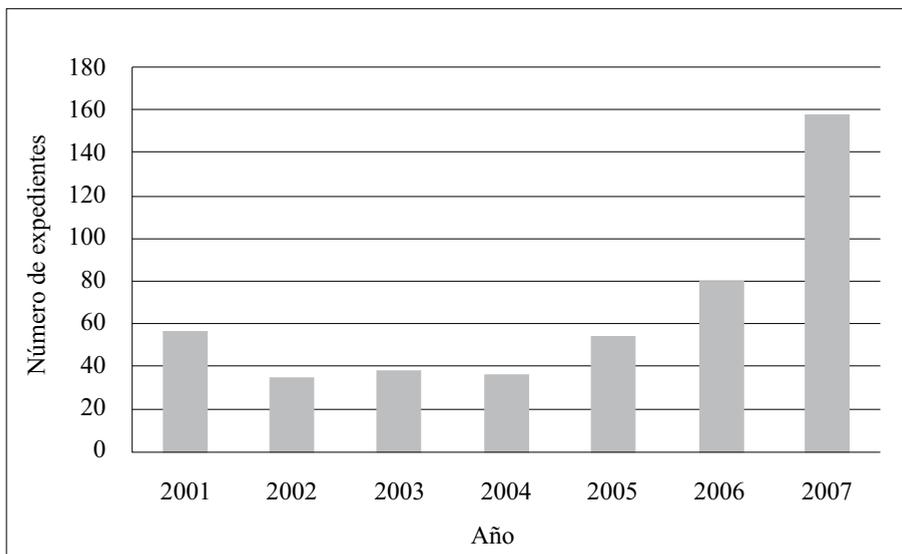
Razón por la que niega la tutela	%
No hay una violación real y efectiva de derechos fundamentales	16,3%
Existían otros mecanismos de defensa judicial	10%
No procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable	2,7%

Razón por la que niega la tutela	%
El derecho que se solicita sea protegido no es un derecho fundamental	1,3%
La tutela se interpuso ante funcionario incompetente	0,6%
La violación de derechos fundamentales ya se consumó	0,6%
No se configuró una vía de hecho	0%
Otros argumentos	4,6%

Fuente: Elaboración propia.

La distribución de los expedientes revisados por año es la siguiente:

GRÁFICO 1. DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES FICHADOS POR AÑO



Fuente: Elaboración propia.

Se aprecia un incremento en el número de acciones de tutela; de 56 fallos fichados correspondientes al año 2001, se pasó a 157 casos fichados de sentencias expedidas en el 2007, lo que sugiere un crecimiento continuo de acciones presentadas en los despachos judiciales desde el 2004.

Para efectos del proyecto de investigación, interesaba conocer cuáles son los derechos cuya protección se invoca con mayor frecuencia por el accionante y cuáles los que protegen los jueces en mayor medida en el periodo de estudio. El resultado

debe ser apreciado teniendo en cuenta que, en una misma acción, pueden invocarse varios derechos como amenazados o vulnerados y que el juez puede proteger derechos distintos a los solicitados. Sólo se presenta el resultado de algunos derechos cuyo valor fue superior al 1%.

TABLA 3. DERECHOS INVOCADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

Derecho	No.	Porcentaje de expedientes en los que se solicita protección	No.	Porcentaje de expedientes en los que se concede protección
Derecho a la salud	229	47,9%	164	34,3%
Derecho a la vida	218	45,6%	139	29,1%
Derecho de petición	106	22,2%	73	15,3%
Derecho a la igualdad	82	17,2%	31	6,5%
Derecho al trabajo	58	12,1%	6	1,3%
Derecho a la Seguridad Social	58	12,1%	45	9,4%
Derecho al mínimo vital	44	9,2%	46	9,6%
Derecho al debido proceso	43	9%	19	4%
Derecho a la honra	24	5%	0	0%
Derechos de los niños	18	3,8%	6	1,3%
Derecho a la vivienda	17	3,6%	3	0,6%
Libertad de expresión	12	2,5%	0	0%
Derecho a la educación	12	2,5%	7	1,5%
Libertad de conciencia	11	2,3%	0	0%
Derecho a la intimidad	6	1,3%	0	0%
Patrimonio público	6	1,3%	0	0%
Libre desarrollo de la personalidad	6	1,3%	1	0,2%

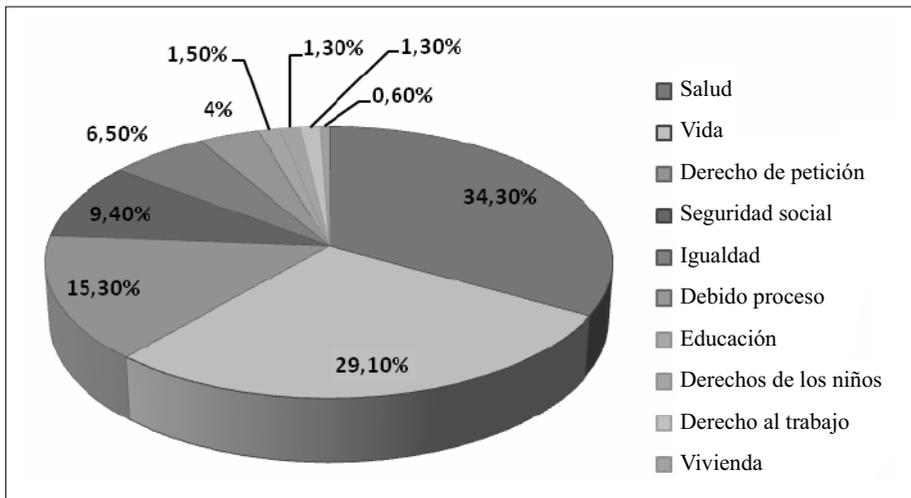
Fuente: Elaboración propia.

El derecho a la salud ocupa el lugar del derecho más recurrido y así mismo, del derecho más protegido. En casi la mitad de las sentencias revisadas el accionante

solicitó la protección del derecho a la salud. Posiblemente el derecho a la vida aparezca en segundo lugar en virtud del argumento de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida para justificar su protección.

En el 34,1% de los expedientes (equivalente a 163 fallos) se hace referencia expresa a la conexidad y en el 53,8% el (los) derecho (s) invocado (s) coincide (n) con el (los) derecho (s) protegidos (s). En el Gráfico 2 se aprecia el porcentaje de protección de cada derecho en las sentencias revisadas.

GRÁFICO 2. FRECUENCIA DE LOS DERECHOS CONCEDIDOS EN LAS SENTENCIAS DE TUTELA



Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a la relación entre derechos protegidos y el uso del argumento de conexidad, se encontró que en el 80% de los casos en los que el derecho a la vida es protegido se menciona la conexidad, lo mismo sucede en el 72% de los casos en los que el derecho a la seguridad social es protegido y en el 69,9% de las sentencias en las que se protege la salud de nuevo aparece la conexidad.

En la siguiente tabla se relaciona el despacho judicial con el número de expedientes que conceden protección al derecho a la salud y con el número de fallos que aluden a la conexidad.

TABLA 4. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CONEXIDAD

Autoridad judicial	# fallos que protegen el derecho a la salud	# fallos que se refieren a la conexidad
Juzgado Civil del Circuito	24	30
Juzgado Laboral del Circuito	12	12
Juzgado Penal del Circuito	28	10
Juzgado Primero Promiscuo Municipal	31	36
Juzgado Promiscuo de Familia	29	50
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal	32	18
Juzgados Promiscuos de Puerto Nare y Maceo	8	7

Fuente: Elaboración propia.

De otro lado, sólo dos expedientes, provenientes del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, se refieren expresamente a la expresión “política pública” y en ambos se menciona frente al tema del pasivo pensional del municipio y la necesidad de atender tal obligación. En 134 de los casos revisados (28%) hay alguna orden del juez para alguna autoridad pública del municipio, en 34 de estos la orden es para la administración municipal que resulta ser el sujeto demandado en el 22% de los fallos, mientras que las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) son accionadas en el 23,4% de los expedientes.

Con fundamento en los datos anteriores, es posible señalar que los derechos sociales, particularmente el derecho a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital continúan siendo accionados, en un número considerable, en sede judicial con el objetivo de demandar su protección. Si se suma el porcentaje de fallos en los que aparece invocado uno de los anteriores derechos por el accionante, se tiene que en el 98% del total de expedientes revisados, es decir, en 471 de los 478 analizados, se solicita la protección de al menos uno de aquéllos derechos. No obstante lo anterior, el derecho a la vivienda, a la educación y los derechos de los niños, aparecen por debajo del 4% en las acciones de tutela cuyos fallos fueron objeto de estudio.

Por supuesto, si bien el alto número de acciones de tutela en derechos sociales es síntoma de la ausencia de políticas públicas que planeen la ejecución de recursos al respecto –tal como lo señala la Corte Constitucional– no es posible endilgar

total responsabilidad de ello a las administraciones municipales de los municipios estudiados, puesto que sería necesario realizar un estudio pormenorizado de las responsabilidades de los gobiernos departamental y nacional frente a cada derecho.

Con el fin de conocer la situación social de los municipios de Puerto Berrío, Puerto Nare y Maceo en el periodo de análisis (2001-2007), se recogió información contenida en los planes de desarrollo de la época, en documentos suministrados por la división de Seguimiento, Evaluación y Banco de Proyectos del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de Antioquia y en entrevistas realizadas a actores sociales y políticos de la Subregión.³⁰

A continuación se presenta el resumen de los indicadores hallados.

TABLA 5. INDICADORES DE CALIDAD DE VIDA DE MACEO, PUERTO BERRÍO Y PUERTO NARE

	Maceo	Puerto Berrío	Puerto Nare	Total en la subregión
Población estimada al 2009	7.342	42.038	17.539	66.919
Población en situación de pobreza al 2006	6.606 (88,9%)	38.576 (93,5%)	12.827 (73,9%)	58.009 (86,6%)
Población con NBI ajustado al 2008	2.604 (35,4%)	15.820 (38,4%)	5.540 (31,9%)	23.964 (35,8%)
Viviendas por estrato al 2006	21,8% (estrato 1)	38,5 % (estrato 1)	37% (estrato 1)	
	53,9% (estrato 2)	42,4% (estrato 2)	46% (estrato 2)	
Población sisbenizada a julio de 2009	8.411	49.743	15.666	73.820 (110,3%)
Tasa de analfabetismo	639 (12,7%)	2.920 (11,3%)	2.024 (18%)	5.583 (8,3%)

30 El Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de Antioquia, en respuesta a un derecho de petición enviado, suministró las estadísticas sobre indicadores de calidad de vida de los municipios estudiados y el resumen de la ejecución financiera por problemas correspondiente al periodo comprendido entre enero de 2004 y diciembre de 2007.

	Maceo	Puerto Berrío	Puerto Nare	Total en la subregión
Afiliados a la Seguridad Social en Salud 2008	Subsidiado 6.695 (90,2%)	Subsidiado 28.089 (68,1%)	Subsidiado 8.994 (51,8%)	43.778
	Contributivo 1.287 (17,3%)	Contributivo 15.462 (37,5%)	Contributivo 4.238 (24,4%)	20.987
Cobertura en servicios públicos domiciliarios a 2008	Acueducto 66,2%	Acueducto 94%	Acueducto 85%	
	Alcantarillado 53,6%	Alcantarillado 78,1%	Alcantarillado 74,4%	
	Agua potable 12,9%	Agua potable 87,6%	Agua potable 36,6%	
	Energía 87,2%	Energía 96,8%	Energía 93,5%	

Fuente: Elaboración propia con base en información suministrada por Planeación Departamental

El 86,6% de la población de los tres municipios juntos se encuentra en situación de miseria o de pobreza y, de estos, el 35,8% tiene sus necesidades básicas insatisfechas, cifras que reflejan una precaria y alarmante situación social en la subregión. Llama la atención que, pese a que el derecho a la salud fue el más invocado y protegido en las acciones de tutela revisadas, el 110% de la población total de los municipios estudiados se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que el número de acciones podría explicarse más como una situación estructural del sistema que como una particularidad de los municipios rastreados.

Sin embargo, algunos líderes sociales y funcionarios públicos que trabajaron en el periodo de interés de la investigación, fueron entrevistados sobre la percepción de la situación social en los municipios de Puerto Berrío y Puerto Nare y coincidieron en que el derecho al trabajo y el derecho a la salud han sido los más afectados en los últimos años, mientras que el derecho a la vivienda y el derecho a la educación han sido atendidos con distintos programas con el apoyo de la Gobernación de Antioquia y del gobierno central. Así mismo, estiman que en los últimos diez años la situación social del municipio ha empeorado o ha mejorado poco y que la acción de tutela es el mecanismo al que, en mayor medida, recurre la población para la protección de sus derechos.

4. EN CONCLUSIÓN: NO SE TRATA DE VARIOS CAMINOS SINO DE VARIOS PASOS EN EL CAMINO A LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, advierte que la faceta prestacional de todo derecho constitucional debe ser atendida, prioritariamente, mediante la implementación efectiva de políticas públicas que cumplan con las condiciones que el Tribunal indica:

(...) la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional **permite a su titular exigir judicialmente**, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.

[Negrilla fuera del original]

Pareciera que la Corte desplaza la atención de la justiciabilidad de los derechos al debate sobre la exigibilidad judicial de políticas públicas y no de cualquier política, sino de una que a) se concrete en acciones y plazos precisos, b) que esté dirigida a la satisfacción de un derecho y no a la vanagloria del gobernante o a acciones aisladas para responder a sus clientelas y que, por último, c) involucre a los interesados en el proceso de construcción de la política para que pueda hablarse, como pocas veces sucede, de una política pública y no meramente gubernamental.

Pero además, desde el punto de vista jurídico, resulta inquietante la frase en negrilla en la cita, puesto que la Corte estaría creando, vía jurisprudencial, un derecho subjetivo a políticas públicas –creación que es posible en virtud del artículo 94 de la Constitución relativo a derechos innominados– al señalar que la faceta prestacional de un derecho le permite al titular exigir judicialmente que se diseñe una política pública dirigida a la satisfacción de su derecho y en la cual ese titular pueda participar. La Corte no hace más exigencias para ello, ni que exista conexidad, ni que el titular pertenezca a una población vulnerable, ni que se encuentre en una situación de urgencia.

En esta actuación, la Corte Constitucional deja claro que los responsables de la eficacia de los derechos son, en primer término, los órganos democráticos³¹ y que,

31 En igual sentido la Corte Constitucional ha sostenido que “según el artículo 13 de la C.P., el ‘Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados’. Le corresponde al Legislador, **en primer término, ordenar las políticas** que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

si no existen políticas públicas que garanticen su satisfacción o si estas se quedan escritas y no se ejecutan con participación ciudadana, es posible exigir el diseño –o rediseño– de tal política en sede judicial.³²

Lo anterior implica que, tal como advierte Pérez Murcia (2007:74), “las políticas públicas con enfoque de derechos constituyen un mecanismo de exigibilidad de los DESC capaz de complementar los mecanismos de exigibilidad judicial”, por lo que representan la vía principal para la garantía de los derechos de modo que la protección judicial es una vía complementaria de las políticas. La misma idea deriva de la Observación General 3 del Comité DESC de las Naciones Unidas al señalar que, “entre las medidas que cabría considerar apropiadas, **además de las legislativas**, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables” [Negrilla fuera del original].

Por ello, Democracia y Constitucionalismo, deben estar al servicio de los derechos; tanto los órganos democráticos como los jueces constitucionales son órganos constituidos y, como tales, sometidos a la normatividad constitucional como límite y como fin. La función de cada uno es indispensable para la eficacia de los derechos sociales, así como su convivencia es necesaria para hablar de un Estado Democrático y Constitucional. En palabras de Bovero (2006:15), “cada uno de los sistemas es necesario para la existencia (y la buena salud) del otro.”³³

Sin embargo, es preferible sostener que el juez constitucional ordena y/o hace control constitucional a las políticas, en lugar de participar activamente en su planeación. Del hecho de que la Corte Constitucional haya participado en la planeación de políticas públicas reiterativamente no se deriva que deba hacerlo de manera regular y generalizada pues tal generalización desestimula el debate democrático y la movilización ciudadana por la protección de los derechos.³⁴

32 En este punto vale la pena preguntarse qué sucedería si el gobernante, al que le es ordenado el diseño de una política pública, no acata la orden del juez o no lo hace en un tiempo prudente para ello, pues teniendo en cuenta que esta orden integra la parte resolutive de una sentencia de tutela, podría dar lugar a un incidente de desacato.

33 Al sentir de la Corte Constitucional (Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) “con el cumplimiento de la cláusula que proscribe la marginación y la discriminación, la función del juez será no la de remplazar a los órganos del poder público incurso en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado, desde luego siempre que se verifique que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental. (...) A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.”

34 En tal sentido, Sierra Cadena (2009:96) sostiene que “el juez constitucional está ubicado fuera de la primera esfera de creación y de planificación de las políticas públicas, él no está llamado a crear políticas públicas, pero sí a verificar la constitucionalidad de su marco normativo. La acción del juez constitucional está, desde

Coincidimos con Abramovich y Courtis (2006: 71) en que

El poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general [sin embargo] el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas (...) Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción.

El control constitucional de las políticas públicas es un importante elemento de una Democracia Constitucional para advertir sobre la falta de idoneidad de las mismas o sobre su inexistencia; por ejemplo, dejar sin piso constitucional medidas regresivas en materia de derechos sociales representa una actuación deseable y necesaria del Alto Tribunal.³⁵

Por último, en el estudio de caso abordado sobre la situación de los derechos sociales en el Magdalena Medio antioqueño, se advierte que en casi la totalidad de los expedientes estudiados se invoca, por lo menos, la protección de un derecho social y, en respuesta a ello, en el periodo de análisis, las sentencias de tutela que protegen tales derechos ocupan un número considerable dentro de la totalidad del rastreo. Sin embargo, de los casos revisados se concluye que los jueces de la Subregión han sido tímidos en ordenar y controlar políticas públicas generalizadas más allá del caso tratado.

Siendo un fin del Estado colombiano *garantizar* la efectividad de los derechos y principios constitucionales (art. 2 C.P.C.), y teniendo en cuenta que la Constitución reitera que las autoridades de la república están instituidas para *asegurar* el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (art. 2 C.P.), son los órganos de elección popular, como agentes del poder público, los encargados de garantizar su protección en primera instancia, es decir, el Estado Social no se construye mediante sentencias de tutela sino –principalmente– mediante políticas públicas,

el comienzo, limitada a operaciones de control. Pero en la práctica y en la realidad política, el juez constitucional va más lejos (...) deviene en un actor determinante para aplicar las políticas públicas y en especial frente al desarrollo de los derechos sociales, en el cual condiciona y orienta su ejecución.” Sin embargo, el juez constitucional sí puede ser un actor relevante en la formación del problema público y la incorporación en la agenda de tal problema; de acuerdo con Cuervo (2007) el modelo de “agencia judicial” es una de las posibles vías cómo puede llegar a la agenda pública una situación problemática, pues “ante la deficiencia del Estado y la posible vulneración de los derechos fundamentales se justifica la intervención de los jueces” (Cuervo, 2007: 161).

35 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-556 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. “Las medidas regresivas que disminuyen una protección alcanzada para un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto de San José de Costa Rica, pero pueden ser justificables en ciertas condiciones en las que sea imposible mantener el nivel de protección obtenido, por lo cual se someten a un control judicial más estricto.”

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y otros. Comp. *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, pp. 11-102.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *El estudio de las políticas públicas*, México: Miguel Ángel Porrúa, 1992.
- ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá: Universidad Nacional, Legis, 2005, 347p.
- ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?”. En: *Discusiones: Derechos Sociales*. Alicante, No. 4, 2004, pp. 15-59.
- BOVERO, Michelangelo. “Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución, prefacio”. En: SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: UNAM, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 13-43.
- CANO, Luisa Fernanda. “Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa (primera parte)”. En: *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, Vol. 062, N°. 140, Año LXV, Agosto de 2005, pp. 215-240.
- CANO, Luisa Fernanda. “Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa (segunda parte)”. En: *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, Vol 063, N°. 141, Año LXV, Abril de 2006, pp. 197-220.
- CARBONELL, Miguel. “Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 43-71.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los Derechos fundamentales?*, Bogota: Temis, 2009, Segunda edición, pp. 139-222.
- COURTIS, Christian. “Los derechos sociales como derechos”. En: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA). Derechos Fundamentales, Iquique, Chile, 7 a 10 de junio de 2001.
- CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. México: Ed. Porrúa, 2006, pp.1-22.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007, 207p.
- CUERVO, Jorge Iván. “Las políticas públicas, entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental”. En: *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 65-96.
- CUERVO, Jorge Iván. “La definición del problema y la elaboración de la agenda”. En: *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 151-165.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, 371p.

- HABA, Enrique Pedro. Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, «derechos» económicos. En: Criterio Jurídico, Santiago de Cali, Vol. 4, 2004, pp. 7-30.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N°. 5, 2001, pp. 227-256
- PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”. En: *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DeJuSticia, 2007, pp.73-129.
- PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate, 1990, 185 p.
- ROTH DEUBEL, André Noël. *Discurso sin compromiso. La política pública de derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Ed. Aurora, 2006, pp. 9-101.
- SIERRA CADENA, Grenfieth de J. *El juez constitucional: un actor regulador de políticas públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 80-116.
- UPRIMNY, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”. En: *Los jueces: entre el derecho y la política*. Colombia: ILSA, 2008, pp. 81-99.