



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1827

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TRABAJO DE GRADO:

JUEZ CONSTITUCIONAL Y POLITICAS PUBLICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTORES:

CARLOS PERIÑAN HERRERA

ARTURO CASTILLO OROZCO

ASESOR:

DANIEL FLOREZ MUÑOZ

DOCENTE INVESTIGADOR

CARTAGENA DE INDIAS D.T y C. 2020



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1827

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TRABAJO DE GRADO:

JUEZ CONSTITUCIONAL Y POLITICAS PUBLICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTORES:

CARLOS PERIÑAN HERRERA

ARTURO CASTILLO OROZCO

ASESOR:

DANIEL FLOREZ MUÑOZ

DOCENTE INVESTIGADOR

Tesis de Grado como requisito para optar al título de Abogado

CARTAGENA DE INDIAS D.T y C. 2020

DEDICATORIA

A nuestros padres por enseñarnos a caminar por el sendero de la vida, nuestros logros se los debemos a ellos. Su cariño y su amor son una gran bendición de Dios. Muchas gracias por motivarnos en cada instante a ser buenas personas y excelentes profesionales. No los defraudaremos.

AGRADECIMIENTOS

A todos los profesores y maestros que nos transmitieron su conocimiento para nuestro crecimiento profesional, a nuestro decano por dejar en alto el nombre de la gloriosa facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, a todos nuestros compañeros por la motivación constante que nos brindaban, a nuestro asesor por todo el conocimiento y a los evaluadores por su experiencia. Gracias a todos por hacer parte de este pequeño camino de la vida llamado: universidad.

RESUMEN

La formulación de políticas públicas tradicionalmente se conoce como facultad exclusiva del poder Ejecutivo. Esta facultad se ha visto influida por decisiones judiciales a lo largo de los últimos años. La participación del juez Constitucional en la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas obedece a una serie de factores que lo faculta para intervenir establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. El Juez actúa respetando la separación de poderes y actuando bajo parámetros establecidos para hacer cumplir los fines del Estado plasmados en la Constitución Política. Este proyecto de investigación postulara cuáles son esas ocasiones donde participa en la formulación de políticas públicas, cuáles son los estándares que ha establecido la Corte Constitucional y evaluara su capacidad de acción en los temas donde ha intervenido.

Palabras claves: Juez, políticas, constitucional, públicas, formulación, Estado.

CONTENIDO

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTOS	4
RESUMEN	5
1 INTRODUCCIÓN.....	8
2 EL JUEZ COMO GESTOR SOCIAL DE POLITICAS PÚBLICAS.....	11
3 ESTANDARES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A LA LUZ DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	24
3.1 Juez Constitucional y Administración Pública.....	24
3.2 Criterio de Existencia De La Política Pública.....	27
3.3 Criterio de Goce Efectivo.....	29
3.4 Criterio de Participación Democrática	32
4 ANÁLISIS DE CASOS DE INTERVENCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN POLÍTICAS PÚBLICAS.....	36
4.1 La intervención de la corte constitucional en la política pública de prevención y atención integral a la población desplazada.....	38
4.2 La intervención de la corte constitucional en la política pública del derecho fundamental a la salud	48
4.3 La intervención de la corte constitucional en la política pública respecto a la población carcelaria	52

5	EL EFECTO DE POLÍTICA PÚBLICA DISEÑO Y EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE INCENTIVOS JUDICIALES	60
5.1	La corte y la evaluación de la política pública	64
5.2	El proceso de adopción del primer conjunto de indicadores - fase 1 (2006-2008) 65	
5.3	La adopción del primer conjunto definitivo de indicadores.....	67
5.4	El proceso de adopción de indicadores para grupos étnicos y de indicadores ajustados a la ley de víctimas - fase 2 (2011-hasta la actualidad)	68
6	CONCLUSIÓN	71
7	BIBLIOGRAFÍA	73

1 INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano a través de la constitución política de 1991, consagro una serie de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales y garantías que debe satisfacer a través de sus instituciones en todo el territorio nacional. El despliegue del Estado ha sido insuficiente y enfrenta una serie de problemas que afectan los derechos y garantías de sus administrados, esto podemos relacionarlo con la forma como se gobierna. El Estado debe tener un programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por sus instituciones. Son, por ende, los medios que usa para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes. Esto se conoce como política pública, pero no toda actuación de una entidad estatal es una política pública.

Las políticas públicas son un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables que son tratados, total o parcialmente por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos de una sociedad para cambiar o modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática. En ese sentido por política pública se puede entender que es el programa de acción y la realización específica de las decisiones adoptadas por el Estado.

Por esta razón, resulta clave determinar, si el juez Constitucional tiene la facultad para intervenir en la realización de las políticas públicas, el artículo 241 de la Carta Política establece que a la Corte Constitucional le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución. Esta contiene los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, además las garantías de los que se basa un Estado Social de Derecho. También analizaremos algunos casos en concreto donde la corte Constitucional ha participado en la formulación implementación y evaluación de

las políticas públicas. Asimismo, determinar cuáles son los estándares constitucionales que ha definido la Corte para entender cuando estamos en presencia de una política pública.

El punto principal de esta investigación está enfocada en determinar y analizar puntos claves sobre las políticas públicas y el papel del juez Constitucional, cual ha sido su papel. Determinar de qué forma interviene y establecer si la Corte Constitucional se extralimita en sus funciones y rompe con la colaboración armónica entre las ramas del poder público, al ordenarle a las entidades del poder Ejecutivo realizar acciones específicas en pro de la materialización de los derechos establecidos en la Constitución Política

Teniendo en cuenta lo referente en el aparte anterior, es necesario que se planteen las discusiones correspondientes y que permitan identificar, de manera eficaz los escenarios en los que se involucra el juez constitucional en la creación de las políticas públicas. Por lo siguiente, es necesario analizar:

¿Cuáles son las situaciones específicas en las cuales el juez constitucional puede intervenir en la formulación de una política pública u orientarle a las instituciones del poder ejecutivo, la construcción y completa implementación en todo el territorio nacional?

Las conclusiones que se lleguen a partir del presente estudio nos permitirán establecer con claridad cuáles son los parámetros o barreras que tiene el juez constitucional al momento de su participación en la construcción de las políticas públicas. En ese sentido, la investigación reviste de importancia porque pretende profundizar en la discusión que se plantea la academia con respecto a identificar cuáles son los escenarios correspondientes en los que interviene el juez constitucional. Por otra parte, este proyecto de investigación, en el campo del derecho constitucional colombiano, tiene relevancia, debido a que busca compendiar las ideas y

concepciones vigentes sobre la participación del juez constitucional en la formulación de políticas públicas.

La metodología para el desarrollo de este proyecto se direcciona a partir de un carácter descriptivo y analítico, porque busca analizar como la Corte Constitucional, a través de sus jurisprudencias participa en la formulación de políticas públicas. Es decir, se centra en la descripción de las teorías y delimitaciones que tiene el juez constitucional en la participación democrática de las políticas públicas en relación al ordenamiento jurídico colombiano y la incidencia que estas han tenido en la sociedad.

2 EL JUEZ COMO GESTOR SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

En Colombia desde hace mucho tiempo se ha empezado a cuestionar las bases del Estado Social de Derecho, la división clásica de poderes, entre otras cosas a reevaluar la coordinación armónica entre los tres poderes. Un tema puntual que genera controversias alrededor de ese trabajo armónico, son las políticas públicas porque, estas son un monopolio exclusivo del poder Ejecutivo y Legislativo, pero en muchas ocasiones son impulsadas por el poder Jurisdiccional, específicamente por las altas cortes. Pero en este escrito se hará énfasis en la Corte Constitucional.

La función principal de los jueces es la de administrar justicia, pero, en virtud de ciertas situaciones administrativas en la cuales no se cumple a cabalidad con los mandatos de nuestra Carta Política, debemos preguntarnos si es justificada la intervención del Juez Constitucional en el tema de políticas públicas. Para esto, es necesario diferenciar los conceptos de Estado y política pública: el primero hace referencia a la organización concreta y el segundo a una actividad específica. Por consiguiente, podemos definir Estado como una institución que formaliza las reglas de juego en los ámbitos que pretende regular, puede ser: por medio de normas jurídicas o de actos administrativos. Estas reglas se establecen mediante redes de interacción y cooperación entre las distintas instituciones y organizaciones que componen el Estado (Roth, 2009, pág. 19). Por otra parte, podemos definir política pública: como el programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado. Son, entonces, los medios que usa para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes hasta el momento (Henao Pérez, 2013).

La consagración de las funciones de las distintas ramas del poder público establecidas en la constitución, en particular frente a las políticas públicas, revela el encuentro de conflictos de competencia que se enfrentan con la teoría de la colaboración armónica. Debemos entender que los poderes concebidos por el ordenamiento jurídico al Juez Constitucional para la protección de derechos fundamentales no son absolutos, pero si le permite actuar cuando observa que se está violentando alguna garantía constitucional.

Existen algunos extremos ideológicos que le atribuyen a la Corte Constitucional una calidad de antidemocrática, porque manifiestan que interfiere en las competencias propias del poder ejecutivo, injiere en la política económica como labor consustancial del Congreso de la Republica y, además, que se convierte en ordenadora del gasto. Pero no podemos olvidar que la Corte Constitucional se destaca como garante de la democracia al ejercer un control estricto que impide que un movimiento político se perpetúe en el poder o se cambien las reglas electorales a favor del gobierno de turno y garantiza la vigencia de la constitución.

La evidencia frente la naturaleza del poder que le corresponde, la formulación de políticas públicas, se encuentra en el inciso 1 del artículo 208 de la constitución política, que manifiesta:

Los ministros y directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del presidente de la República, les corresponde formular políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa. (Congreso de la República de Colombia, 1991)

Esto quiere decir, que el poder ejecutivo es el responsable de las formulación de las políticas públicas en la distintas materias que regula, esto se hace extensivo a otras entidades el Gobierno Nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 115 constitucional, que hace referencia

a las alcaldías, gobernaciones, superintendencias, establecimientos públicos, entre otros; que así mismo tienen responsabilidades frente a las políticas públicas dada su naturaleza nacional, departamental y municipal.

Por otra parte, el Juez constitucional en su labor de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares, está facultado para emitir sentencias que restablezcan el derecho. El perfecto funcionamiento del Estado en todo el territorio enfrenta muchos problemas, por varias razones: ineficacia, corrupción, ingobernabilidad. Lo que se puede denominar como déficit de implementación y actuación. Esto se puede asociar a malos manejos de quienes está a cargo el Estado. Ahora bien, dependiendo del grado o la gravedad de este déficit, el Juez Constitucional está llamado a intervenir para salvaguardar derechos humanos que se encuentren vulnerados, a través de las políticas públicas.

Por eso, compartimos la tesis de (Yáñez, 2014) en la que establece que:

La Corte Constitucional es competente para emitir órdenes que impacten la formulación de Políticas Públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo, los cuales deben cumplirse en forma conjunta: (i) que exista declaratoria de un Estado Cosas Inconstitucional sobre los hechos objeto de estudio en el caso; (ii) de no existir un Estado Cosas Inconstitucional los hechos deben ser de tal entidad que éste ha de ser declarado en la decisión; (iii) debe tratarse de un problema constitucional que recaiga sobre sujetos que ostenten una especial protección constitucional; (iv) inexistencia de medidas de carácter positivo que se dirijan a remediar la prolongada violación de los derechos en concreto; (v) deben hacerse parte

del proceso a todas las entidades sobre las cuales recaerían eventualmente ordenes simples o complejas.

Esto quiere decir, que existen unos parámetros y lineamientos los cuales habilitan a la Corte Constitucional a participar en la formulación de políticas públicas, sin que dé a entender que se está extralimitando en sus funciones o interfiriendo en las competencias de las otras ramas del poder público. De igual forma, el Estado de Cosas Inconstitucional le otorga una facultad extra, en la que puede ordenar que se afecte presupuestalmente alguna entidad gubernamental, en virtud de la cual el Juez Constitucional puede influir sobre las políticas públicas en cualquiera de sus etapas de formulación y esto no se entenderá como una extralimitación de sus funciones. Esta figura le generara una habilidad al juez para que en virtud de eso, realice lo que sea posible para la protección efectiva del derecho.

El Poder Ejecutivo tiene bastantes herramientas que le permiten estar en contacto permanente con los ciudadanos y con el Poder Legislativo. Solo cuando ese conjunto de instrumentos de comunicación sea insuficientes o prolongadamente inútiles para dar soluciones de fondo a los conflictos suscitados, puede intervenir el Juez en la función de formular políticas públicas. La habilitación para intervenir la puede otorgar la declaratoria formal del Estado de Cosas Inconstitucional que, bajo el cumplimiento de todos los presupuestos indispensables para su consagración en la sentencia, avalan la injerencia judicial. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos inferir que el Juez Constitucional no actúa caprichosamente, sino cuando ciertos canales anteriormente establecidos, no han sido eficaces para resolver los inconvenientes que generan, el no goce efectivo de un derecho.

Por otra parte, tradicionalmente se ha considerado que las políticas públicas y los derechos humanos son dos temas diferenciados, que no guardan relación, ni puntos de encuentro. Quienes

sostienen esta tesis manifiestan que las primeras se elaboran y se regulan por argumentos de carácter técnico y operativo, y los segundos se construyen y funcionan por argumentos normativos y discursivos. Sin embargo, en lugar de ser temas opuestos o alejados, podemos notar que guardar mucha relación, si tenemos en cuenta que las políticas públicas siempre están sometidas a determinadas reglas de juego, determinadas por normas jurídicas, incluyendo las que reconocen derechos humanos.

Las políticas públicas para su elaboración y desarrollo, están sometidas a normas jurídicas, especialmente las constitucionales que constituyen un marco normativo para quienes intervienen en el proceso de formulación, implementación y evaluación. La importancia de las normas jurídicas y en especial de las constitucionales, radica en que ellas establecen los objetivos que sujetan la actuación de Estado, permitiendo así el cumplimiento de las obligaciones derivada de la existencia de los derechos humanos.

El reconocimiento de los derechos humanos impone a los Estados varios tipos de obligaciones, que pueden ser: obligaciones de tipo negativo y obligaciones de tipo positivo, las primeras son aquellas en las cuales el Estado se abstiene adoptar alguna medida que tenga como resultado el desconocimiento de cualquier derecho y las segundas, sucede cuando se le exige al Estado la adopción de medidas tendientes a lograr la plena realización de los derechos, así como también orientadas a evitar que los particulares vulneren derechos ya reconocidos. Unas de las medidas que puede adoptar el Estado para el pleno goce de un derecho fundamental de un grupo de individuos o de una población específica son la formulación, implementación y evaluación de una política pública.

Hay que delimitar el campo de acción de las políticas públicas, pues de ello depende su existencia. Por ejemplo, en lo social, en lo económico o lo ambiental. Así, puede existir una política

pública social, económica o una ambiental, con objetivos diferentes, pero no necesariamente contradictorios, ante problemáticas concretas o situaciones sociales relevantes. Por lo tanto, hay que reconocer que en muchos casos es difícil precisar cuál es el campo específico, porque puede que una política pública pueda llegar a otro campo y causar situaciones problemáticas. Por ejemplo, una política que permita gozar de un ambiente sano, pero al mismo caso una política minera que le permita a multinacionales explotar yacimientos de oro en reservas forestales y acuíferos.

Para analizar quien plantea las políticas públicas, se puede realizar desde varios enfoques. Para la doctrina, la comunidad política está compuesta por actores que comparten ciertos valores, interactúan entre ellos y compiten para definir la actuación del estado en ciertas situaciones, para solucionar o manejar una situación específica. Se trata de una visión horizontal entre estado y sociedad, entre lo público y lo privado y se deja a un lado la visión vertical entre Estado y sociedad; como si uno de estos estuviera por encima del otro. Esto tiene especial importancia, porque nos permite entender como desde las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela promovidas por ciertos actores, pertenecientes a la sociedad, le otorgan la facultad al Juez constitucional de convertirse en un gestor de políticas públicas.

Las situaciones sociales que han llevado a que el Juez Constitucional colombiano se constituya en un gestor de políticas públicas, las podemos asociar a la ingobernabilidad de algunos actores que conforman el Estado. En muchas ocasiones no se pueden modificar las condiciones sociales específicas, por la falta de recursos, por la falta de voluntad o sencillamente por la falta de delimitación de prioridades. En otras palabras y en relación como se dijo anteriormente, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado.

Muchas veces no basta con indicar la gobernabilidad, entendida como el apoyo político necesario para gobernar, para modificar una situación problemática o socialmente relevante, solucionándola o haciéndola más llevadera. Debemos ser conscientes que el Estado hoy no es lo suficientemente efectivo, ni administrativa, jurídica y financieramente, para garantizar los derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, incumple con las obligaciones contempladas en el artículo 2° de la Constitución Política de 1991 que establece lo siguiente: “*Son fines esenciales del estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución*”.

Un ejemplo de lo dicho anteriormente es el “*estado de cosas inconstitucional*”, el cual se ha entendido como una situación generalizada y masiva de transgresiones y violaciones de los derechos fundamentales, donde se evidencia una prolongada omisión de las autoridades públicas llamadas a superar tal estado.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte enumera los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.

- 5) 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.
- 6) El hecho de que 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.

Esta figura no deja de ser controversial, puesto que rompe con los esquemas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan los fallos de tutela, teniendo en cuenta que en el marco de la declaratoria de un estado de cosas contrario a la Constitución, la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables. La Corte constitucional se encuentra en un enfrentamiento constante con las leyes emanadas por el congreso y decretos del ejecutivo, puesto que estas han sido contrarias a los postulados constitucionales. Lo cual permite inferir que las fuerzas políticas que vieron nacer a la constitución no en todos los casos siguen representadas en el congreso. Esto implica que, en la práctica exista un vacío de poder en el desarrollo de políticas públicas acordes con la carta.

Por lo anterior, la Corte se ha convertido en un espacio donde también se toman decisiones de política pública. Aunque de que se dice que la Corte Constitucional no puede participar en la construcción de políticas públicas, es inevitable que el juez constitucional, por la naturaleza de su función participe, pero lo hace como juez, sin extralimitarse en sus funciones y respetando las otras ramas de poder público. Por ello, la así llamada intervención de los jueces en política y, por ende, su papel en el sistema político, se ha denominado “justicia-política”. No se debe tanto a la ambigua

politización, sino al carácter de los asuntos que conocen. Es así como la importancia que tenga la jurisdicción en el desarrollo de las políticas públicas se derivara, más bien, del creciente involucramiento de la jurisdicción en los conflictos sociales o en temas políticos y sociales no resueltos o mal afrontados.

Hay muchas razones que sustentan la legitimidad de la autoridad judicial constitucional para intervenir en la creación de políticas públicas ante el déficit mencionado y que convierten al juez constitucional en gestor. En primer lugar, la Corte Constitucional tiene la obligación de velar por la materialización de la Carta, que no solo es un referente imperativo jurídico sino también político.

En este orden de ideas, ante el incumplimiento – por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos-, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentren que son infringidos. Hay que tener claro que la participación del juez constitucional, en muchas ocasiones se origina por las acciones de tutela o demandas de constitucionalidad que presentan que presentan los actores. Esto, se traduce en la imposición de un límite a la participación del juez, porque solo tiene legitimidad para actuar cuando existan fallas cometidas por otras instituciones o autoridades y se presenten las acciones pertinentes y de esta manera vamos construyendo los parámetros y lineamientos de participación. Por eso, se debe valorar la participación ciudadana, que mediante los recursos judiciales hacen valer sus derechos, pues sin ella los intereses de muchos ciudadanos quedarían insatisfechos porque no tiene suficiente representación política en el congreso. Un ejemplo de ello, son las minorías, las cuales pueden ser: población desplazada, campesinos, afro descendientes y grupos LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales) entre otros, quienes han visto truncados sus derechos por la omisión de legislador, a pesar de mandato constitucional de la igualdad.

Es necesario recalcar que las sentencias de la Corte Constitucional tienen por su propia naturaleza, una enorme incidencia política, así lo ha manifestado el ex magistrado Vladimiro Naranjo Meza, y que, en razón del déficit de implementación, la población acude al juez constitucional para superarlo y por ende no se le sigan vulnerado sus derechos. Hoy la democracia no se entiende exclusivamente como el mandato de las mayorías electorales sino, como un límite al poder que exige cumplir los imperativos definidos por el constituyente. Puesto que el constituyente primario plasmó en la Carta los principios y valores que han de consolidar el Estado social de Derecho, de manera que, la Corte está llamada a actuar, dentro de sus competencias, para hacer cumplir esas exigencias inexcusables.

Existe un imperativo de orden internacional que obliga a todos los estados a adoptar y desplegar recursos efectivos para hacer cumplir los derechos. El artículo 2º del Pacto internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispuso que “Cada uno de los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular en la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Por ello, si un Estado incumple, el juez tiene la obligación de imponerle mandatos para subsanar la omisión.

Es necesario indicar que como poder constituido las cortes también poseen legitimidad otorgada por la constitución. Esto implica que, en cumplimiento de sus funciones, la obligación del juez es garantizar el goce pleno de derechos; la Carta así se lo impone y la legitima para actuar en cumplimiento de ese fin, junto con diversas normas del ordenamiento jurídico. Por lo cual, debemos respetar el legítimo ejercicio de la Corte Constitucional para que no se vean menoscabados los derechos de los ciudadanos.

Así que, cuando la autoridad judicial actúa, solo cumple su misión. En lo referente al Consejo De Estado se pronunció en los siguientes términos sobre ese punto:

Preocupa al recurrente el hecho de que por medio de una acción popular puedan reformarse los planes de desarrollo cuya formulación, por cierto, no es competencia del poder judicial. La Sala encuentra infundado el temor del apelante por las razones que se expondrán a continuación. Es importante resaltar que, sobre todo en tratándose de garantizar derechos sociales, y en ejercicio de potestades como la adjudicada al juez por el constituyente de 1991 y por medio de la Ley 472 de 1998, la obligación de la Jurisdicción es asegurar a los titulares de tales derechos su pleno goce, pero, además, consiste en señalar las violaciones, pues con ello, si bien es cierto y sabido por todos que “el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal” (Ferrajoli 2002, 13), también lo es que esa declaración produce importantes efectos jurídicos, “que pueden ir desde la imposición de la obligación de la concreta prestación, cuando ésta está predeterminada por la ley, pasando por la puesta en mora de los órganos incumplidores, hasta la simple requisitoria, en una suerte de diálogo institucional idóneo cuando menos para deslegitimar la inercia y estimular la intervención” (ibíd.).

No se trata, entonces, de que el juez popular asuma funciones propias de las otras ramas del poder público, sino de que, en cumplimiento de su obligación de garantía de los derechos, asegure a sus titulares que las instituciones estatales que les deben su prestación, protección o promoción, han sido requeridas para que cumplan sus obligaciones (cursivas del autor).

Por consiguiente, la Corte Constitucional al decidir sobre este tipo de determinaciones ante el déficit del Estado, ha adquirido una legitimidad social que no se manifiesta en el voto popular, sino en el hecho de que los intentos de reforma en contra el poder judicial, no ha prosperado en el congreso.

Teniendo claro, la separación de poderes y la injerencia del Juez constitucional en algunas situaciones específicas para el tema de políticas públicas, hay que tener claro que existen una serie de limitaciones a su intervención. Uno de esos límites del juez, es la misma competencia que le otorga el ordenamiento jurídico, la cual indica que la autoridad judicial solo puede intervenir una vez sea llamada a pronunciarse sobre una situación jurídica específica, puede ser como órgano de consulta o para resolverla. Para estos casos (Henaó Pérez, 2013) se refiere al ejercicio de acciones existentes que pueden ser acciones de interés particular o interés colectivo y que tiene relación con la destinación y apropiación individual de las reparaciones que distinguen cada acción, así como las posibles ordenes que puede dar como autoridad judicial para reparar el daño.

Para ilustrar lo anterior, podemos utilizar de ejemplo los derechos económicos, sociales y culturales, porque su desarrollo está ligado a las políticas públicas y una de sus características es que pueden ser defendidos, a través de peticiones individuales y colectivas. En las peticiones colectivas, podemos encontrar la acción de inconstitucionalidad y en la individuales las acciones de tutela.

Por otra parte, la necesidad de límites para el ejercicio de la función judicial en la formulación de políticas públicas, no es una cuestión caprichosa. Las teorías que se exponen en las decisiones judiciales, nos damos cuenta que existe un choque de posturas ideológicas, quienes están a favor de la intervención judicial y quiénes no. Se debe encontrar un punto medio que defina

el ámbito de acción de los jueces y reconocer la existencia que los poderes del Estado son pares igualmente legitimados para acompañar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En Colombia la injerencia de la autoridad judicial en desarrollo de la Carta se denomina neo constitucionalismo, lo cual implica una participación activa del juez constitucional. Entendido como modelo institucional de organización política. El precedente judicial fuente del derecho es una muestra de la inclusión del juez en el escenario constitucional como garante de la democracia. La participación del juez constitucional en la actualidad, es fruto de una serie de prácticas que han desarrollado los tribunales constitucionales a través de la supremacía de la Constitución Política. Muchos doctrinantes han llamado este suceso como la constitucionalización del derecho, lo cual se ha realizado en ciertos tribunales europeos y Colombia no es la excepción.

En conclusión, el juez, es constitucional no por los textos que interpreta sino por el alcance de las decisiones que emite, ya que todo lo constitucional se vincula con la sociedad (García, 2013). El neo constitucionalismo propende por endilgarle a la Constitución una misión reguladora de relaciones sociales, de la misma forma que las políticas públicas buscan regular situaciones específicas en la sociedad. La función del juez constitucional es concretar los derechos enunciados en la constitución política, en esa medida se fortalece la democracia, porque le da un verdadero alcance a los derechos consagrados en la constitución que no ha sido definidos por el legislador o materializados por el ejecutivo.

3 ESTANDARES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A LA LUZ DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este capítulo abordaremos una serie de criterios que ha establecido la corte para determinar cuando estamos en presencia de una política pública. En el marco de su jurisprudencia y apoyados en la doctrina, se procederá a explicar cada uno de esos estándares constitucionales los cuales tiene una complementariedad esencial, porque hacen parte de un conjunto. Es necesario precisar que sin la existencia de uno de estos estándares no se puede hablar verdaderamente de política pública. La Corte Constitucional como guardiana de nuestra constitución ha venido desarrollando estos criterios bajo el fundamento del artículo 2, donde expresa que son fines del Estado: “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, de esta manera trabaja por la verdadera materialización de la carta y que los ciudadanos podamos disfrutar nuestros derechos, a través de un buen desarrollo de las políticas públicas.

3.1 Juez Constitucional y Administración Pública

Los conceptos de Juez constitucional y administración pública parecen no tener relación alguna y encontrarse en orillas opuestas. Se entiende que la función principal del juez es la de administrar justicia y se traduce en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Por otro lado, la administración pública Miguel Galindo la define como “la parte de la acción estatal que se proyecta o dirige en forma particular la prestación de servicios públicos y la actividad concreta del estado para la satisfacción de las necesidades colectivas” (Galindo, 2000). De acuerdo con la teoría política, el contenido normativo de un Gobierno se extrae a través de la voluntad colectiva, donde por medio de un sistema representativo político se edifican los principios rectores del conglomerado social. El Congreso de la Republica como máximo órgano de representación

popular y la rama Ejecutiva son las responsables de tomar las decisiones que determinen el destino de sus asociados. Estos se encargan de conservar el perfecto funcionamiento del sistema, garantizar su estabilidad y lo más importante estructurar los planes de acción para garantizar el goce de los derechos de sus representados. Entonces, corresponde de forma general a las entidades del poder Ejecutivo para la materialización de los fines del Estado, el desarrollo de políticas públicas que hagan efectivo los mandatos sociales de la Constitución; pues a su cargo está la función administrativa. Esta tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas mediante actos concretos dentro del orden jurídico y de acuerdo a los fines del Estado como lo explicamos anteriormente.

Una vez comprendido los actores que orgánicamente deben garantizar los derechos, podemos entrar a ver la participación del juez Constitucional. La administración entendida como un servicio público ha sido deficiente con respecto a la calidad de su prestación, ya que las medidas adoptadas para garantizar los derechos muchas veces son inexistentes o casi nulas. La efectividad de los derechos muchas veces se encuentra permeada y al mismo tiempo supeditada a una administración compuesta por funcionarios que carecen de técnicas adecuadas para formular, implementar y evaluar una política pública. Así pues, la ineficacia de la administración pública hace que aparezca un nuevo actor eminentemente atípico y cuyas funciones no son sus principales. De esta manera, sin intervenir en la administración pública, pero amparado en la Constitución dicta una serie de órdenes para hacer cumplir los mandatos sociales de nuestra Carta Política. Hacemos referencia al juez Constitucional.

Por lo anterior se abre un espacio al juez constitucional que por la falta de acción en el desarrollo de políticas públicas este tenga que interferir en la esfera pública para conminar a la administración con el propósito de conseguir el cumplimiento de ese deber estatal. Es preciso

señalar que la Corte Constitucional tiene un papel protagónico en materia de protección de los derechos fundamentales, detectando el déficit de implementación y efectividad de los órganos típicamente encargados de la garantía de los derechos por medio de las políticas públicas. Por este motivo, la Corte asume un rol determinante que finalmente busca la materialización de la de los mandatos sociales establecidos en la constitución a favor del ciudadano. Esto lo hace no con el ánimo de mostrar una superioridad a los otros poderes del Estado o tratar de socavar sus competencias y actuaciones. Lo hace con el propósito de garantizar las prerrogativas de la constitución.

Existen varias posiciones que esgrimen que el actuar de la Corte viola la separación funcional de las ramas del poder público y que es constitucionalmente ajeno a la Corte diseñar políticas públicas de amparo a los derechos sociales y generar cargos a gasto público. Manifiestan que muchas veces no se tiene en cuenta las consecuencias económicas que sus sentencias puedan generar. Por consiguiente, existe un déficit en las arcas del Estado y una pobre administración pública. Por otra parte, hay quienes defienden la intervención del juez constitucional, aunque eso implique generación de cargos al gasto público, señalan que todos los derechos tienen un costo y siempre se requerirá de una estructura económica para garantizarlos. La excusa de que se genere un gasto al erario no puede suponer una justificación para su no protección. Además, la Corte solo reacciona con acciones positivas frente a las falencias de los órganos que deben encaminar las políticas públicas. Por último, es importante resaltar la existencia de un juez constitucional activo que actúe excepcionalmente y de forma atípica ante la ausencia de políticas públicas porque por encima de cualquier estadística financiera esta la garantía y el verdadero goce de los derechos de los ciudadanos.

3.2 Criterio de Existencia De La Política Pública

Cuando nos referimos a la existencia de una política pública, hacemos referencia a la verdadera materialización. Esta emana de la autoridad gubernamental correspondiente ya sea de nivel nacional, departamental o distrital. El deber ser indica que los planes de desarrollo de los gobiernos territoriales se encuentren en concordancia con los del Gobierno Nacional. Los actores a quienes va dirigida la política pública muchas veces es una población vulnerable que ha padecido el abandono estatal. Por eso, no se puede permitir una vez formulada la política pública que los beneficie, que esta no se materialice y cree una falsa expectativa en ellos. La Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia C-351 de 2013 que:

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. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla (Corte Constitucional, 2013)

La corte explica que las políticas públicas no pueden quedarse en ideales que solo hacen crear una inexistente esperanza en la ciudadanía. Esto implica que las entidades responsables en la formulación de la política cuenten con un programa organizado donde pueda fijar sus metas y por medio de indicadores de gestión ver sus avances. Si esto no sucede, se entiende que existe una violación de un derecho fundamental por su carácter prestacional y programático.

Las prestaciones programáticas que surgen de un derecho fundamental le imponen una obligación al Estado en el diseño de políticas públicas que aseguren gradualmente el cumplimiento

de las mismas. Estas prestaciones también son garantías porque no pueden significar solo meros enunciados con buenos propósitos e intenciones que la administración desea. Precisamente el avance progresivo del cumplimiento de estas obligaciones se garantiza mediante procesos de ejecución que se encuentran plasmados en un programa de acción estructurado.

Por otra parte, desde la doctrina se define el criterio de existencia desde la definición de política pública. Utilizaremos la definición de (Roth A. , 2009) que dice: “una política pública es un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar comportamientos de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria”. Después de esta definición se puede entender que existen unos elementos esenciales que permiten identificar la existencia de una política pública. Estos son: la implicación de los organismos gubernamentales, la identificación de problemas, definiciones de objetivos y proceso. Es posible deducir que una política pública existe siempre que las instituciones estatales correspondientes asuman la tarea de alcanzar los objetivos estimados como necesarios, por medio de un proceso destinado a transformarlas un estado de cosas que se percibe como problemático. Muchas veces ese estado de cosas que se percibe como problemático es consecuencia de otra política o una anterior.

Nuestra jurisprudencia establece una serie de criterios que deben ser observados a la hora de avanzar gradualmente en la realización de las prestaciones que en abstracto son garantizadas por los derechos constitucionales. Esto con el objetivo de asegurar el goce de un derecho, en especial de su dimensión prestacional. Uno de esos razonamientos que se hace en el criterio de existencia (Corte Constitucional, 2002) “es que la existencia de la política pública debe estar plasmada en un plan Es lo mínimo que debe hacer quien tiene la obligación de garantizar la

prestación invocada. Se desconoce entonces la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo”.

En conclusión, se entiende que para que podamos definir que una política pública existe, esta debe tener un plan específico que garantice de manera progresiva el disfrute del derecho en su faceta prestacional. Debe tener un cronograma de actividades para su ejecución en su programa organizado para que esta no quede al aire. Además, un plan organizado que responda a las necesidades de las poblaciones hacia la cual fue estructurado.

3.3 Criterio de Goce Efectivo

El estándar del goce efectivo de una política pública tiene relación con el verdadero disfrute del derecho protegido por la política pública. No importa que sea económico, social o cultural, lo importante resulta que la entidad estatal correspondiente diseñe y cumpla los lineamientos para que la política pública sea aplicada con eficacia.

La Corte Constitucional, ha reiterado que las políticas públicas ejecutadas por las autoridades en un Estado Social de Derecho, han de partir de una evaluación razonable y cuidadosa de la realidad sobre la cual efectuaran su intervención. Formulando de la tal manera que atiendan las necesidades fácticas derivadas de la evaluación correspondiente y que no corresponda a un estado de cosas ideal o desactualizado. Todo esto, con el fin de no afectar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas. Esto quiere decir, que, al momento de la formulación y ejecución, se debe estudiar todo lo técnicamente posible. Todas las dimensiones que resultarían afectadas por la implementación de la política pública, incluida la situación de las personas que podrían ver sus derechos limitados. Porque no pueden quedar en una posición que les obligue a soportar una carga desproporcionada, la cual no les corresponde asumir. Cuando una política

pública al momento de su ejecución, afecta a personas en situación de especial vulnerabilidad y/o debilidad por sus condiciones de pobreza. La entidad correspondiente, deberá desarrollar de forma simultánea con la ejecución de las políticas públicas, las medidas necesarias para minimizar el daño recibido. De tal manera, que se respete el núcleo esencial de su derecho y garantice su goce efectivo sin ninguna limitación.

También, ha manifestado en caso de que existan fines constitucionalmente imperiosos que obliguen a adoptar políticas que impliquen retrocesos en el bienestar de algún grupo poblacional. Se debe adoptar los mecanismos complementarios para mitigar los efectos negativos. Señala la corte en sentencia T-722 de 2003:

“En este orden de ideas, resalta la Sala que las políticas, programas o medidas estatales cuya ejecución se convierta en una fuente de pobreza para los afectados, y que no prevean mecanismos complementarios para contrarrestar en forma proporcionada y eficaz dichos efectos negativos, resultan injustificables a la luz de las obligaciones internacionales del país en materia de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como a la luz del principio constitucional del Estado Social de Derecho y sus diversas manifestaciones a lo largo de la Carta . Por lo mismo, el diseño y la ejecución de tales políticas, programas o medidas constituyen, prima facie, un desconocimiento del deber estatal de erradicar las injusticias presentes y mejorar las condiciones de vida de la población, dado su carácter intrínsecamente regresivo, que no encuentra soporte alguno en el marco del orden constitucional instaurado en Colombia a partir de 1991.” (Corte Constitucional, 2003)

Por lo anterior, se deduce que las políticas públicas deben proveer mecanismos que puedan mitigar los posibles efectos negativos que cause su ejecución. La principal función de las políticas

es eliminar las malas situaciones que padece algún sector o mejorar la calidad de vida la población a beneficiar. Nunca puede implicar un retroceso en el goce de sus derechos adquiridos.

Por otra parte, para que una política pública goce de un efectivo cumplimiento para la población específica. El Estado debe incorporar al momento de su formulación, todas las medidas encaminadas que permitan avanzar de manera gradual en el cumplimiento de los fines del Estado, para que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. A través, de sus autoridades puede definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos a fin de lograr el objetivo. Puede también determinar cuál será el ritmo con el que avanzará el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas estas decisiones adoptadas deben ser serias y deben estar sustentadas en un proceso racional que estructure una política pública de ser implementada. De tal manera que los compromisos adquiridos no sean meras promesas carentes de ser realizadas. Es importante que los compromisos queden plasmados para asegurar su goce efectivo y los interesados puedan exigir por vía judicial su cumplimiento. Además, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales a través de políticas públicas, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de las funciones principales en un Estado Social de Derecho.

Siguiendo con lo anterior, la Corte ha reiterado en sentencia T-291 que: “no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas.” En esta medida, se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no ha 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” (Corte Constitucional, 2009).

El plan debe estar encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho; el artículo 2° de la Constitución fija con toda claridad este derrotero. La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución.

Es importante resaltar que las autoridades correspondientes no pueden postergar de manera indefinida el cumplimiento y ejecución de las políticas públicas. Tampoco escudarse que el Estado no posee los recursos suficientes o la capacidad administrativa adecuada. Cuando la intervención sea a favor de algún grupo marginado, la corte ha señalado que las autoridades deben adoptar las medidas que aseguren de manera gradual el goce efectivo del derecho. Lo mínimo que puede hacer la autoridad responsable de la ejecución de una política pública, por encontramos en una democracia participativa y en Estado Social de Derecho es contar con un programa o un plan encaminado a garantizar el verdadero goce efectivo de sus derechos.

3.4 Criterio de Participación Democrática

Este criterio es uno de los más importantes al momento de la formulación de las políticas públicas, es el instante en que los actores sociales beneficiados de las políticas participan. La ciudadanía debe hacer sentir sus opiniones y estar atentos para fortalecer su incidencia en la gestión pública. Porque desde ese momento puede definir objetivos, estrategias y prioridades de acción y se pueden incorporar sus iniciativas y propuestas sociales. (Prieto, 2014), manifiesta que la participación «es una forma de institucionalización de las relaciones políticas que se basa en una mayor implicación de los ciudadanos y sus asociaciones cívicas tanto en la formulación como en la ejecución y control de las políticas». La Corte ha señalado la importancia de los espacios

deliberativos donde se pueda dar una discusión colectiva y no se vea truncada la incidencia ciudadana. En este aspecto, la participación ciudadana constituye un motor importante para hacer que un asunto jurídicamente relevante con característica de colectivo, se convierta en objeto de política pública. Además, es un requisito *sine qua non* se podría considerar que una política pública exista realmente. Las políticas públicas parten de la necesidad de atender, controlar o modificar una problemática relevante en la que confluyen varios factores. Para que esta tenga un buen inicio hay que identificar correctamente en que consiste y cuál es el estado actual de la situación que origina la problemática. Por lo cual es importante que la ciudadanía participe, porque son ellos los que realmente está viviendo esa situación. Tienen más claridad con respecto a las causas estructurales y pueden proporcionar un plan más nutrido y efectivo.

La corte a través de su jurisprudencia establece las bases para entender cuando se realiza un verdadero proceso de participación ciudadana.

“3.3.13. 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.’ Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta

área, debía contemplar “por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido.” La Corte resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.” (Corte Constitucional, 2008b)

También ha manifestado que los escenarios de intervención se pueden dar en cualquier espacio, siempre que se realice una verdadera participación de los actores sociales. Estos espacios pueden ser: foros programáticos, seminarios, encuentros ciudadanos de discusión y mesas de trabajo con grupos focales. Es importante establecer que la comunidad puede escoger unos actores estratégicos previamente seleccionado por sus pares y estos pueden acordar cómo será la metodología de trabajo y como obtener los resultados esperados.

Una vez obtenido los acuerdos básicos y las vías para afrontar colectivamente el problema que congrega a la ciudadanía, se discuten las respuestas más apropiadas. Todo se traduce en: estrategias, líneas de acción y proyectos que en esencia son la forma de organizar las acciones institucionales para los interesados puedan vincularse. El proceso de participación ciudadana cobra relevancia, porque las entidades estatales en la etapa de formulación deben trabajar metódicamente por establecer unas acciones efectivas que verdaderamente den una respuesta satisfactoria a las demandas de la ciudadanía. Esto solamente se logra con una participación activa de las comunidades y una comunicación constante y efectiva.

Debe quedar claro que la participación de la comunidad no se debe reducir a llenar encuestas de percepción, satisfacción o asistir a reuniones informativas donde generalmente se brinda un refrigerio para captar público cuyo objetivo es llenar una lista de asistencia. Esto puede

indicar que la gente la «participa». No obstante, esta manera de participar que plantean algunas instituciones estatales reduce la complejidad de los problemas sociales y económicos que viven las comunidades. El Estado debe generar una participación integral que debería establecer un diálogo continuo con la comunidad, por medio de entrevistas, reuniones personalizadas, estudios de vida y otras herramientas que brinden técnicas de investigación cuantitativa y cualitativa que permita un verdadero conocimiento de la realidad social de las comunidades.

Es importante, hacer mención de la estrecha relación que existe entre la participación ciudadana y las políticas públicas, pues la participación se define como un elemento fundamental para influenciar las decisiones políticas. Mientras que las políticas públicas, son respuestas a peticiones elaboradas por la ciudadanía; hay una correlación directa entre ambas.

4 ANÁLISIS DE CASOS DE INTERVENCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN POLÍTICAS PÚBLICAS

La creación y desarrollo de políticas públicas hoy en día, se encuentra en una crisis debido a que existe un déficit no solo en la creación sino también en la implementación de las acciones del Estado Colombiano de gran envergadura. Se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar las condiciones sociales.

Razón por la corte Constitucional ha intervenido en la formulacion de políticas públicas legitimada por las competencias establecidas en el artículo 241 de la Carta Política, el cual manifiesta que corresponde a la corte Constitucional como misión básica la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, misión que comprende primordialmente la protección de los valores, principios y derechos que se consideran inquebrantables en un Estado Social de Derecho y asegurar la vigencia efectiva de estos contenidos sustanciales mínimos (Congreso de la República de Colombia, 1991).

La intervención por parte de la corte Constitucional tiene varios orígenes como lo vimos anteriormente, uno de eso es la acción de tutela mecanismo previsto en el artículo 86 de la Carta dispone que:

“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Además, en este mismo artículo de la constitución dispone que las medidas adoptadas por el juez deben estar en caminadas a hacer cesar el origen de la

vulneración, y “*consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*”, sin indicar que tal posibilidad deba circunscribirse a un catálogo cerrado de órdenes posibles. (Congreso de la República de Colombia, 1991).

El Decreto Ley 2591 de 1991 del mismo modo contiene una serie de disposiciones orientadas a proteger no solo a determinadas víctimas, sino a indagar por el origen de la violación para evitar lesiones futuras: el artículo 7 consagra las denominadas “*medidas provisionales*”, para que desde la presentación misma de la solicitud se adopten las medidas que sean necesarias y urgentes, pudiendo incluso ordenar la suspensión y aplicación de los actos generadores de la vulneración, según las particularidades del caso. Por otra parte, los artículos 23, 24, 25 y 27 del mismo decreto facultan al juez constitucional para adoptar medidas que trascienden el caso específico en el que se inscribe la acción de tutela, con el objeto de impedir vulneraciones de la misma índole: se puede prevenir a la autoridad para que no repita los actos u omisiones constitutivos de la amenaza o violación, adoptar garantías de no repetición, ordenar la inaplicación de normas generales, mantener la vigilancia del caso hasta que cesen los hechos, actos u omisiones que originan la amenaza o la violación, y en general, adoptar todas aquellas medidas que tengan por objeto la protección de los derechos (Conforme al Decreto Ley 2591 de 1991).

Es por eso que la Corte Constitucional ha creado la figura jurídica Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), a través del puede declarar que ciertos hechos son abiertamente contrarios a la constitución. Es una vulneración sistemática y colectiva de los principios y derechos fundamentales y como consecuencia de este hecho, exhorta a las autoridades competentes para

que, en un plazo razonable y perentorio, adopten todas las medidas necesarias para superar esa situación.

El “Estado de Cosas Inconstitucional”, no se encarna específicamente a un solo caso o a una norma específica. Se trata de un espacio complejo y dinámico que proviene de un conjunto de circunstancias que la constituyen, la complican y la agravan. La sentencia hita sobre el “Estado de cosas inconstitucional” es la T-025 de 2004, que trató el tema del desplazamiento forzoso de población de Colombia, y en ella la Corte Constitucional estipuló de forma clara y precisa los requisitos y condiciones que deben cumplirse para declararlo.

4.1 La intervención de la corte constitucional en la política pública de prevención y atención integral a la población desplazada

Para ninguno es un secreto que Colombia es un país perturbado por la guerra la cual ha dejado secuelas muy grandes en el corazón de todos los colombianos, pero sobre todo en las víctimas del conflicto, que a raíz de este se vieron en la obligación de dejar atrás sus tierras. Convirtiéndose así en personas sin hogares y sin un sustento para poder desarrollarse dignamente. Es aquí, cuando nos damos cuenta que el Estado Social de Derecho se convierte en un sofisma porque va en contra de la realidad que viven las personas víctimas del conflicto en Colombia.

Esta guerra fue perpetrada por los distintos grupos armados que surgieron a través del tiempo en el país desde mediados del siglo pasado, provocada por la violencia bipartidista y el apareamiento posterior de las guerrillas, pero fue agravado a partir de la década de los 90, con la

entrada definitiva de los grupos paramilitares al mapa del conflicto armado. Durante el siglo XX, la desdicha de millones de colombianos, el destierro, el abandono de sus tierras, sus bienes y sus seres queridos. Solo a comienzos del nuevo siglo, con la promulgación de la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, comienza un arduo proceso por visibilizar la magnitud del fenómeno y dimensionar su impacto a nivel nacional. Dada la situación de extrema vulnerabilidad de la población desplazada, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución tales como: mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad y la escasez de recursos como causa central de las fallas en la implementación de las políticas públicas en relación con la atención a la población desplazada. El gobierno central ha destinado recursos financieros inferiores a las necesidades de la política y muchas de las entidades territoriales no han destinado recursos propios para atender los distintos programas.

La insuficiencia de recursos ha afectado la mayoría de los componentes de la política y ha llevado a que las entidades que integran el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada no puedan adelantar acciones concretas para cumplir los objetivos trazados en la política. Es por ello que el nivel de ejecución de las políticas públicas es insuficiente frente a las necesidades de la población desplazada y que los índices de cobertura de sus distintos componentes son tan bajos. La corte Constitucional tuvo en cuenta varios elementos que dejaron al descubierto la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la postura en la que se encuentra la población internamente desplazada. Desde esa existencia ha definido su actuación en el margen de su competencia y ha realizado varias actuaciones. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por

el mismo legislador al definir la condición de desplazado en el artículo 1 de la Ley 387 de 1997 dice:

Artículo 1°. Del desplazada Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, **porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas**, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público (Congreso de la República de Colombia, 1997).

En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos necesarios. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores

estructurales dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente.

Es así como la Corte Constitucional en la sentencia T 025 del 2004 emite de órdenes relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y enfocadas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política pública estatal de atención a la población desplazada. Por ello, La Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004, la Corte concluyó que:

“por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños (...). Esta violación ha venido ocurriendo de

manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla.(...) Tal situación constituye un estado de cosas inconstitucional que será declarado formalmente en esta sentencia.(...) La declaratoria formal del estado de cosas inconstitucional (...) tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados” (Corte Constitucional, 2004).

Cabe resaltar que la intervención de la Corte constitucional fue mucho más allá de simplemente ordenar el cumplimiento de unas medidas para afrontar el desplazamiento forzado. Debido a la importancia y atención que requería la población desplazada constituyó un proceso de seguimiento para el cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento. Esta sala, la cual ha mantenido y mantendrá su competencia para tal efecto hasta la superación del estado de cosas inconstitucional, tal como lo dispone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala Especial de Seguimiento evaluó mediante el auto 385 de 2010 el informe presentado por el gobierno en que analizaba en ese momento el estado de las principales problemáticas que afronta la población desplazada en el país, así como los avances, obstáculos y

retrocesos que se ha tenido en la reformulación e implementación de cada uno de los componentes de la política pública en materia de atención integral a las víctimas del desplazamiento forzado. Con el fin de adoptar medidas correctivas y eficaces para la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado.

Durante todo el proceso de seguimiento, la Corte Constitucional siempre le ha dejado al poder Ejecutivo un amplio margen para decidir cómo debe realizar el ajuste a la política de atención integral a la población desplazada que asegure el goce efectivo de sus derechos. Para adoptar una solución distinta a la propuesta por la Corte, e incluso para redefinir las prioridades de esa política pública y diseñar las modificaciones que se deben introducir a la política estatal de atención a la población desplazada, alternativas que hasta ahora no han sido empleadas por el gobierno nacional. De esta manera la corte Constitucional actúa de manera armónica, respetando sus competencias y sin extralimitarse en sus funciones.

La Corte Constitucional ha constatado en reiteradas oportunidades que a pesar de los avances y de las herramientas desarrolladas en los autos dictados por la Corte a lo largo del proceso de seguimiento del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004. Las medidas adoptadas por las autoridades nacionales para superar el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado han sido insuficientes. No responden de forma eficaz y adecuada a la gravedad del fenómeno, y no han incorporado completamente dichos instrumentos en el diseño, reformulación, ajuste, implementación y evaluación de las mismas.

Teniendo en cuenta que es el Gobierno Nacional quien tiene la carga demostrar que se ha avanzado en la superación del estado de cosas inconstitucional y en el goce efectivo de los

derechos de la población desplazada. La Corte ha recibido periódicamente informes remitidos por las entidades del gobierno nacional y todas las relacionadas con el tema, para evaluar los avances, retrocesos o estancamientos en el cumplimiento de lo ordenado por la Corte.

Con base en dichas evaluaciones, la Corte Constitucional adoptó una serie de Autos de cumplimiento, orientados a señalar los vacíos de la respuesta estatal, la compatibilidad de dicha respuesta con los principios, derechos y deberes constitucionales que orientan la protección y efectividad de los derechos de la población desplazada y para señalar los rezagos que debían ser atendidos, y realizar los ajustes requeridos a las órdenes inicialmente impartidas para asegurar que se avanzara de manera acelerada y efectiva en la superación del estado de cosas inconstitucional y en el goce efectivo de los derechos de la población desplazada.

La corte, en su función de seguimiento, a través del Auto 008 de 2009 estableció una serie de criterios para determinar la superación del estado de cosas inconstitucional. Estos criterios exigen que el gobierno nacional muestre que ha alcanzado soluciones duraderas respecto a los siguientes ejes, estrechamente relacionados entre sí:

- a) Goce efectivo de derechos por parte de un alto porcentaje de la población desplazada y demostración de que están dadas las condiciones para mantener este resultado y avanzar sosteniblemente en lograr que todos los desplazados gocen de sus derechos constitucionales.

b) Corrección de las causas estructurales del estado de cosas inconstitucional, en especial (i) la insuficiencia de recursos y (ii) la precaria capacidad institucional. Estas causas deben ser corregidas a nivel nacional y territorial.

c) Demostración de que las políticas públicas relacionadas con cada uno de los derechos constitucionales de los desplazados conducen efectivamente a lograr el goce efectivo de los derechos por parte de los desplazados, lo cual comprende dos aspectos esenciales reiterados por la Corte en sus providencias: (i) la orientación de manera racional de las políticas públicas para alcanzar dicha finalidad y (ii) la incorporación de un enfoque diferencial, en especial respecto de mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad indígenas, y afrocolombianos.

d) Demostración de que los desplazados, así como las organizaciones de la sociedad civil que aboguen por sus derechos, participan de manera oportuna, significativa y efectiva en la adopción de las decisiones estatales que les interesan y los afectan.

e) Contribución suficiente de las entidades territoriales a la superación del estado de cosas inconstitucional.

Visto lo anterior, podemos observar que la Corte no quiere una solución pusilánime. Por el contrario, quiere una solución estructural donde intervengan todas las entidades relacionadas y su solución perdure en el tiempo para garantizar un verdadero goce de los derechos fundamentales de la población desplazada. Por este motivo, para la Corte Constitucional:

“El criterio para declarar la superación del estado de cosas inconstitucional no es la realización de un esfuerzo presupuestal o la elaboración de mejores políticas públicas, ni la expedición de nuevas y mejores leyes, o del paso de un tiempo determinado, sino de la garantía de los derechos del grupo poblacional afectado” (Corte Constitucional, 2004).

Obviamente, como en gran medida la vulneración generalizada y reiterada de los derechos de la población desplazada estuvo provocada por la ausencia de políticas públicas idóneas para tal fin, y por la insuficiencia de los recursos asignados para la atención de este amplio grupo poblacional. Es obvio que el manejo de estos problemas estructurales se traduzca en un mejoramiento en el respeto de los derechos de la población desplazada. Sin embargo, lo anterior no puede llevar a confundir los dos criterios, y mucho menos, a que la Corte pase por alto su obligación de garantizar el goce de los derechos.

En últimas, la superación de los problemas estructurales únicamente puede verificarse cuando ello se traduce en una garantía de los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, ni la idoneidad y eficacia de formulación, implementación y evaluación de políticas públicas, ni el desbloqueo y la coordinación institucional, pueden ser determinados en abstracto y sin referencia al mejoramiento en las condiciones del grupo poblacional afectado. En otras palabras, no podría admitirse que una política pública es idónea y eficaz en la protección de la población desplazada, si por otro lado no conduce a un goce efectivo de derecho; de igual modo, no podría considerarse que el esfuerzo y el manejo presupuestal es el adecuado, si por otro lado resulta insuficiente para asegurar los derechos constitucionales de la población afectadas.

En conclusión, el goce efectivo de derechos es el criterio que permite evaluar la superación de los problemas estructurales. Pretender limitar el análisis de la Corte a una supuesta verificación de problemas estructurales, sin indagar por el nivel de goce de los derechos, parte del falso supuesto de la disociación entre ambos asuntos. De acuerdo con las consideraciones anteriores, el examen del juez Constitucional para declarar superado del estado de cosas inconstitucional debe tener como referente principal el goce efectivo de derechos.

Un hecho importante en la utilización del criterio de goce efectivo de los derechos de la población desplazada tiene que ver con la distinción de las vulneraciones que surgen de los problemas estructurales, como es el caso de las políticas de vivienda, generación de ingresos y tierras, o las falencias en materia de prevención del desplazamiento, de atención humanitaria de emergencia y de coordinación; y la relacionada con la obligación de asegurar los mínimos de protección que debían garantizarse en todo momento a la población desplazada.

Desde la sentencia T-025 de 2004, la Corte señaló que la dificultad de la corrección de problemas estructurales no podía ser utilizada como excusa para postergar indefinidamente la garantía del mínimo de protección a la población desplazada. Reconociendo la dificultad que tenía la superación de las falencias estructurales de tres componentes mencionados, la Corte incluso autorizó al gobierno que dentro del año siguiente a la expedición de la sentencia pudiera adoptar ciertas medidas regresivas.

Por ello, a pesar de algunos avances en el diagnóstico o diseño de soluciones estructurales, o del incremento importante de los recursos destinados a la atención de la población desplazada, hasta ahora no ha sido atendido de manera adecuada el problema más recurrente que aumenta la presión sobre las autoridades nacionales y que confirma la gravedad de la crisis humanitaria que

vive la población desplazada, así como el número de acciones de tutela solicitando la protección de los jueces: la falta de garantía efectiva de los mínimos de protección. Esta situación sigue siendo tan crítica hoy en día, que a pesar del volumen de recursos asignados a la entidad responsable de coordinar los esfuerzos de las entidades que hacen parte del SNAIPD, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - Acción Social, los problemas administrativos y operativos en la atención a la población desplazada ha llegado en algunos casos a situaciones peores que las señaladas en la sentencia T-025 de 2004.

4.2 La intervención de la corte constitucional en la política pública del derecho fundamental a la salud

Una de las intervenciones más trascendentales y garantes realizadas por la Corte Constitucional en la creación de políticas públicas se realizó por medio sentencia T-760 de 2008. Esta sentencia hace una revisión a 22 fallos de tutelas de los cuales 19 son referidos a vulneraciones de derechos en sistema de salud y que han sido protegidos mediante fallos de tutelas. Tres de los restantes son relacionados con el flujo de recurso al interior del sistema de salud, esta vulneración en algunos se dio con la negación de un procedimiento médico, en otros con la de un medicamento o la libertad de elección de la entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de servicio. Por lo anterior, muchos colombianos tenían como única alternativa para la protección del derecho a la salud era la acción de tutela, debido a la falta de repuesta de las entidades promotoras de salud de las peticiones presentadas por los ciudadanos.

La Corte constitucional en la sentencia T-760 de 2008 define la salud como:

Un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo.” La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. (Corte Constitucional, 2008b)

La sentencia T-760 de 2008, es un punto de partida porque lo que hace es resumir el largo y mal estado de salud en Colombia. Esta sentencia cuenta cómo ha evolucionado la política pública en salud. Por una parte, la tutela se convirtió en el mecanismo por el cual se busca garantizar el derecho a la salud entendiéndolo como un derecho fundamental y completamente autónomo. Es decir, que este no debe tener una conexidad con otro derecho fundamental para poder ser exigido con la vida o cualquier otro derecho de la misma naturaleza, dando la oportunidad a todos los colombianos de poder acceder al sistema de salud que sean realmente de calidad, oportuno y equitativo. De tal manera, los colombianos tenemos derecho a los servicios de salud que se

requieran estén o no dentro del plan obligatorio de salud, esto significa que todo aquel servicio, tratamiento, insumo o procedimiento de salud que se demande para conservar la vida dentro de los criterios vida digna e integralidad debe ser garantizado por el sistema.

La actuación más ambiciosa que ha implementado la Corte Constitucional en su condición de guardiana de la Constitución ha sido su intervención sobre las políticas públicas que debían ejecutarse por parte del gobierno en el cumplimiento de las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007. declarando que las faltas de acatamiento de este marco normativo habían generado unas fallas estructurales que afectaban el goce efectivo del derecho a la salud.

Los problemas enfrentados por la Corte Constitucional sentencia T-760 de 2008 en concreto fueron los siguientes:

- Desconocimiento del derecho a la salud especialmente de una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios requeridos, cuando no se autoriza a una persona o niños y niñas, por no poder costearlo por sí misma, y por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud o porque la vida o integridad de la persona no dependa de la prestación del servicio.
- Desconocer el derecho a la salud especialmente una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios requeridos cuando fue ordenado por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva, pero es especialista en la materia y trataba a la persona.
- Desconocer el derecho a la salud de una persona, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud al interrumpir el suministro de estos, porque ya

transcurrió un mes luego del momento en que la persona dejó de cotizar, en razón a que ahora es desempleado.

La Corte Constitucional para superar los problemas estructurales del sistema seguridad social en salud impartió 32 órdenes a diferentes entidades de las cuales 16 órdenes fueron de carácter general agrupadas en seis ejes temáticos a la Comisión de Regulación en Salud, entre las ordenes se destacan la Unificación de los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado para niños y niñas entre los cero y 12 años. Gracias a la intervención por parte de Corte Constitucional a partir de la sentencia T-760 de 2008 se pudieron dar grandes avances en el sistema de salud como:

- Actualización y unificación del plan obligatorio de salud
- Sirvió para que se profiera la ley estatutaria de la salud
- Incremento el valor de la unidad de pago por capitación (UPC) del régimen subsidiado
- Contribuyo al fortalecimiento de la política pública en salud
- Estableció un control de precios en los medicamentos
- Eliminación de las causales glosas en el proceso de recobro, que obstaculizan el flujo de recursos
- Facilito el suministro de información a los usuarios
- Estandarización de avales a las EPS

La Corte Constitucional realizo a partir de la sentencia C -313 de 2014 un análisis constitucional previo, automático y obligatorio que se requiere para las leyes estatutarias. En este caso el proyecto de ley que regula el derecho fundamental a la salud. Esta norma consagra las obligaciones del Estado frente a la prestación del servicio, la garantía del derecho, la definición de Sistema de Salud,

los elementos y principios del derecho fundamental a la salud; zanjando así definitivamente una discusión que se había dado de la expedición de nuestra actual Constitución, si era o no la salud un derecho fundamental.

La Corte examinó los aspectos formales del proyecto de ley estatutaria y encontró que el trámite se ajustó a lo dispuesto en la Constitución. En relación con el examen del contenido material del articulado del proyecto, la Corte consideró que el objeto de la ley se ajusta a la Constitución dada su finalidad de garantizar la realización del derecho fundamental a la salud, pero, precisó que la norma al referirse a la posibilidad de “establecer sus mecanismos de protección” no debía entenderse ni era constitucionalmente admisible, que tuviese lugar la expedición de normas que variaran, modificaran o menoscabaran el mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales como lo es la acción de tutela. Por ende, la declaración de exequibilidad resultó condicionada”.

Con respecto a la salud podemos observar una corte Constitucional activa y dinámica, inicio hace algunos años la facultad relacionada con ejercer supervisión al cumplimiento de las ordenes que impartía. Asociándolo con el criterio de evaluación de las políticas públicas para garantizar un verdadero goce de los derechos (Quinche & Rivera, 2010)

4.3 La intervención de la corte constitucional en la política pública respecto a la población carcelaria

La sentencia T-267 de 2008, contiene consideraciones, órdenes y decisiones que encuentran plena vigencia en el marco del Estado de Cosas Inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria que se mantiene en Colombia; es precisamente su aplicabilidad y aporte para un

problema insoluto lo que la convierte en un fallo realmente importante. Esta decisión, se encuentra ajustada en un contexto conflictivo de carácter constitucional y humanitario entre la realidad del Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia y los mandatos constitucionales, que prescriben una serie de garantías fundamentales para todas las personas y, especialmente, para las personas que se encuentren en una situación de privación de su libertad. En palabras de la Corte Constitucional “existe un Estado de Cosas Inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en el país, debido a una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad” (Corte Constitucional, 1998).

La primera declaración realizada por la corte Constitucional del Estado de Cosas Inconstitucional penitenciario y carcelario tuvo lugar con la expedición de la Sentencia T-153 de 1998 que estableció el contenido de esta figura, la caracterización del problema que implicaba, la ordenes pertinentes que debían emitirse para conjurar el problema y el papel del juez Constitucional en este escenario.

La Corte ha hecho uso de la figura del Estado de Cosas Inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general en tanto que afectan a multitud de personas, y cuyas causas sean de naturaleza estructural. Es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia. Lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese Estado de Cosas Inconstitucional.

Teniendo en cuenta que entre las causas del Estado de Cosas Inconstitucional el hacinamiento tuvo un papel protagónico, las ordenes de la Sentencia T153 de 1998 se encaminaron a mandar la construcción de más establecimientos de reclusión para disminuir el hacinamiento y asegurar condiciones de vida digna a los privados de la libertad. No obstante, el tiempo reveló que la solución a este problema estaba lejos de efectuarse. Contrario a lo que se esperaba, el hacinamiento penitenciario y carcelario permaneció con la construcción de nuevos centros carcelarios. En el 2013, la Corte declaró superado el anterior Estado de Cosas Inconstitucional para declarar uno nuevo que orientaba sus órdenes de manera diferente, la nueva declaratoria de un Estado de Cosas Inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario se estableció entonces con la Sentencia T-388 de 2013, el cual fue reiterado dos años más tarde por la Sentencia T-762 de 2015.

En consonancia con lo anterior, más de 20 años después de la primera declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional penitenciario y carcelario, la vulneración sistemática de derechos fundamentales continúa, a pesar de que la Corte ha insistido en declarar repetitivamente que las actuaciones y omisiones de las autoridades competentes desconocen la Carta Constitucional, hasta el punto de plantearse que la Corporación contribuye con sus reiterativos pronunciamientos a la legitimación de dicho estado de cosas.

La Sentencia T 388 de 2013 determinó que las mujeres reclusas en Colombia son sujetos de especial protección constitucional. Como lo muestran las estadísticas aportadas por los diferentes actores dentro del proceso la población carcelaria es fundamentalmente masculina. Son hombres las personas que mayoritariamente son privadas de la libertad, por cometer grandes ofensas legales, a pesar de que la mayoría de la población de toda la sociedad es femenina. Esta baja participación

de las mujeres en la población reclusa en prisión, repercute de forma grave en aquellas que son privadas de la libertad pues, como se indicó, se convierte en un grupo cuyas necesidades se tornan invisibles para los diseñadores de políticas públicas.

En este sentido, la sentencia bajo estudio es de gran importancia porque permite analizar una postura concreta, actualizada, de la máxima autoridad constitucional en relación con los derechos de las mujeres privadas de la libertad. Fija parámetros claros en torno a la implementación de una necesaria perspectiva de género en el marco del Estado de Cosas Inconstitucional penitenciario y carcelario vigente. Lo que constituye un gran aporte en términos de reconocimiento de garantías de la población penitenciaria y carcelaria femenina. Según las estadísticas del INPEC, para octubre de 2019, la capacidad intramural de los centros penitenciarios y carcelarios corresponde a 80.255 cupos, pero el número de personas privadas de la libertad asciende a 125.278, lo que implica un hacinamiento carcelario del 56.1 %.

En primer lugar, es menester resaltar la posición que se asume en la Sentencia T-267 de 2018 en lo relativo a la competencia y obligación del juez de tutela para pronunciarse sobre las concretas vulneraciones de derechos fundamentales que lleguen a su conocimiento y que tengan conexión con el Estado de Cosas Inconstitucional penitenciario y carcelario. Tal como lo estableció el Tribunal Constitucional, la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional no puede servir de excusa para que los jueces constitucionales se rehúsen a salvaguardar las garantías esenciales de las personas privadas de la libertad, siendo así, la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional tendría efectos perversos en relación con los fines que persigue, esto es, que cese la violación masiva y generalizada de derechos fundamentales.

Es importante aclarar que, incluso ante la presencia de órdenes complejas, el juez Constitucional puede encontrar soluciones ponderadas que busquen dinamizar el bloqueo institucional que tiene como consecuencia la vulneración de las garantías fundamentales. Además, no resulta menos notable que la Corte haya establecido una ampliación en la intervención del juez Constitucional en supuestos de inoperancia de los demás poderes públicos; toda vez que la Corporación reitera, que el juez constitucional debe ser respetuoso de la división de poderes y tiene vedada completamente la posibilidad de prescribir el cómo de la implementación o ejecución de las medidas y demás componentes de la política pública.

Por otro lado, en lo atinente a los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad la sentencia resulta mucho más que interesante. Propone en su parte motiva consideraciones que tienen un alcance de gran amplitud si son tenidas en cuenta como debe ser en la estrategia de seguimiento para la superación del Estado de Cosas Inconstitucional penitenciario y carcelario. Uno de los aportes del fallo que puede resultar trascendental es T-267 de 2018. Esta sentencia es relevante porque fija una pauta que, aunque en el caso particular solo está referida a algunos mínimos constitucionalmente asegurables, puede ser extendida por medio de esta declaración a los demás mínimos establecidos por la Corte Constitucional, esto es, a los mínimos de alimentación, salud, resocialización y acceso a la administración de justicia que también requieren la implementación de un enfoque diferencial de género.

Un aporte novedoso o el más sobresaliente es el correspondiente a la creación de nuevos mínimos constitucionalmente asegurables para las mujeres privadas de la libertad. (Corte Constitucional, 2008), son, sin duda, estándares mínimos de protección que no pueden ser

obviados en el seguimiento y la implementación de acciones para corregir las actuales violaciones de derechos fundamentales que se vive en las cárceles y penitenciarías del país.

Lo anterior implica, según lo dicho por la Corte, que esta nueva construcción es vinculante, no solo para el seguimiento que se está llevando a cabo, además de las referidas por la Corte, son: las mujeres en estado de embarazo o lactancia tienen unas demandas alimentarias diferentes debido a los procesos físicos y biológicos que atraviesan; las mujeres requieren atenciones especializadas en salud en razón de su género como lo son las atenciones ginecológicas, los controles de embarazo, las mamografías y la atención psicológica para todas aquellas que han sufrido violencia o sufren de manera intensificada la ruptura con sus vínculos familiares. El distanciamiento con sus hijos; las mujeres requieren un tratamiento penitenciario que busque una resocialización con enfoque de género porque las ofertas laborales y educativas que ofrecen las prisiones suelen estar unidas a estereotipos de género que condenan a la mujer a círculos de desigualdad, pobreza y exclusión, como aquellos programas que incentivan habilidades domésticas en las reclusas.

Aunque en el fallo de tutela se ordena de manera expresa al Ministerio de Justicia y del Derecho por ser el líder del Comité Interdisciplinario para la estructuración de la Normas Técnicas sobre la privación de la libertad. Se debe tener en cuenta en la elaboración de las mismas las necesidades de las mujeres reclusas en materia de infraestructura y servicios públicos. Las normas técnicas e indicadores de infraestructura y servicios públicos son generales, en la mayoría no se hace referencia explícita a las mujeres, lo cual, de entrada, desconoce el pronunciamiento constitucional, pues en la sentencia en estudio la Corte fijó una postura clara en la cual expuso que

en los mínimos que se encontraron vulnerados era necesaria una caracterización específica en lo que se refiere a la población femenina.

En lo atinente a la infraestructura, la única referencia que vincula a las mujeres, es la que se refiere a que las internas que tienen un bebé a su cargo en las instalaciones deben contar con un alojamiento temporal especializado que tenga una cuna para el neonato, una almohada, un juego de sábanas y cobijas. Aunque la anterior norma técnica es adecuada y satisface parcialmente las garantías mínimas establecidas por la Corte en materia sobre infraestructura de las mujeres privadas de la libertad, reconocidas en el fallo, se requiere mucho más que lo estipulado.

En consecuencia, es evidente que el mínimo establecido por la Corte incluye la directriz de que los centros de reclusión cuenten con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas, este requisito no se cumplió por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho. Por otro lado, el mínimo desarrollado por la Corporación en la Sentencia T267 de 2018 referido a que la población femenina con reclusión intramural cuente con condiciones sanitarias adecuadas para que puedan mantener su higiene y su salud, permitiéndoles acceso regular a baterías sanitarias y posibilitar su aseo personal. También el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación.

En conclusión, podemos observar que las buenas intenciones de la Corte para garantizar los derechos fundamentales de las personas, a veces no se materializan. Desafortunadamente las

órdenes judiciales, incluso aquellas de los máximos tribunales, parecen ser desconocidas con descaro por algunas autoridades administrativas o gubernamentales sin que, en ocasiones, la Corte reafirme su autoridad o siquiera se dé cuenta de dicha desobediencia. En otro sentido, no puede tratarse como un asunto menor que los mínimos constitucionalmente asegurables creados en la sentencia con exclusiva referencia a las mujeres reclusas no hayan sido atendidos en absoluto en la última construcción de las normas técnicas y los indicadores de resultado antes referidos. En este aspecto cabe precisar que, si bien la Corte no estableció en una orden concreta la vinculatoriedad de los mencionados derechos, manifestó de manera expresa que esta construcción debe ser acogida en la estrategia de superación del Estado de Cosas Inconstitucional penitenciario y carcelario, así como en las posteriores decisiones de los jueces constitucionales en asuntos similares. En definitiva, el fallo en cuestión constituye un aporte innegable en la declaratoria y reconocimiento de derechos de las mujeres en contextos de privación de su libertad. La concreta perspectiva de género que el alto Tribunal Constitucional aseveró era necesaria en el marco de la crisis carcelaria que vive el país, no ha sido un llamado atendido por todas las autoridades involucradas y esto, sin duda, deja cierto desconcierto sobre la efectividad y credibilidad de las órdenes judiciales, más aún, cuando se trata de un mandato de la Corte Constitucional.

5 EL EFECTO DE POLÍTICA PÚBLICA DISEÑO Y EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS MEDIANTE INCENTIVOS JUDICIALES

Generalmente los estudios sobre tribunales y cambio social se han concentrado en los efectos directos e instrumentales de las sentencias, es decir, en aquellos que implican un cambio tangible de las políticas públicas y en la conducta de las autoridades públicas a las cuales van dirigidas las órdenes de un tribunal (Rosenberg, 1991). Se pueden resaltar de manera acertada la evaluación del impacto concreto que tienen los tribunales en la solución de los problemas sobre los cuales toman decisiones. En los términos descritos en capítulos anteriores, si una sentencia tiene efectos simbólicos o indirectos, pero no influencia directa en la política pública ni en la situación de la población afectada, calificarla como una intervención judicial exitosa para la promoción de los derechos económicos sociales y culturales sería difícil. Este capítulo analiza el primero de estos efectos directos: la repercusión de la sentencia T-025/2004 en la política pública sobre desplazamiento, el llamado “efecto de política pública”.

Uno de los aspectos más significativos de la Sentencia T-025 y de las órdenes de seguimiento es una estructura conceptual y un lenguaje que constituyen un híbrido de herramientas jurídicas propias del derecho constitucional, de los derechos humanos, y herramientas de política pública y económica. Las primeras son el fundamento tanto para la conclusión de la Corte de que existe una violación masiva de derechos, como para la declaración del estado de cosas inconstitucional. Las segundas llevan a la lógica organizativa, el análisis de política pública y las herramientas de medición que la Corte empleó para diagnosticar las fallas estructurales en la administración pública e implementar la formulación, la ejecución y la evaluación de nuevas

políticas públicas, incluyendo un proceso largo y complejo que culminaría en la creación de indicadores para medir los progresos y los retrocesos en la garantía de los derechos de las PDI.

Se puede decir que, el estudio de caso muestra la existencia de un efecto en la política pública. Pero ¿cómo llegó a producirse ese efecto y mediante qué procesos? Argumentamos que los efectos pudieron verse en dos de las fases clásicas de la política pública: el diseño y la evaluación (Kraft y Furlong, 2007).

El juez Constitucional es un orientador de las políticas públicas. La Corte ha tenido dos roles principales durante las cuatro fases del proceso de seguimiento, los cuales: como orientadora y como creadora moderada de políticas públicas.

En el primer sentido, la corte Constitucional emite órdenes generales, dicta directrices y principios para fortalecer o reformular la política pública existente o dirigir su implementación. Desempeñó de forma activa esta función en la primera fase del período de seguimiento (2004-2006) y la retomó en la última fase (desde mediados de 2011 hasta hoy), en el nuevo marco de la Ley de Víctimas. Los principios generales hacían referencia a aspectos relacionados con el presupuesto, la participación de la población desplazada, la coherencia entre las normas y la política pública, la especificidad de esta última, los criterios para ser registrado como PDI y para garantizar la ayuda humanitaria, y la obligación del Estado de hacer efectiva de manera progresiva la garantía del goce efectivo de derechos y de diseñar políticas públicas con un enfoque basado en derechos.

La corte como orientadora de la política pública: del Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada a la ley de víctimas.

En los diez años desde que la corte Constitucional dictó la T-025, la respuesta general de Colombia al desplazamiento interno pasó de ser un conjunto de leyes y políticas públicas disperso y fragmentado a una política pública nacional para la asistencia de la población de PDI. Luego a una ley nacional integral y un conjunto de políticas públicas para la atención de todas las víctimas del conflicto armado, lo que incluye a la población desplazada. Podemos notar un avance significativo en materia de protección de garantías constitucionales.

Un año después de la T-025, el gobierno central aprobó el “Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada” por medio del Decreto 250 de 2005. Este Plan se convirtió en el principal documento de política pública sobre el desplazamiento después de la Ley 387 de 1997. El objetivo principal del Plan era establecer la política general del gobierno y las líneas de acción para la prevención y la atención al desplazamiento forzado interno en Colombia, que permita la restitución de los derechos y las obligaciones de los colombianos afectados por el mismo. El decreto 250 de 2005, art. 2.1. La esencia del nuevo plan fue recordar a las entidades integrantes del Sistema Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada sus responsabilidades institucionales y colocar la respuesta del Estado dentro del nuevo marco basado en derechos, iniciado por la T-025.

En consecuencia, los principios rectores del Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada incluyen un enfoque basado en derechos para garantizar el cumplimiento y el goce de los derechos humanos. Además, se adoptó un “enfoque diferencial” que ordenó que la formulación del plan y las actividades siguientes tuvieran en consideración las características de la población o los grupos involucrados, en cuanto a género, edad y etnicidad.

La corte Constitucional siempre se ha preocupado por comunidades vulnerables, en ese sentido a influenciado en el diseño de la política pública actuando directamente como creadora de

estas. A medida que el proceso de seguimiento avanzaba sin que el gobierno diera respuesta satisfactoria a algunos de los asuntos de política más urgentes (como la atención a los sectores de la población más golpeada por el desplazamiento), la corte Constitucional fue asumiendo un papel más activo como creadora de políticas públicas durante la tercera etapa (mediados de 2008-2009), y lo continuó durante la cuarta fase. En su nuevo papel, dictó autos más precisos y ordenó en forma explícita la creación de políticas específicas para grupos en condición de particular vulnerabilidad dentro de las PDI y para las comunidades en las zonas más violentas del país, con el riesgo más alto de desplazamiento, para las cuales las órdenes generales no bastaban.

En los autos de seguimiento de la primera etapa, la Corte insistió en la importancia de desarrollar políticas públicas para estos grupos. Por ejemplo, destacaron “la necesidad de adoptar un enfoque diferencial, específico, que reconozca que el desplazamiento surte efectos distintos dependiendo de la edad y del género”.

En resumen, desde el punto de vista de la política pública, en estos diez años hemos visto que las órdenes y directrices generales de los autos de seguimiento de la primera fase fueron sustituidas durante la tercera y la cuarta por autos que ordenaron la creación de programas precisos para grupos vulnerables de las PDI y para comunidades específicas, respectivamente. La combinación de órdenes generales y programas concretos tuvo una repercusión directa y tangible en el diseño de la política pública del desplazamiento y de su contenido. Por consiguiente, hay abundante evidencia del efecto de política pública durante el primer ciclo del proceso de su creación.

5.1 La corte y la evaluación de la política pública

La etapa de evaluación de las políticas públicas es un principio básico del análisis de la política pública. Esto se traduce en la consecución de métodos y herramientas que permitan evaluar sus efectos, progresos y retrocesos. Sin embargo, en la T-025, la Corte indicó que uno de los obstáculos que bloqueaban la implementación de políticas públicas fue “la falta de un mecanismo de monitoreo para el manejo de las diferentes entidades integrantes de la Sistema Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada y “la imposibilidad de evaluar el cumplimiento de los cronogramas por parte de las entidades responsables en la ejecución de los programas”. En particular, no había criterios o mecanismos para medir la gestión de la política que permitieran un seguimiento periódico y rigurosos o de los resultados.

Esos indicadores son el segundo signo claro de la existencia de una política pública (además de los efectos sobre el diseño de políticas) en la etapa de evaluación del ciclo de la política pública por cuatro razones. Primero, marcaron un cambio en la lógica de la medición hacia la evaluación en términos de satisfacción de derechos humanos. Como nos dijo el director de Codhes: el Estado colombiano es un Estado de derecho, pero nunca evaluaba las políticas desde el punto de vista de los derechos. Entonces es la primera vez que hay una evaluación de una política pública desde un referente de derechos, con un instrumental de verificación, con un instrumental de indicadores, con todo un proceso de seguimiento participativo.

En segundo lugar, se favoreció la evaluación por resultados concretos sobre la medición de medios o procesos. Según el magistrado ponente de la sentencia T-025/2004: la Corte metió mucha presión. Exigió indicadores específicos para medir el goce efectivo de derechos por la población desplazada. El gobierno tenía que mostrar cuántas personas estaban protegidas en el

momento y cómo la protección mejoró o empeoró durante el período como resultado del cumplimiento con la orden de la Corte en dicha sentencia.

En tercer lugar, y como se describirá en detalle más adelante, el proceso que llevó a la creación de los indicadores fue público, deliberativo y experimental. La descripción de la subdirectora de Acción Social es un buen ejemplo de esto: el proceso ha tenido dos fases. La primera, entre 2006 y 2008, dio lugar a tres autos cruciales: 109 de 2007, 233 de 2007 y 116 de 2008, y un primer conjunto de ciento setenta y cuatro indicadores para veinte derechos. En una segunda fase, entre 2011 y 2013 –Auto 115A de 1º de noviembre de 2012–, el primer conjunto de indicadores fue evaluado, actualizado y complementado, lo que llevó al conjunto ampliado que existe hoy. El análisis de la elaboración y el seguimiento de estas decisiones se concentra en el proceso participativo y deliberativo por el cual se crearon los indicadores y la forma en que estos sirvieron como puente conceptual y terminológico entre los diferentes actores estatales y sociales involucrados en este caso.

5.2 El proceso de adopción del primer conjunto de indicadores - fase 1 (2006-2008)

El diálogo inicial entre la Corte y el Gobierno en los primeros autos de seguimiento, la Corte le ordenó al gobierno adoptar indicadores “de resultado, que permitan determinar si se está avanzando o no en la superación del estado de cosas inconstitucional y con estímulos positivos o negativos para quienes avancen, se estancan o retrocedan”.

La corte Constitucional insistió en los indicadores en los autos posteriores. En una decisión que identificó diez deficiencias estructurales que impedían el desarrollo de la política nacional para

la población desplazada, la Corte destacó “la ausencia general de indicadores de resultado significativos basados en el criterio del goce efectivo de derechos de la población desplazada en todos los componentes de la política, a pesar del avance de algunas entidades al respecto”. Esta presión llevó a una propuesta del director de Acción Social a la corte Constitucional, que incluyó un primer conjunto de indicadores sectoriales para cada una de las entidades integrantes del Sistema Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada.

Por otra parte, para promover la participación de un grupo más amplio de sujetos, la Corte diseñó una metodología de trabajo y de intercambio de documentos técnicos sobre el diseño y el uso de indicadores (Auto 337 de 2006), lo que dio lugar a una plétora de indicadores. En diciembre de 2006, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Comisión de Seguimiento y el gobierno nacional, representado por Acción Social, entregaron a la corte Constitucional unos quinientos indicadores.

Puesto que varios de los documentos presentados por Acción Social hacían referencia al trabajo de creación efectuado por el Departamento Nacional de Planeación, la Corte, como coordinadora del campo del desplazamiento social, solicitó al director de ese organismo que entregara la lista de indicadores diseñados hasta el momento. Después de un tiempo presentó nueve indicadores adicionales de goce efectivo de derechos; hasta esa fecha, el gobierno había presentado un total de ciento dieciséis.

El Departamento Nacional de Planeación es una institución pública, de gran prestigio en la esfera de la tecnocracia económica, pero su entrada en el campo de desplazamiento estuvo marcada por su integración en un proceso controlado por el lenguaje y la lógica jurídica, en especial por el enfoque de derechos de la corte Constitucional. Como se explicó, los indicadores ofrecían un punto de contacto entre la lógica económica y jurídica. Así lo atestiguó una funcionaria del DNP: otros

actores, animados por el dinamismo del proceso y la abundancia de indicadores, se unieron a un debate caracterizado por un proceso de retroalimentación de doble vía. Por ejemplo, en enero de 2007, el gobierno informó sobre la pertinencia y la utilidad de los indicadores propuestos por la Contraloría, la Procuraduría, la Comisión de Seguimiento y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

La proliferación de indicadores llevó a la Corte a convocar una audiencia pública para aclarar aspectos conceptuales y técnicos de la diferencia entre los indicadores propuestos y para considerar la adopción de un conjunto definitivo de indicadores de resultado. En la primera audiencia, celebrada en marzo de 2007, el director de Acción Social, el Ministerio de Interior, y el director del Departamento Nacional de Planeación presentaron un conjunto común para medir el goce efectivo de derechos a la vivienda, la educación, una alimentación adecuada, la generación de ingresos y otros derechos. Las audiencias públicas y las sesiones informales, que eran lugares perfectos para discutir, ajustar y mejorar los indicadores, se convirtieron en un emblema del proceso de su elaboración por la participación de la ciudadanía y los actores involucrados.

5.3 La adopción del primer conjunto definitivo de indicadores

El proceso participativo que llevó al conjunto definitivo de indicadores estuvo caracterizado por los primeros intentos del gobierno y la Comisión de Seguimiento de poner en práctica los indicadores y proporcionar una línea de base inicial; por una serie de audiencias públicas con participación de diversos interesados, y por sesiones técnicas cerradas entre el gobierno, la Comisión de Seguimiento y la Corte para ajustar, descartar y crear nuevos indicadores.

En la decisión en la que se adoptó el conjunto final, se destacaron dos vacíos en los indicadores presentados por el gobierno. En primer lugar, había deficiencias en los derechos relacionados con la justicia transicional, por ejemplo: los derechos a la verdad y la justicia. Y, en segundo lugar, el gobierno no había tenido la capacidad de diseñar políticas que reconocieran las necesidades especiales de los grupos más vulnerables de la población. Además, la decisión confirmó que, a pesar de las sesiones técnicas entre la Comisión de Seguimiento y el gobierno persistían algunos desacuerdos sobre ciertos indicadores. Con el conjunto pleno de indicadores adoptado por la Corte, el gobierno y la Comisión de Seguimiento llevaron a cabo la primera medición completa con una muestra de ocho mil cincuenta y tres hogares de setenta y un municipios y calcularon la primera línea de base completa.

5.4 El proceso de adopción de indicadores para grupos étnicos y de indicadores ajustados a la ley de víctimas - fase 2 (2011-hasta la actualidad)

Después de tres años de silencio con respecto a los indicadores, la Corte retomó la cuestión en una decisión de empalme, en la que llevó a cabo una revisión completa de los siete años de políticas desde la T-025. Anticipó oportunidades y riesgos que vendrían con la aprobación de la 119 por ejemplo, con respecto al indicador de la generación de ingresos, los desacuerdos giraban en torno al parámetro apropiado, que consistía en la línea de pobreza extrema para el gobierno nacional y la línea de pobreza para la Comisión de Seguimiento. Ley de Víctimas. Así, descubrió profundas deficiencias con respecto al subregistro de PDI, los sistemas de información y la caracterización de la población desplazada.

Adoptando la lógica participativa que ha caracterizado el proceso de construcción de indicadores, la Corte consideró pertinente restablecer el diálogo técnico entre los organismos de control, la Comisión de Seguimiento, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el gobierno nacional, a fin de que se examinen las observaciones técnicas presentadas y se adopten los correctivos necesarios (Auto 219 de 2011).

La segunda etapa del proceso de elaboración de indicadores está caracterizada por: a) más de una docena de sesiones técnicas entre el DNP, la Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas, y la Comisión de Seguimiento, a las que fueron invitados participantes tradicionales, como Acnur, la Controlaría y la Defensoría; b) sesiones técnicas paralelas con diversos participantes celebradas en la Corte para discutir el progreso conseguido en las últimas sesiones y los indicadores entregados gradualmente, y c) la creación de indicadores para los derechos colectivos e individuales de los grupos étnicos y para el derecho a la participación.

El derecho a la vida es el más básico, sin el cual el resto no es relevante; el de la salud es un derecho socioeconómico central, usado de forma activa por la Corte para evaluar el estado de cosas inconstitucional; el de retorno y reubicación está particularmente relacionado con las víctimas del desplazamiento forzado, y su realización es de más largo plazo, y el derecho al territorio es un ejemplo de un derecho colectivo de los grupos indígenas, uno de los sectores más vulnerables de la población sobre los cuales la corte Constitucional ha dictado numerosas órdenes.

Este capítulo pretendió ilustrar las consecuencias materiales directas del activismo judicial que hemos denominado “efecto de política pública”. Como hemos demostrado, la T-025 y el proceso de seguimiento han influenciado significativamente el diseño de la política nacional para las PDI, la evaluación de esa política mediante indicadores y la evolución del estado de cosas inconstitucional. El impacto en la política pública fue resultado de los dos papeles asumidos por

la Corte. En primer lugar, el rol orientador, que consistió en ofrecer directrices, establecer fines generales y crear el diseño y los procesos de implementación de las políticas para las PDI. En segundo lugar, el papel de creadora moderada de políticas públicas, que consistió en dar órdenes más precisas y determinar políticas específicas que debían adoptarse para los grupos y las comunidades más vulnerables entre la población desplazada. La corte Constitucional influyó la etapa de evaluación de las políticas para las PDI al fomentar un proceso de colaboración en el desarrollo de indicadores de resultado para medir el cumplimiento de los derechos de las PDI. Aunque la aplicación de la larga y compleja lista de indicadores se ha convertido en un reto para la Corte, el proceso que produjo estos instrumentos mejoró la participación de una amplia variedad de actores gubernamentales y no gubernamentales, y, por consiguiente, ha contribuido a la formación de otro efecto potencial del activismo dialógico: el efecto participativo.

6 CONCLUSIÓN

Las políticas públicas no consisten solamente en la formulación, implementación y evaluación técnica de algunas actividades encaminadas a cumplir ciertos objetivos o indicadores relacionado con situaciones problemáticas. Ellas involucran el compromiso de satisfacer las obligaciones derivadas de los derechos humanos. Por eso, el papel del juez Constitucional es fundamental porque este garantiza el verdadero goce y disfrute de los derechos fundamentales, es importante un juez activo ante la inoperancia de algunos órganos estatales. Es indiscutible que el juez constitucional es un gestor de políticas públicas, vimos que en razón de su ejercicio jurisdiccional actúa en situaciones socialmente relevantes, plantea posibles soluciones y según el caso puede ordenar su implementación y evalúa todo el proceso. El juez constitucional se ha pronunciado en diversos temas para la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas como lo son: la población carcelaria, la población desplazada, reformas estructurales en el tema de salud, entre otros.

En todos los casos donde la Corte Constitucional ha intervenido es por la existencia de un déficit de implementación y de gobernanza de las autoridades que en principio están llamadas a responder. Siempre encontró una trasgresión masiva de los derechos de las personas, lo cual implicaba una violación nuestra constitución. Entonces, nos encontramos en una intervención motivada por acciones ciudadanas ante problemas sistemáticos que no habían sido solucionados por las entidades obligadas jurídicamente hacerlo. Con esto, nos damos cuenta que la intervención de la corte no es caprichosa y no tiene intereses en menoscabar las demás ramas del poder público. Siempre actúa de manera mesurada en el tema de políticas públicas, porque reconoce el principio de separación de poderes y sabe que no debe extralimitarse, sino trabajar armónicamente.

La intervención del juez como hemos visto siempre está supeditada a la existencia de algo; es importante señalar las acciones constitucionales interpuestas por los ciudadanos como lo son: las acciones de tutela y las acciones inconstitucionalidad. Con respecto a las primeras es la principal herramienta que tiene los asociados para hacer valer sus derechos y terminar con un estado de cosas que se le vienen vulnerando. Esto demuestra uno de los límites establecidos para que la corte Constitucional pueda intervenir. La participación ciudadana juega un papel fundamental como lo hemos visto en los estándares constitucionales

Es necesario resaltar la existencia del juez activo, aunque se considere cuestionable desde puntos de vista como económicos y políticos. Aunque se considere que las políticas públicas deben emanar del poder Ejecutivo y Legislativo, porque es allí donde concurren la representación popular de los ciudadanos, se debe destacar el aporte del juez Constitucional quien, de forma excepcional, atípica y ante la ausencia de políticas idóneas entendió que el amparo de los derechos está por encima de cualquier situación financiera que no permita la atención de las garantías sociales de los ciudadanos.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la república de colombia. (1991). *Constitución política de colombia 1991*. 108.
- Congreso de la república de colombia. (1997). Ley 387 de 1997. *Congreso de la república de colombia, 1997*(julio 18), 1–11.
<Http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-387-de-1997.pdf>
- Corte constitucional, c. (1998). *Sentencia t-153*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Corte constitucional, c. (2002). *Sentencia t-595*. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinoza. <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm>
- Corte constitucional, c. (2003). *Sentencia t-722*. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-722-03.htm>
- Corte constitucional, c. (2004). *Sentencia t-025*. Magistrado Ponente: Manuel Cepeda Espinoza. <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Corte constitucional, c. (2008a). *Sentencia t-267*. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-267-08.htm>
- Corte constitucional, c. (2008b). *Sentencia t-760*. Magistrado Ponente: Manuel Cepeda Espinoza. <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
- Corte constitucional, c. (2009). *Sentencia t-291*. Magistrada Ponente: Clara Elena Reales Gutierrez. <Https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-291-09.htm>

Corte constitucional, c. (2013). *Sentencia c-351*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-351-13.htm>

Corte constitucional, c. (2013). *Sentencia t-388*. Magistrado Ponente: Maria Victoria Calle. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

Corte constitucional, c. (2017). *Auto 693*. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/a693-17.htm>

Corte constitucional, c. (2018). *Auto 121*. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/a121-18.htm>

Galindo, m. (2000). Teoría de la administración pública. In *editorial porrúa* (vol. 1).

García, I. F. (2013). A democratic ideal?: from judicial activism to constitutionalization of law. *Civilizar ciencias sociales y humanas*, 13(25), 17–32.

Henao Pérez, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de economía institucional*, 15(29), 67–102.

Kraft, M. and Furlong, S., 2017. *Public policy - politics, analysis and alternatives*. 6th ed. New York: CQ Press, p.1.

Noel, A., 2009. *Políticas públicas formulación, implementación y evaluación*. 7th ed. Bogotá: Aurora, p.4.

Prieto, P. (2014). Caracterizando la participación ciudadana en el marco del gobierno abierto Pedro Prieto-Martín y Álvaro Ramírez-Alujas. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 58, 61–100.

Rodríguez Garavito, c. And rodíguez franco, d., 2020. *Juicio a la exclusion - el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. 1st ed. Buenos aires: silgo xxi, p.1.

Quinche, m. F., & rivera, j. C. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, 121, 113–137.

Yáñez, d. (2014). *Las órdenes de la corte constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas*.