



**Corte Constitucional colombiana: un actor relevante en el ciclo de las políticas.
El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia.**

Tesis que para obtener el título de Maestro en Gobierno y Asuntos
Públicos presenta **César Augusto Valderrama Gómez**

Directores:

Dra. Karina Ansolabehere
Dr. Julio Ríos Figueroa

Lectores:

Dra. Silvia Inclán
Dr. Luis Daniel Vázquez

Línea de investigación

Seminario: Estado de Derecho y Democracia

Directora: Karina Ansolabehere

México, D.F. agosto 2010.

Esta Investigación fue realizada gracias al apoyo de la Secretaría de Educación Pública de México –SEP– y COLFUTURO.

Resumen

¿Son las cortes actores relevantes en el ciclo de las políticas públicas?, ¿Cuáles son los efectos de sus decisiones en las etapas de este ciclo? Esta investigación explora estas preguntas a partir de un caso específico: la Corte Constitucional colombiana y la política pública de desplazamiento forzado.

Para ello, se abordan dos etapas del ciclo de las políticas: la definición del problema público y el diseño de la política, específicamente sus funciones y/o facultades y los actores que la conforman. Se observa si la política pública de desplazados diseñada por el poder ejecutivo y/o legislativo (Statu Quo inicial), es modificada por la Corte Constitucional colombiana mediante sus decisiones (Statu Quo 1). Para saberlo se compara la política pública original de desplazados, y la que resulta de la intervención de la corte constitucional (mediante decisiones de tutela, constitucionalidad, unificación y autos), para finalmente observar si la política pública se modificó o no.

De la comparación del SQ y SQ1, se puede establecer que la Corte Constitucional colombiana, es un actor relevante para el análisis de la política pública de desplazamiento forzado pues modificó tanto la definición del problema público de desplazamiento, como el diseño de la política pública aumentando sus funciones o atribuciones e incluyendo más actores en ella.

Palabras Clave: Judicialización de la política, cortes, jueces, ciclo de las políticas, política pública, desplazamiento forzado por la violencia en Colombia.

Abstract

Are the public policy cycle? Which are the decisions effects in the public policy phases? This research explores these two questions by studying a specific case: The Colombian Constitutional Court and the forced displacement policy.

For this, two phases in public policy are taking in count: the public problem definition and the policy design, specifically policy's functions and/or faculties and its actors. This research sees if the displaced people policy –designed by the executive and/or the legislature (Status Quo)- has been modified by the decisions of the colombian

Constitutional Court (Status Quo 1). To find out this, the original public policy is compared with the one that results after the constitutional intervention, all this to finally observe if the policy was modified or not.

After SQ and SQ1 are compared, the colombian Constitutional Court could be established as a relevant actor for the public policy analysis of the forced displacement, because it modified the public problem definition of the displaced people as well the public policy design: the intervention added functions/attribution and actors to the public policy.

Key words: judicial politics, courts, judges, policy cycle, public policy, forcibly displaced by violence in Colombia

Contenido

Resumen.....	2
Agradecimientos.....	6
Introducción	7
Capítulo I	9
Jueces constitucionales y políticas públicas.....	9
1. Intervención judicial en políticas públicas.....	10
1.1 Etapas judicializadas en el proceso de políticas públicas: La definición del problema público y el diseño de la política.	15
2. El Control judicial de las leyes.....	18
2.1 Los defensores	19
2.2 Los críticos.....	20
2.3 Los condicionados	21
3. El comportamiento judicial.....	23
Capítulo II	27
Metodología	27
1. Indicadores de movilidad del Statu Quo	28
2. Observaciones.....	31
2.1 Propiedades de fuerza vinculante, cosa juzgada constitucional y efectos de las decisiones de la Corte Constitucional	33
3. Recolección y análisis de datos:	39
Capítulo III	42
Efectos de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Política Pública de desplazamiento forzado	42
1. Statu Quo de la política pública de desplazamiento forzado	44
2. Intervenciones de la Corte Constitucional colombiana.....	48
2.1 Intervención en la definición del problema del <i>Statu Quo</i>	52
2.2 Intervención del <i>Status Quo</i> en las facultades de la política	55
2.3 Intervención en el <i>Status Quo</i> de actores en la política	72
Capítulo IV.....	74
Conclusiones.....	74

1. Efectos en la política pública	74
2. Instrumentos jurídicos empleados por la corte	77
3. Participación ciudadana en el diseño de políticas públicas.....	80
Bibliografía	83

Agradecimientos

Son muchas las personas que participaron de distintas formas en este trabajo y a las que deseo agradecer. A Karina Ansolabehere y Julio Ríos Figueroa por guiaron esta investigación a lo largo de todo este tiempo, y siempre estuvieron dispuestos a escuchar, leer y recomendarme con sinceridad ante mis dudas. Gracias por el apoyo que me han brindado.

Gracias a Silvia Inclán y Luis Daniel Vázquez, por la lectura y sugerencias a este escrito, por la diligencia y agudeza de sus observaciones que ayudaron a afinar las ideas y mejorar los argumentos de este trabajo. También a Rodrigo Salazar, por la sugerencia de lecturas que resultaron indispensables.

Quiero agradecer a la Martha Victoria Sachica y Sara Ferrer por haber hecho de mi estancia en la Corte Constitucional colombiana más amena y provechosa. Sin ellas, la información que sirvió de base para este trabajo y lo aprendido en ella no hubiese sido posible.

Agradezco a los amigos que participaron en este proyecto, escuchando y comentando abiertamente sus opiniones, a los que crearon momentos tranquilos y felices, que hicieron de este proceso un buen espacio para vivir: Sara Catalina Atehortua, Ana Ruth Cevallos, María Elena Rivera, Fidel Rocha, Yolima García, Ana Ruth Escoto. Sin ellos, México no sería igual. A Freddy Alberto Isaza, quien escucho este sueño y lo vivió conmigo desde la distancia.

Gracias a mi familia, que siempre me hizo sentir cerca. A Nory, Jinmer, Miguel, Adriana, por ser parte de mi y hacerme parte de ellos.

A Lina Andrea. Por darme fuerzas en los momentos de debilidad, por creer en este proyecto e invertir en todos estos sueños con paciencia y perseverancia. Gracias por hacer de mi vida amor.

Introducción

Desde hace varios años se han considerado a los jueces como actores políticos y a las cortes como instituciones relevantes que pueden influir en políticas públicas. Sin embargo, no se ha precisado la intervención de este actor en cada una de las etapas del ciclo de la política, justificado en parte por el origen de estos desarrollos teóricos, que han sido en su mayoría desde la ciencia política y no por estudios de políticas públicas. La falta de interés de los estudios en políticas públicas por este actor en particular, y el poco uso que le ha dado a los desarrollos metodológicos y conceptuales que se han hecho en la ciencia política, ha creado un vacío frente a la relevancia que tienen los jueces y cortes en el ciclo de las políticas públicas, la forma en que intervienen y los efectos que tiene sus decisiones en cada una de las etapas.

En este trabajo se muestra la relevancia de los jueces y las cortes, en específico de la Corte Constitucional colombiana como un actor determinante en la formación y desarrollo de la política pública de desplazamiento forzado. Tanto la política como la corte que se analizaron, representan un buen ejemplo para mostrar el efecto de una corte en una importante política pública: la política por tratar el segundo problema público de desplazamiento forzado más grave en el mundo, con más de tres millones de desplazados en el interior del país, la convierten en una política fundamental para el país y la Corte Constitucional colombiana por ser considerada como de gran activismo judicial en América Latina.

La característica principal de esta investigación es mostrar cuál fue el efecto de cada decisión de la corte dentro del ciclo de las políticas públicas, para identificar en el agregado de todas las decisiones, cual fue el cambio general que la corte le dio a la política, donde fue más contundente, cuáles fueron los mecanismos jurídicos que usó para intervenir y de esta forma demostrar que la Corte Constitucional colombiana es un actor relevante en el ciclo de la política pública de desplazamiento.

El objetivo final de esta investigación es llamar la atención de la literatura en políticas públicas para que se considere en las investigaciones y análisis de política a los jueces como actores relevantes y determinantes dentro del ciclo de las políticas, que han sido hasta

ahora dejados de lado, desconociendo que una política pública no sólo toma forma en las leyes y decretos que las crean y reglamentan, sino también en las sentencias de los jueces que las supervisan.

Capítulo I

Jueces constitucionales y políticas públicas

El objetivo de este capítulo es mostrar el panorama general dibujado por la literatura que ha abordado el tema de los jueces constitucionales, y su relación con el escenario político, específicamente en políticas públicas. La gran mayoría de los estudios que analizan a los jueces ya la política, predominantemente de origen norteamericano y europeo, han centrado su enfoque en la justicia constitucional como tal, específicamente en la institución del control judicial de las leyes, más que en los jueces, dividiéndose entre aquellos que la justifican y los que la rechazan, existiendo gradientes entre ambas posturas. Por otra parte, está el cuerpo de literatura denominada de “comportamiento judicial” que intenta responder a la pregunta: ¿qué hacen los jueces y por qué lo hacen?, y ha sido menos explorada que la primera, por lo menos para los tribunales y cortes latinoamericanas. Aparte de estos abordajes teóricos, especialmente desde la ciencia política o el derecho, ha sido casi nula la literatura que desde las políticas públicas estudie el papel de los jueces y cortes constitucionales, pese a la gran influencia que aquellos pueden ejercer en estas y a los desarrollos metodológicos y conceptuales que han sido explorados desde la ciencia política para el análisis de este actor.

Para mostrar mejor este panorama, se ha dividido el capítulo en tres partes: la primera expone los desarrollos sobre el papel de los jueces en políticas públicas, que es en específico el objeto este trabajo, y tiene como principales objetivos: i) mostrar el poco tratamiento detallado que se le ha dado a los jueces como actores relevantes en el proceso de las políticas públicas, ii) presentar un panorama del ciclo de las políticas públicas para ubicar en ella las “etapas” en las que se va a analizar la intervención de la corte y iii) mostrar otros desarrollos teóricos que han estudiado los jueces. La tercera parte muestra que los jueces y las cortes no son del todo actores pasados por alto, sino que han sido objeto de abundante literatura desde otras ciencias como el derecho y la ciencia política. Este tipo de literatura puede presentarse bajo dos grandes formas: por el control judicial de las leyes y mediante el comportamiento judicial, este último mucho más reciente que el anterior¹. La

¹ El análisis del comportamiento judicial surge como una especialización de la judicialización de la política que tuvo sus inicios con Martin Shapiro (1964).

breve descripción de estas dos últimas formas en que es abordado el tema general, se hace a pesar de que esta investigación no está inserta ni en la literatura de comportamiento judicial (por no buscar las razones del por qué decidieron como lo hicieron los jueces), ni en la literatura que aborda el análisis de los tribunales a través del control judicial de las leyes, pues este fue el mecanismo menos usado por la corte en la intervención a esta política en particular². El objetivo con esto último es presentar al lector los amplios desarrollos que se han dado bajo estos enfoques frente al casi nulo estado del arte de los jueces en la literatura de políticas públicas, para tender de alguna forma un puente que le permita a los estudiosos de esta área, apropiarse y aprovechar los desarrollos que sobre los jueces y cortes se han dado especialmente desde la ciencia política y el derecho de tal forma que puedan ser incluidos en sus análisis como actores relevantes en el proceso de las políticas.

1. Intervención judicial en políticas públicas

Si consideramos a los tribunales constitucionales no sólo como instancias judiciales sino también como actores políticos, cabría preguntarnos cómo estos intervienen en los problemas públicos, el impacto de sus decisiones en las políticas y los instrumentos judiciales de los que se valen para ello.

Los tribunales constitucionales son actores que empiezan a ser estudiados dentro del proceso de formulación de políticas públicas en América Latina (BID, 2006), sin embargo, su inclusión como actores participantes dentro del ciclo de políticas públicas ha sido muy poco tratada en esta literatura, sin desconocer los estudios que, desde otras ciencias, se han hecho de los jueces en esta área: su análisis como actores que participan en políticas públicas ha sido estudiado de manera más amplia y con importantes desarrollos especialmente en Estados Unidos desde la ciencia política, donde uno de los primeros y más representativos estudios sobre la corte suprema y políticas públicas fue hecho por Robert Dahl³, en el cual demostró persuasivamente que la corte suprema de ese país no quería bloquear a menudo la voluntad de la mayoría de la coalición gobernante expresada en políticas públicas nacionales. Con este estudio se abrió un camino que siguió siendo

² Casi la totalidad de las intervenciones de la Corte Constitucional en la política pública de desplazamiento fue mediante acciones de tutela o amparo.

³ Robert Dahl, 1956, *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*

explorado por Martin Shapiro con el artículo titulado “*political jurisprudence*”⁴, y con el cual se amplió el espacio de estudio dándole un giro a la discusión al dirigir hacia los jueces las preguntas que se suelen hacer frente a otros actores políticos: “¿Cómo toman decisiones políticas? ¿Cómo se relacionan con los otros actores políticos? ¿Por qué a veces aciertan y otras veces fallan en política? ¿Cómo sus estilos de trabajo y organización afectan su eficacia política?” -Traducción propia- (Shapiro y Stone Sweet, 2002: 5). A partir de este tipo de estudios, se empezó a considerar “sin vergüenza” que las cortes y los jueces hacen parte del gobierno⁵ y participan en él con sus decisiones: creando, modificando y suprimiendo políticas públicas.

Pese a estos desarrollos teóricos, que toman a los jueces como actores políticos, se ha dado en la literatura de políticas públicas poco tratamiento al poder judicial en general y a los tribunales constitucionales en particular, como actores participantes en el proceso de definición de los problemas públicos, en el diseño de las estrategias de intervención, en la implementación de estas medidas y en la evaluación de los resultados obtenidos, aun cuando una de las definiciones más aceptadas por los distintos autores definen el análisis de políticas públicas como “*el estudio de la acción de los poderes públicos en el seno de la sociedad*” (Mény y Thening, 1989: 10), siendo la rama judicial un poder público, y su reconocimiento como actor político ha sido ya ampliamente desarrollado desde la ciencia política.

Esta falta de literatura en políticas públicas que aborde los tribunales constitucionales como actores relevantes, considero, es fruto más de una omisión generalizada que de una prohibición o limitación teórica y conceptual para incluirlos, pues desde ninguna de las perspectivas para el análisis de políticas públicas se podría predicar la imposibilidad para abordar su estudio, encontrando elementos analíticos en algunos importantes manuales de políticas públicas que podrían ser aplicados para estudiar a los tribunales o jueces (Subirats, Knoepfel, Larrue, Varone, 2008; Parsons, 2008) o siendo posible como lo aconsejó Shapiro (1964) analizar a los jueces y tribunales mediante las herramientas metodológicas y conceptuales que se han usado para el estudio de los demás actores políticos.

⁴Martin Shapiro, 1964, *political Jurisprudence*.

⁵ No es gobierno como poder ejecutivo, sino gobierno como cuerpo de instituciones que administran el Estado y las políticas públicas en un sentido más amplio: government

Desde el diseño constitucional de los diferentes Estados, se ha dado tratamiento unánime de “poder público” a la rama judicial, y el diseño institucional de los tribunales constitucionales, con la facultad de decidir en última instancia sobre las decisiones adoptadas por el resto de las instituciones mediante la revisión judicial que le da capacidad de veto⁶, puede ser usado en muchos casos para modificar, suprimir, suspender o crear políticas públicas. Estas características comunes a los actores que son considerados en políticas públicas de manera tradicional – la de ser un “poder público” al igual que el poder ejecutivo o legislativo-, y específicas –como la facultad de revisión constitucional de las leyes- convierten a las cortes constitucionales en actores que no pueden ser pasadas por alto en el análisis de políticas públicas.

Estos dos elementos: las características institucionales de los tribunales constitucionales y los desarrollos teóricos desde la ciencia política que permiten analizarlos como actores políticos, lo convierten en un actor digno de estudio para la literatura de políticas públicas. Este trabajo intenta realizar un aporte frente al rol de los tribunales constitucionales en políticas públicas, específicamente de la Corte Constitucional colombiana, considerada de gran activismo judicial en América Latina, y su participación en la política pública de desplazamiento forzado, que es el segundo problema público de este tipo más grave en el mundo, como un esfuerzo por remediar en parte esta carencia de tratamiento en la literatura e intentar llamar la atención de los investigadores en políticas sobre este actor fundamental dentro del proceso de toma de decisiones como lo son los legisladores, la burocracia, el presidente o los grupos de presión, y que algunos llaman “legisladores con toga” (Sheply y Bonchek, 2005) para acentuar el papel político que desempeñan en este escenario, pues “*dichos tribunales son de capital importancia para la formación y ejecución de políticas públicas*” (Sheply y Bonchek, 2005: 400).

El aspecto novedoso que ofrece esta investigación, es mostrar los efectos que tienen las decisiones judiciales en dos etapas específicas del ciclo⁷ de formulación de las políticas

⁶ Tsebelis (2006), Shepsle (2005).

⁷ Se reconoce que el enfoque que analiza el proceso de políticas públicas por “etapas” no es estricto, secuencial y real, sino que tiene variaciones en el número y denominación de cada etapa según el autor, pero permite una buena comprensión del proceso que puede tener una política pública, pudiendo ser resumido en 7 fases según Parsons, existiendo otras distintas categorías para clasificarlo: “1) Problema, 2) identificación de problema, 3) Identificación de respuestas/soluciones alternativas, 4) evaluación de opciones,

públicas: La definición del problema y el diseño de la política, sin que se abarque la totalidad de los elementos que conforman estas dos dimensiones, que serán delimitadas claramente en el segundo capítulo, y a partir de ello establecer los instrumentos que fueron usados para intervenir (sentencias de constitucionalidad, tutela, unificación o autos) y la forma en que se hizo (si fueron decisiones sistemáticas o aisladas, ampliatorias de derechos o restrictivas).

La selección de estas dos etapas no obedece a una mayor importancia respecto de las demás, sino a la necesidad de delimitar el espacio de observación y mostrar que las intervenciones de la corte pueden modificar tanto lineamientos generales y teóricos de la política (modificando la definición del problema), como aspectos operativos y específicos (interviniendo en el diseño de la política), para corroborar que la intervención de la corte participa en el “juego de las políticas públicas” junto con otros actores tradicionales, en donde *“dicha dinámica o juego puede darse tanto en la definición del contenido de la política (aspectos conceptuales y sustantivos) como en la forma (aspectos operativos que incluyen procedimientos, organización, etc.) en la que esta se lleva a cabo o implementa”* (Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone, 2008: 31). Poder establecer el tipo de instrumento jurídico usado en la intervención y la forma en que se hizo, permite por una parte determinar el alcance de los efectos en la política y por otra determinar si la intervención fue un proceso aislado de algunas decisiones (magistrados) o una postura institucional del tribunal como tal, que perduró en el tiempo.

Si bien se han producido estudios encaminados a establecer los efectos de las decisiones judiciales en políticas públicas en Colombia⁸, justificados por una activa participación en política del poder judicial, que se incrementó desde la creación de la corte constitucional

5) *Selección de las opciones de política pública, 6) implementación y 7) evaluación.*” (Parsons, 2007:111). Las dos “etapas” que selecciono para este trabajo: definición del problema y diseño de la política, contienen en sí varias etapas de las propuestas por Parsons y pueden variar según el autor. Ante la falta de unanimidad en los autores para designar las etapas, hago un llamado al lector para centrar su atención en el significado y los procesos que comprenden cada fase, más que en el nombre asignado para la “etapa”.

⁸ Gran parte de la producción académica en este sentido en Colombia, ha sido fruto de economistas y abogados, quienes han intentado explorar bien sea los costos económicos de estas decisiones y sus impactos en el gasto público, como la justificación jurídica que los permite. En menor número, otros estudios han intentado establecer efectos los simbólicos o socio-jurídicos de las decisiones de la Corte Constitucional en políticas públicas, pero se han limitado al análisis de algunas sentencias y no se ha observado el “juego” de la Corte como un actor político a lo largo de la tiempo.

por mandato de la Constitución de 1991⁹, estos abarcan otro tipo de efectos que no están propiamente dentro del análisis de políticas públicas, y aunque este trabajo no realiza en términos exactos un análisis de políticas públicas, por no tratar a todos los actores, recursos e instituciones que interactúan para producir y desarrollar la política de desplazados, si pretende considerar a un solo actor que será el eje de este estudio: la Corte Constitucional colombiana y su papel en la política pública de desplazamiento forzado.

El concepto “actor” en política pública, con el que denomino a la corte, designa:

“Tanto un individuo, como varios individuos o incluso, un grupo social. Hemos de hacer hincapié sin embargo, que un conjunto de individuos solo constituirá un actor unitario siempre y cuando, en lo que concierne a la política pública que se analiza, se presente y actúe con homogeneidad interna respecto a los valores e intereses que defiende y los objetivos que persigue” (Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone, 2008: 52)

Es posible entonces, considerar a la corte como un actor unitario, sin perjuicio de los análisis individuales que puedan hacerse para cada juez, pues sus acciones como se muestra a lo largo del estudio han sido coherentes entre si, además de contar con mecanismos institucionales que le permiten homogenizar los criterios al interior de la institución cuando estos puedan mostrarse erráticos –sentencias de unificación-.

Pero no es suficiente con mostrar homogeneidad en su postura frente a la política, se hace necesario que el actor participe efectivamente en el campo estudiado, es decir, mostrar en qué y cómo la corte efectivamente interviene en la política pública para que sea considerada un actor como tal, en otras palabras

“obtiene ese estatuto por el simple hecho que forme parte del cuerpo estudiado, en la medida en que el análisis de su comportamiento contribuye a estructurar ese campo. No es pues un problema de conciencia, de lucidez o identificación: es una simple cuestión de hecho, lo que implica que acaba siendo una cuestión de investigación” (Friedberg, 1993:199).

Estos conceptos tomados de la literatura de políticas públicas, permiten mostrar claramente que la falta de tratamiento que han tenido las cortes en este tipo de bibliografía, no ha sido por prohibiciones conceptuales o metodológicas como lo dije anteriormente, pues algunos manuales para el análisis de políticas han establecido criterios que permiten, al menos teóricamente, la inclusión de los jueces o cortes:

⁹ La Corte Constitucional ha intervenido en un sinnúmero de políticas públicas, que van desde las políticas de estupefacientes, a políticas carcelarias, políticas económicas de financiación de vivienda, políticas de salud, políticas antiterroristas entre otras.

“Una definición del concepto de actor tan amplia como la que aquí proponemos, tiene la ventaja de propiciar que el analista tenga en cuenta a todos los individuos y grupos sociales a quienes concierne un problema colectivo específico. Así, esta perspectiva integra el hecho de que no todos los actores públicos y privados intervienen de una manera activa y visible en todas y cada una de las etapas de la política pública. A veces la intervención de los actores es directa y tangible, en otras sólo es posible identificarla de manera indirecta. En algunos casos su incorporación al entramado del tema es tardío. En otros casos la implicación de algunos actores es inconstante. (...)” (Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone, 2008: 52)

En este momento, el lector debe ver de manera clara que: i) la literatura en la ciencia política desde finales de los años 50 ha venido analizando a los jueces como actores políticos ii) los jueces como poder público en general y las características institucionales de las cortes como garantes de derechos –acciones de amparo o tutela- y como guardianes de la supremacía constitucional –revisión constitucional de las leyes- en particular, los convierten en actores con capacidad para intervenir en el proceso de políticas públicas, iii) la literatura de políticas públicas en general, ha desarrollado esquemas que permitirían al menos en términos teóricos el análisis de los jueces y cortes como actores relevantes, sin embargo su tratamiento específico ha sido casi nulo, iv) este trabajo pretende llenar ese vacío en el abordaje de las cortes en políticas públicas en específicos momentos del ciclo de las políticas para un caso particular.

1.1 Etapas judicializadas en el proceso de políticas públicas: La definición del problema público y el diseño de la política.

El análisis por etapas en políticas públicas no pretende ser un esquema rígido con etapas claras y definidas, sino un esfuerzo que intenta esquematizar el ciclo de una política pública para comprenderla mejor, *“la representación secuencial de las políticas públicas no debe utilizarse de manera mecánica. Deberán más bien imaginarse a las políticas públicas como un flujo continuo de decisiones y procedimientos a los que tratamos de dar un sentido”* (Muller, 1990: 33).

Las dos etapas en donde se analiza la intervención de la corte pueden no existir en las clasificaciones de algunos autores o tener diferentes denominaciones, de ahí el esfuerzo por clarificar el “momento” de la política que se va a tratar a la luz de la intervención judicial y las características que tienen para comprender mejor el nivel de la judicialización de esta política en particular. La selección de estos dos momentos obedece a la necesidad de mostrar que la intervención de la corte constitucional puede darse tanto a nivel general y

abstracto, como en la definición del problema; así como niveles prácticos y concretos, al modificar el diseño de la política en sus funciones o variando el número de actores que intervienen en el diseño de la política; pudiendo intervenir igualmente en otras “etapas”: en la evaluación de la política o la inclusión o exclusión¹⁰ de problemas públicos en la agenda, pero que no serán analizadas en este trabajo.

La *definición del problema* presupone la existencia del problema, sin embargo, estos no tienen vida por sí solos, son fruto de una construcción social, “*de manera más general, podríamos decir que surge un problema cuando se constata la diferencia entre la situación actual y lo que sería la situación deseable*” (Subirats, Knoepfel, Larrue, Varone, 2008: 46). Cuando se ha constatado esta diferencia, o cuando se sabe de la “existencia” de un problema, este debe ser definido con lo que se delimita y condiciona el tipo de respuesta o solución que se le dé, por ello, es esencial esta fase del ciclo pues fija y determina el resto de la política pública. En palabras de Parsons:

“un problema debe ser definido, estructurado, colocado dentro de ciertos límites, además de recibir un nombre o etiqueta. La forma en que se lleva a cabo este proceso es crucial para la formulación de una política de respuesta. Las palabras y los conceptos a los que se recurre para describir, analizar o clasificar un problema enmarcan y moldean la realidad a la que se desea aplicar una política o “solución”. El hecho de que se compartan los mismos datos o por lo menos se crea que así es, no significa que se vea la misma cosa (...). La realidad se percibe a través de una teoría o marco, y la teoría que se elige determina qué problema se ve” (Parsons, 2008: 120).

Una intervención en esta etapa puede generar grandes y radicales virajes en la política, por ello la necesidad de analizar la intervención de la corte en este aspecto, donde pequeños cambios pueden producir importantes modificaciones en las etapas siguientes del ciclo.

La *etapa de formulación o diseño de la política pública*, incorpora una previa definición del problema y en función de ella se construye el programa de actuación político-administrativo es decir “*la selección de los objetivos, instrumentos y proceso que deberán ponerse en práctica para resolver el problema en cuestión*” (Subirats, Knoepfel, Larrue, Varone, 2008: 46). Por estar compuesta de muchos componentes, se abordarán sólo dos aspectos de esta fase: las funciones o facultades de la política o de las instituciones que la componen y los actores que la política incorpora en su estructura para realizar los ajustes,

¹⁰ Como ocurrió con la sentencia C-221 de 1994, en la cual se excluyó como problema público el consumo de dosis personal de estupefacientes, quedando de forma exclusiva en la órbita individual.

cambios e implementación de lo establecido. Estos dos componentes son tratados en detalle en el segundo capítulo, y aunque se abordan de manera separada a lo largo del trabajo, el lector deberá comprenderlos como dos componentes de la fase del diseño de la política pública.

En la Tabla 1, se presenta una de las formas que puede tener el ciclo de la política pública. En el esquema se pueden ubicar los objetivos de análisis de este trabajo en la primera y tercera fase, sin que se abarquen todos los contenidos de estas etapas que, como se dijo antes, serán delimitados de mejor forma en el segundo capítulo. En esta tabla se puede ver en la sección de “principales cuestionamientos del analista” las características que comparte gran parte de la literatura en políticas públicas, donde por una parte se proponen definiciones conceptuales amplias que permiten, en teoría, incluir el análisis del poder judicial en general y de las cortes y jueces en particular como actores relevantes para entender el proceso de creación de una política pública y, sin embargo, sólo se consideran cuestionamientos frente a las dos ramas del poder público que tradicionalmente se consideran en el análisis de políticas públicas: el ejecutivo y el legislativo, dejando de lado el poder judicial con sus cortes y jueces que cada vez cobran mayor relevancia ante el incremento de países¹¹ con cortes constitucionales o control judicial de las leyes, con lo que tiene mayores recursos institucionales para su injerencia en asuntos públicos.

Tabla 1: Secuencia de una política pública

SECUENCIA	1 FASE	2 FASE	3 FASE	4 FASE	5 FASE
TERMINOLOGÍA	Surgimiento de los problemas	Inclusión en la agenda	Formulación y decisión del programa de la política	Implementación de la política	Evaluación de la política
CONTENIDO	-Surgimiento de un problema -Percepción del problema -Definición del problema e identificación de sus causas posibles -Representación del problema	-Selección (filtro) de los problemas emergentes. -esquema de formulación del modelo causal. -respuestas de los poderes públicos a los problemas que se reconocen que han de ser objeto de una política	-Definición del modelo causal -Definición de la o las soluciones adoptadas al problema aceptable -proceso de contraste entre las soluciones ideales y los medios disponibles	-aplicación de las soluciones seleccionadas -acciones de los agentes administrativos a cargo de la implementación	-Determinación de los posibles efectos de la política -Evaluación de la eficacia, de la eficiencia, de la pertinencia de lo realizado respecto al problema inicial

¹¹ “Antes de 1989 solo 10 países tenían sistemas efectivos de control constitucional, en los cuales un tribunal constitucional u otra corte declaraban inconstitucional una norma jurídica por ser contraria al texto constitucional. Para 2000, por lo menos 70 estados –aproximadamente el 38% de los miembros de la ONU- habían adoptado alguna forma de revisión constitucional.” (Cepeda y Montealegre, 2007: 12)

			-selección de los instrumentos de acción		
PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS DEL ANALISTA	¿Cómo se ha tomado conciencia del problema?	¿Cuáles son los factores que han llevado al gobierno a actuar ante el problema?	¿Cuáles son las soluciones propuestas y aceptadas por parte del Gobierno y del Parlamento? ¿Qué procesos se han seguido para formular dichas soluciones?	¿Se han aplicado las decisiones del Gobierno y del Parlamento?	¿Cuáles han sido los efectos directos e indirectos de la política?

Fuente: tomado de Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2008) que adoptaron de Jones (1970) y Mény y Thoenig (1989)

El poco tratamiento que la literatura en políticas públicas ha dado a las cortes y jueces, contrasta con los copiosos estudios que desde el derecho y la ciencia política se han hecho sobre ellos. Aunque no representa una revisión exhaustiva de todas las distintas formas desde las cuales se ha abordado el tema de los jueces y la política, la siguiente descripción de la literatura permite visualizar el panorama general y los avances tanto metodológicos – al tratar a los jueces como a los demás actores políticos usando las mismas herramientas de análisis- como de especialidad –el análisis de instituciones judiciales específicas, como la revisión judicial de las leyes- y que podrían ser incorporados por la literatura de políticas públicas para incorporar a los jueces y cortes en sus estudios.

2. El control judicial de las leyes¹²

Este cuerpo de literatura se aproxima al papel de los jueces constitucionales en el escenario político a partir del control judicial de las leyes o control de constitucionalidad, que tiene como característica principal la capacidad de expulsar la norma jurídica demandada del sistema legal por no encontrarse ajustada a los preceptos constitucionales.

“¿Qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final por un grupo de jueces que no representan a nadie? ¿Por qué no aceptar que nuestros desacuerdos sobre el significado de una constitución rígida deben ser zanjados por la mayoría de nuestros representantes?” (Linares: 2008, 61)

¹² Un excelente trabajo en torno al Control Judicial de las leyes, es presentado por Sebastián Linares (2008), en su libro “La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes”, en el cual se exponen de manera clara, entre otras cosas, los argumentos de defensa y crítica a este mecanismo de los tribunales constitucionales (capítulo II y III), con una extensa revisión de la literatura frente al tema y de la cual adopto su esquema para presentar el debate en torno a la revisión judicial de las leyes por parte de los tribunales constitucionales en este capítulo.

Partiendo de las respuestas a estas preguntas se pueden clasificar las distintas posturas frente a este tema: los defensores, los críticos, y aquellos que condicionan su postura. Esta literatura, de tipo normativa, ofrece argumentos que pueden ser incorporados por los analistas de políticas públicas a la hora de justificar la conveniencia de la participación de los jueces o cortes en el proceso de creación de las políticas públicas, y, aunque se encuentran limitados a un tipo especial de participación –la revisión judicial de las leyes- y de jueces –con función constitucional-, muchas de sus disertaciones pueden ser extendidas a todo el poder judicial en general, existiendo también la necesidad de análisis frente a otro tipo de intervenciones que no han sido analizados tales como los instrumentos de protección de derechos fundamentales –mediante procesos de amparo o tutela- o aquellos que intentan plasmar criterios jurídicos que guíen la actuación judicial de los demás jueces –para la Corte Constitucional colombiana esta figura recibe el nombre de sentencias de unificación- entre otros, que pueden generar argumentos diferentes a favor o en contra de la intervención de los jueces en el proceso de políticas.

2.1 Los defensores

Siguiendo el esquema desarrollado por Linares (2008)¹³, gran parte de los argumentos defendidos por Dworkin, representan en general las tesis de los defensores del control constitucional a las leyes.

Para Dworkin, el respaldo a esta institución se encuentra en el modo en que los jueces razonan frente a la forma en que lo hacen las legislaturas. Para él, existen dos tipos de argumentos que se pueden presentar en el ámbito jurídico: los basados en “principios” y aquellos basados en “objetivos sociales colectivos”, donde los primeros están referidos a derechos individuales mientras los segundos se caracterizan por ser de carácter agregativo. Por la forma en que se razona en las legislaturas, el proceso mayoritario favorece compromisos que subordinan importantes cuestiones de principios, mientras que el tipo de discusión judicial provoca discusiones públicas extendidas que se concentran en la moralidad política, sugiriendo de esta forma que la revisión judicial provee una mejor forma de deliberación republicana que garantiza la sujeción a principios.

¹³ Considero acertada esta forma, por presentar a partir de dos buenos autores los principales argumentos que se desarrollan tanto en la crítica como en la defensa de la revisión judicial.

Para Dworkin, la revisión judicial no es una institución que esté en contravía de los postulados democráticos, pues esta garantiza que los derechos individuales de los ciudadanos no sean desconocidos por acuerdos mayoritarios en cumplimiento de objetivos sociales colectivos.

“Resumiendo, podría decirse que las proposiciones defendidas por Dworkin son las siguientes: i) que el compromiso con los derechos no está en tensión con el compromiso con la democracia porque la noción de democracia incluye a los derechos. ii) debemos diseñar nuestros procedimientos de toma de decisiones de manera que estos desemboquen con mayor probabilidad en la protección de los derechos. iii) un sistema de gobierno con revisión judicial protege mejor los derechos de las personas que un sistema de supremacía parlamentaria porque los jueces están mejor situados que el legislador para razonar conforme a principios. Por lo tanto un sistema de gobierno con revisión judicial no es antidemocrático sino que mejora la democracia” (Linares, 2008: 67)

2.2 Los críticos

“Frente a la defensa articulada por Dworkin, tenemos a Waldron, que es el filósofo que más se ha preocupado por socavar los cimientos de la revisión judicial.” (Linares, 2008: 67). Para Waldron, es falso que los jueces razonen siempre con base en principios morales, pues considera que estos tienden a distraerse de los argumentos sobre derechos para centrar su argumentación sobre aspectos colaterales y moralmente irrelevantes

“un vistazo a la jurisprudencia, dice Waldron, nos convencerá de lo siguiente: la proporción de argumentos sobre teorías de la interpretación, doctrinas jurídicas y precedentes, es abrumadoramente superior a la proporción de argumentos que van al grano de las cuestiones morales en juego. Esto parece que halla su explicación en la falta de legitimidad democrática de los jueces: dado que los jueces están preocupados sobre su legitimidad para resolver estas cuestiones en nombre de todos, se sujetan obsesivamente al texto y a los precedentes en vez de discutir las razones morales que son el centro de las controversias políticas” (Linares, 2008: 72)

También es falso, dice Waldron, que los jueces nunca se muevan por intereses sectarios y egoístas, y aun estando fuera de intereses sectarios, tampoco es cierto que razonen bajo la base de principios. Frente al argumento esgrimido por los defensores de la revisión judicial de las leyes, según el cual, los jueces, a diferencia de las legislaturas, razonan sobre situaciones concretas, con lo que al ver como es afectado un individuo en particular por disposiciones legales ayuda a enfocar los argumentos morales, Waldron sostiene que muchos tribunales, especialmente los de tipo europeo, por su misma estructura tratan cuestiones abstractas de derechos y que ni aun las cortes de modelo norteamericano deciden en estricto sentido sobre casos concretos, pues casi siempre resuelven en términos generales sabiendo que sus decisiones trascienden el caso particular analizado.

“Por lo tanto, no podemos asumir sin más que las argumentaciones judiciales sean de menor calidad que las ofrecidas en los debates legislativos. (...) Por el otro lado, cuando leemos estos debates nos damos cuenta que las decisiones legislativas no son solo imposiciones coercitivas que cargan solo el peso de los números y de los intereses egoístas detrás de ellas. Son propiamente, decisiones razonadas, que emergen de un proceso público de deliberación basado en principios que todos podrían racionalmente suscribir” (Linares, 2008: 74)

Entonces, si las probabilidades de caer en formas de argumentación patológicas son simétricas entre el legislativo y las cortes, ¿a quién dar la última palabra?. En este punto Waldron introduce el argumento basado en el procedimiento diciendo que *“lo que necesitamos es por tanto un procedimiento de toma de decisiones que permita la acción colectiva sin necesidad de ponernos de acuerdo allí donde la acción colectiva es necesaria y el acuerdo imposible”* (Linares, 2008:75).

2.3 Los condicionados

Pero en este debate, no todos los argumentos giran incondicionalmente en contra o a favor de la participación de los jueces en asuntos políticos a través de la revisión judicial. Otra parte de la literatura condiciona el respaldo a esta institución a determinados objetivos que se deben buscar con la revisión judicial, o según la teoría de la democracia que se defienda.

Por una parte, encontramos la teoría pluralista de la democracia¹⁴ defendida por John Hart Ely (1997) que justifica el uso del control constitucional para fortalecer la representación política. *“Según Ely, el uso de la revisión judicial sólo está democráticamente justificado si se ejerce para limpiar o purgar los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política”* (Linares, 2008: 122), los jueces deben intervenir entonces en aquellos casos en que el mercado político funcione sistemáticamente mal, y ahí la labor del juez no debe estar concentrada en valores sustantivos, sino en vigilar y garantizar que los canales de agregación de preferencias y de acceso a la representación política estén abiertos para todos¹⁵.

¹⁴ Aun cuando existen otras posturas que se adhieran condicionalmente a la defensa de la revisión judicial de las leyes, limito la exposición a las dos más relevantes, pues como lo sostiene Linares (2008) “existen al menos dos teorías de la democracia relevantes para el ejercicio de la *judicial review*: la teoría pluralista –Ely– y una versión de la teoría deliberativa –Nino y Gargarella–

¹⁵ Este tipo de decisiones antitrust se dan por parte de la Corte Constitucional en algunos autos posteriores a la sentencia T-025/04, en la cual, la Corte actúa como un mecanismo que permite la representación política dentro de la política pública a actores que aún cuando tenían reconocimiento legal en la misma, no habían materializado su derecho.

De otro lado, están los desarrollos de los juristas argentinos Carlos Santiago Nino y Roberto Gargarella quienes se insertan en una teoría deliberativa de la democracia y condicionan el apoyo a la revisión judicial de las leyes entre otras cosas a dos puntos fundamentales: i) que asegure el ideal deliberativo y también que fortalezca el proceso político democrático y ii) que sea en defensa de la autonomía personal. El primer compromiso se refiere a la materialización del ideal deliberativo, la segunda misión a que los argumentos expuestos para adoptar las decisiones colectivas sean los adecuados, pues no sólo importa la decisión en sí misma, sino los argumentos que se usaron para adoptarla.

Las críticas que se han realizado al primer objetivo, consisten principalmente en que en aquellas sociedades muy desiguales¹⁶ si se quiere cumplir con el ideal democrático, son necesarios estándares de igualdad muy exigentes relativos especialmente a los derechos sociales y económicos, por lo que las cortes deberían intervenir para vetar leyes que no satisfagan criterios igualitarios o que reduzcan el alcance de los derechos sociales o económicos, con lo que se le deja un espacio mínimo de intervención a la rama legislativa o ejecutiva para generar leyes o regularlas.

Según estas críticas, *“los jueces constitucionales harían mal en vetar leyes reguladoras de la educación, la salud, el trabajo, o las leyes económicas en general. También actuarían ilegítimamente si ordenaran a las instituciones representativas la adopción de políticas sociales estructurales, o la satisfacción de derechos sociales a grupos concretos”* (Linares, 2008, 140). Sin embargo y como mostraré más adelante, la corte colombiana en la política pública de desplazamiento aun cuando interviene –no mediante revisión judicial a las leyes, sino mediante el amparo a derechos- en el diseño de la política y trata aspectos de derechos sociales, estos han sido en su mayoría regulados previamente por el Congreso de la República, por lo que se aplican los matices que a esta crítica plantea Linares: *“Así, hay que distinguir entre, por un lado, la protección judicial de un derecho social que ha sido reglamentado por ley y, por el otro, la imposición al Congreso o al Poder Ejecutivo de la obligación de satisfacer derechos sociales que no han sido legislados. Las primeras decisiones no son criticables según estos autores, las segundas sí por atentar contra el autogobierno democrático”* (Linares, 2008: 140)

¹⁶ Está crítica es aplicable al caso colombiano, la gran desigualdad social en el país se ve agravada mucho más en la población desplazada que carece de todo.

A estas críticas, los partidarios de la revisión judicial desde el esquema deliberativo, dan dos respuestas que, como voy a mostrar en el capítulo III, han sido implementadas en algunas decisiones por la corte colombiana en el caso de la política pública a los desplazados: 1) proponen que los jueces simplemente sienten los lineamientos o estándares generales de acción a los cuales las instituciones representativas deban sujetarse y 2) que se fije un umbral a partir del cual se pueda considerar que los miembros de una sociedad gozan en general de una cierta igualdad de acceso a los bienes básicos que dan sentido a la autonomía personal. *“Cuando ese umbral distributivo es sobrepasado por una sociedad, la revisión judicial no debería usarse para vetar leyes que afectan la distribución igualitaria de los derechos sociales. Deberíamos confiar, en cambio, en los resultados del proceso democrático”* (Linares, 2008: 142).

Adicional a estas respuestas, y frente a muchas otras críticas democráticas a la revisión judicial de las leyes, los jueces constitucionales cuentan con una serie de instrumentos que podrían ayudar a reducir las fricciones con los representantes políticos, todos ellos empleados por la Corte Constitucional colombiana para el caso analizado: postergar la entrada en vigencia de la nulidad de la ley –la Corte a este y otros mecanismos les ha llamado modulación de las sentencias- o del cumplimiento de la orden –tratándose de decisiones de tutela-; ordenar tanto al Congreso como al Ejecutivo considerar determinada cuestión, convocar a audiencias públicas con todos los grupos afectados, fijar estándares en el cumplimiento de derechos o líneas de acción para guiar determinada política.

3. El comportamiento judicial

El otro gran cuerpo de literatura que sobre los jueces en el ámbito político se ha desarrollado es el que conforma el *judicial behavior*:

“¿Qué hacen los jueces y por qué lo hacen? las respuestas a estas preguntas están incluidas en el ámbito del comportamiento judicial, cuyo estudio tiene componentes empíricos, sistemáticos, teóricos con los que se intenta explicar que hacen los jueces y las cortes y está abierto a aproximaciones teóricas –legales, estratégicas, actitudinales-, pero excluye los enfoques doctrinales descriptivos (lo que la ley debería ser), y enfoques formales puramente deductivos.” (Segal, 2008:14) –traducción propia–.

Existe un cuerpo amplio de literatura que ha explorado este ámbito, especialmente sobre la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, sin embargo han sido pocos los estudios de este tipo que se han hecho sobre los jueces y cortes colombianas. Se expondrán dos de los

más recientes estudios de este tipo sobre la Corte Constitucional de Colombia¹⁷, el primero explora algunas explicaciones y razones para el activismo judicial progresista de la Corte Constitucional colombiana en la protección a derechos –acción de tutela- y el segundo, el comportamiento estratégico deferente de la corte en el ejercicio del control judicial de las leyes –control de constitucionalidad–.

Este tipo de literatura, ya no normativa como la anterior, no ha sido considerada en los análisis de políticas públicas a pesar de la gran utilidad que puede representar conocer el comportamiento judicial para un analista o tomador de decisiones de políticas, que podría con esta información, anticipar de alguna forma, o por lo menos considerar en el diseño de la política (sin que esto implique futurología) la postura o comportamiento de los jueces o cortes frente a determinada política o temas de política que se propongan en la agenda pública y evitar así que sea declarada inconstitucional o que sea modificada sustancialmente¹⁸ de forma contraria a los intereses que perseguía el diseño propuesto por los otros actores.

Rodrigo Nunes (en prensa) explica el activismo de la Corte Constitucional colombiana por las concepciones que tienen los jueces sobre el papel institucional de su labor, según el cual, la constitución es un documento de aspiraciones que implican responsabilidades para el gobierno y que los jueces deberían ayudar a implementar mediante una interpretación amplia de derechos. El argumento se desarrolla exponiendo las causas que originaron este fenómeno, pero que para esta tesis no resultan tan pertinentes como mostrar la faceta de la corte frente a la protección de derechos sociales en general y de salud en particular y sus impactos en los cambios institucionales de la política de salud.

Aquí, el papel de la corte como garante de derechos constitucionales –vía revisión de tutela- no es de sumisión y adherencia a los criterios con los que es desarrollado el derecho a la salud por parte del poder legislativo y ejecutivo, sino que han generado de manera

¹⁷ Los estudios referidos son de Nunes (en prensa) “*Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health*” y Rodríguez-Raga (en prensa). “*Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*”

¹⁸ Un modelo espacial que considera la postura de las cortes en consideración con los otros actores políticos, como las legislaturas o el presidente, para determinar cuál sería la forma de política pública que sería adoptada, es desarrollado por Sheply y Bonchek (2005)

paulatina una mayor exigencia en el desarrollo y garantía de este derecho produciendo aumentos en el gastos fiscal del Estado.

Otro estudio que muestra el papel de la corte como defensora de derechos y los efectos de las sentencias de tutela, aún cuando no hace parte de este grupo de estudios de comportamiento judicial, es el desarrollado por César Rodríguez y Diana Rodríguez¹⁹. En éste se muestra el papel activo de la corte constitucional como garante de derechos sociales en una sentencia específica –T- 025/04 de la Corte Constitucional colombiana– y los efectos que ésta trajo para la política pública –de desplazados– aun cuando ello implique adoptar una postura contraria a la asumida por el poder ejecutivo y legislativo. En este escrito, se desarrollan tres argumentos: i) justificación de la intervención de los jueces en asuntos estructurales de políticas públicas, ii) sobre los procedimientos adecuados para la intervención y iii) sobre los efectos de la intervención. Los propósitos que se desarrollan tanto en el estudio de Rodríguez – Rodríguez y el que aquí nos ocupa, comparten el mismo objetivo general: el papel de la Corte Constitucional colombiana y los efectos de su intervención en la política pública de desplazamiento, sin embargo hay elementos específicos que los hacen diferentes: los tipos de efecto que se pretenden explicar y el tiempo de observación de la intervención²⁰.

El segundo estudio reciente de comportamiento judicial de la Corte Constitucional colombiana, fue realizado por Juan Carlos Rodríguez-Raga (en prensa) en el que argumenta un comportamiento estratégico de los jueces con sus decisiones de constitucionalidad principalmente frente al ejecutivo, en donde actúa deferentemente²¹ ante éste en el 62% de los casos.

Estos dos tipos de estudio, si bien no contradictorios, presentan dos tipos de comportamiento judicial diferentes de la Corte Constitucional colombiana según el tipo de instrumento jurídico con que decidan o de manera más general, según el tipo de función

¹⁹ César Rodríguez y Diana Rodríguez “*Un giro en los estudios sobre derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*”.

²⁰ Frente al tiempo y la cantidad de observaciones, en el presente estudio se muestra que la intervención de la Corte Constitucional colombiana fue paulatina e incremental, con distintos niveles de intervención que se compilieron finalmente en la sentencia T-025 de 2004, que es la sentencia que se estudia en la investigación de Rodríguez-Rodríguez.

²¹ Rodríguez-Raga considera que la corte actúa deferentemente o con la coalición mayoritaria diría yo, cuando deja intacta la norma jurídica, sin declarar ninguno de sus aspectos inconstitucionales.

que desempeñen: si como juez de tutela en derechos constitucionales o como juez de constitucionalidad al revisar la constitucionalidad de una norma jurídica, siendo un comportamiento contra-mayoritario en el primer caso, y deferente o mayoritario en el segundo.

Hasta aquí puede verse claramente que, aunque ha sido casi nulo el desarrollo desde la literatura en políticas públicas que analiza el papel de las cortes y jueces como actores relevantes e influyentes en el ciclo de las políticas públicas, estos han sido tratados como actores políticos y objeto de abundante investigación desde la ciencia política quienes le han dado un trato metodológico similar al de los actores políticos tradicionales (como el congreso, la burocracia, el presidente). Estos amplios desarrollos en el conocimiento de los jueces como actores políticos logrados por la ciencia política y algunos sectores del derecho, no se ven reflejados en la literatura de políticas públicas que siguen desconociendo en gran medida el papel político de los jueces y cortes y su impacto en todo y cada una de las partes del ciclo de las políticas públicas.

Capítulo II Metodología

En este capítulo se presenta y justifica las fuentes de información tomadas como base para esta investigación. Además, se expone el análisis de datos que permiten mostrar el efecto de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana en la política pública de desplazamiento forzado. En un primer momento se delimitan las variables a utilizar para determinar el efecto de las decisiones de la corte en la política pública, que como se dijo en el primer capítulo estarán circunscritas a dos etapas específicas del ciclo: la definición del problema y el diseño de la política. En una segunda parte, se profundiza en una descripción de las características de cada tipo de decisión de la corte constitucional que se consideró, no por representar propiamente el objeto de este estudio, sino como elemento determinante para establecer el nivel e intensidad del efecto de cada decisión en la política pública y en el método que se usó para establecer el efecto de la intervención de la corte.

El objeto del trabajo en palabras sencillas consiste en observar si la política pública de desplazados diseñada por el poder ejecutivo y/o legislativo (SQ), es modificada o no por la Corte Constitucional colombiana mediante sus decisiones (SQ1). Para esto se observa la política pública original de desplazados (como fue diseñada y reglamentada por el legislativo y/o ejecutivo), luego se analiza la intervención de la corte constitucional (mediante decisiones de tutela, constitucionalidad, unificación y autos), y finalmente se observa si la política pública es modificada. A ese cambio, le llamo “efecto”. Esta modificación es considerada a partir de tres dimensiones que son analizadas antes y después de la intervención de la corte y que corresponden a dos etapas del ciclo de la política como se mencionó previamente: la primera dimensión intenta captar los cambios en la primera etapa de la política de definición del problema y llevan el mismo nombre, mientras que la segunda y tercera dimensión hacen parte de la tercera etapa llamada “diseño de la política pública” de la cual solo se van a considerar dos aspectos: i) las facultades o funciones distinguiendo las atribuidas a la política pública como tal y las atribuidas a los organismos que hacen parte de la misma, y ii) el número de actores que participan en la política pública (que incluye la participación de los actores en el diseño de la política pública o participación previa, la participación en el desarrollo, ejecución o concomitante a

la política pública). Esta dimensión no debe ser confundida con la población beneficiaria de la política. Como resultado de una decisión de la corte constitucional frente a la política pública, el efecto *general* sobre el Statu Quo puede ser: cambiar el SQ, dejarlo igual o condicionarlo.

Esta investigación, no es en estricto criterio un análisis de política pública, dado que no analiza la política de desplazados como tal, sino que resalta y estudia la relevancia de un actor en particular dentro de ella: la Corte Constitucional colombiana, la manera en que ha intervenido, el efecto que han producido sus intervenciones y los instrumentos que ha usado para ello, por lo que está más próxima al enfoque teórico del comportamiento judicial, sin que se encuentre propiamente inserta en él, al mostrar la forma en que la corte constitucional decide frente a los temas planteados dentro del problema de la población desplazada que intenta intervenir la política pública, y brindar algunas aproximaciones más que respuestas definitivas y demostradas al por qué de las decisiones frente a la política pública de desplazados. Aún cuando se aborden y se requieran análisis de características eminentemente jurídicas como el establecimiento de líneas jurisprudenciales en especial referidas al efecto de las decisiones judiciales, no podrá considerarse como un estudio jurídico, al no tener *per se* a la jurisprudencia como objeto de análisis, sino como una de las unidades de análisis.

1. Indicadores de movilidad del Statu Quo

La movilidad del Statu Quo está indicada por la comparación de la política pública como fue creada por el poder legislativo y/o ejecutivo frente a lo establecido por las decisiones de la corte constitucional y se refiere a los tres aspectos antes mencionados:

1) *Definición del problema*: detrás de toda política pública, subyace una teoría causal que le determina y da soporte.

“La génesis de una política pública implica el reconocimiento de un problema. Qué cuenta como problema y cómo se define, depende de la manera en que los diseñadores de las políticas buscan aproximarse a un tema o evento. (...) todas las personas podrían estar de acuerdo en cuanto al tema, pero no en cuanto a la definición exacta del problema y, por ende, en cuanto a las políticas públicas que deberán implementarse” (Parsons, 2007: 119).

Esta variable pretende determinar si tras la revisión de la corte constitucional a la política pública, se cambió la manera en que se define el problema y la teoría que contribuye a ello,

o por el contrario se mantiene incólume tal como fue elaborada inicialmente –por el congreso o el ejecutivo-.

2) *Facultades de la política pública*: cambia en aquellos casos en los cuales la corte constitucional otorga mayores facultades o atribuciones, a la política pública o a los organismos que la conforman, que las originalmente establecidas por el poder ejecutivo y legislativo, o cuando se ocasiona por medio de una decisión judicial una disminución a las mismas. Una condición al *statu quo* en este indicador implica que la corte ha sujetado la cantidad de facultades o atribuciones, a determinadas condiciones y parámetros, sin los cuales el *statu quo* debe ser cambiado. El *statu quo* permanece constante en aquellos casos en los cuales no se suprimieron ni otorgaron más facultades o atribuciones a la política pública mediante la decisión judicial, ni su situación fue condicionada. El *statu quo* cambia cuando una decisión de la Corte Constitucional aumenta o disminuye las facultades o funciones establecidas mediante ley o decreto, bien sea a la misma política pública o a un organismo de la misma. Este indicador puede ser llamado genéricamente, *facultades de la política pública*.

3) *Actores en la política pública*: se caracterizan los cambios del Statu Quo de la política pública de desplazados desde la cantidad de actores que participan en el diseño de la misma y en su implementación. Esta diferenciación pretende distinguir la participación que se tiene en el diseño de la política, de aquella que se efectúa en el mismo desarrollo de la política bien sea como un actor nuevo que debe considerarse en las discusiones para ajustes en la política, o como un actor ya involucrado en la política al que se le da mayor o menor participación. Estos dos aspectos, diseño e implementación, analizados desde el número de actores son independientes, en la medida en que el aumento o disminución de actores en el diseño no implica un aumento o disminución de actores en la implementación. Esta caracterización podrá representarse a partir de un continuo que va de una mayor participación en el debate de la política pública al ordenar la corte constitucional incluir a más actores en el debate, a una discusión limitada a los órganos de representación (congreso o presidencia) donde el tribunal constitucional aconseja o determina al poder legislativo y/o ejecutivo adoptar algunas medidas frente a la política pública.

Tabla 2: operacionalización de las variables

Variable independiente	Dimensión	Clasificación	Indicadores
Decisiones de la Corte Constitucional sobre las políticas públicas de Desplazados	Definición del problema del Statu Quo	Cambió la definición del problema del Statu Quo	Se determina si con la decisión de la corte hubo cambio en la manera en que se define el problema y la teoría que contribuye a ello, o por el contrario se mantiene incólume tal como fue elaborada inicialmente –por el congreso o el ejecutivo–.
		Permanencia de la definición del problema del Statu Quo	
	Facultades de la política en el Statu Quo	Más facultades de la política pública en el Status Quo	La política pública después de la revisión constitucional tiene más atribuciones que las conferidas inicialmente por el poder ejecutivo o legislativo.
		Iguales nivel de intervención de la Política Publica del Status Quo	La revisión constitucional a la política pública deajo igual sus atribuciones conferidas por el poder ejecutivo o legislativo.
		Menor nivel de intervención de la política pública del status quo	La política pública después de la revisión constitucional tiene menos atribuciones que las conferidas inicialmente por el poder ejecutivo o legislativo.
	Actores de la política en el Statu Quo	Mayor número de actores de la política en el Statu Quo	El número de actores que se establece en la política pública por mandato de la corte constitucional será mayor si se ordena incluir en la discusión pública a nuevos actores que puedan resultar potencialmente afectados por la política pública.
		Igual número de actores de la política en el Statu Quo	Será igual en aquellos casos en los que la corte no modifica el número de actores que intervienen en la política.
		Menor número de actores de la política en el Statu Quo	Será menor si en aquellos casos en los que la corte suprime actores que estaban inicialmente facultados para intervenir en la política pública.
	Variable dependiente	Clasificación	Indicador
<i>Statu Quo de las políticas públicas de desplazados</i>	Permanencia del Statu Quo	Después de la revisión constitucional el Statu Quo en las políticas de desplazados propuestos por el poder ejecutivo o legislativo no fue modificado en la definición del problema público, las facultades de la política o el número de actores del statu quo.	
	Cambio del Statu Quo	Después de la revisión constitucional el statu quo en las políticas de desplazados propuestos por el poder ejecutivo o legislativo fue modificado en por lo menos uno de los tres elementos considerados: definición del problema, facultades de la política, actores.	
	Condicionamiento del statu quo	Después de la revisión constitucional el statu quo permanece igual en los tres elementos considerados, sin embargo se encuentra supeditada su permanencia a condiciones de hecho y situaciones de derecho detalladas y específicas	

Fuente: Elaboración propia

Estas variables se toman para el análisis de cada sentencia en particular y se establece el efecto correspondiente en cada caso concreto. Adicional a esto, se analizan tres variables

que son observadas a partir del comportamiento de la corte a lo largo de todo el periodo de intervención y no de manera individual en cada sentencia: Efecto, la velocidad de cambio y la relevancia de la corte.

Si bien el efecto se analiza para cada una de las decisiones de la corte con los elementos que antes se describieron, *El efecto* al que nos referimos en este momento establece si en el agregado de todas las intervenciones que se hicieron para cada una de las tres dimensiones, la participación de la corte modifica de manera alta, media o baja a cada una de las tres dimensiones. *La velocidad de cambio*, intenta captar la el cambio que hizo la corte en cada uno de las tres dimensiones en relación con el factor tiempo: no es lo mismo modificar todas las funciones en las que la corte intervino en un periodo de 5 meses, que en un lapso de 7 años. Esta velocidad de cambio, es un elemento importante que caracteriza la intervención de la corte y la hace distinta de la intervención que puedan tener otro tipo de actores, que por sus recursos institucionales o calidades “democráticas” directas como las que tienen el presidente o el congreso pueden modificar la política pública en casi cualquier componente a una velocidad mucho mayor que la que pueda realizar la corte. Esta variable puede tomar valores de alto, medio o bajo, según el tiempo que necesitó la corte para “consolidar” su intervención. Esta medida de velocidad es relativa, pues se califica según la rapidez de los otros cambios y el periodo de tiempo observado. Por último, la *relevancia de la corte* es una variable que determina que tan importante fue el papel de la Corte Constitucional colombiana como actor en ciclo de la política pública de desplazamiento forzado y se determina por la relación entre el efecto general logrado en la política y la velocidad con que la corte logró establecerlo; los valores que puede tomar son: bajo, medio-bajo, medio, medio-alto, alto.

Estas últimas tres variables, representan un esfuerzo por observar de manera general y acumulada la participación de la corte en la política pública.

2. Observaciones

Para este estudio se tendrán dos tipos de observaciones: las primeras permitirán determinar cuál es el estado inicial del *statu quo* en la política pública de la población desplazada por la violencia y estará conformada por las leyes expedidas por el Congreso de la República o rama legislativa y los decretos expedidos por el presidente o poder ejecutivo, cuando con

ellos se proponga o reglamente la política pública de desplazados; las segundas corresponderán a las decisiones proferidas por la Corte Constitucional colombiana entre 1991 y 2009, en donde se revisen políticas públicas de desplazados propuestas por el ejecutivo y/o legislativo.

Las decisiones de la corte constitucional, que para este estudio equipararemos a sentencias y autos, tendrán la misma clasificación que su diseño institucional establece (sentencias de constitucionalidad, sentencias tutela, sentencias de unificación y autos): *Sentencias de Constitucionalidad*, que realizan un análisis abstracto en la que se determina si la política pública de desplazados se ajusta a lo establecido por la constitución, y las decisiones que adopta tienen efecto *erga omnes*; *Sentencias de Tutela*, tienen por objeto la revisión de las decisiones de tutela adoptadas por los demás jueces del país. El análisis de este tipo de sentencia es concreto para el caso específico y la decisión solo tiene efecto entre las partes involucradas (Artículo 36, Decreto 2591 de 1991). Sin embargo, por vía jurisprudencial, se han ampliado los efectos, lo que permite un impacto general a la política pública y aunque no es objeto de este trabajo analizar el desarrollo jurisprudencial que ha permitido esta ampliación, se hace necesario revisar brevemente el proceso, pues modifica y determina cual va a ser la capacidad de impacto que estas decisiones tienen en políticas públicas. El tercer tipo de sentencias que se analizan son las *sentencias de unificación*, que tienen como objetivo consolidar los criterios decisorios en acciones de tutela sobre algún punto de las políticas públicas de desplazados o la manera en que se interpreta los derechos y garantías de esta población. Los efectos de estas sentencias son importantes en la medida en que determinan las directrices a partir de las cuales deben decidir los demás jueces de tutela. Por último se analizan los *autos*, que inicialmente son decisiones de procedimiento –llaman a audiencias, notifican estados etc.- o con el cual se deciden aspectos puntuales dentro de un proceso (bien sea de tutela o constitucionalidad) –como ordenar pruebas-. A éstas últimas, tras la sentencia T-025/04 la corte empezó a darles un uso más amplio, dando órdenes concretas que intentan por una parte desarrollar la parte resolutive de una sentencia que fue redactada de manera general o para hacer un seguimiento sobre el cumplimiento de algunas sentencias que no pueden ser cumplidas en un solo acto o momento, sino que implican un periodo más largo de tiempo e involucran muchas acciones para que pueda ser satisfecho el mandato de la corte.

2.1 Propiedades de fuerza vinculante, cosa juzgada constitucional y efectos de las decisiones de la Corte Constitucional

Si bien el objeto de este estudio no radica en las decisiones de la corte constitucional *per se*, se hace necesario establecer algunas de sus características auto fijadas, en específico aquellas que hacen referencia a la fuerza vinculante, sus efectos y el transito a cosa juzgada que tienen algunas de sus decisiones.

“La fuerza vinculante se refiere a la obligatoriedad horizontal y vertical que despliega la parte motiva de una sentencia de la Corte Constitucional. A diferencia de ello, la cosa juzgada constitucional se refiere a la incompetencia de la Corte Constitucional para conocer de nuevo sobre un cargo de inconstitucionalidad contra una norma, ya decidido favorable o desfavorablemente por ella. Por último, los efectos de las sentencias de constitucionalidad se refieren a la modificación del mundo jurídico y de las situaciones de los destinatarios por la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad” (Bernal, 2007: 376)

Conocer estas propiedades para cada tipo de decisión, permite entender mejor la capacidad de cambio que tiene la corte constitucional frente a la política pública de desplazados y justificar a su vez la elección que se hiciera de estos cuatro tipos de decisiones: sentencias de constitucionalidad, sentencias de tutela, sentencias de unificación y autos. Éstas características, no siempre se encuentran establecidas en la ley o en la constitución, y cuando lo están, es necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para verificar su verdadero alcance²². Ejemplo de ello es el artículo 48 de la ley 270 de 1996 “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia” que establece:

“Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de derecho en general. (Solo) la interpretación que por vía de autoridad hace (el Congreso de la República) tiene carácter obligatorio general; 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”

²² “La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la 'integridad y supremacía de la Constitución', porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Sentencia C-113/93)

La corte en sentencia C-037/96 declaró inexecutable los apartes entre paréntesis y condicionó, de este modo, “*la aplicación del artículo al reconocimiento de la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad y de las de tutela, en su parte resolutive y en la ratio decidendi de la parte motiva*” (Bernal, 2007: 380). Igualmente y en desarrollos posteriores, se ampliaron los efectos de las sentencias de tutela que estaban limitados sólo a las partes involucradas y con ello su capacidad de intervenir en políticas públicas. Aunque no es propósito de esta tesis construir una línea jurisprudencial que evidencie el desarrollo paulatino del alcance de las decisiones de la corte en sus distintas características²³, se hace necesario considerarlas pues de esto depende la capacidad y el grado de injerencia en la política pública.

Fuerza vinculante: Por la definición precedente que se dio al concepto, cabría precisar que la fuerza vinculante de la jurisprudencia²⁴, en la parte motiva lo constituye solo la *ratio decidendi* –y no los *obiter dicta*- y es esto lo que resulta vinculante –además claro está de la parte resolutive- en el precedente horizontal –para la misma corte y jueces de otras jurisdicciones-, en el precedente vertical –para los jueces inferiores- y para la administración. Por estas razones, es necesario considerar además de la parte resolutive de la sentencia, también a la parte motiva de las mismas, pues ambos apartados por tener fuerza vinculante, pueden modificar la política pública de desplazados.

Cosa Juzgada Constitucional: Esta característica predicable exclusivamente para las sentencias de constitucionalidad, establecido en el artículo 243 constitucional, constituye el mayor nivel de estabilidad de un fallo judicial, al impedir que cualquier autoridad pueda reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la constitución las razones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitucionalidad.

Efectos de las decisiones de la Corte Constitucional: se establecen los efectos para cada tipo de decisión que se analiza:

²³ Diego López Medina en “El Derecho de los Jueces” Editorial Legis, 2006, presenta un interesante trabajo sobre la líneas jurisprudenciales donde muestra la creciente fuerza normativa y vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana como fuente de derecho.

²⁴ Por jurisprudencia se entiende no solo la parte la parte resolutive de la sentencia, sino, sobre todo, la parte motiva de las decisiones.

Sentencias de constitucionalidad: Bajo este rótulo se amparan distintos tipos de decisiones que puede adoptar la Corte Constitucional colombiana en ejercicio del control de constitucionalidad²⁵. Estos tipos de decisiones varían según el contenido de la misma, o según sus efectos temporales. Más que un desarrollo exhaustivo de los diferentes tipos de sentencia de constitucionalidad que ha desarrollado la corte²⁶, se pretende mostrar cómo no se ha limitado en muchos casos a una declaración simple de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma y cuyos efectos empiezan una vez comunicada la decisión. Como ejemplo se describirán características generales de las modulaciones de las sentencias desde su contenido (condicionadas, integradoras o sustitutivas) y desde su efecto temporal (retroactivas, diferidas o inmediatas).

Las sentencias de constitucionalidad condicionada, surgen de la necesidad generada por la multiplicidad de interpretaciones razonables que puede tener una disposición legal acusada, algunas de las cuales son constitucionales y otras no. En tales casos *“La única alternativa razonable es entonces mantener en el ordenamiento jurídico la disposición legal acusada, pero condicionando su permanencia a que sólo son validas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexecutable”* (Caballero, 2000: 90). Este tipo de

²⁵ Una clasificación fue presentada por el entonces Presidente de la Corte Constitucional Colombiana, Alejandro Martínez Caballero, dentro de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal, y fue publicada en la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 316 de Junio de 2000, donde además hace un estudio comparado de los tipos de sentencia en el derecho constitucional.

²⁶ Esto significa que la Constitución no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes" (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y de esa manera lo ha hecho y lo seguirá haciendo esta Corporación. Así, en ciertas ocasiones, la Corte ha decidido mantener en el ordenamiento jurídico una norma pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexecutable (sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada). En otras oportunidades, la Corte ha declarado la executable de determinada disposición legal pero con base en una interpretación conforme a la Constitución de la misma. En otros casos, la Corte ha limitado los efectos de la cosa juzgada constitucional a determinados cargos, o ha mantenido en el ordenamiento leyes acusadas por razones de procedimiento mientras se corregían los vicios formales de naturaleza subsanable. En ciertas sentencias de inexecutable, la Corte ha dado efectos retroactivos a su decisión mientras que en otras oportunidades, por el contrario, ha precisado que el fallo sólo comienza a tener efectos cuando se haya realizado la notificación a las otras autoridades constituidas. En la revisión de las leyes estatutarias, la Corte ha determinado que a ella corresponde, luego de la revisión constitucional, fijar, en la parte motiva de la sentencia, el texto definitivo que debe ser sancionado por el Ejecutivo. También esta Corporación ha adoptado exhortos constitucionales al Congreso con el fin de que adecúe a la Carta ciertas regulaciones legales.

sentencias permiten a la corte definir el tipo de interpretación legal que debe ser aplicada en el ordenamiento jurídico, permitiéndole en teoría modificar el sentido de una norma que desarrolle una política pública, sin declarar inconstitucional el texto legal demandado.

Las sentencias sustitutivas o integradoras son aquellas en donde la corte establece cuales son las normas que deben suplir los vacíos jurídicos dejados por la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Este tipo de sentencias permitiría en teoría incorporar regulaciones distintas a las establecidas para la política pública en aquellos vacíos legales derivados de la declaratoria de inconstitucionalidad o de la simple omisión legislativa, con lo que se modificaría la política pública. Tímidamente, se intentó establecer este tipo de sentencia integradora en la política de desplazados, mediante una pequeña referencia en un pie de página en la parte motiva de la sentencia T-025/04, aún cuando tal indicación no fuese propiamente vinculante²⁷ por tratarse de una sentencia de tutela y no de constitucionalidad²⁸.

Frente a los efectos temporales, las sentencias pueden modular sus efectos de forma retroactiva, inmediata o diferida. Este es el momento desde el cual surten efectos sus decisiones. Los efectos diferidos, pueden dar un margen de espacio en el cual el legislativo o ejecutivo pueden modificar la política pública anticipándose a la corrección de la corte.

²⁷ “El inciso 2 del párrafo 1 del Artículo 6, Ley 387 de 1997, prevé la posibilidad de que Consejo Nacional para la Atención Integral de la Población Desplazada, invite a representantes de las organizaciones de desplazados a participar en las reuniones de éste órgano, cuando la naturaleza del desplazamiento así lo aconseje. **A falta de norma específica para el caso de la política de atención a la población desplazada, puede acudir a las normas generales.** Un ejemplo de tales disposiciones se encuentra en el Decreto 2130 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución, estipuló en su artículo primero que corresponde a los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Directores, Presidentes o Gerentes de entidades descentralizadas, Superintendentes y Jefes de entidades u organismos administrativos de la rama ejecutiva nacional, ejercer las siguientes funciones: "1. Señalar los proyectos de decisiones de carácter general que por razón de sus implicaciones sea conveniente colocar en conocimiento de los ciudadanos y grupos interesados para escuchar previamente sus opiniones al respecto"; "2. Disponer que se informe públicamente a los eventuales interesados, por los medios que estime adecuados, sobre el contenido básico, el propósito y los alcances de los proyectos de decisiones administrativas de carácter general a que hace referencia el numeral anterior. En el respectivo informe deberá señalarse el plazo dentro del cual se podrán presentar sus observaciones. En todo caso la autoridad administrativa adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general"; "3. Disponer el registro público de tales observaciones y de las respuestas que la entidad hubiere dado a las presentadas por quienes representen sectores significativos de la comunidad y por organizaciones no gubernamentales promotoras del interés público"; "9. Elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de estas funciones el cual deberá ser anexo al informe que presenten al Congreso de la República o al Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente en la oportunidad que éste señale". (Sentencia T-025/04). -Negritas fuera del texto original-.

²⁸ Para tener un ejemplo de este tipo de sentencias con fuerza vinculante ver sentencia C-109/95

Es de anotar, que la anterior clasificación en modo alguno pretende ser exhaustiva, sino simplemente de carácter ilustrativo, que permita tener una idea más precisa de la versatilidad de las decisiones de la corte.

Sentencias de tutela: La acción de tutela, fue un mecanismo novedoso que se incorporó en la Constitución de 1991, encaminado a salvaguardar por medio de un procedimiento expedito y sumario, los derechos fundamentales de toda persona. A la corte constitucional se le encomendó la función de revisión de las sentencias de tutela, que serían seleccionadas de forma discrecional por dos magistrados. Durante el ejercicio de revisión constitucional de las decisiones de tutela, la corte ha extendido jurisprudencialmente esta acción a los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos por tener conexidad²⁹ con los derechos fundamentales, lo que ha significado a juicio de otros actores políticos, que los jueces asuman funciones administrativas y le impongan al Estado obligaciones presupuestales. Pero la ampliación de las facultades de la acción de tutela, no solo ha versado sobre el contenido sustancial sobre el cual pueden intervenir –que inicialmente era limitado a derechos fundamentales y que la corte amplió a otros derechos por tener conexidad con los primeros-, sino que a su vez amplió por medio de su propia jurisprudencia los efectos *inter partes* de sus decisiones de revisión de tutela, que estaban limitados por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y el artículo 36 del decreto 2025 de 1991 que reglamenta la acción de tutela en los siguientes términos:

“Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.”

La ampliación de los efectos en este tipo de decisiones, que no sólo se limitan al caso concreto objeto de revisión y a las partes inicialmente involucradas, sino a todos aquellos casos y actores que la corte considere, le ha permitido modificar en términos generales políticas públicas por vía de este tipo de acción. La ampliación de estos efectos, se fue

²⁹ “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.” (Sentencia T-571/92)

dando paulatinamente y aunque no es el objetivo mostrar cual ha sido el desarrollo de este tipo de ampliaciones, se establece en el análisis puntual que se hace en cada una de estas decisiones, cuál era el desarrollo de la ampliación de facultades para este tipo de decisiones, para determinar así, cual es el impacto de la decisión en la política pública de desplazados: si se limita únicamente al caso analizado y a las partes involucradas o por el contrario, tiene efectos más generales.

Sentencias de Unificación: son fallos dictados dentro de un proceso de revisión de tutela, en el cual se pretende unificar la jurisprudencia existente para el mismo tipo de situaciones. Estas decisiones son adoptadas por la sala plena de la corte constitucional, contrario al fallo de revisión de tutela en el cual participan solo tres magistrados. Sus efectos van dirigidos a unificar el precedente jurisprudencial, al que se deben obligar todos los demás jueces y autoridades administrativas, tal como se observó en la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Este tipo de sentencias tiene capacidad de modificación de una política pública, pero no en la forma en que lo haría una sentencia de constitucionalidad: su capacidad consistiría en fijar las pautas según las cuales, frente a cada petición de tutela para determinadas situaciones, los jueces deberían decidir con los criterios fijados en la sentencia de unificación. Con esta medida se crearía una política pública que podríamos llamar “rogada” o a “petición de parte” en la cual, no se modifica la política pública en su contenido general, sino que se dictan alternativas de solución para casos particulares –lo que no significa que no sea generalizable- que pueden muchas veces ser contrarias a la política, alternativas a la política o iguales a la política pero sin sus procedimientos establecidos. Frente a esto, pueden existir tantas posibilidades y formas de modificación como decisiones existan.

Autos: este tipo de decisiones, si bien se pueden predicar dentro de cualquiera de los dos tipos de procesos –procesos de tutela, que incorpora las sentencias de unificación y procesos de constitucionalidad-, se han desarrollado ampliamente con efecto en políticas públicas en los procesos de tutela, cuando son usados para “*adoptar[r] directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo*” [refiriéndose al cumplimiento del fallo] (decreto 2025 de 1991, que reglamenta la acción de tutela). De estas decisiones tomamos solo aquellas que son usadas dentro de los procesos de tutela, comúnmente para ordenar mandatos específicos dirigidos a hacer cumplir los fallos en tutela que previamente se han

dictado en términos muy generales. Sus efectos, son los establecidos en el mismo auto, y su fuerza vinculante es derivada de aquella que tenga la sentencia bajo la cual se desarrolla esta decisión.

Tabla 3: caracterización de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional colombiana

Tipo decisión	Definición corta	Quién la promueve	Quién la elabora	Capacidad para modificar una política pública
Constitucionalidad	Revisión abstracta en donde se establece la sujeción de la legislación a los postulados constitucionales.	Cualquier ciudadano	El pleno de la corte	si
Unificación	Unifica los criterios jurisprudenciales para resolver la tutela de derechos fundamentales	La propia corte cuando considere unificar criterios	El pleno de la corte	si
Tutela	Revisión de casos de tutela. Verifica la garantía de los derechos fundamentales en las decisiones de tutela de jueces inferiores.	Oficio	Una sala de la corte (tres magistrados)	si
Auto	Órdenes concretas dentro de un proceso o posterior a el –de tutela o constitucionalidad- encaminadas a ayudar a producir el fallo o garantizar su cumplimiento.	Oficio	El pleno o una sala de la corte (según quien hubiese elaborado la sentencia en la que el auto interviene)	si

Fuente: Elaboración propia.

3. Recolección y análisis de datos:

Para analizar los impactos que las decisiones de la corte constitucional han tenido en las políticas públicas propuestas por el ejecutivo y legislativo frente al tema de desplazados por la violencia, se realizó una revisión documental de dos fuentes de información como se mencionó: para analizar el *status quo* inicial de las políticas públicas, se examinan las políticas públicas de desplazados que jurídicamente tienen la forma de decretos o leyes, según la expida el poder ejecutivo o legislativo respectivamente. Se analizaron todas las políticas públicas de desplazados que se habían expedido a partir de la Constitución de 1991. No fue condición para su análisis que tuvieran actual vigencia, pudiendo encontrarse

derogadas por una política pública posterior o declarada inconstitucional por la corte. Es importante aclarar que los decretos o leyes que se tomaron, no necesariamente promovieron una nueva política pública de desplazados, siendo suficiente con que desarrollarán, reglamentarán o modificarán una ya existente. Como segunda fuente, las decisiones de la Corte Constitucional colombiana se analizaron a partir de los autos y sentencias de constitucionalidad, tutela y unificación, que expidió esta corporación desde el momento de su creación en la Constitución de 1991, hasta diciembre 31 de 2009 y cuyo objeto fue el análisis de las políticas públicas de desplazados propuestas por el ejecutivo o legislativo desde el punto de vista sustancial y procedimental.

Siguiendo los anteriores criterios para la selección de los datos, se generaron dos bases de datos: una que contiene todos los decretos o leyes expedidos después de la Constitución de 1991 que implementaron, reglamentaron o modificaron una política pública en desplazados. La segunda base contiene todas las sentencias de constitucionalidad, tutela, unificación, y autos en donde la corte se pronunció de fondo sobre las políticas públicas de desplazados. De esta segunda base, se seleccionaron para el análisis entre las sentencias de tutela, a aquellas que introdujeron por primera vez un criterio según el cual la política pública debía ser ajustada para el caso concreto, que para este caso llamaremos precedente constitucional en tutela. Se descartaron aquellas sentencias de tutela que aplicando el precedente constitucional, resolvían el caso remitiéndose a los criterios desarrollados en esta primera sentencia o sentencia paradigmática. Frente a las sentencias de constitucionalidad, se descartaron aquellas que si bien analizan el fondo de la política resolvían considerando la cosa juzgada constitucional, es decir, se remitían a una sentencia de constitucionalidad anterior, sin que aportaran nuevos criterios o modificaciones a la materia que analizan. De los autos se descartarán aquellos de procedimiento –admisión de demanda, los que corren traslado notificando decisiones, los que suspenden y reactivan términos y aquellos que ordenen pruebas- limitándose a aquellos que estipulen la garantía y efectividad del cumplimiento de las sentencias de tutela bajo la cual se desarrollaron.

En el análisis de las leyes y decretos que establecieron, modificaron o reglamentaron políticas públicas en materia de desplazados se rastreó:

1. La teoría causal que sustenta la política pública o la definición del problema.

2. Las facultades o atribuciones que el poder ejecutivo y/o legislativo le asignó a la política pública de desplazados.
3. El nivel, tipo y cantidad de actores que fija la política pública en su estructura, bien sea para la redefinición de la política o su implementación.

En el análisis de las decisiones de la corte que fueron seleccionadas con los criterios antes establecidos del total de la base general, se rastreó:

1. Si la teoría causal que sustenta la política pública o la definición del problema fue modificada por la corte constitucional.
2. Si las facultades o atribuciones que el poder ejecutivo y/o legislativo le asignó a la política pública de desplazados fueron cambiadas por la corte.
3. Si los actores que fija la política pública fueron cambiados por la corte.
4. El contexto jurídico en que se dio la decisión, entendiendo por tal, las atribuciones de cosa juzgada, su fuerza normativa y la modulación de sus efectos. Esto con el fin de determinar la capacidad de afectación a una política pública y determinar la verdadera magnitud de lo ordenado por la corte.

Capítulo III

Efectos de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Política Pública de desplazamiento forzado

“El alcance y la intensidad de la judicialización de la política que se describe en este capítulo pueden parecer sorprendentes y aun increíbles para quienes no están familiarizados con Colombia” (Cepeda, 2008: 207). Esta es quizá la mejor forma de introducir la presentación de los hallazgos en la revisión del proceso de diseño normativo de la política pública de desplazamiento forzado en Colombia y el papel que desempeñó la corte constitucional con sus decisiones judiciales.

La judicialización de la política en Colombia, siempre ha estado presente en algún grado, al menos desde comienzos del siglo XX, con un sistema de revisión judicial de las leyes instituido en la Constitución de 1886 que fue ampliado tras una reforma constitucional en 1910, estableciendo la *actio popularis* de inconstitucionalidad que cualquier ciudadano podía interponer ante la Corte Suprema de Justicia para solicitar la derogación de una ley por violar la constitución y una revisión obligatoria de oficio de los decretos legislativos que promulgará el Presidente de la República durante los periodos de “estado de sitio” incorporada en la reforma constitucional de 1968 (Cepeda, 2008). Tras la Constitución de 1991, que estableció una corte constitucional con una jurisdicción especial para conocer de la justicia constitucional y la incorporación de la acción de tutela como mecanismo para salvaguardar la extensa carta de derechos fundamentales contenidos en la nueva constitución, se incrementaron las condiciones institucionales para una mayor judicialización de la política³⁰.

La judicialización de la política vista desde la intervención de la Corte Constitucional colombiana, en especial en el campo de las políticas públicas, notando las distintas herramientas jurídicas que se emplean, así como el incremento paulatino de la misma, pueden ser claramente observadas a través de la política pública de desplazamiento forzado.

³⁰ Aun cuando no es objeto de este trabajo encontrar y explicar posibles factores del activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana, se puede señalar que algunos estudios han hecho más énfasis en factores subjetivos de los jueces o en la interacción de la corte con otros actores que en la estructura institucional para explicar el activismo de los tribunales constitucionales. Explicaciones de este tipo se han propuesto para analizar el caso colombiano, un excelente ejemplo de los factores subjetivos es el estudio de Rodrigo M. Nunes. *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health* próximo a publicarse en la revista *Latin American Politics and Society*.

La intervención en esta política tiene particularidades que la hacen especialmente interesante para ser estudiada por: i) involucrar derechos programáticos³¹ que requieren grandes costos económicos para su implementación y por tanto de intenso debate político, ii) el tamaño de la población objeto de la política³², iii) porque en ella la Corte Constitucional colombiana emplea todas las herramientas jurídicas que tiene para intervenir³³ en los temas que considera, iv) las características propias de las decisiones que involucran tanto aspectos puntuales en los procedimientos de la política, como lineamientos generales para definir el problema público de desplazamiento.

El problema público de desplazamiento forzado por la violencia que se fue incrementando desde mediados de la década de los 80 y sigue presente hasta hoy, es desde cualquier indicador que se aborde, un problema de grandes dimensiones: es fruto de un conflicto interno que lleva más de cincuenta años, que ha generado más de cuatro millones de personas desplazadas por la violencia, representan la segunda tasa de desplazamiento interno por violencia más alta del mundo; una inversión pública para la atención de esta población que ha ido incrementándose sustancialmente a lo largo de estos años, cuyo monto entre 1995 y 2002 fue de 566.647 millones de pesos colombianos y entre 2003 y 2007 de 2,7 billones de pesos, pasando de un promedio por año de 74.000 millones en el primer periodo a 450.000 millones de pesos colombianos³⁴ en el segundo, pero que aún resultan insuficientes para cubrir las necesidades básicas de esta población, siendo necesarios según datos que el gobierno entregó a la Corte Constitucional colombiana, el presupuesto de siete ministerios, equivalente a 550 millones de dólares adicionales³⁵. La condición de desplazamiento por la violencia implica para esta población la violación sistemática y masiva de un sin número de derechos humanos siendo especialmente afectada la población

³¹ Con esto se hace alusión a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

³² Según las cifras oficiales en Colombia hasta finales de 2009, hay 3.303.979 de personas desplazadas inscritas en el Registro Único de Población desplazada (www.accionsocial.gov.co), mientras que otros estudios reportan más de 4.3 millones de personas desplazadas. Sin importar las diferencias en los resultados totales, las cifras son conmovedoras y convierten a Colombia en el segundo país con la mayor crisis humanitaria en el mundo por este flagelo, solo superado por Sudan.

³³ Con esto me refiero a Sentencias de Constitucionalidad, Sentencias de Unificación de Tutela, Sentencias de Tutela, Autos.

³⁴ Cifras tomadas del Departamento Nacional de Planeación –DNP-:

http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/Presentaciones/Julio%2018_Poblaci%C3%B3nDesplazada.pdf.

³⁵ Tomado de el periódico El Tiempo, en su edición del 11 de julio de 2009:

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3521127>

más vulnerable: mujeres, niños, ancianos y población indígena. Por lo que la intervención de la corte en esta política pública, resulta significativa dadas las dimensiones y relevancia del problema público que trata.

Por razones de tiempo y espacio, los efectos de las decisiones judiciales que se exponen, están limitados como se ha mencionado antes, a los tres aspectos que se presentaron en detalle en el capítulo anterior, observando adicionalmente el tipo de decisión con que se modificó el aspecto de la política.

1. Statu Quo de la política pública de desplazamiento forzado

El *Statu Quo* inicial (SQ) de la política pública de desplazamiento forzado, sólo se configuró con la ley 387 de 1997³⁶ “*Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.*”, sin desconocer las regulaciones y lineamientos previos establecidos desde 1995 en el CONPES³⁷2804 y el CONPES 2924 de 1997, con algunos decretos y acuerdos que trabajaban aspectos puntuales para el tratamiento de la población desplazada pero sin una estructura articulada que coordinará los esfuerzos de las distintas entidades del Estado³⁸, como se hiciera a partir de la Ley 387 de 1997.

La definición del problema de la política, se dio en la Ley 387 de 1997 que estableció la condición de desplazado en el artículo 1 como:

“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

³⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997

³⁷ El Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–, fue creado por la Ley 19 de 1958, y es la máxima autoridad nacional de planeación y organismo asesor del gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

³⁸ En el periodo comprendido de septiembre de 1995, fecha del primer CONPES que trato exclusivamente el tema de desplazados a julio de 1997, fecha en que se creó propiamente la política pública para tratar el problema de desplazamiento forzado, se produjo normativamente respuestas por parte del Estado en forma de Acuerdos (entre otros, los acuerdos: 18/1995, 08/1996, 006/1997, 59/1997) y Decretos (como el 2217/96 y 976/97) que brindaron respuestas como la adquisición o el otorgamiento de subsidios para la compra de tierras para la población desplazada, el apoyo en alimentación para desplazados en albergues, el aseguramiento del riesgo de ser desplazado mediante una póliza de seguro, equiparando el fenómeno a un desastre o calamidad, pero de manera desarticulada y sin un marco normativo fuerte que le diera cohesión a la política.

Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.”

En los mismos términos, se presenta la definición en el artículo 2º del Decreto 2569 de 2000 con el que se reglamentó la Ley 387 de 1997. Los principios y derechos desde los cuales debe ser interpretada la normatividad concerniente a los deberes estatales frente a la población desplazada y que también conforman en un sentido amplio la teoría de la política o lo que aquí denomino la definición del problema, se encuentran establecidos en 9 postulados establecidos en el artículo 2 de la misma ley:

- “1. Los desplazados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.
2. El desplazado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.
3. El desplazado tiene derecho a no ser discriminado por su condición social de desplazado, raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.
4. La familia del desplazado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.
5. El desplazado tiene derecho a acceder soluciones definitivas a su situación.
6. El desplazado tiene derecho al regreso a su lugar de origen.
7. Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.
8. El desplazado tiene el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.
9. Es deber del estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos y al justicia social.”

Frente a este primer elemento de la política de definición del problema, se pueden decir dos cosas: i) la definición de desplazamiento es detallada, con lo que se intenta restringir o delimitar claramente a la población desplazada, sin embargo, puede servir para excluir situaciones que bajo una definición más sencilla y amplia podrían ser catalogadas como tal, pero que con la fijada en la política se excluyen y ii) los principios con los cuales se pretenden llenar los vacíos legales que pudiesen existir en la política y que sirven de criterio para su interpretación, resultan ser pocos dada la complejidad del problema de desplazamiento forzado y la diversidad de facetas que involucra.

En cuanto al diseño de la política pública, ésta fue estructurada en la Ley 387/97 en tres grandes bloques y en función de ellos se asignaron las funciones y atribuciones de ella y a los órganos o actores que la componen: i) Atención humanitaria de emergencia, ii) estabilización socioeconómica y iii) retorno o restablecimiento, que son las tres grandes funciones que se le atribuyeron a la política y que en la ley se señalan al menos de manera general, los requisitos, procedimientos y condiciones para la ejecución de estas funciones y que de manera detallada se establecen en el Decreto 2569 de 2000.

La atención humanitaria de emergencia, se da con el fin de atender las necesidades básicas, transporte y alojamiento transitorio en condiciones dignas a la población desplazada. A la atención humanitaria de emergencia según el diseño de la política establecido por el Legislativo (en la Ley 387/97) y el Ejecutivo (en el decreto 2569/00) se tiene derecho por máximo 3 meses, prorrogables excepcionalmente por 3 meses más, y se encuentra condicionada a la disponibilidad presupuestal y a la inscripción que haga el desplazado en el Registro Único de Población Desplazada que lo acredita como tal y por tanto beneficiario de la política y sus programas. Iguales condicionamientos de inscripción al registro único y de disponibilidad presupuestal, se dan para que el desplazado reciba las medidas de estabilización socioeconómica, que son una oferta social del gobierno en particular a programas de: 1) Proyectos productivos, 2) Sistema Nacional de Reforma Agraria y de Desarrollo Rural Campesino, 3) Fomento de la microempresa, 4) Capacitación y organización social, 5) Atención social en salud, educación y vivienda urbana y rural, la niñez, la mujer y las personas de la tercera edad, 6) Planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social. Finalmente la situación de desplazamiento desaparece con la consolidación o estabilización socioeconómica en el lugar de origen o en el de reasentamiento. Si bien existe un mayor número de funciones tanto de la política en general como a cargo de los actores que la conforman, no pueden ser presentados en detalle por no constituir propiamente un análisis de la política de desplazamiento forzado como tal, sino el efecto que tuvo un actor particular, corte constitucional, en los tres aspectos ya mencionados.

Los actores que hacen parte del diseño de la política, son agrupados en las entidades que componen el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD), y que la política fijada en la Ley 387/97 estableció en términos generales que estaba constituido por “(...) entidades públicas, privadas y comunitarias que realicen planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la acción integral de la población desplazada.” (Artículo 5 de la Ley 387/97), además de las distintas entidades territoriales. Pese a que con esta definición de la composición de los actores que hacen parte la política pública, se incluirían hipotéticamente a todos los actores posibles, con lo que la participación de la corte sólo podría restringir o dejar igual, mas no ampliar, por estar ya en su máximo de inclusión, consideramos los actores que la política expresa y efectivamente

incorpora, con lo cual su número toma dimensiones concretas con actores definidos y funciones establecidas, aún cuando muchas funciones no hayan sido establecidas a ningún actor, o actores que no tengan función específica y detallada.

En la Ley 387/97 se presentan tres secciones donde pueden ser ubicados los actores, algunos incluidos tras el Decreto 2569 de 2000: primero como miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que está conformado por:

- Un delegado del Presidente de la República, quién lo presidirá.
- El Concejo Presidencial para los Desplazados, o quién haga sus veces.
- El Ministro del Interior.
- El Ministro de Hacienda y Crédito Público.
- El Ministro de Defensa Nacional.
- El Ministro de Salud.
- El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural
- El Ministro de Desarrollo Económico.
- El Director del Departamento Nacional de Planeación
- El Defensor del Pueblo
- El Consejero Presidencial para los Derechos Humanos, o quién haga sus veces.
- El Gerente de la Red de Solidaridad Social o quién haga sus veces, y
- El Alto Comisionado para la Paz o quien haga sus veces.” (Artículo 6 de la Ley 387 de 1997)

Segundo, como miembros de los comités municipales, distritales y departamentales para la atención integral a la población desplazada por la violencia que están integrados por:

- “1. El Gobernador o el Alcalde, o quién haga sus veces, quién lo presidirá.
2. El Comandante de la Brigada o su delegado.
3. El Comandante de la Policía Nacional en la respectiva Jurisdicción o su delegado
4. El Director del Servicio Seccional de Salud o el jefe de la respectiva Unidad de Salud, según el caso.
5. El Director Regional, Coordinador del Centro Zonal o el Director de Agencia en los nuevos departamentos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
6. Un representante de la Cruz Roja Colombiana.
7. Un representante de la Defensa Civil.
8. Un representante de las Iglesias.
9. Dos representantes de la población desplazada” (Artículo 7 de la Ley 387 de 1997)

Tercero, como actores que sin estar incluidos en estos dos grupos anteriores, la política incluye como instituciones con responsabilidades frente a la atención integral de la población desplazada y a las cuales les asigna funciones específicas:

- Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA–
- Ministerio de agricultura y desarrollo social.
- Instituto de fomento industrial
- El Sistema General en Seguridad Social en Salud.

- La Dirección para la equidad de la Mujer
- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.
- Las Entidades Territoriales
- El Ministerio de Educación y Secretarías de Educación departamentales, municipales y distritales.
- El SENA
- La Defensoría del Pueblo
- La Comisión Nacional de Televisión
- El Instituto Nacional de Reforma Urbana –INURBE-
- Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

En términos generales, y adicional a estos actores, se establece que el diseño y la ejecución de las políticas para la población desplazada deben realizarse contando con la participación de las comunidades desplazadas. Las entidades estatales están autorizadas para realizar convenios con organizaciones no gubernamentales (ONG) para atender a esta población y se podrá solicitar ayuda a los organismos internacionales para el mismo fin.

Una aclaración similar a la que se hizo frente a las funciones de la política, debe ser expresada para los actores, donde muchos de ellos a lo largo de los años en el desarrollo de la política, han cambiado de nombre, se han extinguido, han sido suprimidos y otros tantos agregados, sin embargo, analizar todas estos cambios que excluyen a la corte como su promotor, desbordan los objetivos de este trabajo, por lo que sólo serán considerados los cambios en el número de actores que ha sido originado por la intervención directa de la corte constitucional.

2. Intervenciones de la Corte Constitucional colombiana

La intervención de la Corte Constitucional colombiana en el problema público de desplazamiento forzado, inició a mediados de 1997 y se ha mantenido hasta la fecha, con un acumulado aproximado de 220 decisiones judiciales al 2009, en donde se incluyen sentencias de tutela, unificación, constitucionalidad y autos, siendo las herramientas jurídicas más usada para intervenir, la revisión de tutela con aproximadamente 130 decisiones seguida de los autos con aproximadamente 80 decisiones. La judicialización de esta política pública se caracteriza por ser garantista de los derechos de la población desplazada y por desarrollarse de manera progresiva y sistemática, donde cada nueva decisión se apoya en decisiones anteriores, manteniendo y ampliando cada una de las líneas jurisprudenciales que se fundaron.

La copiosa actividad de la corte en torno a la política pública de desplazamiento forzado puede ser dividida analíticamente en un antes y un después de la sentencia T-025 de 2004. El antes, se caracteriza por un uso mayoritario de las sentencias de revisión de tutela donde el accionante fue una víctima directa del desplazamiento forzado, de las 26 decisiones que abordaron el tema de desplazamiento en ese periodo, 23 fueron sentencias de tutela presentadas en su mayoría directamente por la población afectada, solo 5 decisiones fueron fruto de peticiones bien sea de ciudadanos particulares (solo la sentencia T-137/98 que fue rechazada por falta de legitimación activa) o como producto de una agencia oficiosa especialmente de la Defensoría del Pueblo o como resultado de petición de asociaciones de la población desplazada, siendo este último fenómeno registrado en la Corte Constitucional a partir de la sentencia de Tutela 1194 de 2003³⁹ y consolidado en la sentencia T-025/04. Estas peticiones, realizadas directamente por cada ciudadano desplazado⁴⁰, generaron precedentes jurisprudenciales que modificaron sustancialmente la política pública y forjaron las bases necesarias para que en el año 2004 se declarara el “estado de cosas inconstitucional” por parte de la corte constitucional que fue usado para sentar la posición del tribunal frente al tratamiento que el Estado le había dado al problema público de desplazamiento forzado⁴¹. En este primer período, se fundaron las líneas

³⁹ “La Corte Constitucional considera procedente la acción de tutela que interponen asociaciones conformadas por personas desplazadas por la violencia, para la defensa de sus propios derechos. En esta situación no desaparece el carácter individual de los derechos objeto de defensa, sino que se presenta una respuesta organizada en torno a un problema común. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que en sentencias T-241 y 242 de 1992 la Corte admitió la posibilidad de que asociaciones de pensionados demandaran, por vía de tutela, protección de derechos fundamentales de sus asociados. Lo anterior no implica que no puedan estas organizaciones agenciar derechos, ligados a la situación de desplazamiento, de personas puntuales, pues frente al grado de indefensión de los desplazados, que se manifiesta, precisamente, en el desarraigo y la destrucción de sus proyectos de vida individuales, familiares y colectivos, resulta desproporcionado exigir una actuación individual en todos los casos.” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-1194 de 2003.)

⁴⁰ Las características institucionales que permiten la legitimación activa para solicitar la tutela de los derechos fundamentales, para el caso de los desplazados, se restringían inicialmente a los ciudadanos directamente afectados por el fenómeno, sin embargo, este requisito se flexibilizó por vía jurisprudencial a partir de la sentencia T-1194 de 2003, al permitirse la legitimación activa por parte de las organizaciones de desplazados para solicitar la tutela de los derechos fundamentales en nombre de la población desplazada. Esta sentencia permitió que las asociaciones de desplazados y otro tipo de organizaciones participaran de manera más activa en la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional como partes accionantes.

⁴¹ Si bien esta tesis no intenta establecer en qué medida el libre acceso a la justicia constitucional por parte de los ciudadanos puede afectar la aparición del litigio estratégico o el surgimiento de asociaciones pro-derechos, para el periodo analizado y por el nivel de desarrollo logrado previamente a la sentencia T-025/04 se puede sostener que la intervención de la Corte Constitucional fue motivada no por solicitudes estructuradas de grupos de abogados especializados que pretendían deliberadamente determinados resultados, sino por la

jurisprudenciales que siguieron siendo ratificadas en su mayoría por la jurisprudencia y que marcaron el camino por donde se iría a desarrollar la postura de la corte frente al problema público de desplazamiento forzado.

El periodo posterior a la sentencia T-025/04, se sigue caracterizando como el anterior, por el uso mayoritario de las sentencias de revisión de tutela, pero su signo distintivo es la aparición de los autos como herramientas jurídicas destinadas al seguimiento en particular de la macro sentencia T-025/04, y en general del problema público de desplazados que constituía un estado de cosas inconstitucional, en los cuales, se dan ordenes puntuales que desarrollan aspectos establecidos de manera general en la sentencia o para contrarrestar la precaria situación de derechos de la población desplazada. Aun cuando este tipo de decisiones son usuales tanto en los procesos de constitucionalidad, como en aquellos de revisión de tutela, su uso varió a partir de esta sentencia, con lo que se le da un aspecto sustancial a su contenido y no solo procesal como era lo acostumbrado.

En un panorama general, los efectos de la intervención de la Corte Constitucional colombiana en la política pública de desplazamiento para las tres variables que se consideran, presentan distintos resultados. Por una parte, los efectos de las sentencias sobre *las funciones de la política*, ha representado una mayor ampliación tanto de las funciones que tiene a su cargo la política como de los derechos le otorga a la población desplazada. Esta ampliación a las funciones de la política fue realizado durante lo que aquí denomino el primer periodo de judicialización de la política, aun cuando su desarrollo siguió profundizándose a lo largo de todo el periodo analizado. En la misma dirección, están los efectos de las sentencias de la corte sobre la *definición del problema*, donde fue modificado el SQ con pocas sentencias, pero de manera significativa y profunda; para intervenir en esta variable de la política, la corte empleó una sentencia de unificación, con la que se modificó sustancialmente el trasfondo teórico, que posteriormente usó para justificar un aumento en las funciones de la política. En contraste con los efectos sufridos en estas dos variables, en el nivel *actores en la política*, sus efectos si bien fueron aumentar el número de ellos, estos

participación activa de las víctimas directas del desplazamiento forzado, con lo que se generaron la mayoría de las líneas jurisprudenciales a favor de los desplazados que fueron reproducidas por otras múltiples sentencias y recogidas en gran medida en la macro sentencia T-025/04, siendo esta última el resultado de un largo proceso de casi 7 años de decisiones de la Corte Constitucional.

cambios no fueron tan significativos como en las dos primeras variables, debido al “buen diseño” de la política que consideró la participación de gran parte de los actores que intervienen en ella, por lo que el trabajo de la corte en esta variable en particular, se desarrolló en torno a hacer efectivo lo contemplado en la legislación, aunque su intervención en muchos casos sobre las otras variables, la convirtió en un actor más participante en el diseño que adoptaba decisiones inconsultas con los demás actores.

Tabla 4: Efectos de la intervención de la Corte Constitucional en las tres variables de la política pública de desplazamiento forzado en Colombia

Etapas de la política	Variable	Efecto	Velocidad del cambio	Relevancia de la corte
Definición del problema	Definición del problema.	Alto	Alto	Alta
Diseño de la política	Facultades de la política.	Alto	Bajo	Media
	Actores en la política.	Alto	Medio	Media-Alta
General		Alto	Medio	Media-Alta

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla 4 puede verse que el *efecto* agregado para cada una de las variables observadas fue alto, sin embargo, las diferencias están al determinar la velocidad de ese cambio, donde la más alta velocidad se dio en la definición del problema. Una velocidad media se presentó en la variable de actores en la política, y una velocidad baja se dio para modificar las facultades de la política, que le llevó a la corte 7 años para consolidarla. La relación entre el efecto logrado en la política y la velocidad con que la corte logró establecerlo, nos da un indicio de la relevancia de la Corte Constitucional como actor en la política pública de desplazados. En términos generales se puede decir que es un actor con una relevancia media-alta para las variables observadas en el periodo analizado, sin embargo, esta calificación puede variar si se hacen observaciones puntuales sobre la intervención en etapas específicas de la política, teniendo una relevancia alta si solo se observará la definición del problema público, donde el papel de la corte fue determinante.

2.1 Intervención en la definición del problema del *Statu Quo*

Por las mismas características de esta variable, la forma como son redactadas y la estructura de las sentencias de la corte –*obiter dicta, ratio decidendi, resuelve*-, es difícil establecer de una manera que no se torne muy subjetiva, cuál es la definición precisa que se da a un determinado problema, y cuál es la teoría causal que subyace a una política y le da soporte, a menos que la sentencia así lo establezca explícitamente. Teniendo en cuenta estas limitaciones cognitivas que implicarían un ejercicio de hermenéutica jurídica especializada para establecer la definición del problema y la teoría causal que subyacen cuando la corte no la ha establecido explícitamente, me limito a registrar aquellos cambios en la definición del problema de SQ que son explícitos y claramente establecidos en la decisión de la corte.

2.1.1 Sentencia de Tutela T-227 de 1997: una definición básica del problema.

La definición del problema público fijado en el SQ, fue modificado dos meses antes de que fuese expedida la Ley 387 de 1997, por la sentencia de Tutela 227/97, pues aun cuando la expedición de la Ley hubiese sido posterior a la sentencia, esta no incorporó lo establecido por ella⁴².

Con esta sentencia se delimitó a sus aspectos básicos la definición del problema, con lo que facilitó futuras interpretaciones de la política pública y las funciones que debería tener, pues conociendo ésta definición sencilla de desplazamiento forzado, se establece quienes son desplazados y por tanto quienes son beneficiarios de la política. Ésta adopción básica que delimitó la definición del problema a solo dos criterios siguió siendo adoptada en decisiones posteriores por la corte constitucional y criterio de interpretación en casos de controversia sobre quien está en la condición de desplazamiento forzoso⁴³:

“Sea cual fuere la descripción que se adopte sobre desplazados internos, todas contienen dos elementos cruciales: la coacción que hace necesario el traslado y la permanencia dentro de las fronteras de la propia nación. Si estas dos condiciones se dan, como ocurre en el caso motivo de esta tutela, no hay la menor duda de que se está ante un problema de desplazados.”

⁴² Esta omisión legal de las disposiciones judiciales, puede encontrar explicación en la proximidad temporal de ambas decisiones, en donde sólo medió un término de escasos dos meses.

⁴³ Este criterio fue usado en la sentencia T-268/03, en la cual se estableció que el desplazamiento podría ocurrir dentro del mismo municipio, y por tanto esa población también es beneficiaria de la política pública de desplazamiento forzado sin que sea necesario el desplazamiento de un municipio a otro, como lo interpretaban las autoridades de la política.

La simplicidad de los criterios usados por la corte para definir el problema, contrastan con la multiplicidad de condiciones que establece la Ley 387 de 1997 (SQ) en su artículo 1:

“Artículo 1º. Del desplazado. 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.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará lo que se entiende por condición de desplazado.”

Igualmente, generó que la condición de desplazamiento fuera vista como un problema fáctico y no como fruto de un procedimiento administrativo que catalogará al desplazado como tal. El desplazado entonces, no debe ser considerado como tal por estar reconocido e inscrito en el Registro Único de desplazamiento forzado, y que la política establece como requisito para recibir los beneficios de la misma, sino que lo es por las condiciones fácticas que lo forzaron a desplazarse.

“En efecto, el carácter de desplazados internos de quienes han interpuesto la presente tutela no surge tanto de la propia certificación que el Ministerio del Interior les ha dado individualmente a cada uno de los solicitantes de la acción, mediante documentos que obran en el expediente, cuanto de la realidad objetiva, fácilmente palpable (...).”

2.1.2 Sentencia de Unificación 1150 de 2000: Nuevos principios para interpretar la política

En esta sentencia la corte modifica el contenido teórico del SQ, ya no desde la definición del problema de desplazamiento, sino adicionando principios según los cuales debe interpretarse toda la política pública, y que servirán de guía para llenar los vacíos normativos que pudiesen existir en el tema. Lo que llama la atención sobre este cambio, es que estos principios que la corte adopta y enviste de obligatoriedad, pues como ella misma lo establece, *“Estos lineamientos constituyen imperativos de orden constitucional, de manera que su incumplimiento puede ser demandado ante los jueces constitucionales”*, al referirse a los lineamientos y criterios que se fijan en la sentencia, no hacen parte de legislación nacional ni internacional a la que estén obligadas las autoridades estatales, ni conforman lo que la jurisprudencia hasta ese momento había denominado como “bloque de constitucionalidad”.

“Efectivamente, en su Tercer Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que los Principios Rectores “en esencia reiteran en

un documento único y en términos más detallados los principios generales de protección, establecidos en la Convención Americana y otros tratados, y abordan las zonas grises y lagunas del derecho que fueron identificadas por el Sr. Deng. El documento consiste de 30 principios que abordan todas las etapas del desplazamiento: las normas aplicables antes de que ocurra el desplazamiento interno (es decir, protección concreta contra el desplazamiento arbitrario), las normas aplicables en situaciones de desplazamiento y las aplicables en el período postconflicto (...) La Comisión acoge con beneplácito y apoya plenamente los Principios Rectores. Como la reiteración más completa de las normas aplicables a los desplazados internos, los Principios Rectores dan a la Comisión una importante orientación sobre cómo debe interpretarse y aplicarse la ley durante todas las etapas del desplazamiento.”⁴⁴ Los Principios Rectores no han sido aprobados mediante un tratado internacional. Sin embargo, dado que ellos fundamentalmente reflejan y llenan las lagunas de lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos y que han recibido una gran aceptación por parte de distintos organismos internacionales de derechos humanos, esta Corporación considera que deben ser tenidos como parámetros para la creación normativa y la interpretación en el campo de la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que todos sus preceptos que reiteran normas ya incluidas en tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario aprobados por Colombia gocen de rango constitucional, como lo señala el artículo 93 de la Constitución.”

Esta orden dada en la *ratio decidendi* de la sentencia, configura a mi juicio una de las intervenciones en la política pública de desplazados más especiales por dos aspectos: i) incorpora un elemento novedoso al derecho colombiano, el cual es otorgar fuerza normativa y vinculante a documentos que para el derecho nacional carecen de fuerza jurídica de obligatorio cumplimiento por no ser un tratado internacional suscrito por Colombia –como lo reconoce la sentencia- ni norma jurídica expedida válidamente por autoridad reconocida en la constitución y pese a ello es incorporado al bloque de constitucionalidad⁴⁵, ii) su incorporación fue inmediata y sin antecedentes jurisprudenciales, contrario a lo que ocurrió con muchos casos de intervención en los cuales, algunas justificaciones, se establecían inicialmente en la parte motiva a modo de *obiter dicta* para posteriormente constituir órdenes con fuerza vinculante. Este punto puede tener explicación en que el tipo de decisión que la incorporó fue una sentencia de unificación de tutela, en la cual participa el pleno de la corte, por lo que no necesita un afinamiento interno previo al estar todos los magistrados presentes en la decisión, contrario a lo que ocurre con las sentencias de revisión de tutela, en el cual participan solo tres de sus miembros, que pueden actuar de manera prudente al momento de introducir órdenes

⁴⁴ El Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue publicado por la Comisión Colombiana de Juristas, en 1999, en Bogotá. Los apartes citados son tomados de los numerales 8 y 10 del capítulo VI, sobre desplazamiento forzado interno, p. 215.

⁴⁵ La ratificación de los principios rectores y su incorporación al bloque de constitucionalidad, es dada por la corte en la sentencia de Constitucionalidad 278 de 2007.

“fuertes” de manera intempestiva, para evitar que su jurisprudencia sea cambiada a la primera oportunidad por el pleno de la corte.

Tras la incorporación de estos principios rectores, la corte da un giro importante en la política pública, pues muchas de sus decisiones jurisprudenciales posteriores se fundamentan en lo establecido en ellos: es así como la corte introdujo el enfoque diferenciado que debe tener la política tanto para mujeres y niños -principios 3 y 4- y que serán posteriormente solicitados en la sentencia T-221 de 2003, así como en los Autos 130 de 2007 –específicamente dirigido a los niños y jóvenes desplazados– y 102 de 2007 –para mujeres–entre otros, para que sean realmente incorporados en la política pública, por lo que no son registrados de manera autónoma sino incorporados en esta línea jurisprudencial que modifica el contenido teórico, aún cuando su desarrollo afecta el número de facultades de la política.

2.1.3 Sentencia de Tutela 327 de 2001: nuevos elementos a la definición del problema

Con esta decisión, la corte agrega más elementos a la definición del problema público de desplazamiento forzado, al definirlo también como un delito, en el cual, *“toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento; de ahí se derivan los derechos de justicia, verdad y reparación”*. Esta nueva concepción del problema público, trae aparejadas, nuevas exigencias en la política pública de desplazados, que debe tener como objetivos no solo la asistencia por parte del Estado, sino los derechos de justicia, verdad y reparación que también involucran a los victimarios.

2.2 Intervención del *Status Quo* en las facultades de la política

Igual que ocurrió con la definición del problema público, las facultades de la política fueron modificadas dos meses antes de que fuese expedida la Ley 387 de 1997, por la sentencia de Tutela 227/97.

2.2.1 Sentencia de Tutela 227 de 1997: pedagogía constitucional.

Esta es la primera sentencia de la Corte Constitucional colombiana que trata como objeto de análisis directo el problema de desplazamiento forzado. En su parte resolutive, la sentencia T-227/97 incorpora una nueva función a la política pública a cargo del Ministro de Educación, en la cual, en el término de doce meses siguientes a la notificación de la

sentencia deberá proceder a “(...) *las diligencias pertinentes para hacer efectiva la educación en el respeto a los derechos humanos y especialmente en el respeto a las personas que son desplazados por la violencia. Educación que se impartirá en los diferentes centros educativos del país.*”.

La forma en que se redactó la parte resolutive de la sentencia en donde la corte se dirige al Ministro de Educación para este punto concreto, al usar el término “*Solicitar*” muestra cierta timidez al abordar aspectos no relacionados directamente con el caso concreto y que involucra a “partes” no llamadas en el proceso de tutela. Esta primera modificación previa y que afecta al *SQ* aumentando las facultades de la política, aunque representa modificación no es ciertamente contundente por el verbo usado al incorporar la nueva función, sin embargo fija el primer precedente de una línea que la corte llamó de “promoción” o “pedagogía” constitucional.

Este comportamiento inicial, si se me permite denominarlo, de timidez, se repite con frecuencia antes de incorporar de manera clara una nueva línea jurisprudencial, bien sea incorporando en su parte resolutive lo que se podría llamar consejos obligatorios o enunciando en su parte motiva argumentos que se desarrollaran en sentencias posteriores ya no como ideas justificadoras sino como órdenes concretas. Aun cuando no es el objeto de este trabajo analizar los términos y estrategias de persuasión usadas por la corte para reducir la fricción que producen algunas de sus decisiones, es importante notar que para el proceso de judicialización de la política pública de desplazamiento forzado en Colombia, la producción de sentencias fue sistemática y concatenada en sus argumentos, con una progresividad derivada de justificaciones en sentencias pasadas que sirven de fuerza persuasiva para adoptar decisiones futuras⁴⁶.

2.2.2 Sentencia de Unificación 1150 de 2000

Pasaron casi tres años, antes que la corte volviese a modificar las facultades de la política pública de desplazados, está vez mediante una sentencia de unificación. Esta intervención

⁴⁶ El Poder Judicial por no tener control “(...) *sobre la espada ni sobre el dinero, no dirige la fuerza ni la riqueza de la sociedad, (...). En verdad se puede decir que no tiene fuerza ni voluntad, sino sólo juicio*” como lo establece el texto clásico de Alexander Hamilton en *El Federalista* número 78, se ve obligado a recurrir a la persuasión de los argumentos, máxime cuando sus decisiones implican acciones “en contra” de los poderes a cargo de administrar la fuerza y la riqueza del Estado.

sin embargo, no se expone de manera abierta en lo que llamo para este trabajo *las facultades de la política*, sino que muestra una autolimitación que debe tener para pronunciarse sobre los aspectos prácticos de la intervención, aunque justifica su participación en lo que denomino la *definición del problema* que fue abordado antes.

“35. A la Rama Ejecutiva del Poder Público le corresponde determinar los mecanismos prácticos mediante los cuales debe adelantarse la atención a los colombianos desplazados por la violencia. Para ello debe sujetarse a lo prescrito por la Rama Legislativa a través de la ley 387 de 1997. Mal podría esta Corporación arrogarse la facultad de establecer a priori cómo debe operar en la práctica diaria esa atención. Sin embargo, sí es labor de esta Corte fijar algunos lineamientos y criterios que deben regir la atención a la población desplazada para garantizar la vigencia de sus derechos fundamentales, tal como se hace a continuación. Estos lineamientos constituyen imperativos de orden constitucional, de manera que su incumplimiento puede ser demandado ante los jueces constitucionales.”

En esta sentencia, se incorporaron modificaciones ya no en la parte resolutive sino en la parte motiva a través de la *ratio decidendi*. Aquí, la corte nuevamente aumenta el espacio de intervención de la política, al involucrar directamente al Presidente de la República con funciones que no estaban asignadas a él dentro del diseño establecido en *SQ*, y que lo obligan a coordinar directamente la política pública y el cumplimiento de los beneficios establecidos en la política de desplazados dentro del plazo fijado por la corte:

“Por lo tanto, es imperioso que el Presidente de la República desarrolle, lo más pronto posible y durante un lapso determinado, las actividades que sean necesarias para determinar, según los recursos y posibilidades existentes, los derechos de las personas desplazadas por la violencia y las obligaciones y responsabilidades de las distintas entidades públicas para con ellas. (...) Para ello se determinará que el Presidente debe iniciar, dentro de los 3 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, las gestiones tendientes a garantizarles a las personas antes citadas el derecho al albergue y los que surgen de los demás programas asistenciales referidos a la población desplazada. Las mencionadas gestiones deben haber culminado antes de haber transcurrido 6 meses luego de la notificación de esta providencia”

Igualmente, aumentó el espacio de intervención de la política pública al darle mayores atribuciones que las fijadas en el *SQ* a la Nación, a quien la corte constitucional le dio la atribución y responsabilidad de asumir los costos finales de la atención a la población desplazada, modificando de esta forma lo establecido en el parágrafo del artículo del artículo 22 de la Ley 387/97 (*SQ*) que establece:

“PARAGRAFO. La participación del Fondo Nacional en la financiación y/o cofinanciación de los programas mencionados, no exime a las instituciones y entidades nacionales, departamentales, distritales y municipales involucradas en la atención integral a la población desplazada, de gestionar los recursos necesarios para la ejecución de las acciones de su competencia.”

Una especial situación ocurre con una atribución establecida en el SQ de la política pública, donde se establece la necesidad de integrar la ayuda humanitaria internacional como un componente de la política pública. Frente a ello, si bien la Corte Constitucional colombiana no lo modifica al aumentar o suprimirlo, si lo refuerza en la sentencia al establecer que *“En este sentido, el gobierno debe impulsar aún más la cooperación internacional para la atención del fenómeno del desplazamiento forzado, y considerar debidamente las recomendaciones que le sean formuladas por las entidades internacionales.”*. Con ello se le da una estabilidad política mayor a este componente, que debe ser tenido en cuenta en caso de querer modificar la política (suprimiendo el componente de ayuda humanitaria internacional) por parte del ejecutivo o legislativo.

Estas modificaciones realizadas por la corte constitucional a la política pública mediante sentencias de tutela o unificación, no sacan del ordenamiento jurídico las disposiciones legales que regulan la política, como si lo podría hacer una sentencia de constitucionalidad, con lo que se crea una “política paralela”: la política pública establecida en la ley y la política pública modificada por la corte constitucional. Esta doble situación genera que los beneficios establecidos por la corte a través de sentencias de tutela o unificación, deban ser exigidos nuevamente ante otro juez de tutela que garantice el cumplimiento de lo ya ordenado judicialmente, generando una “política a petición de parte” concedida por un juez al ciudadano accionante y otra aplicada con desconocimiento de lo generalmente establecido mediante una orden de tutela o unificación de la corte a los desplazados que no “piden” la política establecida de forma paralela.⁴⁷

2.2.3 Sentencia de Tutela 327 de 2001: justicia, verdad y reparación.

Con la sentencia T-327/01, la corte constitucional incorpora al SQ nuevos objetivos adicionales a los establecidos en la Ley 387/97: búsqueda de la Justicia, Verdad y Reparación: *“Además, toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento; de ahí se derivan los derechos de justicia, verdad y reparación.”*. Estos

⁴⁷ Estas observaciones deberán ser demostradas en trabajos posteriores que establezcan el nivel de disciplina judicial y en la administración que generan las decisiones de la Corte Constitucional. Estos planteamientos exceden las intenciones y recursos de este trabajo por lo que se plantean sólo a modo de hipótesis. En términos abstractos y generales, estos mismos planteamientos fueron presentados por Shapiro (2004) en lo que él denomina el éxito de la revisión judicial, entendido este *“en términos de cuándo un ejercicio de la revisión judicial constitucional ha cambiado la política pública en la dirección en la cual el tribunal deseaba que fuera la política pública.”* (Shapiro 2008, 233)

nuevos objetivos surgen de un cambio en la definición del problema público como el analizado antes al considerarlo también como un tipo penal. Si bien es cierto que había existido jurisprudencia previa sobre el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, ésta se circunscribía al plano penal, y no se veía una inclusión clara dentro de la política de desplazamiento. Sólo es hasta ésta sentencia que ese desarrollo jurisprudencial se involucra a la política pública de desplazamiento aumentando así las facultades o funciones de la política al tener que procurar más objetivos que los establecidos en el *SQ*. Este es un buen ejemplo para analizar el vínculo que existe entre la definición de un problema público y el diseño de la política, en donde la corte, al incorporar nuevos elementos a la definición del problema, incorpora también nuevas funciones que ayudan a solucionar esos nuevos aspectos involucrados en la definición.

Otro aumento en las funciones de la política, se da al invertir la carga de la prueba para demostrar la condición de desplazados, siendo ahora obligación de las autoridades quienes deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Con esto se modifica la política frente al procedimiento para valorar la condición de desplazamiento: la corte establece que es suficiente con que fuese una prueba sumaria de esa condición, con lo que se refuerzan los cambios realizados al *Statu Quo de la definición del problema* que dio la sentencia T-227/97, que omitía la certificación de desplazado para ser considerado como tal. La corte lo manifiesta de la siguiente forma:

“En virtud de la aplicación del artículo 83 de la Carta Política, debe presumirse la buena fe en la actuación de los particulares. En el caso de los desplazados, se debe presumir la buena fe al estudiar su inclusión en el Registro Nacional de Desplazados para recibir la ayuda del Gobierno. El exigir aportar nuevos documentos, sin que estos estén siquiera relacionados en un decreto, implica presunción de mala fe. Para analizar si una persona es o no desplazada basta una prueba siquiera sumaria, especialmente si tal desplazamiento se presenta dentro de una situación de temor generalizado ocasionado por la violencia existente en la respectiva región. Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. (...)”

2.2.4 Sentencia de Tutela 268 de 2003: las funciones no pueden ser limitadas al desplazamiento inter-municipal.

Esta sentencia, delimitó mucho mejor el ámbito de aplicación de la política pública y por consiguiente las facultades de las autoridades administrativas que la operan. Con ella se

amplían las funciones de la política pública del SQ, al establecer una interpretación amplia de quiénes son desplazados y por tanto, a quiénes beneficiar con la política. Ahora, las funciones de la política se amplían, al tener que otorgar los beneficios a mayor población de la que estaban atendiendo las autoridades que administran y ejecutan la política, que los restringían a aquellas personas que habían sido desplazadas del municipio donde habitaban a otro distinto, por lo que con la nueva interpretación, deben ser beneficiarios de la política también aquellos que son desplazados dentro del mismo municipio. Esta modificación implica dos cambios en la política: por un lado, genera un aumento de la población beneficiaria cuyo análisis no se considera en este trabajo y un aumento en las funciones de la política que es lo que ahora se observa, al tener que considerar una población que antes había sido dejada de lado. No es posible atribuir a esta sentencia un cambio en la definición del problema, pues la corte no adicionó elementos nuevos, interpretándolo a partir de lo ya estipulado: *“En ninguna parte se exige, ni puede exigirse, que para la calificación del desplazamiento interno, tenga que irse más allá de los límites territoriales de un municipio.”* (Negrillas fuera del texto)

La corte con esta decisión limita la libertad de configuración en el rediseño de la política que puedan realizar el Ejecutivo o el Legislativo al impedir de antemano que se pueda restringir la población desplazada al excluir a aquellos que lo son dentro del propio municipio.

2.2.5 Sentencia de Tutela 419 de 2003: la función de consecución del presupuesto pasa de ser de medio a resultado

La corte constitucional no observa, en la política pública, un instrumento efectivo para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los desplazados, por ello ve como una alternativa efectiva el accionar la tutela para garantizar efectivamente los derechos de esta población y una respuesta seria por parte de las autoridades. Con ello se amplían las *facultades de la política*, pues aún cuando no se crearon más funciones, sí se validan mecanismos adicionales para acceder a ellos por fuera de los establecidos en la política, como lo es en este caso, la acción de tutela:

“No obstante, esos programas no han sido suficientes para atender la problemática que se funda en el conflicto armado interno de que son víctimas los civiles, no sólo continúan siendo blanco de los violentos obligándolos a abandonar sus tierras, su trabajo y las expectativas de vida creadas, sino

que, el apoyo que reciben del gobierno no se materializa en forma inmediata sino a través de dilatados trámites que de una u otra forma tampoco les garantiza reubicación o retorno en buenas o mejores condiciones.

Como se observa, existen políticas que favorecen a los desplazados, sin embargo estos continúan desprotegidos ya que se ven ante la sociedad indefensos y con pocas oportunidades de reiniciar el estilo de vida acostumbrado, razón por la cual, acuden a la acción de tutela como una alternativa de protección.

la Corte Constitucional en los pronunciamientos que ha emitido sobre el tema, demuestra que los derechos fundamentales de los desplazados pueden ser protegidos por medio de acción de tutela (Sentencias T-1635 de 2000, T-258 de 2001, T-098 de 2002 y T-268 de 2003), para que, se logre una atención seria y rápida, un compromiso más dinámico y solidario de los entes encargados de prestar la ayuda humanitaria requerida y así, obtener que los derechos fundamentales se respeten y concreten.”

Pero con esta sentencia no se amplían las facultades de la política únicamente a través de más mecanismos de acceso a ella, sino que se incluyen funciones que si bien ya se encontraban establecidas en el SQ como lo era la búsqueda de recursos para financiar la política, éstas eran obligaciones de medio y no de resultado para las autoridades, pero que tras la orden de la corte, cambian su característica siendo obligaciones que exigen resultados, donde se cumple la misma, ya no con el simple actuar –así este sea diligente– sino con el efectivo cumplimiento de la meta fijada que sería la consecución de recursos para financiar la política. La corte constitucional, haciendo referencia al argumento de la Corte Suprema de Justicia (como segunda instancia de uno de los procesos que se analizó) sobre limitación presupuestal, estableció, que este no puede ser un argumento aceptable para no garantizar los derechos fundamentales. Con esto se funda la línea jurisprudencial según la cual, la política pública, y en especial las autoridades que le integran, no pueden estar supeditadas a presupuesto para el cumplimiento de sus obligaciones. El aumento de funciones se debe a que ahora no se satisface con la búsqueda de los recursos para financiar la política, sino que se lleva un paso más lejos la función siendo necesaria la consecución real del presupuesto.

“Como último punto de análisis, no se puede dejar de lado, la consideración hecha por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en el fallo que profirió respecto de la acción de tutela de la señora Judith Figueroa, cuando dijo; “no le es dable al juez mediante este mecanismo constitucional, tomar determinaciones que afectan una programación presupuestal hecha por la autoridad competente y que implican la omisión de unos procedimientos legalmente establecidos en beneficio no de una persona sino de un determinado grupo de la población”.

Si bien es cierto, al juez constitucional no le corresponde entrar a analizar en vía de tutela el presupuesto que manejan las entidades demandadas, sí está dentro de sus atribuciones legales y constitucionales proteger derechos fundamentales vulnerados por omisión de instituciones, que para el presente caso, están encargadas de desarrollar políticas y programas de prevención, atención y protección a personas desplazadas. La amenaza de los derechos invocados por los actores continúa, toda vez que, permanece inactiva la ayuda humanitaria solicitada y sin aprobar el

proyecto productivo presentado, aún teniendo derecho a ello, por lo que resulta inaceptable, desde el punto de vista constitucional, que se aduzca insuficiencia presupuestal, en este o en otro caso, para abstenerse de proteger derechos fundamentales.”

La definición del problema público sigue siendo el mismo, con la diferencia que ahora se aumenta el nivel de compromiso de las autoridades en el ejercicio de sus funciones, para lograr los objetivos y cumplir con los principios de la política.

2.2.6 Sentencia de Tutela 602 de 2003: nueva función a cargo del Presidente de la República y progresividad de la política.

Siguiendo la misma línea de la sentencia T-269/03, que limitó hipotéticas modificaciones futuras a la interpretación que realiza la corte, de beneficiar a los desplazados aún cuando lo sean dentro del mismo municipio, esta sentencia establece un aumento en las funciones de la política al establecer la imposibilidad que le asiste al Presidente y al Congreso de la República para expedir válidamente normas que impliquen regresiones en la política pública de atención a desplazados, en lo relativo a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución.

“Además, en perspectiva constitucional y desde un enfoque de derechos⁴⁸, el restablecimiento es una cuestión de justicia social y, por lo mismo, una vía para alcanzar la inclusión social y potenciar el desarrollo humano. En este sentido, restablecer equivale a garantizar y proteger el goce de derechos y libertades. Por lo mismo, el sistema de atención integral debe propender por el restablecimiento de la población desplazada, independientemente de la composición institucional del SNAIPD en un momento histórico específico. Cabe advertir que de esta obligación de atención integral no podrá sustraerse el Presidente de la República. Asimismo, observa la Corte que ni el Presidente de la República ni el Congreso podrían expedir válidamente normas que impliquen regresiones en la política pública de atención a desplazados, en lo relativo a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Carta Política; pues ello iría en contravía de la principal obligación de resultado que se deriva del párrafo 1 del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)”

Aún cuando la Corte Constitucional colombiana reconoce que en principio el desarrollo de este tipo de políticas prestacionales, le corresponden al Ejecutivo y al Legislativo, es indispensable que sean analizadas por la corte por involucrar derechos consagrados constitucionalmente:

⁴⁸ La importancia de que la política de atención a desplazados y las acciones concretas de política pública sean consecuentes con un enfoque de derechos fue destacada por varios de los intervinientes en el II Seminario Internacional “Desplazamiento: Implicaciones y retos para la gobernabilidad, la democracia y los derechos humanos”, Bogotá, septiembre de 2002. Las memorias del seminario, en el que participaron representantes del Sistema de las Naciones Unidas, cooperantes internacionales, organizaciones no gubernamentales y representantes de entidades nacionales, quedaron recogidas en *Destierros y desarraigos*, Bogotá, COHDES / OIM, 2003; ver, en particular, de Andrés Celis –ACNUR– “La política pública de atención a la población desplazada y la necesidad de incorporar un enfoque de derechos en su formulación y en su ejecución”.

“Con todo, es indispensable que la Corte analice las políticas públicas realmente existentes en materia de desplazamiento forzado, pues no puede obviarse que el desarrollo de los derechos de contenido prestacional es básicamente progresivo y, en principio, está atribuido al legislador, así como, por vía reglamentaria, al ejecutivo.”

La corte, avanza en términos de justificar su participación en política, que ahora reconoce es más activa, y se defiende de cuestionamientos que se hacen a su intervención en estos términos: -esta declaración representa un avance en la posición sentada en la SU-1150/00-:

“Además, en el contexto de la solución de la crisis humanitaria derivada del desplazamiento forzado interno no es de recibo el cuestionamiento según el cual a la Corte Constitucional le está prohibida toda intervención en materia de políticas públicas, puesto que si están en juego los derechos de un grupo desaventajado, es, por el contrario, deber de la Corporación fijar lineamientos y criterios para la creación normativa y la ejecución de los actos de política pública. Estos lineamientos y criterios, según lo precisó la Corte en la Sentencia SU-1150 de 2000, “constituyen imperativos de orden constitucional, de manera que su incumplimiento puede ser demandado ante los jueces constitucionales”. Y tales lineamientos y criterios continúan siendo imperativos constitucionales aún si están en función del diseño y la implementación de la política pública de desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales de la población desplazada, por cuanto, “conforme la interpretación oficial internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, obligatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, tales derechos contienen elementos que son de inmediata exigibilidad, como ocurre respecto de las obligaciones estatales de respeto y protección que se derivan de los derechos en cuestión”, tal y como lo señaló la Corporación en la Sentencia T-958/01.”

Indiscutiblemente, con esta decisión la corte deja atrás una participación tímida y disculpada en la política pública en general y en la de desplazados en particular, para tomar un rol más determinante en el diseño y lineamientos de esta política.

2.2.7 Sentencia de Tutela 025 de 2004: la postura compilada de la corte

En esta sentencia, la corte constitucional fija de manera clara su inconformidad frente al tratamiento que el Estado le ha dado a la población desplazada hasta ese momento. Esa inconformidad se traduce en una declaratoria formal de “Estado de Cosas Inconstitucional” en materia de desplazados que 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. Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y por el Ejecutivo y el experticio de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos, pero exige que éstas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucional sea remediado (apartado 8).”

Asimismo, una declaratoria de estado de cosas inconstitucional, trae consigo una ampliación de los efectos de la acción de tutela, que si bien ya habían sido desarrollados

por jurisprudencia de manera previa y paralela, es la primera vez que la corte lo enuncia en la misma sentencia para el caso de los desplazados:

“Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela.”

De esta forma la corte intenta corregir en alguna medida, los efectos negativos de su intervención en políticas públicas mediante sentencias de revisión de tutela: la dualidad de políticas públicas que se genera, como se había dicho anteriormente, pues ellas, contrario a las sentencias de constitucionalidad, no tienen la capacidad jurídica de sustraer del ordenamiento legal ninguna norma, con lo que se genera una doble regulación: lo establecido en la ley o decreto y lo fijado en la jurisprudencia por vía de tutela. La corte, en esta sentencia, estableció de forma unificada y explícita, los desarrollos que se habían dado de forma dispersa pero sistemática en sus distintas decisiones, tanto en lo concerniente a los derechos de la población desplazada, como en la fuerza vinculante de sus decisiones de tutela y fundó nuevas líneas jurisprudenciales que no habían sido desarrolladas hasta el momento. Con esta macro-sentencia, la corte igualmente intenta remediar el hecho de tener ajustes a la política de manera dispersa en distintas decisiones, y presentarlo de manera unificada.

El comportamiento judicial de la corte constitucional, frente a la ampliación de las funciones de la política pública de desplazados, puede ser catalogado como estratégico, pues en las decisiones que adopta considera no sólo los criterios jurídico constitucionales, sino también las limitaciones político-económicas que pueden tener las órdenes que fija en la sentencia, para que éstas puedan ser exigibles en caso de su incumpliendo, es decir, no es suficiente expedir sentencias “jurídicamente correctas” y ajustadas a principios de justicia, equidad, sino que estas deben ser política y económicamente factibles, por lo que deben evaluarse lo que la corte denomina “características del contexto real”.

“De otro lado, el juez constitucional no puede desconocer las características del contexto real dentro del cual se ha constatado la afectación de los derechos fundamentales, para evitar que las órdenes que imparta para protegerlos sean inocuas o inviables. Sin embargo, el juez constitucional debe asegurarse de que se alcance el máximo de protección definida por las normas vigentes y exigir que se remedie la discordancia entre lo jurídicamente debido y lo realmente satisfecho, con

miras a lograr que todos los afectados, en este caso la población desplazada, puedan disfrutar realmente de sus derechos constitucionales”

Esta decisión no solo determina parámetros abstractos para las autoridades públicas, sino que fija órdenes precisas con criterios temporales claros, modificando la agenda política del gobierno para decidir asuntos presupuestales y las prioridades de la política pública de desplazados:

“La Corte fija un plazo de dos meses al Consejo Nacional de Atención Integral de la Población Desplazada para definir el nivel de recursos que efectivamente se destinarán a cumplir las obligaciones asumidas por el Estado, sin que los derechos mínimos anteriormente mencionados puedan dejar de ser protegidos de manera oportuna y eficaz. En caso de que sea necesario redefinir prioridades y modificar algunos aspectos de la política estatal para cumplir esta orden, se concederá al mismo Consejo un plazo de un año para este efecto, durante el cual en todo caso se habrán de respetar los mínimos señalados.”

Las facultades de la política fueron modificadas al establecer mínimos en la satisfacción de derechos, que el Estado debe garantizar con prioridad al abanico de otros derechos que establece la política pública, para ello la corte establece que “*se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tiene la misma prioridad (...)*”. Estos mínimos en derechos son: derecho a la vida, derecho a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral, derecho a la familia y a la unidad familiar, derecho a la subsistencia mínima que incluye alojamiento y vivienda básicos, vestidos apropiados, servicio médico y sanitarios esenciales.

Aunque la corte estableció que el periodo de la ayuda humanitaria seguía manteniéndose tal como lo establece la ley (3 meses), fijó algunas excepciones con lo que se ampliaron las facultades de la política:

“Debe la Corte precisar que existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al que fijó la ley: se trata de (a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y (b) quienes no estén en condiciones de asumir su auto sostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económica, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad. En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado –es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello -. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual. Advierte la Corte que así como el Estado no puede suspender abruptamente la ayuda

humanitaria de quienes no están en capacidad de auto sostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda”

Este tipo de modificación, se asemeja a las sentencias de constitucionalidad condicionada. En este caso la condición para que se mantenga el término de 3 meses en la ayuda humanitaria es que se extienda por el término necesario esta ayuda a 1) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria y b) quienes no estén en condiciones de asumir su auto sostenimiento –niños, ancianos, madres cabeza de familia- podríamos decir que este es un mandato débil que posteriormente fue reforzado mediante la sentencia C-278 de 2007 (casi 3 años después de la sentencia T-025/04) que declaró inconstitucional los términos de “máximo” y “excepcionalmente por otros tres más” a que se referían los plazos de la ayuda humanitaria, con lo cual se amplía el término para todas las personas desplazadas y no sólo para los casos fijados por la corte en esta sentencia.

Frente al componente de estabilización socioeconómica, en el cual la política pública establece el apoyo para los proyectos productivos de los desplazados, la Corte Constitucional colombiana estableció que si bien no se podía exigir el cumplimiento inmediato de estos apoyos, sí era inmediato que se recolectara la información detallada e individualizada de todos los proyectos productivos de los desplazados:

“Vale la pena precisar que este derecho mínimo de los desplazados no obliga a las autoridades a proveer inmediatamente el soporte material necesario para la iniciación del proyecto productivo que se formule o para garantizar su acceso al mercado laboral con base en la evaluación individual a la que haya lugar; si bien tal apoyo se debe necesariamente materializar a través de los programas y proyectos que las autoridades diseñen e implementen para tal fin, el deber mínimo y de inmediato cumplimiento que este derecho impone al Estado es el de acopiar la información que le permita prestar la debida atención y consideración a las condiciones particulares de cada desplazado o familia de desplazados, identificando con la mayor precisión y diligencia posible sus capacidades personales, para extraer de tal evaluación unas conclusiones sólidas que faciliten la creación de oportunidades de estabilización que respondan a las condiciones reales de cada desplazado, y que puedan a su turno, ser incorporadas en los planes de desarrollo nacional o territorial.”

Ante las limitaciones en la capacidad institucional del Estado para ejecutar la política pública, se pide la elaboración de un programa de acción con un cronograma preciso al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada dentro de los 3 meses siguientes a notificación de la sentencia, para que corrija las falencias en la capacidad institucional.

Igualmente se modificó el inciso 2 del párrafo 1 del Artículo 6 de la Ley 387 de 1997, que prevé la posibilidad que el Consejo Nacional para la Atención Integral de la Población Desplazada, invite a representantes de las organizaciones de desplazados a participar en las reuniones de éste órgano, cuando la naturaleza del desplazamiento así lo aconseje, con lo que se amplía el espacio de intervención de la política, al establecer nuevas obligaciones al Consejo Nacional:

“Teniendo en cuenta la incidencia que pueden tener las decisiones que adopte el Consejo Nacional sobre los derechos de la población desplazada, también es vital que se permita a quienes puedan verse afectados por una decisión, tomar parte en el proceso para su adopción. Por lo anterior, en la adopción de las decisiones relativas a la superación del estado de cosas inconstitucional, deberá ofrecerse a las organizaciones que representan a la población desplazada la oportunidad de participar de manera efectiva. Ello implica, como mínimo, conocer con anticipación la decisión proyectada, recibir la oportunidad para hacerle observaciones y que las observaciones que presenten a los proyectos de decisiones sean debidamente valoradas, de tal forma que haya una respuesta respecto de cada observación, pero sin que ello implique que se deban concertar las decisiones.”⁴⁹

Asimismo se agrega una función nueva a la política pública, a cargo de la Red de Solidaridad Social la cual consistirá en informar a cada desplazado de manera inmediata, clara y precisa sus derechos, para lo cual la corte establece 9 enunciados que deberán ser comunicados, con lo que se establece la Cartilla de Derechos para los desplazados. Esta obligación de informar a los desplazados sus derechos, tiene sustento en la línea

⁴⁹ El inciso 2 del párrafo 1 del Artículo 6, Ley 387 de 1997, prevé la posibilidad de que el Consejo Nacional para la Atención Integral de la Población Desplazada, invite a representantes de las organizaciones de desplazados a participar en las reuniones de éste órgano, cuando la naturaleza del desplazamiento así lo aconseje. A falta de norma específica para el caso de la política de atención a la población desplazada, puede acudir a las normas generales. Un ejemplo de tales disposiciones se encuentra en el Decreto 2130 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución, estipuló en su artículo primero que corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, directores, presidentes o gerentes de entidades descentralizadas, superintendentes y jefes de entidades u organismos administrativos de la rama ejecutiva nacional, ejercer las siguientes funciones: "1. Señalar los proyectos de decisiones de carácter general que por razón de sus implicaciones sea conveniente colocar en conocimiento de los ciudadanos y grupos interesados para escuchar previamente sus opiniones al respecto"; "2. Disponer que se informe públicamente a los eventuales interesados, por los medios que estime adecuados, sobre el contenido básico, el propósito y los alcances de los proyectos de decisiones administrativas de carácter general a que hace referencia el numeral anterior. En el respectivo informe deberá señalarse el plazo dentro del cual se podrán presentar sus observaciones. En todo caso la autoridad administrativa adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general"; "3. Disponer el registro público de tales observaciones y de las respuestas que la entidad hubiere dado a las presentadas por quienes representen sectores significativos de la comunidad y por organizaciones no gubernamentales promotoras del interés público"; "9. Elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de estas funciones el cual deberá ser anexado al informe que presenten al Congreso de la República o al ministro o director del departamento administrativo correspondiente en la oportunidad que éste señale".

jurisprudencial creada por la sentencia T-645/03⁵⁰, pero que en esa oportunidad tuvo un destinatario genérico, “*los empleados que tienen las funciones de hacer realidad las funciones de los desplazados*”, y una obligación general, “*informar sobre los derechos y como ponerlos en marcha*”, pero que con esta sentencia, se torna concreto tanto en el destinatario de la obligación, como en el contenido de la orden.

Se involucra igualmente al Ministerio de Relaciones Exteriores para que fije una estrategia de promoción de esta política pública –desplazados y canalización de recursos internacionales- para que reciban atención prioritaria de la comunidad internacional, con lo que se amplían aún más las facultades de la política pública al involucrar nuevas funciones a actores que no la tenían.

La gran variedad de órdenes dadas por la Corte Constitucional colombiana en esta sentencia, son en algunos casos modificaciones al espacio de intervención en la política que habían sido registrados en sentencias pasadas y que por tanto no se reportaron nuevamente. Esta sentencia es, como se dijo antes, producto y recopilación de líneas jurisprudenciales desarrolladas previamente en un intento, si se me permite llamarlo, de codificación de la jurisprudencia que la corte había desarrollado hasta ese momento, con algunos puntos novedosos, pero sin desconocer que es fruto de un trabajo colectivo y sistemático de toda corte constitucional, aún cuando las decisiones de tutela sean tomadas por salas de tres magistrados.

Es a partir de esta sentencia y con la declaratoria de “estado de cosas inconstitucional” que en ella se hiciera, que le permitió a la corte constitucional reservarse el control para vigilar su cumplimiento y seguir desarrollando los puntos generales de la sentencia mediante

⁵⁰ Las bases de esta línea jurisprudencial de información a la población desplazada, tiene su precedente en la sentencia T-645/03: “El Estado, a través de los empleados que tienen las funciones de hacer realidad los derechos de los desplazados, deba suministrar a la persona desplazada que lo requiera, información sobre sus derechos y cómo ponerlos en marcha, en forma clara, precisa y oportuna. Teniendo en cuenta que el grupo que lo requiere es el más vulnerable, ya que se encuentra, en la generalidad de los casos, en una ciudad extraña, lo que hace más difícil para ellas conocer y acceder a las instituciones para obtener la ayuda humanitaria a la que tienen derecho.”. Este es un claro ejemplo que permite mostrar la forma paulatina y sistemática en que la corte interviene en la política pública, siguiendo un patrón que aún cuando no es demostrado en este trabajo, sí queda sugerido para futuros trabajos, que consiste en desarrollar las ideas que posteriormente sentarán línea jurisprudencial, inicialmente como *obiter dicta*, para ubicarlas posteriormente como *ratio decidendi* y en algunos casos dentro de la parte resolutive de la sentencia.

órdenes concretas y operativas que tomaron la forma jurídica de autos⁵¹. Este nuevo tipo de decisiones accesorias a la sentencia T-025/04, caracterizan lo que en este trabajo denominé como el “después” y le dan un aspecto más operativo y concreto a la intervención de la corte en la política pública de desplazados.

2.2.8 Auto 178 de 2005

Si bien este no es el primer auto que expide la corte constitucional frente al seguimiento que realiza para vigilar el cumplimiento de la sentencia T-025/04⁵², sí es el primero que se usa para ampliar las *facultades de la política*. En él, se dan una serie de órdenes puntuales a distintas entidades tanto de la política pública propiamente dicha, como organismos estatales tendientes a garantizar especialmente los derechos a la vivienda y la salud de los desplazados. Por razones de espacio, no es posible presentar aquí de la misma forma detallada como lo hace la corte, la gran cantidad de órdenes dirigidas a entidades o

⁵¹ La justificación del uso de esta herramienta jurídica que le permitió a la corte mantener la competencia frente al problema público de los desplazados, está claramente descrito en el Auto 050 de 2004 al establecer que “*De conformidad con lo que establece el artículo 27 del decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con las órdenes complejas dictadas para superar el estado de cosas inconstitucional, la Sala Tercera de Revisión, después de proferida la sentencia T-025 de 2004, conserva la competencia para adoptar determinaciones que permitan ajustar las órdenes complejas originalmente dictadas a la nuevas circunstancias que se puedan presentar, todo con miras a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental amparado y sin modificar la decisión ni el sentido original y esencial de la orden impartida que hizo tránsito a cosa juzgada.*”. El artículo 27 del decreto 2591 de 1991 a que hace referencia este Auto establece que “*“el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.*”. Este artículo del decreto 2591 de 1991, encabeza y justifica todos y cada uno de los autos que la Corte a proferido en desarrollo y vigilancia de la sentencia T-025 de 2004.

⁵² La corte constitucional ha expedido autos muy interesantes como el 185 de 2004, en el cual se llaman a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para hacer la evaluación técnica al cumplimiento de la sentencia T-025/04 por parte de los organismos del Estado: “la Corte Constitucional puede apelar al conocimiento y experticio de entidades que cuenten con el soporte técnico para hacer seguimiento y evaluación de las políticas públicas con el fin de recabar suficientes elementos de juicio para definir si se cumplió o no lo ordenado por la Corte Constitucional. Dado que el examen de la información enviada por la Red de Solidaridad Social comprende aspectos que van más allá de lo eminentemente jurídico, la Corte dará traslado de la información enviada a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que estas dos entidades, dentro de la órbita de sus competencias y teniendo en cuenta los elementos técnicos para la evaluación de las políticas públicas y el experticio a su disposición, analicen cómo se ha avanzado en el cumplimiento de la orden quinta de la sentencia y si ha habido incumplimiento o si el cumplimiento ha sido bajo, medio o alto, de conformidad con los criterios que se precisan más adelante. El concepto elaborado por estas dos entidades, servirá como elemento de juicio para que la Sala determine, si fuere necesario, si hubo incumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004”. Este auto en particular como muchos otros que desarrollan aspectos interesantes en la intervención de la corte a la política pública, no son analizados en este trabajo, por abarcar aspectos diferentes a los tres que nos ocupan ahora: espacio de intervención, nivel de participación y contenido teórico de la política, pero que representan objetos interesantes para estudios posteriores, tanto por el tipo de orden impartido como por el instrumento usado por la Corte.

funcionarios en particular, sólo a modo de ejemplo, presento el tipo de órdenes que la corte da para garantizar el cumplimiento de los derechos protegidos vía tutela. Presento la cita en extenso sólo en esta ocasión para mostrar claramente el grado de detalle que se usa en este tipo de decisiones y que no se presentan en las sentencias de tutela o constitucionalidad, recordando que todas las intervenciones vía auto, presentan las mismas características en el detalle de las órdenes como ahora presento:

“4.10.12. Por lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional ordenará a la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y al Director de la Red de Solidaridad Social, que en el plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir de la comunicación del presente auto, diseñen, adopten y apliquen prontamente instrumentos adecuados para corregir los problemas señalados en el párrafo 4.10.11 de este Anexo, de tal manera que se establezcan las condiciones necesarias orientadas a garantizar a la población desplazada el goce efectivo de su derecho al alojamiento, y vivienda básicos. En el caso del Ministro de Agricultura, dado que las acciones desplegadas por este Ministerio reflejan el cumplimiento más bajo, ésta entidad tendrá un plazo de tres meses para diseñar, adoptar y aplicar prontamente los correctivos que sean necesarios, de tal manera que en el plazo máximo de seis meses, de tal manera que se establezcan las condiciones necesarias orientadas a garantizar a la población desplazada el goce efectivo de su derecho al alojamiento, y vivienda básicos.

4.10.13. Para lograr lo anterior, el Ministro de Agricultura, la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y el Director de la Red de Solidaridad Social, deberán adelantar las siguientes acciones:

Definir metas puntuales a corto, mediano y largo plazo para los programas de vivienda y alojamiento para la población desplazada a cargo de cada entidad, con el fin de garantizar que la población desplazada goce efectivamente de este derecho;

Adoptar e implementar indicadores de resultado para los programas de vivienda y alojamiento para la población desplazada a cargo de cada entidad, de tal forma que se cuente con información adecuada sobre la dimensión de la demanda, la oferta institucional real, los avances, estancamientos o retrocesos en el goce efectivo del derecho de la población desplazada al alojamiento y vivienda básicos y sea posible identificar y hacer seguimiento al tratamiento diferenciado que debe darse a la población desplazada.

Diseñar e implementar mecanismos e instrumentos específicos de coordinación interinstitucional y entre el nivel nacional y las entidades territoriales, que aseguren una acción adecuada y oportuna de las distintas entidades responsables de los programas diseñados para garantizar el goce efectivo del derecho del derecho al alojamiento y vivienda básicos a la población desplazada.

Desarrollar mecanismos de evaluación y seguimiento que permitan medir de manera permanente el avance, el estancamiento, el rezago o el retroceso de los programas diseñados para garantizar el goce efectivo del derecho del derecho al alojamiento y vivienda básicos a la población desplazada;

Diseñar e implementar instrumentos para adoptar correctivos oportunos frente a estancamientos, o retrocesos en el cumplimiento de las metas institucionales de atención a la población desplazada en materia de alojamiento y vivienda básicos;

Establecer mecanismos internos de respuesta ágil y oportuna a las quejas o solicitudes puntuales de atención presentadas por la población desplazada en materia de alojamiento y vivienda básicos;

Diseñar e implementar mecanismos de divulgación periódica de información para la población desplazada sobre los procedimientos, las responsabilidades institucionales, y las metas institucionales en materia de alojamiento y vivienda básicos, así como de los avances alcanzados, las dificultades enfrentadas y los correctivos adoptados para asegurar el goce efectivo de este derecho a la población desplazada, tanto a nivel nacional como territorial.

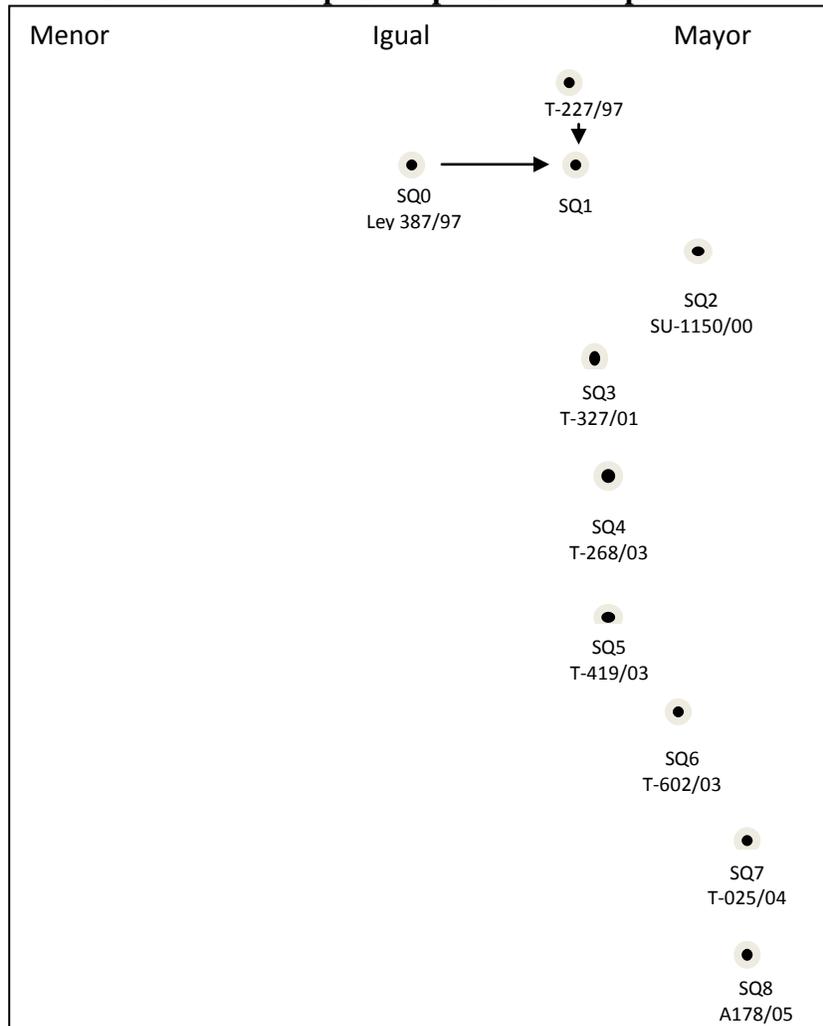
Garantizar la participación efectiva de las organizaciones de población desplazada, tanto a nivel nacional como en el ámbito territorial, en el proceso de diseño e implementación de los correctivos a los problemas señalados en el párrafo 4.10.11 de esta anexo, así como en el seguimiento y evaluación de los programas de alojamiento y vivienda básicos a cargo de cada entidad, con el fin de asegurar el goce efectivo de este derecho a la población desplazada.

Sobre el avance de este proceso, la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y el Director de la Red de Solidaridad Social, deberán enviar informes bimensuales tanto a la Corte Constitucional, como a Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a las organizaciones de derechos humanos y de desplazados que participaron en la audiencia de información del 29 de junio de 2005. La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, dentro de la órbita de sus competencias, informarán a la Corte Constitucional sus conclusiones sobre la forma como se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el presente auto. En el caso de las acciones que debe realizar el Ministro de Agricultura, los informes de avance deberán ser enviados mensualmente.”

Órdenes en igual sentido se desarrollan en el auto y están dirigidas a garantizar y salvaguardar el derecho a la salud de la población desplazada. En ambos casos, se amplían las *facultades de la política*, al aumentar las funciones de algunas autoridades que implementan y diseñan esta política pública e incorporar mecanismos de evaluación a la misma, que no habían sido establecidos en el SQ, para verificar el cumplimiento de la sentencia T-025/04 y constatar la progresividad de la política. Los autos, en lo sucesivo, siguen haciendo énfasis en el ajuste de los indicadores para medir el goce efectivo de los derechos de la población desplazada con el fin de evaluar la política pública, pues ésta carecía para ese momento de un sistema de evaluación que diera cuenta de su desempeño y el logro de sus objetivos.

En una mirada global de esta variable, las *facultades de la política*, el siguiente cuadro muestra el panorama de los efectos que tuvieron las decisiones de la corte constitucional sobre el diseño de la política, en específico sus facultades y funciones, pues la larga descripción podría hacer perder de vista la ampliación sistemática que tuvo. Aquí se excluyen aquellas sentencias que no modifican el diseño de la política, en específico sus funciones y facultades y aquellas que siguen el precedente sentado por una anterior. Sólo se representan las sentencias fundadoras de línea jurisprudencial que modifican estos puntos o la línea jurisprudencial. Todas las sentencias son acumulativas respecto de la anterior.

Cuadro 5: Efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional en las facultades de la política pública de desplazados



Fuente: elaboración propia

2.3 Intervención en el *Status Quo* de actores en la política

El efecto de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana en esta variable de la política pública, es mucho menor, tanto en número de sentencias, como en la intensidad de su intervención, debido en parte al diseño original SQ, que incluía la participación de distintos actores, tanto del Estado, como ONG, comunidad internacional y la propia población desplazada.

La intervención de la corte en el *Status Quo* de los actores, se limita a hacer cumplir lo ya establecido en la política pública u ordenando a actores principalmente estatales no

involucrados inicialmente en ella, para que asuman un rol más activo frente al problema de desplazados, como es el caso del llamado que se hiciese al Ministro de Educación en la sentencia T-227/97, al Presidente de la República en la sentencia SU-1150/00, ó al Ministerio de Relaciones Exteriores en la sentencia T-025/04, todas ellas reseñadas anteriormente dentro de la variable de facultades de la política pública.

La intervención más activa en esta variable, fue sin duda en la sentencia T-025/04, al ordenar al Consejo Nacional para la Atención Integral de Población Desplazada darle una participación “efectiva” a las organizaciones que representan a la población desplazada en la toma de decisiones dentro de la política pública que pudiese afectarles. Aun cuando en el SQ se daba el espacio para la participación de estos actores, esta se establecía como una “posibilidad” a que el Consejo Nacional los llamase a consultas. La participación “efectiva” del que habla la corte en esa sentencia, implica *“como mínimo, conocer con anticipación la decisión proyectada, recibir la oportunidad para hacerle observaciones y que las observaciones que presenten a los proyectos de decisiones sean debidamente valoradas, de tal forma que haya una respuesta respecto de cada observación”*, pero limita el alcance de esta participación al no ser requerido el consenso con las organizaciones de desplazados para la toma de decisiones. De esta forma, la participación que se le da a las organizaciones de desplazados dentro de la política pública, se sitúan en la implementación de la política, más que en el diseño, como un requisito formal pero “efectivo” para implementar la toma de decisiones.

Sin embargo, aún cuando la intervención en el SQ de los actores ha sido mínima, al incorporar pocos actores adicionales o exigirles a los ya involucrados un compromiso más activos frente a la política pública, no por ello se puede pensar que la configuración de actores que intervienen en el diseño o implementación de la política ha quedado igual: la Corte Constitucional colombiana, ha sido un nuevo actor que como se mostró en el SQ de las *facultades de la política*, ha intervenido directamente en el diseño y otras veces ha pedido al poder legislativo y ejecutivo que ajusten la política de tal forma que lo dicho en la ley y decreto, sea lo realmente ejecutado en la implementación.

Capítulo IV Conclusiones

En este capítulo, presento las conclusiones que dejó el análisis de la jurisprudencia constitucional frente al problema público del desplazamiento forzado en tres aspectos: i) efectos en la política pública, ii) instrumentos jurídicos empleados por la Corte en su intervención, iii) participación ciudadana en el diseño de políticas públicas.

1. Efectos en la política pública

De la revisión realizada a las decisiones de la Corte Constitucional colombiana que tienen como objeto el problema público de desplazamiento forzado y de la normatividad expedida por el poder ejecutivo y legislativo que fija la política pública para la población desplazada en Colombia, puede constatar que la intervención de la corte en especial por sentencias de revisión de tutela y autos, actuó tanto en la primera como tercera etapa del ciclo de la política (definición del problema público y diseño de la política respectivamente): se modificó sustancialmente el SQ de la definición del problema público y las funciones de la política, pero se modificó poco el SQ en el número de actores de la política. Sus intervenciones se caracterizan por haber sido garantistas de los derechos constitucionales y actuar de forma incremental y sistemática.

Los efectos sobre el SQ de las facultades de la política, no solo se caracterizaron por haber ampliado las funciones y los derechos de la población desplazada, sino que también, reforzaron aspectos establecidos en la misma, que ya no podrán ser modificados por el ejecutivo o el Congreso de la República sin correr el riesgo de ser declarados inconstitucionales. Ejemplos de ello son las advertencias de la corte frente a la progresividad que debe implicar el desarrollo de los derechos sociales y económicos establecidos en la política, con lo que se limitan futuras modificaciones restrictivas a estos derechos tanto por el legislativo como por el ejecutivo. Si bien no fue objeto de esta tesis establecer hacia donde iban encaminadas las modificaciones que la corte hizo a la política, resulta claro que ésta sufrió un cambio sustancial en su enfoque: su diseño original propuesto por el poder legislativo y que reguló el ejecutivo era de beneficios más que de derechos, siendo ese precisamente el mayor cambio general que recibió con su judicialización: convertirse en una política con enfoque de derechos, no sólo desde el punto

de su exigibilidad judicial, que como bien lo dijo Curtis y Abramovich (2008) “*el reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos, no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho*” (Curtis y Abramovich, 2008: 980), sino frente a todas las características que este enfoque tiene: progresividad de los derechos, protección integral, garantía e inclusión de principios amplios y generales que desarrollan derechos humanos.

Estos efectos de la intervención de la corte, no pueden ser explicados mediante el análisis de sentencias aisladas, sino que deben ser observados a lo largo un período de tiempo para establecer los verdaderos alcances de la intervención judicial y determinar cuál ha sido el comportamiento de la corte frente a la política. Éste comportamiento frente a la literatura del comportamiento judicial, no podría ser ubicado fácilmente en términos generales como un comportamiento institucional, legal o estratégico, pues existen grupos de decisiones que podrían justificar cualquiera de estas clasificaciones, aún cuando existe una mayor tendencia al comportamiento estratégico, observado en el tipo de modulación de las órdenes dadas y la forma incremental y persuasiva con que inicia la intervención para terminar siendo categórica en sus órdenes, conservando la modulación temporal de las mandatos para evitar que estas cayeran en la imposibilidad fáctica de ser ejecutadas.

A lo largo de todo el proceso de judicialización de la política, es posible observar como la corte incorporó en su intervención algunas sugerencias que la literatura ha establecido como “buenas” intervenciones judiciales, esto es: definiendo aspectos generales, modulando el efecto temporal de sus decisiones para permitir que las instituciones pertinentes tomen los correctivos necesarios, estableciendo mínimos en derechos a partir de los cuales las políticas públicas deben ser desarrolladas, sirviendo como canal de comunicación de sectores sociales excluidos, entre otros. Sin embargo, existen fuertes cuestionamientos a las limitaciones que tienen estas instituciones judiciales para intervenir en políticas:

“El poder judicial es el menos adecuado para realizar planificación de política pública; el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general; la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan en

el juicio; el poder judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida etcétera". (Courtis y Abramovich, 2008: 983)

Aparte de estas discusiones sobre la pertinencia de la intervención del poder judicial en políticas públicas y cuáles serían las buenas formas de hacerla, lo indiscutible es que en este caso particular, la Corte Constitucional colombiana representa un actor que no puede ser dejado de lado a la hora de analizar la política pública de desplazamiento forzado. Desconocer su actuación implicaría no considerar todos los efectos que fueron objeto de esta tesis y otros más que no pudieron ser considerados y que sin lugar a duda modificaron la política pública.

Aunque este trabajo se realizó sobre una corte específica ligada a una intervención en una política particular, la conclusión de considerar al poder judicial en general y a los jueces y cortes en particular como actores políticos relevantes en políticas públicas, considero que es aplicable para todos los Estados democrático constitucionales que cuenten con un cuerpo de jueces independientes y con canales de acceso a la justicia constitucional para los ciudadanos⁵³. Las cortes y jueces deben ser analizadas como actores participantes en el proceso de formulación de políticas públicas, aún cuando en unos países cuenten con más y mejores recursos institucionales, contextos políticos o instrumentos legales para intervenir que otros para intervenir. Estos factores deben ser fijados para cada país no sólo desde su estructura institucional “formal” del poder judicial, establecida constitucional o legalmente, sino también desde su diseño auto-fijado en su propia jurisprudencia que puede dar cuenta del verdadero alcance y los recursos con que cuentan los jueces y la forma en que se comportan en sus intervenciones frente a las políticas públicas. Partir en un análisis de política incluyendo a los jueces independiente de los resultados finales que se encuentren sobre su influencia o no en la política, resulta más valioso que dejarlos de lado desde un inicio por considerar *a priori* que no son un actor relevante en la política que se analiza,

⁵³ Aun cuando esté trabajo no pretende brindar resultados generales para todas las sociedades con estas características, pues deben ser analizadas las particularidades del diseño institucional de la justicia constitucional para cada país, si es posible observar que los instrumentos jurídicos que tendrían capacidad para modificar una política pública mediante una intervención judicial, como lo es la revisión constitucional de manera tradicional y el derecho de amparo como mecanismo novedoso están presentes en la mayoría de los países en América Latina. Un excelente trabajo sobre las características institucionales que determinan la judicialización en México y Brazil fue realizado por Rios-Figueroa y Taylor (2006)

pues aún en países donde el acceso a la justicia constitucional está más restringido, como en México⁵⁴, la judicialización de la política empieza a ser cada vez mayor.

Considerar por lo tanto, el proceso de políticas públicas sin incluir a los jueces, envuelve el riesgo de desconocer cambios en la política que no están escritos en leyes o decretos, sino en expedientes judiciales de juzgados o cortes.

2. Instrumentos jurídicos empleados por la corte

De los cuatro instrumentos jurídicos que tiene la Corte Constitucional colombiana para decidir asuntos sometidos a su consideración, los más usados fueron precisamente los menos estudiados por la literatura especializada en el comportamiento judicial: las sentencias de revisión de tutela y los autos. Es por ello que estas conclusiones se plantean como una hipótesis al ser contrastadas con el hallazgo producido por la literatura que ha analizado el comportamiento judicial de los jueces constitucionales cuando ejercen la revisión judicial de una ley, o el control de constitucionalidad en la terminología del derecho colombiano.

Esta literatura del comportamiento judicial que analiza la forma en que deciden los jueces constitucionales en el ejercicio del control constitucional de las leyes, puede ser clasificada en dos grandes bloques: aquellos que hablan de un comportamiento mayoritario⁵⁵ del tribunal constitucional y aquellos que hablan del comportamiento contra-mayoritario⁵⁶. Es importante mostrar que muchos de estos estudios se han hecho para Estados Unidos o en países europeos, lo que traería consigo una distinción en cuanto a las características institucionales que revisten los tribunales constitucionales de estas dos zonas: el modelo europeo y el modelo americano de revisión constitucional. En este momento, tomo como premisa el conocimiento de estos dos tipos y sus características, por no haber sido objeto de esta investigación, precisando únicamente que el modelo al cual se ajusta mejor la Corte

⁵⁴ Uno de los más recientes ejemplos de la judicialización de las políticas públicas en México, se presentó al ser admitida una acción de amparo promovida por un ciudadano que sufre de VIH en contra de la reducción del presupuesto que el ejecutivo y la Cámara de Diputados ordenó disminuir en un 30% al Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER). Ver: periódico El Universal, Julio 19 de 2010, edición en línea: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/179142.html>

⁵⁵ Quizá uno de los primeros en establecer el comportamiento mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el ejercicio del control constitucional, fue Robert Dahl en 1957 con su famoso artículo: *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*

⁵⁶ Entre ellos está Shapiro, Stone Sweet y Ferreres.

Constitucional colombiana, es al europeo. Frente a estos dos tipos de comportamiento de los jueces constitucionales (mayoritario y contra-mayoritario) y los dos modelos de justicia constitucional (americano y europeo), la literatura ha respaldado la idea en los últimos años “*que la Corte de un modelo americano tiene una impronta mayoritaria, mientras que los Tribunales Constitucionales de un modelo europeo de justicia constitucional tienen una impronta contramayoritaria*” (Linares, 2008: 157).

En apariencia, la idea general que la literatura ha sostenido frente al modelo europeo, coincide con el comportamiento judicial de los jueces de la Corte Constitucional colombiana, pues las sentencias de tutela se muestran contrarias en aspectos fundamentales a la postura que ha adoptado el Estado frente al problema público de desplazamiento, a un nivel tal de declarar un “estado de cosas inconstitucional” frente a ese asunto. Digo en apariencia, pues estudios detallados frente al comportamiento de la Corte Constitucional colombiana frente a sentencias de constitucionalidad muestran un comportamiento de tipo mayoritario⁵⁷. Estas ideas podrían sugerir comportamientos judiciales diferenciados (mayoritarios y contra-mayoritarios) según el tipo de decisión que la corte use (constitucionalidad, tutela), pero con la información empleada en esta investigación, no es posible dar una respuesta a ello.

Por otra parte, el instrumento de mayor uso de la corte –sentencias de tutela-, genera algunos inconvenientes en la política pública: i) se crea una dualidad de beneficios y procedimientos dentro de la política: el establecido en la legislación y regulación como tal, que es el implementado para todos los desplazados y aquel fijado mediante jurisprudencia por la corte constitucional, que es proporcionado y garantizado judicialmente a aquellos que acudan a los estrados judiciales, o en otras palabras, se crea una política a petición de parte; ii) las sentencias de tutela, aún cuando tengan fuerza vinculante, no suprimen del ordenamiento jurídico el mandato legal frente al cual intervienen, haciendo más complejo establecer el real estado del diseño institucional de la política, pues no solo se deben observar las leyes y decretos que lo regulan, sino fijar los pronunciamientos judiciales que han abordado y modificado la materia y que se encuentran dispersos en expedientes. Este

⁵⁷ Ver el trabajo de Juan Carlos Rodríguez-Raga: “Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006” en Helmke, Gretchen and Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, New York: Cambridge University Press (forthcoming)

último inconveniente, intentó ser resuelto por la corte constitucional con la sentencia T-025/04 que procuró compilar el desarrollo de la jurisprudencia en una sola macro sentencia y que por la declaratoria de “estado de cosas inconstitucional” trato de generalizar de manera expresa los beneficios que ahí se otorgaban.

El otro instrumento novedoso en su forma de uso, fueron los autos. Con este tipo de decisiones, la corte pudo mantener y ejercer la competencia para seguir conociendo y decidiendo en los aspectos de política pública que considerase necesarios sin que fuese preciso de la petición ciudadana, pudiendo obrar en muchas ocasiones de oficio, bien sea para solicitar informes a las autoridades públicas encargadas de la política para vigilar el cumplimiento de sus sentencias de tutela, o para dar órdenes concretas que desarrollarán ordenes complejas dictadas en una sentencia previa. El papel de este tipo de decisiones, ha sido fundamental como un intento de la corte para evitar que sus decisiones sean letra muerta que nadie acate y olvide, dinamizando las acciones de los obligados a actuar y manteniendo un diálogo constante con todas las partes que integran la política pública.

El uso de los autos, después de casi 8 años de haberse iniciado la intervención de la corte en la política pública, puede tener una explicación en la mayor “experiencia” que el tribunal fue adquiriendo en especial para garantizar que sus ordenes fueran efectivamente cumplidas a medida que éstas fueron siendo cada vez más costosas y complejas en términos de su cumplimiento. Esta mayor complejidad, requería de medidas de seguimiento y ajuste a las decisiones, para que no fuesen desconocidas e inaplicadas por las demás entidades del Estado, con lo que terminaría perdiendo a largo plazo autoridad la corte constitucional. Podría sugerirse entonces que el uso que se le dio a los autos, obedeció a la necesidad de vigilar el cumplimiento de sus decisiones y modularlas adecuadamente para evitar que fuesen sólo letra muerta, sumado al mayor conocimiento que de la política pública y su funcionamiento tenía el tribunal, lo que le permitió dar órdenes más operativas que al inicio de su intervención había evitado. Si éstas medida fueron efectivas, si los autos lograron hacer que se cumplieran las órdenes impartidas por la corte en su totalidad, son cuestiones aún abiertas para ser respondidas, pero que los titulares de la prensa nacional frente al tema sugieren que no lo han sido.

El papel que desempeñaron las sentencias de constitucionalidad en la intervención de la corte en esta política, fue reducido, explicable por las pocas demandas de constitucionalidad de que fue objeto, sin embargo, sirvió para consolidar con el efecto de cosa juzgada constitucional, aspectos que ya habían sido decididos con anterioridad en sentencias de tutela.

3. Participación ciudadana en el diseño de políticas públicas

La intervención de la Corte Constitucional colombiana, al menos en las sentencias que seleccionó para su revisión (tratándose de las sentencias de tutela), fueron en su mayoría promovidas por los mismos ciudadanos desplazados y sus peticiones en la mayor parte de los casos fueron concedidas. Esto podría sugerir que el papel de los jueces (en especial los jueces constitucionales) sumado a diseños institucionales que facilitan el acceso a la justicia, configuran especiales condiciones que permiten la participación ciudadana o de cualquier otro actor social que carece inicialmente de poder político para impulsar una reforma o propuesta de política pública sin que sea necesario que se configuren en redes de política o grupos de presión, con los costos e inconvenientes que conlleva conformar y sostener acciones colectivas⁵⁸. Lo interesante de esta intervención fue la capacidad que tuvieron estas peticiones presentadas individualmente por las mismas personas desplazadas para modificar la política pública en términos generales y no sólo para su caso concreto, lo cual hubiese sido irrelevante en términos de política pública (pues 15 peticiones particulares, no constituyen siquiera una muestra representativa de los casi cuatro millones de desplazados que actualmente hay).

Estas pocas decisiones, modificaron estructuralmente la política pública sin que fuese necesario que la población desplazada se organice en redes de tal forma que generará suficiente presión para obligar al Estado a modificar la política pública para mayor beneficio de la población desplazada. La participación individual aún cuando fue mediada por la corte constitucional, modificó de una manera clara la política pública de desplazados.

Como ocurrió en el caso que aquí se analizó, el fácil acceso a la justicia constitucional por parte de ciudadanos comunes y corrientes, podría generar nuevos canales para participar en discusiones de políticas, estimulando a la ciudadanía a participar y pensar en el diseño de

⁵⁸ Como los descritos por Mancur Olson (1992)

políticas públicas, pues no se hace necesario ya pertenecer a grandes grupos de presión o estar inserto en fuertes redes de política para lograr promover modificaciones o propuestas de política pública mediante demandas de tutela o constitucionalidad.

La participación ciudadana en el diseño de las políticas a través de los jueces, fue tratada por McCubbins y Schwartz (1984) como un tipo de supervisión que realiza el congreso al ejecutivo y que le denominan “alarma contra incendios”. En el artículo los autores muestran que lo que parece ser un descuido por parte del congreso en el control que debería ejercer ante el ejecutivo, realmente es un tipo de control elegido racionalmente. Para argumentarlo, exponen dos tipos de supervisiones que el congreso puede implementar: la supervisión de “patrulla de policía” y el de “alarma contra incendios”.

El primer tipo de supervisión es centralizada, donde el congreso examina directamente los actos del gobierno. En el segundo, la centralización es menor y no hay una actuación directa por parte del congreso, sino que este actúa de manera previa creando una serie de normas y procedimientos que le permiten a los ciudadanos individuales o a grupos, poder controlar las violaciones del ejecutivo a los objetivos que el congreso plasmó en la política. Estas normas, permiten a los ciudadanos acudir a los jueces o tribunales en el momento en que consideren que los objetivos de la política no están siendo cumplidos por el ejecutivo, quienes actúan a su vez como una alarma que llama la atención del congreso, para tomar medidas a fin de controlar al ejecutivo en ese aspecto puntual de la política. Algunas de estas normas y procedimientos facilitan la acción colectiva de los grupos de intereses relativamente desorganizados.

Aunque no es el objetivo de ese artículo el análisis de las cortes, el argumento frente al cual estas pueden servir como herramienta de control descentralizada del congreso frente al ejecutivo, no tiene mucha capacidad explicativa para analizar participación de la Corte Constitucional colombiana en la política pública de desplazamiento forzado: en este caso particular, la corte no fue una “alarma de incendios” en el sentido que habla el artículo, sino que tuvo un comportamiento independiente de los objetivos del congreso a los que también cuestionó, usando mecanismos que no se encontraban fijados en la política pública ni en muchos casos autorizados por la propia legislación que regula su conducta (La ley que regula la actuación de la corte, establece que el efecto de las decisiones de tutela es inter

partes, sin embargo, su propia jurisprudencia aumentó estos efectos como se dijo en el segundo capítulo). Siguiendo el mismo lenguaje del artículo, la corte fue una alarma accionada por los mismos ciudadanos desplazados, para alertar no sólo al congreso, sino a todas las instituciones políticas y a la sociedad colombiana sobre el grave problema público, que no había sido bien atendido por ellas mismas y no únicamente por el ejecutivo.

La participación de la corte, si bien fue en muchos aspectos una “alarma de incendios” accionada por la población, que llamó la atención sobre “inadecuados” tratamientos que se daban al problema público de desplazamiento forzado, también fue un bombero que ha participado activamente para intentar extinguir la conflagración, siguiendo con el mismo lenguaje de MacCubbins y Schwartz.

Futuros estudios

Algunos interrogantes que surgen tanto del análisis de la intervención de la corte en política pública, como de la revisión de la literatura sobre el tema y que no pudieron tener respuesta en esta investigación por desbordar sus objetivos son: 1) ¿El comportamiento judicial de la Corte Constitucional colombiana, es mayoritario o contra-mayoritario indistintamente del tipo de proceso con el que se pronuncie, o por el contrario, la herramienta jurídica usada determina la impronta de su comportamiento?; 2) ¿Qué factores explican el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana?; 3) ¿Cuál es el nivel de éxito o efectividad de las decisiones de la Corte Constitucional, para lograr modificar materialmente la política pública intervenida?; 4) La configuración institucional colombiana de libre acceso a la justicia constitucional, ¿ha convertido a la corte en una vía para el debate político de los actores menos fuertes y organizados?; 5) ¿Cuál ha sido el papel del litigio estratégico en el activismo de la corte constitucional?

Bibliografía

Alviar, Helena (2009) ¿Quién paga o debe pagar los costos del estado social de derecho?, *Revista de derecho público*, 22: 1-17.

Cepeda, Manuel José (2008). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: LEGIS.

Cepeda, Manuel José; Montealegre, Eduardo (Directores); Julio, Alexei (Coordinador). (2008). *Teoría constitucional y políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Courtis, Cristian y Abramovich, Victor (2008). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. en Gargarella, Roberto (coord.) (2008) *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini.

Ely, John Hart. *Democracia y Desconfianza. Una teoría del del Control Constitucional*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores

Epstein, Lee, Jack Knight (1998) *The choice Justice Make*, en Croos, Fraank. *Review: the justice of stategy*, Duke University School of Law.

Epstein, Lee, Andrew D. Martin, Kevin M. Quinn & Jeffrey A. Segal, (2007) *Ideological drift among supreme court justices: who, when, and how important?*, North western university law review, 100 num. 4: 1483-1542.

Ríos-Figueroa, Julio y Taylor, Matthew., (2006) "*Institutional Determinants of theJudicialisation of Policy in Braziland Mexico*", *Journal of Latin American Studies* 38: 739-766.

Friedberg, E. (1993) *le pouvoir et la régle, Dynamiques de l`a action organisée*, Seuil, París

Gargarella, Roberto (2006) *¿democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, *Perfiles Latinoamericanos*, 028: 9-32.

Hamilton, Alexander. *El federalista*. Mexico: Fondo de Cultura Económica .

Linares, Sebastián (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*". Madrid, Marcialpons

López, Diego Medina. (2006) *El Derecho de los Jueces*. Editorial Legis. Bogotá.

MacCubbins, Mathew y Schwartz, Thomas (1984) "*Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*", *American Journal of Political Science*, 28: 165-179.

Nino, Carlos Santiago. (1996) *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Nunes, Rodrigo M. «Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health.» *Latin American Politics and Society*.

Segal, Jeffrey A. (2008) *Judicial Behavior* in Whittington, Keith; Kelemen, Daniel and Caldeira, Gregory (eds.), *The Oxford Handbooks of Political Science*, New York: Oxford University Press.

Shapiro, Martin. (1964) *Political Jurisprudence*

- (1992) *¿Who guards the guardians?* Georgia, University of Georgia Press.
- (2008) *Revisión Judicial en democracias desarrolladas*. En *Tribunales Constitucionales y Democracia*. Suprema Corte De Justicia de la Nación. México.

Shapiro, Martin y Stone Sweet, Alec. (2002) *On Law, Politics & judicialization*, New York, Oxford University Press

Shepsle, Kenneth A. y Bonchek, Mark S. (2005) *Las fórmulas de la política : instituciones, racionalidad y comportamiento*. México, Taurus.

Subirats, Joan; Knoepfel, Peter; Larrue, Corinne y Varone, Frédéric. (2008) *Análisis y gestión de políticas públicas*. España, Ariel

Parsons, Wayne (2007) -. *Políticas Públicas*. Argentina, Flacso – México.

Rocheftort, David y Cobb, Roger (edi.). (1994) *The Politics of problem definition. Shaping the policy agenda*. University Press of Kansas

Rodriguez, Juan Carlos. *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*, Forthcoming in Helmke, Gretchen and Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, New York: Cambridge University Press.

Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. *Un giro en los estudios sobre derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*. Por publicar.

Olson, Mancur (1992) "*La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*", México, Fondo de Cultura Económico.

Tsebelis, George (2006) *“Jugadores con Veto, Como funcionan las instituciones políticas”*, Mexico, Fondo de Cultura Económico.

Uprimny, Rodrigo (2007) *“Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”* en *Los derechos en serio*, Bogota, Ediciones Antropos.