



UNIVERSIDAD
ICESI

**EL PODER JUDICIAL Y SU INFLUENCIA DESDE EL ENFOQUE DIFERENCIAL
EN LA LEGISLACIÓN DE VÍCTIMAS**

PROYECTO DE GRADO

**STEPHANIE ORDOÑEZ DAZA
DIANA XIMENA PAZ VELASCO**

**Asesor de Investigación
LINA FERNANDA BUCHELY**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2017**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO 1: EL PAPEL DE LOS JUECES EN EL CONFLICTO ARMADO, UNA MIRADA A LA PROBLEMÁTICA SOCIAL	4
CAPÍTULO 2: EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, UN DESARROLLO JUDICIAL HACIA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS.....	18
CAPÍTULO 3: SENTENCIA T-025: ¿LA RESPUESTA FRENTE A UNA REALIDAD NACIONAL CON UN ENFOQUE DIFERENTE?.....	28
CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	48

INTRODUCCIÓN

El tema de atención a las víctimas del conflicto armado, en efecto ha sido objeto de fuertes discusiones por cuanto constituye un tema socialmente sensible, dadas las violaciones masivas a derechos humanos que se han identificado por la Corte Constitucional e incluso por los Organismos Internacionales, frente a las personas desplazadas con ocasión a este flagelo en Colombia, por lo que consideramos indispensable partir del estudio de los aportes otorgados por el Poder Judicial, y la prospección que logró en las demás Ramas del Poder Público, adquiriendo significación el rol de los jueces para dar respuesta a los temas controversiales de la actualidad.

Es preciso determinar en este sentido, que nuestro estudio adquiere importancia en la medida en que permite describir a partir del análisis de una decisión jurisprudencial de la Corte Constitucional y sus autos de seguimiento, el discurso del activismo dialógico conforme al cual, el poder judicial desarrolla una dinámica de derechos fuertes, creando medidas de protección y elementos de monitoreo, con la participación de diferentes actores y autoridades públicas que promuevan por su consecución; además de permitir vislumbrar el impacto que genera un fallo estructural en la percepción de un problema en el entorno social de un país, a tal magnitud que puede lograr que un tópico se convierta en el eje central de debate en las esferas legislativas y gubernamentales de un Estado.

En aras de profundizar en lo descrito, por medio del presente ensayo se abordará en primera medida el estudio del papel que han tenido los jueces en la determinación de soluciones a casos difíciles y de apogeo en las sociedades contemporáneas, requiriendo para ello efectuar una presentación de las diferentes vertientes que conllevaron a la adopción por parte de estos de las sentencias o fallos estructurales. Aunado a lo anterior, nos centraremos en efectuar una aproximación teórica a la figura del Estado de Cosas Inconstitucional, su origen histórico y aplicación en Colombia, pretendiendo ilustrar lo que ha significado para el país las decisiones esgrimidas por el parte del Alto Tribunal bajo esta figura; así como, conceptualizar lo que se ha entendido como enfoque diferencial, con el fin de delimitar nuestro análisis a aquellos argumentos que tienen como base la protección de las personas que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad.

Finalmente, pretenderemos efectuar el estudio del pronunciamiento esgrimido por la Corte Constitucional mediante decisión T-025 de 2004, la cual determinó la violación sistemática de derechos humanos de las víctimas de desplazamiento forzado, al igual que el análisis de los autos de seguimiento que se han efectuado en búsqueda de su superación; suponiendo en tal sentido, un examen de la forma en la cual se han adoptado y aplicado las reglas y políticas en torno al sistema de atención a esta población, propendiendo con ello determinar los argumentos que fueron el apoyo en la estructuración de la Ley de Víctimas de 2011, específicamente relacionados al concepto de enfoque diferencial, y los distintos efectos producidos por este fallo en la dinámica social y jurídica del país.

CAPÍTULO 1: EL PAPEL DE LOS JUECES EN EL CONFLICTO ARMADO, UNA MIRADA A LA PROBLEMÁTICA SOCIAL

Con el transcurrir de los años ha sido cada vez mayor el desarrollo del Poder Judicial, tendiente a lograr la protección de los derechos humanos, con ocasión a las falencias en la planeación e implementación de legislación y políticas públicas por las Instituciones Gubernamentales, hasta el punto de crear, lo que se ha denominado sentencias estructurales; a partir de las cuales, los jueces realizan una interpretación concienzuda de los derechos violentados, y efectúan la promulgación de órdenes de carácter general, que endilguen responsabilidades a las entidades estatales, estableciendo para ello, mecanismos de seguimiento que involucren los distintos actores, en pro de garantizar el cumplimiento de la orden judicial.

Sin embargo, para llegar a este punto es necesario precisar el cambio de paradigma que se requiere en cuanto a la forma de concebir el derecho y sus fuentes. Por lo tanto, en el presente capítulo se realizará una aproximación teórica sobre distintos conceptos que dieron lugar al surgimiento de las denominadas sentencias estructurales, partiendo desde una vertiente formalista, en virtud de la cual, el juez debía actuar únicamente según lo preceptuado en la norma; pasando por el realismo jurídico norteamericano, en el cual las decisiones tomadas por los jueces se vieron permeadas por diversas teorías psicológicas que trascienden del plano meramente formal e interpretativo de la norma a un aspecto comportamental del operador judicial y de sociología jurídica, que a la postre determinan el aspecto sustancial de sus fallos; finalizando con lo concerniente al activismo judicial, y la identidad dialógica de los jueces, a partir del cual se hará referencia a la tendencia actual de la judicialización de la política, para luego analizar la aplicación de los anteriores postulados en la práctica jurídica colombiana y los efectos sociales que esto produce, dejando de lado el formalismo jurídico para dar paso a un papel más activo de los jueces en la aplicación efectiva de los DESC.

Debemos partir, en que la historia nos remonta a un antepasado regido por la escuela de la exégesis, conforme a la cual, la ley constituía la única fuente de interpretación, reduciendo el papel del juez a la aplicación silogística de la misma; sin embargo, y en virtud a que la práctica ha demostrado que existen diversos factores que hacen necesario el empleo de elementos externos para dar solución a los casos que se presentan, resulta procedente implementar nuevas formas de interpretación.

En este sentido, encontramos que el juez no debe convertirse en “la boca de la Ley”. Opuesto a lo que muchos piensan, el ordenamiento jurídico no es completo, coherente y/o universal. Por el contrario, contiene vacíos, lagunas y ambigüedades que impiden aplicar textualmente una norma. En este sentido, existen casos fáciles, en los cuáles el papel del juez es menguado, en la medida en que las disposiciones legales son claras al momento de dar solución a una situación particular; sin embargo, en aquellos casos difíciles en los cuales no existe una respuesta en la legislación, requiere necesariamente de la actividad del poder judicial, mediante la interpretación y adaptación del ordenamiento a situaciones individuales, recurriendo para ello a las diferentes fuentes del derecho.

“(...) la ley necesita de intermediarios para que sus postulados generales se adapten mejor a los casos concretos, así no puede haber una sola fuente de derecho positivo, sino que hay otras como la costumbre, la jurisprudencia, etc, que colaboran con esta labor y donde el juez mantiene un papel protagónico. (...) Hoy por hoy, sabemos que el juez debe ir más allá de lo que el legislador quiso decir para casos concretos, pues la ley general no se refiere a todos los hechos particulares y el juez tendrá que adecuarla a través de la libre investigación científica al caso concreto mediado por la Carta” (Agudelo, pág. 5)

Antes de entrar a efectuar el desarrollo del planteamiento jurídico, nos merece ilustrar un fenómeno que a nuestro parecer resulta de gran importancia al momento de determinar el papel protagónico de los jueces en nuestros tiempos y que precisamente constituye el grueso del proceso de la judicialización.

“Considerar que la figura del juez no se ha modificado a lo largo del tiempo y que este siglo XXI no lo tiene como actor principal, es no ver la realidad. En este aspecto existe un movimiento denominado “activismo judicial”, que ha permitido aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales, sean estos nacionales o provinciales, siempre en un mejoramiento del sistema judicial, respetando los derechos y garantías constitucionales. (...) Una parte de la doctrina considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en la costumbre” (Maraniello, 2012, pág. 121)

En este contexto surge a principios del siglo XX lo que se ha denominado realismo jurídico, como respuesta al formalismo que influyó en gran medida el desarrollo judicial propuesto por la exégesis, como modelo imperante a finales del siglo XIX. La propuesta de esta corriente, consiste en plantear que el derecho se encuentra constituido no solo por el contenido en las normas, sino también, de otros elementos externos a ellas, los cuales podemos ubicar principalmente en la figura del juez como persona; y que constituyen una pieza fundamental al momento de proferir una decisión. Sin embargo, como se analizará a continuación, al interior de lo que se conoce como realismo jurídico estadounidense se enmarcan autores que tienen diferentes concepciones acerca del rol del juez en su actividad judicial.

De acuerdo a lo dispuesto por Tatiana Andrea Alfonso (2005), es preciso analizar en primer lugar, el modelo propuesto por Oliver Wendell Holmes Jr, quien fue el precursor del realismo en ese país, el cual alude en su discurso que el derecho se define a partir de lo que sucede en la realidad y no a partir de los principios. Al respecto, afirma que el objeto de estudio de la ciencia jurídica consiste en la predicción de la actividad de las cortes, es decir, conocer el detalle como fallan y en consecuencia evidenciar la aplicación práctica de los conceptos, derechos y deberes jurídicos. Según este autor, el derecho consiste en la manera en que los jueces resuelven un caso concreto.

Afirma Holmes: “Los derechos y deberes de los que se ocupa la jurisprudencia no son más que profecías”. Esto significa entonces que la importancia de los deberes y los derechos no radica en la definición deontológica que se haga de ellos, sino en las consecuencias futuras que puedan anticiparse a partir de ellos. Se trata de una aplicación de la máxima pragmática de Pierce en la medida en que los deberes y los derechos resultan ser lo que se percibe de ellos por sus efectos prácticos. (Alfonso, 2005, pág. 30)

De igual forma, dentro de la escuela del realismo jurídico como representante de la tendencia de Holmes, encontramos los planteamientos de Karl Llewellyn sobre el conductismo, para tal efecto, es necesario entender que esta teoría jurídica se ha visto permeadas por la psicología experimental. En este sentido, se tiene que esta corriente asume que el comportamiento del ser humano es el objeto de estudio de la psicología y que el derecho debe enfocarse en cosas observables, por lo tanto, para este autor, quien sostiene una posición anti formalista, el derecho es una disciplina normativa que controla comportamientos y en esa medida las proposiciones de derecho son fundamentalmente reglas de conducta, de tal forma que el juez es sujeto de estudio a través de sus actuaciones, las cuales se perciben en el escenario judicial.

“Llewellyn afirma en sus conclusiones que cree que el núcleo central de su propuesta realista es atender a la conducta observable, y que tal cosa es la conducta de los jueces, especialmente aquella parte de su conducta que los marca como jueces: sin embargo, extiende su razonamiento a todos los operadores jurídicos. El juez conductual es la concepción de sujeto que subyace a los planteamientos de Llewellyn” (Alfonso, 2005, pág. 65)

De otro lado, dentro del realismo hallamos al también jurista Jerome Frank, quien analizó la relación existente entre el derecho y la psicología, sentando de igual forma una posición anti formalista, el cual sostiene que el juez es un sujeto con sesgos, prejuicios y factores no racionales que permean su actuación judicial, imprimiéndole una tendencia psicoanalítica al derecho.

Según este autor, el juez para decidir un caso, debe aplicar la ley conforme unos hechos pasados, que son restaurados a través de la actividad probatoria, ésta reconstrucción puede ser falible, aquí es donde los jueces, testigos o jurados, pueden fallar, obedeciendo probablemente a aspectos psicológicos. En este sentido, rechaza la idea de la adjudicación judicial mecánica, ya que es imposible la predicción de la actuación judicial como quiera que las variables no se repiten de un juez a otro de forma idéntica, es la historia personal del juez la que influencia la forma de tomar decisiones judiciales.

Al respecto, superficialmente se piensa que el realismo estadounidense es extraño al devenir jurídico de Colombia, sin embargo, es preciso mencionar que esta teoría es clave para comprender la actualidad de las decisiones judiciales, como quiera que cada vez es más frecuente el uso de las teorías críticas del derecho y la sociología jurídica, así como la relación entre el derecho y la economía; lo que significa un

avance en el activismo judicial y un retroceso del formalismo jurídico en el que tradicionalmente se ha enmarcado nuestro país.

A partir de los planteamientos nacidos en el realismo jurídico estadounidense, se presenta una alternativa teórica para comprender la decisión judicial con base en teorías psicológicas contemporáneas, las cuales no se centran en el individuo como tal sino en la dimensión social del hombre. De esta forma, tenemos que el juez es un actor social y sus decisiones son acuerdos discursivos, surgidos a partir de la *identidad dialógica*, quien en su papel recibe los discursos de los demás e interactúa con ellos, con lo cual puede lograr una identidad móvil, a partir de la cual edifica su propia realidad social; de tal suerte que pueda lograr el mejor acuerdo posible entre los diversos actores del proceso, así la decisión judicial debe ser el resultado de un proceso de diálogo e interacción.

“La identidad dialógica como supuesto de comprensión del juez es una mejor alternativa para la ponderación e inclusión de las diferentes visiones del mundo existentes en las sociedades contemporáneas, a través de la decisión judicial. Es una alternativa de interacción entre el derecho y la psicología que establece posibilidades de investigación para el campo jurídico y su relación con la realidad social. Proporciona elementos para la comprensión de fenómenos propios de las democracias constitucionales y para la formulación de criterios normativos que permitan satisfacer sus exigencias de inclusión, igualdad y reconocimiento de la diversidad.” (Alfonso, 2005, pág. 109)

Conforme lo expuesto hasta el momento, consideramos necesario precisar que nuestro estudio no responde a posiciones extremas de la concepción del juez, ya sean dadas por la escuela de la exégesis o el realismo jurídico, sino que las mismas corresponden dentro de nuestro análisis a vertientes históricas que permitieron llegar a teorías intermedias del activismo judicial, conforme a las cuales el operador judicial no debe fallar con base a meras apreciaciones subjetivas, por el contrario, su rol es la interpretación de los postulados legales, a partir de la confluencia de diferentes fuentes del derecho, siendo necesario en todo momento la racionalidad y justificación de sus decisiones.

Así las cosas, tenemos que el activismo judicial identificado de esta manera, nos lleva a concebir al juez como regulador de las demás ramas del poder público en aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales, siendo un verdadero creador de derecho, yendo más allá de la simple interpretación de la norma, para generar un cambio en la jurisprudencia, en la legislación y en la misma sociedad, sin desconocer las disposiciones normativas existentes, ni responder a apreciaciones sesgadas, sino a una concepción de la misma de acuerdo a la visión del derecho viviente.

En este sentido, es claro entonces que este fenómeno no ha sido ajeno a nuestro contexto colombiano, el cual ha requerido necesariamente la intervención de los tribunales, con el fin de modificar una realidad social, tendiente al reconocimiento de derechos vulnerados, mediante creaciones jurisprudenciales complejas, dejando a un lado las decisiones meramente interpretativas.

Situándonos en un momento histórico con posterioridad a la segunda guerra mundial, encontramos que el poder de los tribunales constitucionales en el mundo empezó a incrementarse considerablemente, frente a los problemas que se suscitaban en el ejercicio y reconocimiento de los derechos por parte de los parlamentos y gobernantes de turno, es en este sentido, que tal prominencia se fue expandiendo hasta llegar a América Latina y a nuestro país.

En este contexto, podemos considerar como base fundamental en el origen de éste fenómeno a nivel local, la Constitución Política de 1991, la cual permitió crear una gama amplia de derechos y garantías, -entre ellas el mecanismo de acción de tutela, los cuales serían resguardados por la Corte Constitucional, como órgano encargado de velar por su cumplimiento. En Colombia, a partir de la expedición de la Carta, la justicia ha entrado con fuerza en la dinámica política, generando en los últimos veinticinco años, grandes transformaciones de tipo social, político y económico, incidiendo inexorablemente en la evolución del país.

Sin embargo, debemos reconocer que cuando nos enfrentamos al tema de la judicialización de la política, es inevitable que se planteen en su estudio posibles inconvenientes ante su implementación, tales como: la sobreconstitucionalización del derecho, la limitación de la democracia, el resquebrajamiento de la independencia de poderes, o la politización de la propia justicia; aspectos que si bien plantean retos, nuestro objetivo a partir del presente documento, es ilustrar cómo se ha vivido éste fenómeno en Colombia y la forma a partir de la cual se ha intentado superar éste desafío, concretamente en el desarrollo e implementación de medidas tendientes a presentar una solución efectiva a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas víctimas del desplazamiento forzado.

No obstante, para abordar ésta disyuntiva, consideramos necesario iniciar por definir qué debemos entender por judicialización de la política. Al respecto, podemos delimitarlo como:

“El hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales (...) supone simplemente una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, en la medida en que el trámite y la decisión de ciertos asuntos son transferidos de la esfera política al ámbito judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere un mayor peso” (Uprimny Yepes, 2007, pág. 53)

Resulta entonces merecido traer a colación, aquellos aspectos que han permitido que el desarrollo de la judicialización de la política en Colombia sea posible. En primer lugar, debemos considerar la marcada desconfianza popular por las actuaciones políticas de sus funcionarios, dada la corrupción que impera en ésta esfera y que imposibilita por tanto que el Poder Ejecutivo e incluso el Poder

Legislativo, tomen la iniciativa de efectuar políticas públicas o leyes, que contribuyan al beneficio de sus electores.

Con fundamento en lo dispuesto, tenemos que no son pocos los casos en los cuales no sólo se trata de activismo judicial, sino que contrario sensu, son los mismos órganos los encargados de trasladar la responsabilidad de decisión a los jueces en aras de no asumir los compromisos que ello conlleva y los efectos que podría ocasionar el tomar una posición al respecto a nivel social.

En segundo lugar, podemos considerar el fenómeno del neoconstitucionalismo, el cual tuvo su auge en Colombia a partir de la adopción de la Constitución de 1991, la cual desarrolló un amplio catálogo de derechos y estableció mecanismos de protección de los mismos, que permitieron a las personas promover la inconstitucionalidad de normas y el acceso efectivo a la justicia para solucionar sus conflictos de una manera fácil y rápida. Es por tanto, que la constitucionalización del derecho privado ha sido uno de los medios por los cuales se ha intentado dar solución actualmente, a gran parte de los litigios de nuestro país, partiendo de la base del reconocimiento de los derechos humanos que permean todo el ordenamiento jurídico.

“La presencia de estas formas de justicia constitucional estimula también una fuerte judicialización de la política no sólo por la facultad de estas cortes de invalidar decisiones legislativas y gubernamentales, invocando las cláusulas constitucionales, que son esencialmente abiertas, sino, además, por cuanto permiten que los ciudadanos individuales o ciertos grupos sociales articulen sus demandas en el lenguaje de los derechos. Esta constitucionalización interna del derecho converge con el fortalecimiento relativo, en los últimos años, de los mecanismos internacionales de derechos humanos, que también estimulan la formulación de reclamaciones en términos de derechos, lo cual fortalece la dimensión judicial de crítica política” (Uprimny Yepes, 2007, pág. 62)

En tercer término, encontramos la lucha por la independencia de poderes, que ha dado paso al fortalecimiento de la Rama Judicial y por tanto del desempeño de la Corte Constitucional, legitimando su actuar ante la población civil, permitiéndole participar en mayor medida de las decisiones políticas.

“La independencia judicial es una herramienta con lo que han sido dotados los jueces para proteger los derechos humanos, cuidando al ciudadano de los excesos de poder y en definitiva para frenar el poder del ejecutivo y el poder político (...) La defensa de la Constitución es el objetivo normativo de la independencia judicial. Y para lograr este objetivo los jueces y las Cortes deben contar con un nivel adecuado de independencia con el fin de poder declarar inconstitucionales aquellas leyes o decretos que producidos por el ejecutivo o el legislativo riñan con la norma superior. Para cumplir este objetivo, se deben reconocer constitucionalmente de manera específica poderes de revisión judicial los cuales en esta medida, son una expresión de la independencia” (Restrepo, 2014, pág. 48).

Finalmente, debemos considerar la violencia, que ha sido un gran detractor de la lucha contra los derechos en Colombia, generando la pérdida de grandes activistas

y líderes, menguando por lo tanto, la participación de los mismos en escenarios de reconocimiento de prerrogativas y libertades a nivel nacional. En razón a lo dispuesto, el papel que ha llevado a cabo la justicia constitucional, es de gran trascendencia para la ciudadanía, ya que ha permitido que grupos o comunidades en estado de indefensión y amenaza puedan preservar y reivindicar sus derechos. Es particularmente el activismo de los jueces y especialmente de la Corte Constitucional, el que ha promovido el acceso de muchos actores sociales, en busca de respuestas ante las faltas de regulación o vacíos que se presentan los escenarios coyunturales del diario vivir, contribuyendo a la construcción de la democracia constitucional.

“(...) el reconocimiento y la protección judicial de esos derechos, a pesar de ser realizados por órganos contramayoritarios, como lo son los jueces y los tribunales constitucionales, deben ser vistos no como limitaciones a la democracia sino como garantías a las precondiciones de la misma. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático. La anterior justificación de una cierta judicialización de la política se vincula además a la importancia que tiene los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc.” (Uprimny Yepes, 2007, pág. 65)

Es de resaltar que la falta de políticas públicas eficientes y la indebida articulación entre los entes del Estado, en pro de garantizar la defensa y protección de esta Carta, dio lugar a que el protagonismo de la vía judicial, fuera suficientemente atractivo para todos los ciudadanos, quienes vieron en el actuar de los jueces, decisiones cada vez más progresistas.

Claros ejemplos de este proceso, fueron surgiendo en diferentes campos, -interviniendo incluso en asuntos reservados anteriormente a otras Ramas del Poder Público-, a través de fallos trascendentales en materia indígena, homosexual, sindical, estados de excepción, deudores del UPAC, reclusos, entre otros, que buscaron modificar una realidad imperante para grupos históricamente discriminados. Es así como en el año de 2004 se da paso a la sentencia T- 025 – objeto del presente estudio-, mediante la cual la Corte Constitucional, emite una serie de órdenes tendientes a la protección de las personas víctimas del desplazamiento forzado.

Lo que se busca a partir de macrosentencias como estas, es que cuando nos encontremos frente a situaciones sociales en las que no sea posible sobrepasarlas, debido a ineficacia o inexistencia de regulaciones; se solicite la intervención del Poder Judicial con el fin de que efectúe recomendaciones o emita mandatos a las entidades del Estado o incluso privados, que promuevan la protección y garantía de los derechos. Al respecto, es necesario delimitar las características bajo las cuales es posible enmarcar la actuación de las Cortes, se requiere al menos la existencia de los siguientes elementos, para hablar de fallos estructurales:

“1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, (...) 2) involucre varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas. 3) Implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto)” (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pág. 16)

Lo anterior demuestra, que el rol que desarrollan los jueces actualmente, ha tenido como finalidad la protección de los derechos de los ciudadanos, sobre todo cuando existe una inactividad del Ejecutivo y/o normatividad que propendan por evitar situaciones de vulnerabilidad.

En este sentido, tenemos que las decisiones emanadas por los jueces, repercuten en el ámbito de acción de la administración y de las ramas del poder público. Este fenómeno lo podemos evidenciar en dos sentidos: en primera instancia, tenemos las órdenes judiciales directas –tal vez, las más temidas por los Estados-, las cuales refieren restricciones a las conductas transgresoras del derecho; la adopción de políticas por parte de las entidades responsables; la ejecución de obras; la generación de normas; y/o redefinición del problema, y su inclusión como afectación de los DESC. Así mismo, encontramos los efectos indirectos, los cuales están orientados a la movilización de masas que influyan en el actuar de las Cortes; generación de cambio en los imaginarios sobre el derecho quebrantado y su relevancia en la sociedad; la inclusión de diferentes actores en la discusión del conflicto; y la solicitud de informes y/o rendición de cuentas, entre otros.

Sin embargo, estas decisiones no son de recibo para todos los gobiernos, por cuanto, -como se ilustró anteriormente- los diversos efectos que ellas conllevan, hacen suponer a los dirigentes que existe una intromisión del Poder Judicial en las prerrogativas del resto de ramas, por lo que la implementación de estos fallos, se ha convertido en el gran reto a vencer. En razón a lo expuesto, nos detendremos en el estudio de algunos argumentos que se han empleado para frenar la ejecución de este tipo de pronunciamientos.

En primer lugar, tenemos el impacto económico. Los opositores, sostienen que el carácter progresista de las decisiones, al solicitar cambios institucionales e incursión de políticas públicas, requieren grandes erogaciones financieras; sin embargo, encontramos que en muchas ocasiones esto no corresponde a la realidad, pues la práctica ha demostrado que los costos de la implementación de derechos civiles o políticos, o incluso de decisiones individuales en la protección de los DESC, pueden tener igual o mayor costo que las sentencias estructurales bajo estudio.

Por lo general, los jueces han optado por esgrimir decisiones individualizadas, las cuales son de gran acogida por los Estados, toda vez que se considera que el cumplimiento y otorgamiento de ciertos derechos a un solo individuo, no reviste intromisión, ni repercute significativamente en el erario público, pero ¿Qué pasa cuando los casos individuales se incrementan desmedidamente?

Es claro que la solución particular, pero masiva de procesos, conlleva a que el objetivo garantista, vaya perdiendo su sentido, dado que estos fallos terminan beneficiando a las clases medias y altas, que son aquellas que cuentan con mayores niveles de educación que les permiten un fácil acceso a la tutela judicial efectiva; por tanto, se favorecen sectores de la población que no lo requieren, desangrando el sistema con gastos excesivos que debiesen emplearse en la satisfacción de otras necesidades. En consideración a lo anterior, se tiene que la convergencia masiva de casos individuales, ocasiona congestión en la rama, al hacer que el acceso a los servicios sea posible solo mediante el movimiento del aparato judicial; sin asistir a la población marginal; y ocasionando mayores grados de inequidad.¹

En segundo lugar, encontramos el discurso de la pericia, *“la objeción tradicional de que los jueces no tienen la capacidad técnica que si tienen los otros poderes para intervenir en este tipo de problemas (...) para dar un remedio transformativo completo a un caso de violación estructural compleja”* (Puga, 2007, pág. 11). A lo que se refiere este argumento, es que quienes emiten estas sentencias, no tienen los conocimientos suficientes en materia de planeación, políticas públicas, presupuesto, y demás, que les permitan desarrollar fallos estructurales viables y acordes con la realidad, condenándolos casi que al fracaso. Es de rescatar que si bien, existen momentos en los cuales las Cortes han emitido órdenes que requieren fuertes inversiones, el gasto público no puede ser una excusa contra derecho, ni una imposibilidad al ejercicio de su deber de protección, sino que contrario sensu, lo que se debe pensar, y se ha dispuesto en muchos casos, es la convergencia de diferentes actores dentro del debate de las Cortes, como límite a este tipo de disposiciones.

En tercer lugar, contamos con el argumento de legitimidad democrática y rendición de cuentas. Al no ser los jueces elegidos popularmente, al emitir decisiones que involucran la actuación de los demás poderes, y al no ser sancionados mediante la renuencia de elección en un futuro; afectan presuntamente de esta manera la división tripartita del poder y la democracia representativa. Sin embargo, es frecuente encontrar circunstancias en las cuales, las instituciones y formas de gobiernos dispuestas en un determinado país, no permiten la protección efectiva de los DESC.

“señalamos casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional – que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes-, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos” (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pág. 17)

¹ Lo expuesto, sin desconocer, que en casos como el colombiano, los fallos individuales con ocasión a la interposición masiva de acciones de tutela, resultan importantes, en la medida en que han dado lugar a sentencias estructurales, bajo la figura del “estado de cosas inconstitucional”.

Lo anterior, guarda relación con los escándalos de corrupción, reformas constitucionales y legislaciones a conveniencia de partidos políticos, que derriban cualquier apariencia de legitimidad, demostrando que el mecanismo de elección popular, no es el más idóneo para garantizar el cumplimiento de obligaciones por parte del Estado en pro de los DESC. Así mismo, somos conscientes de la falta de compromiso político de los funcionarios elegidos, al disponer dentro de sus programas medidas simplemente atenuantes de las situaciones, con el fin de salir adelante a sus gobiernos de turno y ganar adeptos que los ayuden a posicionarse en un nuevo cargo.

Teniendo presente, estos inconvenientes que presentan los Estados, al momento de requerir la aplicación efectiva de las decisiones de las Cortes, es necesario realizar un análisis de algunos casos internacionales², en los cuáles se dejan entrever obstáculos adicionales, pues se ha mencionado que para que un caso sea exitoso, debe generar desbloqueo, políticas públicas, y tener un efecto social y deliberativo.

“El caso será “medianamente exitoso” si se producen sólo los dos primeros efectos, es decir, se desbloquea la autoridad o institución que ha permanecido pasiva frente al problema y se le ordena cumplir o diseñar una Política Pública al respecto. Sin embargo, es medianamente exitoso si las órdenes impartidas no logran materializarse en el bienestar de los afectados (efecto social) ni se generan espacios de deliberación y participación ciudadana (efecto deliberativo). El caso será “no exitoso” si sólo se logra la protección buscada en el caso concreto sin implicaciones estructurales”. (Cano, 2015)

En Sudáfrica por ejemplo, en el año 2002, el Tribunal Constitucional emitió sentencia en el caso “Minister of Health vs. Treatment Action Campaign”, en la cual se solicitaba al Estado levantar la prohibición de la distribución en algunas salas de parto, del medicamento Nevirapina, el cual ayudaba a disminuir el riesgo de transmisión del VIH de madre a hijo, siendo alarmante para la época, las cifras de morbilidad ocasionadas por este flagelo. El estado sudafricano, decidió que a pesar de la situación epidemiológica que se estaba presentando, lo más adecuado sería efectuar la distribución del anti-retroviral, solamente en algunos lugares piloto del país, restringiendo el acceso al tratamiento, a miles de mujeres embarazadas con VIH positivo.

Aunque el Tribunal dispuso en su fallo obligaciones definitivas tendientes a la administración de la Neviparina en todos los Hospitales Públicos del país, y solicitó la implementación de programas orientados a la prevención de la propagación de la enfermedad por esta vía; con ocasión a la inexistencia de medidas de seguimiento por parte de este ente judicial, la decisión no fue atendida en todo el territorio, siendo

² En el caso colombiano, la Corte Constitucional se pronunció en el ámbito de salud mediante sentencia T-760 de 2008, a partir de la cual se emitieron dieciséis órdenes judiciales. A pesar que a partir del año 2009, el Estado implementó una Sala Especial de Seguimiento, con el fin de que se llevara a cabo una implementación efectiva de la misma -a partir de audiencias, solicitud de informes técnicos y rendición de cuentas-, las diferencias entre los sectores involucrados, debilitaron en el campo práctico una aplicación adecuada, haciendo ineficaces estas medidas, sin contribuir a una solución definitiva de la trasgresión sistemática de los DESC en el país.

necesario recurrir a desacatos y movilizaciones sociales, ante la ausencia de voluntad política y acciones de vigilancia y control de la jurisdicción constitucional.

Así mismo, encontramos casos como el de “Voluntary Health Association of Punjab vs Union of India”, en el cual los peticionarios solicitaron a la Suprema Corte, el acceso gratuito y en igualdad de condiciones al anti-retroviral para el VIH/SIDA, dado que el estado de India presentaba negativa a asumir los costos del tratamiento, en consideración a que representaba grandes rubros y la población objeto de la medida correspondía a la más vulnerable del país. Al respecto, la Corte, accedió a la protección del derecho a la vida e igualdad, desarrollando una serie de directrices, entre las cuales se encontraba el suministro de tratamiento gratuito y en igualdad de condiciones, el abastecimiento de medicamentos y suplementos nutricionales a la población infectada, y la capacitación al personal médico de los centros asistenciales. Sin embargo, tal decisión tampoco fue muy exitosa, en la práctica su implementación no fue efectiva, dado que el estado no adoptó adecuadamente los lineamientos dispuestos por la Corte, bloqueando el acceso al anti-retroviral.

En razón a lo expuesto, tenemos que la negligencia y corrupción que permea el aparato burocrático y el sistema legislativo, de varios países, hace indispensable que los jueces recreen a partir de fallos estructurales, perspectivas de políticas, normatividad y demás, que permitan la consecución efectiva de los DESC.

Sin embargo, es claro que el poder judicial, por sí solo no puede materializar sus decisiones, por lo que se debe convertir en el centro de discusión de los conflictos socioeconómicos, sin usurpar facultades de las otras ramas, sino por el contrario, contando con la participación de los órganos democráticos y población civil, que confluyan en un “activismo dialógico”, en el que la concreción de políticas, apropiaciones presupuestales, creación de instituciones y proyección conjunta de las mismas, estén orientadas a un solo fin, que es el cumplimiento de lo emanado por las altas cortes, tendientes a la protección de los derechos en el mundo.

En tal sentido, tenemos que este tipo de decisiones judiciales estructurales se encuentran enmarcadas en lo que se ha denominado como “*experimentalismo democrático*” (Cano Blandón, 2016), teoría según la cual se plantea una nueva relación entre derecho y democracia, en la medida en que surgen cortes experimentales que abandonan el esquema tradicional de intervención judicial jerárquica y en su lugar dan paso a procesos en los que prima una tendencia deliberativa entre las partes inmersas en el proceso, así como otros intervinientes, tales como autoridades públicas, organizaciones sociales o entes de control, quienes en conjunto dan solución a la problemática en la que se encuentra involucrada la vulneración de los derechos.

En este contexto, surge el constitucionalismo experimental – también conocido como neoconstitucionalismo-, como una necesidad para los operadores judiciales de explorar nuevas formas de abordar la solución de casos complejos, a partir de la creación de órdenes judiciales de diversa índole con las cuales se espera obtener un resultado satisfactorio, basados en un entorno social determinado y armonizando

órdenes de tipo jerárquico tradicional con órdenes dialógicas. Este nuevo movimiento, trajo consigo el reconocimiento en mayor medida de los derechos económicos, sociales y culturales, la determinación de la democracia participativa como mecanismos de control social, la inclusión de la población como actores políticos, y la reivindicación de los derechos de las minorías, así como los debates sobre rendición de cuentas y la desconfianza del conglomerado por las prácticas antidemocráticas de los representantes del poder.

Este tipo de decisiones propenden por proponer diversas soluciones, que permitan cesar la vulneración de los derechos, y en las cuales el juez disponga un espacio de diálogo cuyo objetivo sea encaminado al diseño de planes que den respuesta al problema y contengan una propuesta de monitoreo posterior a su ejecución.

Es así como el constitucionalismo experimental cuestiona la clásica división de las ramas del poder público, así como la distinción propuesta entre lo privado y lo público, es decir, rompe un poco el esquema tradicional de Estado, toda vez que el derecho se ve permeado por la dinámica social involucrando a diferentes actores. En este sentido sobre el experimentalismo se dice que:

“... el experimentalismo entiende que la toma de decisiones no proviene de una única fuente de poder ubicada en la cúspide de una relación jerárquica, sino que, por el contrario, las decisiones aparecen dispersas por toda la sociedad y el poder está presente en todos los lugares, con lo cual replantea la soberanía del estado y su lugar central en la producción normativa...” (Cano Blandón, 2016, pág. 16)

Para lograr el éxito en la implementación de este tipo de decisiones, es preciso entender que depende de varias condiciones, entre ellas encontramos la forma en que la Corte realiza el diseño de la parte resolutoria de la sentencia, y la naturaleza de órdenes que expide, si son fuertes o débiles, siendo esta parte controlada por la Corte; así mismo, encontramos las condiciones procesales, es decir, si las partes realizaron reclamaciones previas o existieron incidentes u otros actos, dependiendo de eventos externos que influenciaran el proceso; y por último, tenemos la forma como se cumplieron las órdenes de la Corte, esto es, la implementación propiamente, si existió presión externa para su cumplimiento por parte de terceros.

Resulta preciso destacar que existen diferentes tipos de órdenes judiciales tendientes a cesar la transgresión de los derechos. En primer lugar, las órdenes de comando y control, en virtud de las cuales se limita al rol del juez, demandante y demandado, resaltando el papel directivo de la Corte; y por otro lado, están las órdenes dialógicas o experimentales en las cuales se evidencia la participación de diferentes actores, que no necesariamente deben ser partes en el proceso, éstas órdenes gozan de cierto grado de flexibilidad y cumplimiento, en tanto se revisan en su efectividad y pueden ser modificadas en el proceso de monitoreo de ejecución de la sentencia, aquí el Juez actúa en un papel facilitador en la deliberación de los distintos intervinientes en el proceso.

Concretamente en relación al caso colombiano, se observa que la Corte Constitucional no ha abandonado por completo las órdenes jerárquicas para remplazarlas por órdenes dialógicas, sino que combina varias clases de decisiones para lograr el fin común que es poner fin a la problemática, generando espacios deliberativos en los cuales las autoridades públicas y los afectados, son quienes crean las medidas de protección de los derechos, sin que la Corte lo haga directamente y de manera vertical.

Así las cosas, podemos afirmar que la aplicación de este activismo dialógico en las decisiones de casos complejos conlleva el resquebrajamiento de las prácticas tradicionales de los distintos órganos políticos y administrativos, que de alguna manera no están garantizando la protección efectiva de los derechos; así como propone una participación pública de nuevos actores en la toma de decisiones, incluyendo las personas que directamente no se han visto afectados por la problemática. Se tiene entonces, que se trata de una nueva óptica judicial para dar respuesta a la dramática realidad social que puede vivir una sociedad en un determinado momento.

Es de resaltar que en América Latina, las Cortes se han desempeñado como ejes articuladores en la dicotomía que se presenta entre una economía neoliberal y una Carta Política que tiene un contenido aspiracional de los derechos, concretamente de los DESC, jugando un papel decisivo para lograr la efectividad de los mismos, ya que por un lado tenemos la necesidad de reducir el tamaño y el papel protector y benefactor del Estado y por otro, las obligaciones tendientes a garantizar un contenido mínimo de estos, por lo que no es posible tampoco sustraerse de cumplir con estas prerrogativas, en la medida en que se ha comprometido a ello en distintos tratados internacionales suscritos y ratificado en la materia.

Al respecto, es preciso traer a colación el tema de la garantía efectiva de los DESC a través de su justiciabilidad, entendido como la capacidad de invocar los derechos ante un órgano jurisdiccional para lograr su protección ante un caso de violación, para lo cual es preciso aclarar que existen dos posiciones en este sentido. En primer lugar, quienes sostienen que carecen de la misma, debido al carácter progresivo de los mismos, entendiéndolos como derechos de carácter aspiracional; por otro lado, están quienes sustentan que son justiciables pero que tienen limitaciones debido a su compleja estructura, dado que requieren de obligaciones positivas del Estado para garantizarlos y que no existe unanimidad sobre el contenido obligatorio plenamente determinado de los mismos.

Sobre el papel de los jueces en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tenemos que:

La discusión sobre si los jueces debían o no intervenir en la protección de los derechos sociales y, más aún, con órdenes estructurales que implican políticas públicas, pareció conducir el debate a una situación dicotómica y sin salida. O se trataba de jueces activistas que se iban de frente contra sus críticos con decisiones

heroicas y detalladas o se trataba de jueces deferentes que no aseguraban la protección de los derechos sociales. (Cano Blandón, 2016, pág. 28)

En nuestro país, en relación al tema de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Constitucional fue poco a poco avanzando en su discurso, por ejemplo, en cuanto al derecho a la salud, en principio lo consideraba fundamental aplicando la teoría de la conexidad y posteriormente avanzó hacia la argumentación de que se trata de un derecho fundamental en sí mismo y totalmente justiciable de manera directa. Debieron transcurrir varios años para que la Corte Constitucional evolucionara hacia la conexión entre los derechos sociales y las políticas públicas, entendiendo esta figura, como un elemento esencial de los DESC, hasta lograr su cumplimiento por parte de las autoridades públicas a través de decisiones judiciales complejas.

Respecto a la expedición de sentencias estructurales, también llamadas experimentales, de la Corte Constitucional para la protección de derechos sociales, merecen especial atención la citada sentencia T-025 de 2004 y la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud, en las cuales claramente se ha aplicado el activismo dialógico tanto en las órdenes, como en su implementación, sin embargo, nuestro estudio se centrará en la primera de ellas.

Para autores como Rodríguez y Rodríguez (2015) al analizar la sentencia T-025 de 2004, e identificar la aplicación del activismo dialógico en los fallos judiciales, consideran que éstos pueden generar un impacto mayor en lo que tiene que ver con el cumplimiento de los derechos, en tanto se caracterizan por debatir derechos fuertes, remedios moderados y monitoreo fuerte.

En este orden de ideas y en aras de lograr comprender las teorías descritas en el presente capítulo, e identificar como se vive en la práctica las dinámicas expuestas, en el siguiente aparte se efectuará un análisis de la figura jurídica del Estado de Cosas Inconstitucional, el cual representa un claro ejemplo del papel que llevan a cabo los jueces en el desarrollo de las dinámicas sociales y políticas de un territorio, explicitando para ello sus principales características, antecedentes, declaratorias por parte de la Corte Constitucional antes de la expedición de la Sentencia T-025 del 2004, así como la relevancia que conllevan este tipo de fallos estructurales.

CAPÍTULO 2: EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, UN DESARROLLO JUDICIAL HACIA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

El Estado de Cosas Inconstitucional, en adelante ECI, es una institución jurídica creada por vía jurisprudencial, con carácter innovador, original y útil, también conocida como lo señalamos anteriormente, “*fallos estructurales*”, surgida en el seno del constitucionalismo contemporáneo, mediante la cual las corporaciones judiciales, declaran que ciertos hechos, contrarían abiertamente la Constitución, en un escenario de violación sistemática, flagrante y colectiva de los derechos fundamentales, y en tal virtud, expiden diversas órdenes a autoridades públicas y privadas para que en un término fijado por el Juez se realicen las actuaciones y acciones necesarias para superar tal condición.

Esta figura ha sido creada por los jueces, ante las fallas en el desarrollo de las políticas públicas de los países en temas específicos, entendiendo que la solución al conflicto escapa al ordenamiento jurídico positivo y a la doctrina, careciendo de un mecanismo efectivo para atender tal demanda de la sociedad, aquejada por graves y profundos problemas sociales, económicos y políticos, concibiendo entonces al ECI como una herramienta de protección de derechos y materialización del Estado Social y Democrático de Derecho, en aplicación del principio de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales - DESC, siendo los derechos fundamentales un verdadero limitante del poder.

Respecto del concepto del ECI se ha dicho que:

“... El ECI se presenta como una nueva modalidad de protección de derechos fundamentales, mediante un modelo de sentencia estructural en la que el Juez Constitucional, amparado en su función de guardián y en virtud del principio de supremacía constitucional, interviene directamente en la solución de problemas estructurales. También se le concibe como un instrumento judicial para aplicar la justicia distributiva en el marco de la realización de los derechos sociales, cuando su nivel de insatisfacción se transforma en problemas estructurales...En síntesis, en el plano de las definiciones del ECI, unos lo aceptan como una técnica o herramienta para afrontar casos estructurales, otros, como un método de intervención en políticas públicas, otros más como un dispositivo para la aplicación de la faceta objetiva de los derechos y algunos, como un tipo novedoso de sentencia...” (Cardenas, 2016, págs. 28, 29)

El mecanismo jurídico del ECI encuentra su origen histórico en los Estados Unidos de Norteamérica, en el emblemático fallo del caso “*Brown vs. Board of education*”, expedido el 17 de mayo del año 1954, enmarcado en el *common law*, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la segregación racial en las escuelas públicas (primarias y secundarias), era inconstitucional por violar el principio de igualdad ante la ley, contemplado en la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos. En este fallo estructural se acumularon 4 demandas, instauradas por más de 200 familias, atendidas por la Corte bajo el procedimiento denominado *class action*. Esta sentencia invalidó las leyes estatales y locales que permitían la

existencia de escuelas públicas diferentes para niños blancos y niños afrodescendientes.

En este fallo se enfrentaron dos corrientes a saber, por un lado, la del “*political question doctrine*”, elaborada por la Corte Suprema en casos como *Luther vs. Borde*, *Baker vs. Carr*, *Powell vs McCormack*, entre otros, conforme a la cual al poder judicial le está vedado interferir en asuntos que no son propios de su competencia, es decir, en cuestiones propias de las ramas ejecutiva y legislativa, con una clara tendencia hacia la separación de las ramas del poder público y limitando el campo de acción del Juez.

Por otro lado, se encuentra lo que se denominó “*structural remedies*”, invocada en el caso *Brown vs. Board of education*, la cual propende por buscar soluciones a un conflicto ocasionado por una violación sistemática a los derechos fundamentales a través de una decisión judicial, involucrándose en la ejecución de políticas públicas. Es menester señalar, que ésta sentencia tiene efectos generales y requiere de un conjunto de órdenes, en las cuales se hacen partícipes distintos órganos del Estado, de acuerdo a sus atribuciones específicas y conserva la competencia para vigilar el cumplimiento de su fallo.

En este caso, se evidenció claramente el protagonismo que adquirieron los jueces a partir de la adopción de decisiones de carácter político. Con este fallo, la Corte encontró que la segregación racial impedía que minorías, tales como los afrodescendientes, tuvieran los mismos beneficios educativos que los estudiantes de raza blanca, lo cual generaba una situación de inferioridad y desigualdad entre la población escolar, por lo que la Corte decidió asumir un rol de supervisión de su decisión judicial, a través de los planes de desagregación, los cuales se implementaron de forma lenta en los distintos estados de la Unión Americana. Es preciso exaltar que este fallo logró llevar a otro nivel el debate sobre el tema y así mismo acentuó la lucha de igualdad clamada por diversos sectores de la sociedad estadounidense, lo que puso en evidencia que el sistema educativo de la época requería un cambio estructural, pudiendo generar una verdadera transformación social.

De otro lado, el autor Gerald Rosenberg en su obra “*Hollow hope, can courts bring about social change?*” (Rosenberg, 2008), refiriéndose al caso *Brown*, aduce que las opiniones convencionales apuntaban a que este fallo generó ciertos avances legales y políticos en la sociedad, que contribuyó al nacimiento del movimiento de los derechos civiles en la década de los años 60 y que promovió la reforma escolar, sin embargo, en su criterio consideraba que esta sentencia tuvo pocos efectos, que los tribunales constitucionales no son los verdaderos promotores del cambio social, que son una “*esperanza vacía*”, entendiendo que este cambio se genera sólo cuando hace parte de la actividad del ejecutivo o del legislativo, siendo de ésta forma significativo. El autor sostiene que la legislación antidiscriminatoria posterior al fallo, y la movilización política de la época, fueron las que realmente lograron la desagregación racial. Aspectos que a nuestro juicio, corresponden a efectos que

conlleven inexorablemente la expedición y adopción de las sentencias estructurales, en el entorno social de un estado, lo cual analizaremos en nuestro próximo capítulo.

Sobre el caso Brown vs. Board of education, se ha dicho que:

“(…) En la función judicial que se identificó como performativa, la cual consiste en instaurar un sentido particular de conflicto sobre el que el juez toma decisiones con carácter normativo.

(…) Los detalles del caso Brown ejemplificaron la manera en que esa función performativa permite expandir el terreno de lo justiciable, alcanzando a prácticas que están por fuera de lo que previamente se entendía sometido a debate judicial. Más aún se advirtió que la litis del caso Brown, fue el producto de una decisión selectiva tomada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir de la organización de los hechos en un relato distinto al que venían instaurando los jueces del Estado. Este relato estuvo marcado por el peso diferente dado a los elementos de juicio (en particular, al daño en la subjetividad de los niños negros que asistían a escuelas segregada) y por la posición que ese elemento adquiere en explicación causal que ofrece el relato. El daño subjetivo con incidencia colectiva constituye el agravio desde el que se imbricaron ciertos intereses particulares (desplazando otros). El se conecta con una práctica institucional reglada (la segregación racial escolar) y no con otras…”
(Puga, 2013, pág. 64)

Ahora bien, es claro entonces, que en el desarrollo del crudo conflicto armado que ha vivido Colombia durante décadas, llegó a ser uno de los países con las peores violaciones a los derechos humanos, y en tal virtud, la Honorable Corte Constitucional en el marco de la acción de tutela, aplicó la citada figura para dar respuesta a los variados inconvenientes que se venían presentando en el territorio nacional, dado que no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una ruta adecuada para abordar este tipo de situaciones; es en este contexto donde surge la aplicación del ECI en nuestro país, con fundamento en el artículo 113 de la Constitución Política que contempla la colaboración armónica con las demás ramas del poder público, el artículo 241 sobre supremacía de la Constitución y el principio de economía procesal.

Respecto de la aplicación del ECI a propósito de la realidad colombiana, se puede afirmar que:

“... El ECI se encuentra claramente orientado por la necesidad de reestablecer “la confluencia armónica de los contenidos iusfilosóficos que fundamentan los derechos, con los contenidos materiales que los hacen efectivos, valiéndose de los últimos desarrollos del constitucionalismo, que han madurado la idea de una ‘Constitución viviente’. Es decir, de una constitución que tenga plena vigencia sociológica, que supere el aislamiento entre Constitución y realidad...” (Cárdenas, 2011, pág. 25)
(Subrayado fuera del texto).

Así mismo, la Alta Corporación ha definido en reiterada jurisprudencia los factores que se deben tener en cuenta para que una decisión judicial sea considerada dentro del concepto de estado de cosas inconstitucional; lo cual ha presentado una

evolución desde que surgió la primera declaración de ECI en el año 1997 hasta el año 2004 con la expedición de la sentencia T-025, entre los cuales encontramos:

“... (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iiii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial...”

De otro lado, la misma Corte Constitucional en sus diferentes declaraciones de ECI, ha definido las características de este mecanismo jurídico para su operatividad, en este aspecto tenemos: que actúa como protector de los derechos fundamentales; la figura debe consagrarse explícitamente en la parte resolutive de la sentencia, -dado que se han presentado casos como el de la salud, que pese a que reúne las condiciones, no lo ha manifestado expresamente en su decisión judicial-; así mismo, actúa como promotor de políticas públicas; tiene efectos erga omnes; es de carácter excepcional; y sus órdenes son complejas.

Tenemos entonces que la Corte Constitucional ha declarado en diez ocasiones la existencia de un ECI, las cuales han versado principalmente sobre los siguientes temas: La afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en sentencia SU-559 de 1997 reiterada en el fallo T-289 de 1998; los derechos de petición de CAJANAL (T-068 de 1998); hacinamiento carcelario de los sindicatos y procesados reclusos en centros penitenciarios (T-153 de 1998); ausencia de sistema de seguridad social en salud que garantice la asistencia médica y suministro de medicamentos en las cárceles del país (T-606 de 1998); omisión en la convocatoria de concurso de méritos para el nombramiento de notarios (SU-250 de 1998); mora reiterada en el pago de mesadas pensionales en el departamento de Chocó y Bolívar (T-558 de 1998 y T-525 de 1999); protección del derecho a la vida de los defensores de derechos humanos (T-590 de 1998); y la situación de desplazamiento forzado (T-025 de 2004), la cual constituye el punto central de nuestro análisis.

Sin embargo, debe entenderse que el ECI, es un mecanismo excepcional, que solo puede ser declarado por el Tribunal Constitucional, lo cual implica una intervención directa en las políticas públicas propias del ejecutivo y el legislativo, el cual necesariamente debe contar con un proceso de seguimiento para que permita la transición de la retórica, a la realidad; y que de alguna forma puedan interpretarse como el fracaso de las medidas de protección que antecedieron la declaratoria del ECI.

De acuerdo a lo antes expuesto, es claro que la parte resolutive de estas sentencias estructurales es determinante para lograr el cometido de las mismas, en tal sentido, las órdenes que imparta la Honorable Corte Constitucional a las diversas autoridades públicas y privadas de acuerdo con su competencia, deben estar enfocadas hacia el diseño y puesta en marcha de las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del ECI, así como la apropiación de los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos, la modificación de las prácticas, la superación de los errores de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución, la reforma del marco jurídico cuyas fallas han conducido a la consolidación del ECI y la ejecución de trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la transgresión de los derechos.

Así las cosas, en el ECI se evidencia el poder que tiene la Rama Judicial sobre el contenido de las determinaciones que considere necesario incluir en la sentencia para la superación de tal situación, en este sentido, suele impartir órdenes de tipo financiero, administrativo, político o social a los diversos actores involucrados en la situación fáctica que da origen a la vulneración de derechos; y además, fija plazos perentorios para su cumplimiento, entendiéndose que en el ECI, la Corte no sólo actúa como Juez, sino que cuando sea necesario, es un verdadero estadista.

Se observa que este tipo de sentencias, son una herramienta de gran importancia en la protección de los derechos fundamentales de la población en especial vulnerabilidad; los grandes problemas sociales y económicos que son causa de la realidad imperante de nuestro país, logran superarse si efectivamente se materializan las órdenes dadas mediante la decisión judicial; sin embargo, hasta el momento podemos constatar, que lastimosamente no se logra a cabalidad su cumplimiento, por cuanto existen diferentes situaciones que aún persisten, a pesar de haberse efectuado la declaración del estado de cosas inconstitucional en la materia; lo cual tiene su fundamento, en que no solo se requiere el compromiso de los jueces, sino también de las diferentes autoridades públicas y privadas.

En este orden de ideas, es preciso recalcar la relevancia que ha tenido este tipo de jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, quien ha hecho un aporte significativo al constitucionalismo contemporáneo, en tal sentido, se observa un contraste positivo, a partir del cual el país mediante la expedición de estos fallos, pasó de ser un transgresor sistemático de derechos, a ser un referente a nivel internacional en el ámbito constitucional y de innovaciones en materia institucional, para dar cumplimiento a los derechos contenidos en la Carta de 1991. Es así, como las decisiones del ECI de nuestro país, son citadas por distintos tribunales en el mundo y son objeto de análisis en estudios comparados de derecho constitucional.

Es preciso destacar, que dentro de las declaratorias de estado de cosas por parte de la Corte, merece especial atención la sentencia T-025 de 2004, objeto de nuestro estudio, ya que es una sentencia hito, tanto por las dimensiones que presentaba el caso, como por la técnica jurídica que se desplegaría a partir de su expedición, así como, por tratarse de una decisión consolidadora de línea jurisprudencial, en razón

a sus pronunciamientos sobre la figura. Por tanto, mediante su desarrollo se constató, que la situación de las personas vulnerables a causa del desplazamiento forzado era incongruente con el presupuesto que para la época destinaba el ejecutivo para el goce de los derechos fundamentales de esta población.

Aunado a lo anterior, es preciso mencionar que el activismo judicial de la Corte Constitucional, no se limitó solo a la declaratoria del ECI, sino que por el contrario, continúa a través de los autos de seguimiento, en los cuales asume la competencia de conocer el desarrollo del cumplimiento de la sentencia que declaró el estado de cosas. A modo de ejemplo, tenemos que a la sentencia T-025 de 2004, se le han realizado hasta la fecha treinta y siete autos de seguimiento³; por lo que, conforme a la evaluación que se efectúe con los autos, la Corte decidirá si persiste o supera el estado de cosas, en la medida en que los derechos que se han vulnerado alcancen su goce efectivo y se logren materializar las políticas públicas del tema en concreto.

De igual forma, la Corte al analizar el acatamiento de la sentencia emitió órdenes complementarias al Gobierno en el sentido de mantener el presupuesto general destinado a la atención de la población desplazada, y a las demás entidades intervinientes en el proceso, y les ordenó ajustar o reformular las políticas públicas para la población desplazada, con el ánimo de lograr la superación del ECI. En efecto, en este proceso de revisión de la observancia del fallo judicial, se realizan audiencias públicas en las cuales la Corporación escucha a los diversos actores y toma las medidas a que haya lugar para llevar a feliz término su decisión.

Conforme a lo expuesto, es claro entonces, que el conflicto armado en nuestro país, comporta situaciones de vulnerabilidad extrema a la población víctima de los grupos al margen de la Ley, lo que denigra la vida e integridad de gran parte de los ciudadanos del territorio nacional. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-602 de 2003, dispuso someramente aquellos aspectos relevantes en los que se veían inmersas estas personas al sufrir el desplazamiento interno:

“(...) El Banco Mundial aceptó que el desplazamiento se traducía en: el despojo de bienes materiales, tierra y vivienda; la pérdida de ingresos, de empleo y de oportunidades económicas; las restricciones de acceso a bienes comunales, la inseguridad alimentaria, el incremento de morbilidad y mortalidad; la ruptura de redes sociales y la desarticulación comunitaria; cambios irreversibles en los modos de vida, cambios culturales, desarraigo y ruptura de las estrategias de adaptación de las comunidades a su entorno habitual; trastornos psicosociales y afectación de las relaciones intrafamiliares y de la salud pública. Todos estos efectos podrían ser resumidos como riesgo de empobrecimiento y marginalidad social, económica y política”.

En este sentido, la Honorable Corte Constitucional, ante la flagrante vulneración de derechos humanos, tuvo la necesidad de intervenir en los planes y proyectos desarrollados hasta el momento por el Gobierno Nacional, con ocasión a las

³ Fuente: Página web de la Corte Constitucional – Seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025-04

transgresiones a las que estuvieron expuestas cientos de personas, las cuales vieron en la vía judicial, un escape a sus problemas; lo que condujo inexorablemente, a que en el año 2004, se declarara el estado de cosas inconstitucional, a partir del cual se emitieron una serie de órdenes a las diferentes ramas del poder público, tendientes a dar solución inmediata y efectiva a la situación. Es así, como en el año de 2011, el Congreso de la República promulga la ley 1448, como remedio a las falencias encontradas en el desarrollo de la Ley 387 de 1997, pretendiendo en el presente escrito, determinar si existieron aspectos normativos que se vieron influenciados por el fallo referenciado; procurando con ello demostrar el papel actual y real de los jueces, ante contextos sociales, políticos y económicos cambiantes.

Por tanto, y teniendo en cuenta la discusión que nos merece, podemos inferir que una vez analizada la figura a través de la cual la Honorable Corte Constitucional desarrolla su precedente en materia de reconocimiento de derechos humanos a las víctimas del conflicto armado interno, y antes de efectuar una validación de los elementos que componen la Ley 1448 de 2011, resulta necesario, delimitar nuestro campo de estudio, en aras de profundizar en el análisis que nos hemos propuesto para el presente trabajo, teniendo en cuenta, de igual forma, la extensión sugerida para este escrito. Resulta por tanto pertinente, hacer claridad que nuestra verificación en cuanto al campo de influencia de los Jueces en la creación y expedición de la norma señalada, se circunscribe a un fenómeno particular como lo es el “Enfoque diferencial”.

En este sentido, vale la pena determinar que la escogencia de ésta categoría guarda una relación estrecha con la influencia y prelación que connota al momento en que el Ejecutivo implemente medidas de protección y políticas públicas al respecto; así como, la trascendencia que subyace el que se identifiquen aquellas vulnerabilidades que inducen a que cierto grupo poblacional tenga históricamente una carga mayor, que genera una desigualdad en una proporción desmedida, la cual se ve afianzada por las características específicas de cada una de las víctimas; y finalmente, en que constituye, como será citado posteriormente, en una de las condiciones dispuestas mediante auto de seguimiento, para superar satisfactoriamente el ECI.

Así las cosas, iniciaremos con una descripción del término, sugerido por la Corte Constitucional, a partir de la sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012, con Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la cual se plasma el sentido del mismo:

“El principio de enfoque diferencial se traduce en la adopción de una serie de medidas encaminadas a enfrentar la situación de vulnerabilidad acentuada de algunas víctimas en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. La Ley ofrece especiales garantías y medidas de protección, asistencia y reparación a los miembros de grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos fundamentales: mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado, y de esta

manera contribuye a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.”

Resulta concordante con la realidad social, el comprender que la influencia de la consciencia de paz en el desarrollo legislativo de nuestro país, conlleva al planteamiento de soluciones tendientes a dar respuesta a aquellas solicitudes no sólo de aquellos afectados directamente por el flagelo, sino de toda la población colombiana, que de igual forma, aclama por una *paz estable y duradera*. Es precisamente con el fin de lograr este objetivo, y permitir el desarrollo de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, que resulta indispensable el reconocimiento de todos los individuos que conforman la sociedad, propiciando de esta forma su participación.

Sin embargo, como lo hemos tratado de ilustrar, debemos ser conscientes de ciertos rasgos que deben ser considerados a priori. Al respecto, podemos rescatar que existen diferentes grupos poblacionales que se encuentran inmersos en un tipo de diferenciación que permite su priorización en la ejecución y desarrollo de acciones, planes y proyectos en nuestro país. En este sentido, tenemos en primer lugar, la categoría dada por una condición, en la cual podemos enunciar las personas en situación de discapacidad, de escasos recursos, víctimas de la violencia y en situación de desplazamiento; así mismo, tenemos una diferenciación enmarcada en el género, referente a la comunidad LGTBI y mujeres; de igual forma, se encuentra la variable de ciclo de vida, en la que se encuentran los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adulto mayor; y finalmente, se destaca el origen étnico, conformado por la población indígena, afrocolombianos, pueblo rom y raizales.

“En este orden de ideas, el enfoque diferencial puede entenderse como el conjunto de acciones que, al dar un trato diferenciado a algunos grupos poblacionales, contribuye a reducir la brecha existente entre los diferentes segmentos de la población y garantiza la superación de la exclusión social, la marginalidad política, la desigualdad económica, la condición especial de vulnerabilidad y el riesgo de estas poblaciones ante el conflicto armado, lo que genera igualdad en el acceso a las oportunidades sociales.

Es responsabilidad de la sociedad en su conjunto contribuir al logro de un Estado igualitario que reconozca, valore y proteja las diferencias como grandes activos sociales. El enfoque diferencial hace énfasis en algunos lineamientos particulares que deben adoptar las instituciones para guiar a los funcionarios, que tengan en cuenta las particularidades e inequidades dentro de ciertos grupos poblacionales con el propósito de brindar una adecuada atención, protección y garantía a sus derechos” (Ministerio del Interior, 2015, pág. 7).

En razón a lo expuesto, y a propósito de los autos de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, para el objeto de nuestro análisis, es preciso traer a colación los diferentes pronunciamientos expedidos por la Corte orientados al cumplimiento del enfoque diferencial en la ejecución de las órdenes del fallo, evidenciando de esta forma la relevancia que la Alta Corporación otorgó a este tema, emitiendo para tal fin, una serie de autos focalizados de acuerdo a la población vulnerable, en los cuales

evaluó las obligaciones legales frente a cada grupo; analizó la respuesta del Estado; y reveló los errores en los cuales estaba incurriendo, para de ésta forma, determinar órdenes generales a los actores que ejecutaran la política pública y dar lineamientos precisos para la elaboración de la misma, estableciendo el número de programas, el contenido básico de cada uno de ellos, así como el plazo para su ejecución.

En primer lugar, rescatamos el auto No. 092 de 2008, el cual está referido a las mujeres desplazadas, -aplicando la perspectiva de género antes citada-, para lo cual trae a colación el alto porcentaje de población desplazada que pertenece a este grupo. Posteriormente, en octubre del mismo año, la Corte profirió el auto No. 251, en el cual centró su atención en los niños y niñas menores de edad e incluyó a las organizaciones especializadas en este tema. Así mismo, en este año se expidió el auto No. 116, el cual modificó la batería de indicadores adoptada en autos anteriores para medir la eficacia en el cumplimiento de los diferentes derechos de los desplazados, entre ellos, se adoptó un indicador para evaluar el enfoque diferencial en relación a los niños, las mujeres y el origen étnico.

Seguidamente, en el año 2009, en el auto No. 004 trató el tema de la población indígena; en el auto No. 005 del mismo año, se refirió al pueblo afrodescendiente; a continuación, en el auto No. 006 hizo alusión a las personas desplazadas que se encontraban en situación de discapacidad; y finalmente, el Alto Tribunal mediante el auto No. 008 de 2009, realizó un balance sobre el primer quinquenio desde la expedición del ECI en materia de desplazamiento, centrando sus esfuerzos en la evaluación de la efectividad de sus órdenes y estableciendo pautas para revisiones futuras. En este auto, la Corte Constitucional estableció los ejes que tendría en cuenta para la superación del ECI en el desplazamiento forzado, entre ellos encontramos:

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

En razón a las necesidades particulares de cada uno de los grupos enunciados, se debe pensar en la creación de políticas públicas, que garanticen la satisfacción a los diferentes requerimientos, es decir, que contribuyan efectivamente a que se disminuyan las brechas y se superen las expresiones de discriminación a que son sometidos por su situación de vulnerabilidad. Es en este sentido, que nos merece especial relevancia el análisis del concepto de “*Enfoque Diferencial*”, en aras de poder verificar aquellos elementos jurisprudenciales, que permearon el aparato legislativo, específicamente la Ley 1448 de 2011, en relación con la defensa y salvaguarda de aquellas personas que merecen especial protección, para que logren

el goce efectivo de sus derechos y sobre todo que los efectos a los que se encuentran expuestos por la violencia, no se tornen de carácter irreversible.

“Así, el denominado enfoque diferencial nace –en principio– con la pretensión de ofrecer un panorama de restitución de derechos a víctimas del conflicto desde sus particularidades; parte, por tanto, de la noción de diversidad y vulnerabilidad de estas personas, por lo cual, su interés se centra en “devolver derechos” de manera efectiva. De ahí que desde la primera década del siglo XXI el enfoque diferencial ha sido el artífice de nuevos modelos de implementación de políticas, programas y proyectos – estatales, ciudadanos, políticos, jurídicos, etc.– para la restitución de derechos a las víctimas.

Bajo esta perspectiva, la manera en que se implementan dichos programas y políticas determina el éxito o el fracaso del enfoque desde la concepción del favorecimiento de la diversidad. En ese sentido, el énfasis que los implementadores pongan en este u otro enfoque será significativo para revisar la eficacia de las políticas. En materia de construcción de paz no es diferente; el enfoque diferencial ha tenido un papel revelador en los discursos de exigibilidad de derechos de diferentes grupos sociales, de manera que la apuesta es que la orientación de las respuestas estatales a las problemáticas sociales tenga en cuenta la diversidad étnica, cultural, de edad, de género y de condición física y psicológica de las poblaciones objetivo a las cuales se dirigen”. (Arteaga Morales, 2012, págs. 15 - 16)

Bajo esta perspectiva, resulta por tanto relevante entender esta figura, como un mecanismo que permite efectuar un estudio del contexto en que se lleva a cabo el conflicto armado interno en Colombia, con el fin de identificar las características de las víctimas, a partir de las cuales orientar el andamiaje institucional en la creación e implementación de las medidas de protección, que permitan lograr la justicia, verdad y reparación integral de las mismas. Así mismo, consideramos necesario tener claridad, en la importancia de que se tomen decisiones a partir de la diferenciación, que permitan el reconocimiento social de los actores que intervienen, se promueva el respeto hacia los mismos, se empoderen con el fin de que logren una participación activa en la lucha de sus derechos, e identifiquen la obligatoriedad de que le sean garantizados unos mínimos por parte de los ciudadanos y el Estado.

Es en este orden de ideas, que pretendemos en el siguiente aparte realizar un estudio de la sentencia T-025 de 2004, en la cual la Honorable Corte Constitucional, tal y como lo señalamos, desarrolla un fallo en el que pretendemos exaltar las justificaciones y proposiciones que permearon el aparato legislativo, hasta el punto de reflejarse en la Ley de Víctimas, específicamente, en lo concerniente a su concepto de enfoque diferencial; para ello, procuraremos emplear transversalmente, el texto Cortes y Cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, de los autores Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, los cuales proponen y caracterizan el fallo en el marco del activismo dialógico, como teoría sobre las intervenciones judiciales experimentales, conforme lo expuesto en el primer capítulo.

CAPÍTULO 3: SENTENCIA T-025: ¿LA RESPUESTA FRENTE A UNA REALIDAD NACIONAL CON UN ENFOQUE DIFERENTE?

Ahora bien, una vez identificados los presupuestos requeridos para nuestro estudio, daremos paso a un análisis estático de la sentencia T – 025 de 2004, a partir de la cual pretendemos extraer aquellos argumentos que se tuvieron en cuenta por la Honorable Corte Constitucional en sus consideraciones, así como las órdenes esgrimidas en la parte resolutive de su fallo, y en los respectivos autos de seguimiento, que posteriormente representaron una influencia en las normativas dispuestas por el legislador en la Ley 1448 de 2011, relacionadas específicamente entorno a aquellas personas que por sus condiciones de especial vulnerabilidad requirieron el actuar del Estado, bajo el concepto de enfoque diferencial.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en el numeral 5.2 denominado *“Gravedad del fenómeno del desplazamiento interno por los derechos constitucionales que resultan vulnerados y la frecuencia con que se presenta tal vulneración”*, correspondiente a la sentencia mencionada, dispone la necesidad de que ciertas personas que han sufrido el desplazamiento interno, dadas sus condiciones particulares sean atendidas de forma especial por parte de las autoridades y organismos gubernamentales.

“También ha resaltado esta Corporación que, por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas –en su mayor parte mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad - que se ven obligadas “a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional” para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: “Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”

De igual forma, en el aparte señalado, el Alto Tribunal reafirma su posición, haciendo mención a los Principios Rectores de los desplazamientos internos⁴, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos el 11 de febrero de 1998:

⁴ Principio 2

Estos Principios serán observados por todas las autoridades, grupos y personas independientemente de su condición jurídica y serán aplicados sin distinción alguna. La observancia de estos Principios no afectará a la condición jurídica de las autoridades, grupos o personas involucradas. Estos Principios no podrán ser interpretados de una forma que limite, modifique o menoscabe las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos concedidos a la persona por el derecho interno. En particular, estos Principios no afectarán al derecho de solicitar y obtener asilo en otros países.

Principio 4

Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar. Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán

“Los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos “en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse”. La interpretación de estos derechos deberá hacerse de conformidad con lo que establecen los Principios 2, 4 y 9 sobre protección especial a ciertos grupos de desplazados”

Es de anotar por tanto, que antes de la Ley de Víctimas, nuestro país si bien contaba con normativas y diseños de políticas en torno a las personas que habían padecido a causa de la transgresión al Derecho Internacional Humanitario por parte de los grupos armados insurgentes, las mismas no permitían que fuese posible realizar una diferenciación entre este grupo poblacional tan diverso, en los cuales existían ciudadanos con especiales condiciones que los hacían más vulnerables y por tanto debían ser protegidos de manera específica y prioritaria. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional advierte en el Auto 382 de 2010:

“(…) una de las fallas prominentes que se observa en la política pública de atención integral a la población desplazada es la tendencia a plantear un tratamiento general y uniforme para toda la población en situación de desplazamiento al percibir a esta población como un grupo homogéneo de personas, desconociendo la atención diferencial que merecen ciertos grupos de individuos, que por su condición especial de vulnerabilidad son considerados desde el marco constitucional como sujetos de especial protección, resultando desproporcional su afectación respecto del resto de población en igual situación de desplazamiento. Esta ausencia en la atención diferencial en el marco de la política pública agrava más la situación de violación de derechos humanos y son la nación, los departamentos y los municipios los responsables de ello,

(…) El diseño de un enfoque diferencial requiere identificar las diferencias de los grupos de especial atención en razón de su mayor vulnerabilidad, (...) para determinar cuáles diferencias son relevantes y encaminar cambios en la política, que son posibles si se realiza un ejercicio de análisis en el que se identifiquen los vacíos existentes en la respuesta estatal, así como las transformaciones para ajustar, modificar o complementar la política, llenándola de contenido propio y coherente a la atención de esta población y con la obligación de asegurar el goce efectivo de sus derechos”.

En consideración a lo enunciado, resulta imperante por tanto afirmar, el notorio predominio del Poder Judicial en la implementación de este concepto en el contexto del conflicto armado, permitiendo con ello la transformación de una legislación encaminada a la salvaguarda de este principio, lo cual guarda estrecha relación con el artículo 13 y 28.6 de la Ley 1448, en los cuales se hace referencia explícita al enfoque diferencial y el derecho de las víctimas a que se generen políticas públicas

derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

Principio 9

Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.

que tengan en cuenta precisamente aquellos factores que merecen especial atención en el desarrollo de planes y proyectos, que permitan un goce efectivo de los derechos a la población vulnerable.

Es así como el Honorable Tribunal, determina en la sentencia bajo estudio, la prelación en materia de políticas que debe adelantar el gobierno nacional, con el fin de darle solución eficaz e inmediata a las condiciones desfavorables a las que han sido sometidas las personas que han tenido que vivir las circunstancias adversas del conflicto armado interno.

“Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”. En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte “la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública”, dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional”.

Por tanto, es relevante para nosotros los argumentos presentados hasta el momento, ya que a nuestro juicio representan una injerencia en la adopción de las disposiciones normativas de los artículos 43, 139, 145, 149, 168.10 y 174 de la Ley de Víctimas, en las cuales resulta relevante la orientación, asesoría y representación judicial por parte de la Defensoría del Pueblo; la intervención de los afectados por el conflicto armado interno, en la adopción de las medidas de satisfacción dispuestas por las entidades competentes; la realización de acciones en materia de memoria histórica; la adopción de garantías de no repetición; las funciones de la unidad administrativa especial para la atención y reparación integral tendientes a garantizar mecanismos y estrategias de participación; y las funciones de las entidades territoriales en la adopción de proyectos tendientes a lograr la protección de los derechos humanos; todas requiriendo para su materialización la aplicación de mecanismos diferenciales.

Así mismo, encontramos el artículo 47, el cual hace referencia al derecho que le asiste a la población afectada, de percibir una ayuda humanitaria, atendiendo las particularidades de cada individuo, lo cual es desarrollado por la sentencia T – 025, en la que se expone la diferenciación que subyace a las personas desplazadas para ser favorecidas por este beneficio; por un lado, se refiere a aquellas que se encuentren en una *urgencia extraordinaria*, y por el otro, hace mención a quienes no tengan forma de sufragar una subsistencia mínima a través de cualquier actividad económica, entre las que resalta grosso modo, los niños, adultos mayores, personas en situación de discapacidad y mujeres cabeza de familia. Al respecto, en la parte considerativa del fallo, se hace alusión a la figura, efectuando un símil con el concepto de mínimo vital, aduciendo dentro de las medidas a proveer: alimentos, agua potable, vivienda digna, vestidos, y servicios de salud, lo cual es tratado de manera particular en el artículo 49 y siguientes de la Ley de víctimas.

Es de anotar, que con anterioridad al pronunciamiento dispuesto en el 2010, la Corte Constitucional con ocasión a su fallo, venía sentado las bases para que el Gobierno

Nacional y las Instituciones pertinentes diseñaran programas y legislación que permitiera ofrecer garantías reales a las víctimas, y especialmente ayudar a aquellas que por sus condiciones especiales se encontraban en mayor grado de vulnerabilidad. Es así como, esta institución mediante auto de seguimiento 218 de 2006, al verificar las medidas adoptadas tendientes a superar el estado de cosas inconstitucional dispuesto en la sentencia del 2004, reafirma la diferenciación que subyace a ciertos grupos y que ha sido desconocido en el marco de protección del Estado.

“Si bien se ha demostrado un avance significativo en el nivel básico de especificidad consistente en diferenciar la atención que se presta a la población desplazada de la atención que se presta al resto de la población vulnerable, el criterio de especificidad está ausente de los informes en tres niveles distintos de igual trascendencia constitucional (a) en relación con los sujetos de especial protección constitucional que forman parte de la población desplazada —ancianos, niños, mujeres cabeza de familia—; (b) en relación con las diferencias regionales que presenta el fenómeno del desplazamiento y (c) en relación con la condición de víctimas del conflicto armado que tienen las personas desplazadas.

[...] Si bien la totalidad de individuos desplazados comparte, en términos generales, la violación de sus derechos constitucionales, estos tres grupos poblacionales (ancianos, niños y mujeres cabeza de familia) se diferencian del resto en cuanto a la especificidad de sus vulnerabilidades, sus necesidades de protección y de atención, y las posibilidades que tienen de reconstruir sus proyectos de vida digna. De ahí se deriva la necesidad de adoptar un enfoque diferencial, específico, que reconozca que el desplazamiento surte efectos distintos dependiendo de la edad y del género.

[...] La política de atención a la población desplazada desconoce las variaciones y especificidades regionales del desplazamiento interno, derivadas de las distintas dinámicas territoriales del conflicto armado. Aunque el desplazamiento es una crisis humanitaria que afecta a todo el país, tiene características regionales e incluso locales que se relacionan directamente con los actores que los generan, sus modalidades de ocurrencia, las poblaciones afectadas y las causas que lo nutren.

[...] No observa la Corte que se haya demostrado que el diseño de la política de atención a los desplazados tenga en cuenta su condición de víctimas del conflicto armado, la cual les confiere derechos específicos, como los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Para el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado, estos derechos se manifiestan, igualmente, en la protección de los bienes que han dejado abandonados, en particular de sus tierras —componente de protección que no ha sido resaltado con suficiente fuerza por las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD)”.

Lo anterior, se encuentra directamente relacionados con las medidas de satisfacción dispuestas con respecto a los niños, niñas y adolescentes en el cuerpo normativo analizado, especialmente en las garantías propuestas en los artículos 40, 41, 181 y siguientes del mismo, bajo el título *“Protección integral a los niños, niñas y adolescentes víctimas”*, con lo cual nos es dable determinar lo pretendido por el legislador en este aspecto, lo cual era imponerle diferenciación y énfasis en la

importancia del desarrollo de proyectos y planes que tuvieran como objeto el amparo de éste grupo población especial. En este sentido, la Corte Constitucional, ha sido determinante en sus pronunciamientos al acentuar el estatus de las personas que requieren una salvaguarda por la Constitución Política de Colombia.

Es así como la Corporación en el numeral 9 de la parte motiva de su fallo denominado *“Los niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas en situación de desplazamiento”*, efectúa un diagnóstico de la situación en la que se encuentran los menores a partir de las medidas adoptadas hasta el momento por el Estado, encontrando la precariedad de la realidad en cuanto el acceso a servicios de salud, educación⁵ y alimentación.

“En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la “brecha en calorías” de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el PMA. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo. A su vez, las insuficiencias alimenticias mencionadas se traducen en un estado desnutrición que tiene como consecuencias, entre otras, retraso de la talla para el peso y del peso para la edad, déficit en atención escolar, predisposición a las infecciones respiratorias y a la diarrea, disminución de la visión, y aumento de la morbilidad infantil.

En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%. Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional”.

Es por tanto, que la Corte Constitucional termina por referir, con fundamento en el artículo 2 de la Carta Política, que el Estado debe velar porque se adopten todas las soluciones necesarias para solventar las vulnerabilidades a las que se han visto expuestas estas personas con ocasión al conflicto armado interno. De igual forma, en dicho pronunciamiento, hace referencia a los Principios Rectores de los desplazamientos internos⁶ No. 13 y 23, con el ánimo de destacar la importancia del

⁵ En la sentencia T-215 de 2002, la Corte Constitucional dispuso a la Secretaría de Educación Municipal *“Disponer el ingreso al sistema educativo de los niños tutelantes, usando los cupos disponibles en los colegios de la zona. Este trato preferente a los niños en condiciones de desplazamiento se justifica no sólo por ser la educación un derecho fundamental del que son titulares, como todos los demás menores de edad que se encuentren en territorio nacional, sino porque dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad son sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual se traduce en materia educativa en que si no se garantiza como mínimo su educación básica, ello agravará las repercusiones de su desplazamiento sobre su autonomía personal y el ejercicio de sus derechos”.*

⁶ **Principio 13**

Los niños desplazados no serán alistados en ningún caso ni se les permitirá o pedirá que participen en las hostilidades. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra las prácticas discriminatorias de alistamiento en fuerzas o grupos armados como resultado de su desplazamiento. En particular, se prohibirán en toda circunstancia las prácticas crueles, inhumanas o degradantes que obliguen a los desplazados a alistarse o castiguen a quienes no lo hagan.

Principio 23

Toda persona tiene derecho a la educación.

Para dar efecto a este derecho las autoridades competentes se asegurarán de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciben una educación gratuita y obligatoria a nivel primario. La educación respetará su identidad cultural, su idioma y su religión.

Se harán esfuerzos especiales por conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos.

derecho a la educación para la población con enfoque diferencial, principalmente para los niños en edad escolar, la cual debía ser garantizada desde los cinco a los quince años de edad, siendo una obligación conjunta entre los entes gubernamentales, los padres y los propios estudiantes, quienes deben procurar la capacidad y asistencia a los centros educativos correspondientes; conforme a lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución Política.

Es así, como en el articulado de la Ley de Víctimas surge el artículo 51 que establece las medidas en materia de educación, con el propósito de eliminar las barreras de acceso a la educación para los niños en edad escolar; sin embargo, la medida legislativa va más allá superando la orden judicial, al incluir que en los procesos de selección, admisión y matrícula para la educación superior, en instituciones tecnológicas o universidades públicas se garantice que las mujeres cabeza de familia, adolescentes y población en condición de discapacidad, puedan acceder a los programas de estudio ofrecidos por dichas entidades, evidenciado de ésta forma la influencia que tuvo el emblemático fallo de la Corte.

Finalmente, en la sentencia T-025 de 2004, se determina la necesidad de la atención por parte de las instituciones de salud a las víctimas de la violencia, especialmente a los niños y niñas, remitiéndose para ello en los artículos 44 y 50 de la C.P, sobre todo cuando se vean amenazadas la vida e integridad de los mismos a causa de dolencias, enfermedades, lesiones e infecciones.

Continuando con nuestro estudio, encontramos que, a lo largo de las disposiciones de la Ley de Víctimas, se hace especial énfasis en la importancia y trascendencia de la atención prioritaria a las mujeres como sujetos de especial protección, incluyendo el artículo 114 y siguientes de la misma, bajo la denominación “*Normas para las mujeres en los procesos de restitución*”, adicional a los otros preceptos antes dispuestos.

En relación a lo expuesto, encontramos que la Corte, era consciente con antelación de esta situación, por lo que se manifestó al respecto en el fallo estudiado, efectuando para ello mención a la sentencia T-721 de 2003, en la cual señaló el incremento y consolidación de la vulneración sufrida por las personas desplazadas, en razón a la pertenencia de las mismas en gran medida, a la áreas rurales del territorio nacional; teniendo a consideración de igual forma, las condiciones psicológicas que acarrearía la vivencia del destierro, sobre todo en la afectación a las mujeres, por lo que determinó la relevancia de tener en cuenta la incorporación de la *perspectiva de género*, como una medida de respuesta o solución al problema, lo cual se retoma en la decisión judicial T – 025, al considerar en la evaluación de la política que los sistemas implementados por el Gobierno no permitían determinar las necesidades especiales de grupos expuestos a un grado elevado de vulneración

Tan pronto como las condiciones lo permitan, los servicios de educación y formación se pondrán a disposición de los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.

como lo son las mujeres, existiendo obligaciones por tanto especiales por parte de las instituciones del Estado:

“A partir de ese criterio, y con base en las obligaciones internacionales asumidas por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en la compilación de criterios para la interpretación y aplicación de medidas para atender a la población desplazada contenida en los Principios Rectores, la Sala considera que los siguientes derechos mínimos encuadran bajo esta definición y, por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado:

(...) El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los artículos 42 y 44 CP y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por sujetos de especial protección constitucional -niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia -, quienes tienen derecho a reencontrarse con sus familiares.

4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que “las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales.” También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas”.

Como se puede apreciar, otro de los temas al cual hace referencia la Corte en la sentencia T-025, es lo que tiene que ver con la unidad familiar, que proviene del derecho a la familia consagrado en la Carta Política, ya que a raíz del crudo conflicto en el país y su consecuente desplazamiento, muchos hogares se desintegraron; por esta razón, el Tribunal Constitucional reiteró la protección de la población con enfoque diferencial, al establecer que ésta tiene derecho a reencontrarse con sus seres queridos, haciendo eco en la expedición de la Ley de Víctimas, concretamente en el artículo 136, que establece como obligación del Gobierno Nacional implementar un programa de rehabilitación para que las víctimas puedan desempeñarse en diversos aspectos de su vida, incluido el familiar, para tal fin deberá brindar un acompañamiento psicosocial, incluyendo a los miembros de su familia, teniendo en cuenta la perspectiva de género, además de medidas en favor de niños, adultos mayores y discapacitados.

De otro lado, al analizar la injerencia que tuvo el citado fallo en la redacción del artículo 176.5, referido al Plan Nacional de Atención y Reparación de víctimas, que tiene como uno de sus principales objetivos atender de manera especial a la población vulnerable entendida como mujeres y niños preferentemente a viudas, cabeza de familia y huérfanos, es preciso mencionar que la sentencia T-025 de 2004 a lo largo de su parte considerativa es enfática en la protección a este tipo de personas, acentuando la aplicación de los principios rectores de los desplazamientos internos, específicamente el No. 16, relativo a que los desplazados deben conocer el

paradero de sus familiares, esto con el fin de lograr la reunificación familiar, a través de la modificación de su inscripción en el Registro Único de Población Desplazada.

De igual forma, es pertinente mencionar, que la Honorable Corte en el citado fallo, evidenció que en el momento de expedición de la sentencia no existía una política clara que beneficiara a los grupos de especial vulnerabilidad, lo que hemos venido citando como enfoque diferencial, así:

“... No han sido reglamentadas las políticas que faciliten el acceso a la oferta institucional a los grupos desplazados en situación de mayor debilidad, tales como las mujeres cabeza de familia, los niños, o los grupos étnicos. No existen programas especiales que respondan a las especificidades de los problemas que aquejan a dichos grupos...”

En este contexto, observamos que el legislativo actuó de manera afirmativa a lo ordenado en la sentencia, al consagrar expresamente en el contenido de la ley de víctimas, la protección especial que debe brindar el Estado a las mujeres, niños, indígenas, afro descendientes, entre otros, quienes viven una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, la Alta Corporación en su sentencia develó los grandes problemas de capacidad institucional del Estado Colombiano para dar respuesta positiva a sus desplazados, ya que si bien es cierto, existía un sistema incipiente de atención a ésta población que trataba de dar respuesta a la problemática, resultaba siendo insuficiente y pasaba por alto aquella población que aun siendo desplazada, merece un esfuerzo adicional del Estado dada su condición, como lo es la población incluida en el enfoque diferencial.

Adicionalmente, debemos referirnos a la influencia que a nuestro juicio tuvo el fallo en mención, en la producción del artículo 73.8 y 205 de la Ley 1448. Al respecto, concierne claramente a la inclusión de uno de los Principios Rectores de los desplazamientos internos, tratados por la Corte Constitucional en la parte considerativa de su decisión; en este sentido, la misma enuncia el principio No. 9 respecto a la adopción de garantías a aquellos grupos que presenten “*una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma*”, dentro de los que podemos considerar prioritariamente a los pueblos y comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, haciendo alusión dentro de las referencias a la sentencia T-602 de 2003, en la cual se dispuso claramente:

“Siempre que no sea posible el retorno al lugar de origen de los desplazados en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, la respuesta estatal debe articularse en torno a acciones afirmativas (...) que garanticen (i) el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación, (ii) la promoción de la igualdad, y (iii) la atención a minorías étnicas y a grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos, así como tampoco puede olvidarse que dentro de la población afectada un gran porcentaje son mujeres y, bien sabido es que éstas padecen todavía una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales. Para expresarlo en otros términos, la atención a la población desplazada debe basarse en

acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual”.

Posteriormente, mediante auto de seguimiento 004 de 2005, emanó unas órdenes específicas a instituciones que se encuentran inmersas dentro de la actividad Ejecutiva del país, encaminadas a salvaguardar los intereses de la población indígena, a partir de la implementación de programas direccionados a la prestación de un servicio integral, no sólo tendiente a lograr una superación de la vulnerabilidad, sino también a evitar aquellos factores que la generan, determinando en su parte resolutive:

“ ORDENAR a los mismos funcionarios enunciados en el siguiente numeral que diseñen e implemente, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un programa de garantía de los derechos de los pueblos indígenas afectados por el desplazamiento (...) deberá contener componentes de prevención y atención, así como respetar los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas mencionadas en el presente auto y en otros en los que se ha ordenado incluir un enfoque diferencial, en este caso en cumplimiento del principio de diversidad etnocultural. 2) ORDENAR al Director de Acción Social y al Ministro del Interior y de Justicia, - con la participación de la Directora del ICBF, la Ministra de Educación, el Ministro de la Protección Social, el Ministro de Defensa y el Director del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersonal - que, en el término máximo de seis (6) meses a partir de la notificación del presente auto, formulen e inicien la implementación de planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado para cada uno de los pueblos (...).”

Resulta trascendental en este sentido comprender, que la Corte Constitucional, dispone a las autoridades competentes, que diseñen las políticas de acuerdo a los lineamientos que crea a partir de su jurisprudencia en relación a las víctimas del conflicto armado, lo cual permite hacer evidente nuestra posición, en el entendido que el Poder Judicial a través de sus pronunciamientos permea las otras ramas del poder a generar lineamientos adecuados para su actuar, tendientes a preservar la salvaguarda de los Derechos Humanos en el territorio nacional. Así mismo, lo podemos prever en el Auto de seguimiento 005 de 2009, en el cual ordena *“al gobierno nacional, a través del director de Acción Social, como coordinador del SNAIPD, y al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD) diseñar un plan integral de prevención, protección y atención a la población afrocolombiana, con la participación efectiva de las comunidades afro y el pleno respeto por sus autoridades constituidas, y de las autoridades territoriales concernidas”*

Para culminar, dentro del estudio del texto normativo conocido como Ley de Víctimas, encontramos el artículo 178, que en su numeral 5 consagra como unos de los deberes de los funcionarios públicos el brindar atención especial a las víctimas en el desarrollo de los procedimientos jurídicos y administrativos a su cargo, esto con el fin de evitar la revictimización de la población que ha padecido el flagelo del desplazamiento. Este artículo, encuentra su origen en la sentencia T-025 de 2004, cuando la Corte trae a colación en la parte considerativa de su decisión en el numeral

6.3.1, el tema de la capacidad institucional del Estado para lograr la protección de los derechos de las víctimas, aquí se resalta la labor crucial que cumplen los funcionarios públicos para lograr este cometido del Estado, recabando sobre la capacitación y preparación en las funciones y responsabilidades de sus trabajadores, tendientes a la prestación de un mejor servicio, lo que a la postre se configura en un elemento determinante para la efectividad de la política pública, teniendo en cuenta que esto impacta el día a día de la población en situación de desplazamiento.

“... En efecto, de los expedientes se deduce que algunos funcionarios administrativos los someten a un eterno peregrinaje institucional y a trámites innecesarios, no les dan información oportuna y completa acerca de sus derechos o simplemente ignoran sus solicitudes. A este problema contribuye el hecho que quien adquiere la condición de desplazado en razón de la violencia no conoce sus derechos derivados de dicha condición. De tal manera que se ordenará a la Red de Solidaridad Social que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados para que les informen de manera inmediata, clara y precisa cuáles son los derechos orientados a garantizarles un tratamiento digno por parte de las autoridades y verifique que ello realmente suceda...”

Con fundamento en lo descrito, vale la pena indicar que las apreciaciones suscitadas anteriormente, corresponden a la parte motiva de la sentencia, sin embargo, una parte determinante de nuestro estudio corresponde directamente a la confrontación entre las órdenes esgrimidas por la Corte -para responder a las solicitudes de los accionantes-, y las disposiciones normativas emanadas en la materia. Por tanto, encontramos entre los aspectos semejantes los siguientes: la solicitud al Director de la Red de Solidaridad Social con el fin de que se realice la capacitación al personal respectivo, sobre la necesidad de informar a las víctimas de *manera inmediata, clara y precisa la carta de derechos básicos* (artículo 28, 168 y 203); el requerimiento para que se otorgue la ayuda humanitaria solicitada a aquellos inscritos en el Sistema único de Registros de Desplazadas, incluso a aquellas mujeres inscritas bajo un nuevo núcleo familiar como madres cabeza de familia (artículo 23, 28, 114, 47 y ss.); la coordinación de acciones para lograr el *acceso efectivo al sistema educativo* (artículo 51 y 123); el determinar la situación actual de la población desplazada, *fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal, definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos e indicar mecanismos de consecución de tales recursos* (artículo 113 y 174); garantizar el acceso al sistema de salud y suministro de medicamentos (artículo 52 y ss.); y la determinación de comunicar al Defensor del Pueblo y el Procurador General de la Nación, para que *dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento del fallo* (artículo 201).

De forma paralela, existieron una órdenes generales tendientes a superar el estado de cosas inconstitucionales, tales como: *formular la política y garantizar la asignación presupuestal para los programas de atención a la población desplazada* (artículo 19, 28, 113, 168, 172 y 174); *permitir a quienes puedan verse afectados por una decisión, tomar parte en el proceso para su adopción* (artículo 14, 28, 32, 36, 139, 145, 149, 160, 161, 165, 168, 173, 186, 192 y ss.); registrar a las personas víctimas

del conflicto *como desplazado, solo o con su núcleo familiar* (artículo 23, 47 y ss., 61, 114, 154 y ss.); *percibir ayuda humanitaria inmediatamente se produzca el desplazamiento* (artículo 23, 28, 114, 47 y ss., 62 y ss.); *acceder a los servicios de salud y educación* (artículo 123, 51 y ss.); *retornar en condiciones de seguridad a su lugar de origen y sin que se le pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional* (artículo 66, 28, 70, 71 y ss., 123, 168); y *asegurar que se haga justicia, se revele la verdad de los hechos y obtenga de los autores del delito una reparación* (artículo 1, 23, 24, 25, 28, 49, 139, 149 y 186).

Aunado al análisis y síntesis que hemos intentado efectuar hasta el momento, merece especial relevancia el considerar que el Legislador en la Ley 1448 de 2011, no sólo tuvo en cuenta aspectos como los enumerados hasta ahora, sino que efectúa taxativamente una remisión a los textos judiciales del Alto Tribunal, dentro de su cuerpo normativo. En efecto, al fijar nuestra atención en los artículos 32, 67 y 176, resulta trascendental el evidenciar en primera medida, que respecto a los criterios y elementos para la revisión e implementación de los programas de protección integral, el Congreso manifiesta que los *criterios para evaluación del riesgo debían ser identificados y valorados de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional*; así mismo, en cuanto a la cesación de la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, dispone la necesidad de que se tomen las decisiones pertinentes en base a los *indicadores de goce efectivo de derechos de la atención integral definidos jurisprudencialmente*; y por último, en lo concerniente a los objetivos del Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las víctimas, enuncia la adopción de *medidas de asistencia y atención señaladas en pronunciamiento de las altas cortes sobre la materia*.

Después de determinar estos aspectos, no podemos pasar por alto que la Corte Constitucional desarrolló a partir de este fallo estructural, un catálogo de derechos mínimos que debían ser protegidos y promovidos por el Estado Colombiano, lo cual fue retomado en el artículo 28 de la Ley de Víctimas, además de convertirse en la piedra angular que guiaría el actuar de las autoridades en la toma de decisiones posteriores.

“En síntesis, el balance panorámico hecho en esta sección sobre el período comprendido entre los años 1995 y 2004 permite concluir que esos diez años fueron una etapa embrionaria de reconocimiento de la problemática y formulación de normas y políticas para atenderla. La eficacia de estos esfuerzos iniciales fue baja. Además, continuó aumentando la brecha entre la oferta de programas y acciones estatales efectivas y la demanda de programas de prevención, atención y restablecimiento a la población desplazada. Fue en ese escenario de abundancia normativa e ineficacia práctica donde la Corte Constitucional vendría a jugar el papel de evaluadora y coordinadora de la política pública y a desencadenar, por medio de su Sentencia T-025 y sus autos de seguimiento, un proceso que alteraría la percepción y el tratamiento del desplazamiento forzado. Como lo reportó la revista Semana por la época de la sentencia, “en Colombia la mayoría de los problemas graves se resuelven mágicamente con una ley. Que ésta se cumpla, ya es harina de otro costal. De ahí lo revolucionario de la sentencia de la Corte Constitucional que... ordenó

al Estado tomarse en serio el drama de los desplazados” (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, págs. 77 - 78)

Entorno a los argumentos reseñados, y retomando lo dispuesto por César Rodríguez y Diana Rodríguez en el texto *Cortes y Cambio Social*, nos merece reconocer por tanto, los diferentes efectos que se pueden vislumbrar de la sentencia T-025 de 2004 y los autos de seguimiento, en el aparato gubernamental y normas esgrimidas en el tema, desde esta tipología. Conforme se dispuso en el inicio del presente escrito, en los casos complejos, una de las principales consecuencias es el *efecto creador*, en virtud del cual es apreciable totalmente el papel de los jueces, como punto neurálgico que nos introdujo a realizar el presente documento, y se circunscribe a entender como la intervención del aparato judicial en un tema social, permitió que una circunstancia práctica y del diario vivir de miles de colombianos, se convirtiera en una lucha y reconocimiento de derechos humanos de gran magnitud, lo que condujo a que no sólo fuera un tema de debate nacional, sino que organizaciones internacionales empezaran a tener participación activa en el tema; lo que claramente permitió que se visibilizara la situación, se ejerciera participación por diversos actores, y se reconociera como un problema de derechos humanos que requería de la actuación conjunta para dar una solución efectiva.

En este sentido, fue necesario introducir un *desbloqueo institucional*, dado que no es ajena a la realidad, que en los años que antecedieron al fallo en mención, existía una atribución de responsabilidades difusa y una inoperancia de las instituciones estatales, por lo que la Alta Corte, decidió en su pronunciamiento emitir órdenes radicándolas en cabeza de sujetos determinados, como: el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Director de Planeación Nacional, el Defensor del Pueblo, el Procurador General de la Nación, la Ministra de Relaciones Exteriores, el Consejo Nacional para la atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, el Ministro del Interior y de la Justicia, el Director de la Red de Solidaridad Social (Acción Social), entre otros; lo que condujo a que las personas encargadas se percataran de la situación de emergencia y precariedad en la que se encontraba inmersa la población desplazada y persistieran en su reivindicación; así fuera convencidos de la importancia que revestía la misma o por temor a una sanción.

Así mismo, comporta la jurisprudencia un *efecto coordinador*, el cual reconoce las falencias antes descritas y sugiere adicionalmente la falta de coordinación y elementos que exigieran la cohesión entre las distintas entidades de orden territorial por lo que en la sentencia se ordena la adopción de un *“programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional”*, e instó a las autoridades a la conformación de los comités municipales dispuestos desde la Ley 387 de 1997. Al respecto, debemos enunciar que uno de los principales resultados de este tipo de efecto es la adopción del Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada.

“(…) las referencias expresas a la sentencia y a los autos de cumplimiento en los acuerdos del CNAIPD revelan la influencia directa de la Corte. En materia de coordinación sucedió lo mismo. El acuerdo 7 de 2006 tomó en consideración lo dicho

por la Corte en la T-025 y el Auto 218 de 2006, y creó el grupo interinstitucional de seguimiento permanente del Sistema.” (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pág. 154)

En tercer término, se debe referenciar el *efecto deliberativo*, el cual se caracteriza especialmente por las distintas órdenes generales que fueron emanadas por la Corte Constitucional, endilgando responsabilidades y términos para su adopción, con el fin de adquirir el presupuesto, que permitiera llevar a cabo los planes y proyectos, en aras de lograr el goce efectivo de derechos de las personas afectadas por la violencia; requiriendo por tanto, informes con los cuales validar el cumplimiento real de sus disposiciones, dando lugar a los autos de seguimiento, a partir de los cuales, se promovió la participación no sólo de las víctimas sino de diferentes actores involucrados, tales como las Organizaciones No Gubernamentales, centros de investigación, organismos internacionales, y organizaciones de víctimas, las cuales promueven su perspectiva del conflicto y por tanto dan cuenta del cumplimiento que se ha efectuado para superar la situación, principalmente en las audiencias públicas.

Adicionalmente, y quizá uno de los campos de mayor relevancia para el desarrollo de nuestro objetivo, se circunscribe a los *efectos de política pública*, caracterizados por la emisión de órdenes generales orientadas a las instituciones competentes, con el ánimo que se efectuaran los cambios pertinentes a nivel de legislación, actividades, planes, programas y proyectos, que permitirán superar finalmente el estado de cosas inconstitucional, es decir, fijó unos lineamientos otorgando una oportunidad al gobierno para que organizara su fuerza institucional en pro de un propósito de interés general cuyo eje central fuera la población desplazada.

“En el caso presente, la Sala Tercera de Revisión dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada”. (Sentencia T - 025, 2004)

Finalmente, subyace al fallo Constitucional un *efecto social*, a partir del cual se deberá determinar la influencia que ha tenido y el cumplimiento de la misma, a la luz de aquellos directamente afectados, es decir, concierne específicamente a la perspectiva de las víctimas del conflicto armado en cuanto al goce efectivo de derechos humanos, que les han sido otorgados con posterioridad a la emisión del pronunciamiento judicial.

En conclusión, una vez efectuado el análisis respectivo, podemos inferir que esta macrosentencia ha tenido unos efectos inmediatos y directos, reflejados en la creación de una verdadera política pública para el desplazamiento forzado, la adopción de compromisos reales por parte del ejecutivo en aras de lograr la

progresividad de los DESC para esta población, la expedición de cuerpos normativos dedicados exclusivamente a esta materia, la asignación de un aporte presupuestal significativo para la atención de la problemática, entre otros. Adicionalmente, encontramos tal como lo señalan los autores *César Rodríguez y Diana Rodríguez* en su obra *Cortes y Cambio Social*, efectos de carácter indirecto y simbólico, tales como la propiciación de un debate público en el que se planteen las grandes violaciones a los derechos fundamentales; la solución para superar estas coyunturas, siendo ésta una incuestionable manifestación del activismo judicial ante la inoperancia institucional; y la generación de un efecto transformador en la opinión pública sobre la percepción que se tenía en torno al desplazamiento forzado, otorgándole una relevancia de la que antes carecía, dada la ausencia de conciencia sobre la magnitud del problema que afrontaba el país.

Es de entender que si bien a nivel nacional, existía una regulación en materia de víctimas del conflicto armado; en la praxis, no era perceptible la organización por parte del Estado, tendiente a corregir la situación, generando vulneraciones masivas de derechos humanos caracterizada por la marginalidad, pobreza, abandono, y muerte de muchos de sus habitantes.

Es en el marco de este flagelo, que las personas que habían sido arrebatadas de sus territorios, teniendo que vivir en precarias condiciones de salud, alimentación y vivienda, después de haberlo tenido todo, ante la impotencia de la inoperancia de planes concretos en pro de sus garantías, recurren al poder judicial como vía alterna que les ayude a tener una vida digna, que les había sido arrebatada por la subversión. En este entendido, la Honorable Corte Constitucional, entra a darle a la sociedad un panorama completo de lo acaecido hasta el momento, los impulsa a reflexionar sobre el sufrimiento y las transgresiones que padecen miles de personas y que son ignoradas; hace un llamado de atención, no sólo a los colombianos del común, sino específicamente a las instituciones, operadores jurídicos y servidores públicos para que se organicen de tal forma que lleven a cabo respuestas efectivas ante las inquietudes e inconvenientes que presenta esta población.

Lo que se permitió determinar en este capítulo, es precisamente como los lineamientos que fueron tenidos en cuenta en la jurisprudencia en torno al concepto de enfoque diferencial, se retomaron de manera semejante en la Ley 1448 de 2011, en la cual, se parte de las órdenes generales impuestas por la Corte, e insta a las autoridades correspondientes para que den cumplimiento acorde con sus competencias a esos mandatos, es decir, constituye un trabajo conjunto en el que el poder judicial sentó las bases para que el legislativo, fundamentara y creara un cuerpo normativo que supliera los vacíos que hasta el momento se tenían en el tema, y regulara las funciones de sus instituciones de tal forma que se garantizara el goce efectivo de los derechos conculcados, en especial a aquellos que por sus características específicas requerían un tratamiento con enfoque diferencial.

CONCLUSIONES

Como se intentó ilustrar líneas atrás, hasta antes de entrar en vigencia la Carta Política de 1991, el poder ejecutivo y legislativo, ostentaban el poder para tomar decisiones y generar políticas entorno a las situaciones sociales, económicas y culturales que se presentaran en el país, de tal forma que resultaran satisfactorias a sus necesidades. Sin embargo, y concomitante con el nacimiento de la Constitución, surge un nuevo órgano encargado de proteger su supremacía, este es la Corte Constitucional. Así pues, Colombia hasta ese entonces, empezaba a desarrollar la jurisdicción constitucional con el surgimiento de un Alto Tribunal especializado en la materia, que cambió la dinámica de las altas cortes del país, al establecerse como punto de cierre de esa jurisdicción en el ordenamiento jurídico colombiano, y sentando las bases de una jurisprudencia garantista y progresiva, lo que le permite en el 2004 declarar el Estado de Cosas Inconstitucional en materia de población víctima del conflicto armado, alineando el proceder del Gobierno y el Congreso de la época.

Podemos por tanto afirmar, que el país venía de una tradición jurídica distinta y en esta transición a la nueva visión constitucional, encontramos que si bien el poder ejecutivo seguía ejerciendo su autoridad, esta vez, debía tratar de adecuarse a los nuevos parámetros planteados por la Carta y el discurso de los derechos humanos.

De conformidad con lo relatado, resulta imperante la judicialización de la política referente al desplazamiento interno en nuestro país, a partir de la cual se restringe el papel inicialmente ostentado por el gobernante y congreso de turno, permitiendo que los jueces constitucionales interfirieran en las decisiones planteadas a partir de la proliferación de fallos estructurales expedidos con ocasión de la anormalidad.

La declaratoria del Estado de Cosas antes analizado, podría traducirse en la manifestación de un activismo dialógico, frente a una situación real de violencia que estaba desangrando al país, desconociendo claramente los mandatos constitucionales además de los diferentes tratados internacionales de derechos humanos con plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano; es ahí donde logramos evidenciar con claridad, la aplicación de la judicialización de la política, ya que si bien el gobierno y el legislativo tienen un margen de apreciación para evaluar el adecuado proceder y el desarrollo de políticas al respecto, sus decisiones están permeadas por los pronunciamientos esgrimidos en el asunto por el poder judicial, en el cual la intervención de la Corte Constitucional es sin duda considerable, lo cual se pudo constatar con las disposiciones normativas de la Ley 1448, en la cual se vio reflejado todo el discurso emanado de la sentencia T-025 de 2004, tendiente a brindar protección a las víctimas, especialmente a aquellos grupos más vulnerables, como son los niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, mujeres y grupos étnicos.

Debemos afirmar, que lo prescrito en los apartes del presente escrito, son un claro ejemplo de la judicialización y constitucionalismo experimental, convirtiéndose en el conducto mediante el cual se realiza la renovación democrática de la política en

nuestro país, constituyéndose en una medida efectiva para guiar las ramas del poder, toda vez que cambia la forma de entender una situación social problemática, al enfrentarlo a un fallo estructural, en el cual se determinaron órdenes, que si bien no son específicas, si delimitan el actuar de los entes estatales y dispone mecanismos de seguimiento a su cumplimiento, en búsqueda del beneficio social, la preeminencia de los derechos humanos y por tanto de los instrumentos internacionales que los protegen; evitando de ésta manera, estar sometida nuevamente a un Estado de Cosas Inconstitucional, casi permanente como se venía presentando.

De igual forma, podemos evidenciar que la Corte Constitucional en su renombrada decisión se vio permeada por los ideales expuestos en el realismo jurídico, concretamente la relación entre derecho y psicología, en la cual las teorías psicológicas son determinantes en la decisión judicial, introduciendo una tendencia psicoanalítica a la actividad judicial, es decir, la Corte no fue ajena a la dramática situación que vivía el país en ese momento, a raíz de la ola de violencia que había azotado al país por décadas, evidenció el sufrimiento de las personas que clamaban por la protección de sus derechos fundamentales, entendiendo el desplazamiento forzado de más de cinco millones de personas como un problema humanitario de grandes proporciones que debía ser tratado con urgencia, el papel de la Corte entonces, trascendió del plano meramente formal e interpretativo de la norma a un papel de un juez activista en la protección de los derechos de la población vulnerable.

Resulta por tanto necesario resaltar, que en este caso es totalmente apreciable la figura del activismo dialógico, en el cual la Corte Constitucional, no se entromete arbitrariamente en las competencias de las otras ramas del poder, como lo infieren algunos, sino que, por el contrario, se convirtió en una guía para las mismas, haciendo evidente las falencias y mostrando los caminos adecuados para darle solución a los problemas que estaba enfrentando gran parte de la población civil. En este sentido en la parte resolutive de la sentencia T-025 de 2004, el Alto Tribunal, fue claro al considerar:

“En cuanto a las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales, la Corte declarará la existencia de un estado de cosas inconstitucional y lo comunicará a las autoridades con responsabilidades en el tema, para que adopten, dentro de la órbita de sus competencias, y en un tiempo razonable, los correctivos que sean necesarios.

(...) Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber

de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia”.

En pocas palabras, lo que se propone es incluir el discurso de los derechos humanos en la problemática; entablar soluciones a partir de la participación activa de diversos sectores; y disponer mecanismos de seguimiento, que garanticen la implementación en el plano práctico de la sentencia; permitiendo con ello, superar legislaciones y fallos anteriores, que fueron meros ideales en papel, y que no contribuyeron efectivamente a menguar las situación de todos aquellos en estado de vulnerabilidad, y a quienes deben ir dirigidos finalmente los esfuerzos de los Estados.

“(…) la Corte desencadenó un proceso de seguimiento novedoso que gradualmente fue abriendo espacios directos de interlocución con ella y provocando discusiones sobre el desplazamiento en diversas esferas públicas, desde el CNAIPD y los comités territoriales hasta las organizaciones de la sociedad civil y la academia. Mediante estos mecanismos adoptó el tipo de activismo judicial experimental que resaltamos en el capítulo 1, en el que las cortes, antes que determinar los detalles de las políticas públicas, involucran múltiples voces en la exploración colectiva de soluciones a problemas complejos como el desplazamiento”. (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pág. 179)

Es de resaltar entonces, que el fallo objeto de estudio, está compuesto por órdenes experimentales en las cuales convergen diferentes actores, dando lugar a un escenario de participación en el cual se pueden validar y constatar todas las medidas, con el fin de adoptar aquellas que resulten más provechosas para salvaguardar los derechos de las personas víctimas del conflicto armado interno. Así mismo, es consciente del desarrollo gradual que genera este cambio en el constructo social, sin desconocer la importancia de vigilar el efectivo cumplimiento que deben llevar a cabo las diferentes instituciones, fijando para ello plazos perentorios de cumplimiento, garantizando en todo momento la transparencia y publicidad de sus decisiones.

Ahora bien, concomitante a lo enunciado y como segundo elemento importante de nuestro análisis, es pertinente determinar que con antelación a la legislación vigente en el tema del desplazamiento interno, encontramos la Ley 387 de 1997 que si bien constituyó un punto de partida importante en la materia, no logró brindar una solución efectiva, lo que finalmente conllevó a que en el año de 2004, se presentaran diversas acciones de tutela, en razón a la transgresión masiva de derechos humanos de la población víctima del conflicto.

En este sentido, es importante señalar, que la normatividad expedida en 1997, aunque determinaba la necesidad de adoptar cierta atención prioritaria a actores como niños, mujeres y grupos étnicos; sólo después del fallo emitido por la Honorable Corte Constitucional y los autos de seguimiento No. 092, 251 y 116 de 2008, al igual que los autos No. 004, 005, 006 y 008 de 2009 y el auto No. 382 de 2010, es que se logró conceptualizar el término de enfoque diferencial, permitiendo de esta forma, evidenciar en el país, aquellas poblaciones que conllevaban una vulnerabilidad reforzada y que por tanto requerían una protección especial por parte del Estado,

tales como: mujeres desplazadas; niños, niñas y adolescentes; indígenas; afrodescendientes; y personas en situación de discapacidad.

Lo anterior, permite inferir que los argumentos que se tuvieron en cuenta en relación a este nuevo concepto por el Alto Tribunal, conllevaron inexorablemente a que en el 2011 se repensaran las disposiciones existentes, dando origen a la Ley 1448, la cual consagra taxativamente en el artículo 13 el principio de enfoque diferencial, el cual se desarrolla en algunos capítulos de su cuerpo normativo, llenando los vacíos que se habían tenido hasta el momento en la materia.

El principal objetivo de la Corte al supervisar el cumplimiento de su fallo consiste en lograr a través de las distintas órdenes impartidas a las autoridades, la superación del Estado de Cosas Inconstitucional, en tal sentido, tenemos que la Ley 1448 de 2011, si bien no soluciona la problemática completamente, si ha contribuido al logro de éste objetivo. Aunado a lo anterior, la sentencia T-025 de 2004 se convirtió en un referente para las autoridades al momento de la toma de decisiones que afecten a la población desplazada, así las cosas, es de obligada consulta el sentido del fallo y lo que la Corte determinó como soluciones para enfrentar el grave conflicto social. En tal sentido, el enfoque diferencial no solo debe influenciar las distintas acciones y políticas públicas ejecutadas por el Gobierno, sino que además debe ser interiorizada en el comportamiento de sus funcionarios y establecerse en una herramienta de análisis de la propia política.

En este orden de ideas, tenemos que este nuevo marco jurídico en materia de víctimas, produjo un profundo cambio político, institucional y social y en ella juega un papel sobresaliente el tema del enfoque diferencial, que como vimos influenció gran parte de la redacción de la norma, resaltando que antes de su expedición no existía un referente normativo expreso que incluyera el tratamiento especial que se le debe brindar a este tipo de población vulnerable, así las cosas, el espíritu de la ley está orientado a garantizar que las medidas de reparación, asistencia y restitución, tenga en cuenta este concepto.

Lo anterior, en aplicación del artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, de acuerdo con las particularidades propias de cada individuo, considerando esta figura como un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación.

Para finalizar, se puede afirmar que el ECI declarado en la sentencia T-025 de 2004, contribuyó a acrecentar la confianza en la Corte Constitucional, quien logró canalizar los múltiples reclamos hechos por la sociedad, gracias a su intervención en la formulación de políticas públicas; así mismo, generó en el colectivo un efecto simbólico al detectar que la institucionalidad estaba recuperando su imagen, esta vez para dar respuesta a los grandes desafíos sociales del país, prueba de ello fue la expedición de la Ley 1448 de 2011. Actos como estos, son los que demuestran que aquella Constitución de corte aspiracional en parte se estaba materializando, esta vez, para la atención de la población en debilidad manifiesta.

A manera de conclusión, consideramos que el desarrollo de esta disertación fue demostrar, el efecto que tuvo la sentencia T-025 para ser el génesis de la Ley 1448 de 2011 y la normativa que se creó con posterioridad a esta en torno al concepto de enfoque diferencial, la cual incluyó un conjunto de medidas de tipo económico, judicial, social y administrativo, que debían ser ejecutadas de forma individual y colectiva y garantizaban la protección de lo que se ha denominado en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos como los derechos a la verdad, justicia y reparación. Si bien es cierto, este referente normativo no abarcó todas las órdenes impartidas por la Corte, ni fue el primero ni el único en su tema, si marcó un punto de inflexión en el desarrollo del tratamiento especial a aquellos más vulnerables.

Ahora bien, en relación a las personas incluidas dentro del enfoque diferencial, consideramos que es preciso resaltar que en virtud de esa especial protección a cargo del Estado resulta imperante que se continúe con la aplicación conjunta de la normatividad y la jurisprudencia, las cuales permiten que se les brinde capacitación, así como herramientas para que adquieran habilidades, ingreso a oportunidades productivas y laborales, educación de calidad, y liderazgo que promuevan la generación de empleo, ingresos e independencia. Todo ello, pensado desde un marco de políticas integrales, las cuales tengan un adecuado diseño que permita: la masificación de la cobertura de los programas de atención a esta población en el territorio nacional; sean verdaderamente focalizadas para garantizar su efectividad; especifiquen las condiciones de ingreso y salida de los beneficiarios del sistema de atención a los desplazados, que avale la temporalidad de la medida; e implementen sistemas de control que permitan evaluar las fortalezas y/o errores que se presentan, para conseguir una aplicación correcta de la misma, y contribuya al logro del objetivo social para el que ha sido creado.

Dado lo anterior, consideramos relevante lo descrito en nuestro trabajo, en la medida en que abordamos el estudio de la influencia práctica que ha tenido en la realidad colombiana las diversas teorías jurídicas foráneas tendientes a lograr la trascendencia del rol del juez desde un plano meramente formal hacia un verdadero activismo judicial. En tal sentido, nuestro aporte consiste en haber analizado el origen del enfoque diferencial para la atención de la población en situación de desplazamiento, su aplicabilidad como consecuencia de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional y su posterior inclusión en las medidas legislativas y gubernamentales subsiguientes, en tal sentido, se demuestra la influencia de la Corte Constitucional en el diseño y ejecución de políticas públicas, que en principio son responsabilidad del ejecutivo y trascienden al plano judicial, constituyéndose en una carta elemental para las víctimas.

De esta forma se evidencia, que el activismo ha permeado el aparato judicial al punto de trazar una importante agenda en la movida política del país. Así mismo, creemos que la discusión jurídica planteada a lo largo del presente escrito es útil, en la medida en que evidencia la importancia de que los estudiosos del derecho empleen en la praxis como punto de referencia para dirimir casos litigiosos e incluso conflictos sociales de grandes proporciones que afecten a un país, las decisiones estructurales

esgrimidas por los Altos Tribunales, permitiéndose mediante esta tarea ampliar su perspectiva e incluir dentro de su desarrollo profesional distintas fuentes argumentativas.

De otro lado, es claro que el tema de la atención a la población en situación de desplazamiento, es de amplia discusión, por lo que consideramos que éste ensayo puede abrir la puerta para que en otras ocasiones se intente analizar adicionalmente a la figura del enfoque diferencial, cada uno de los tópicos tratados en la sentencia T-025 de 2004 y su posterior aplicación en el escenario jurídico colombiano, así como la influencia de los distintos tratados internacionales en la renombrada decisión de la Corte Constitucional sobre las víctimas del conflicto armado.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, C. A. (s.f.). *La tesis de Arturo Valencia Zea de 1941: interpretación de la ley y fuentes del derecho como exigencia de la función judicial*.
- Alfonso, T. A. (2005). La identidad dialógica como herramienta de comprensión de la decisión judicial: una reformulación del realismo jurídico estadounidense. 109. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de los Andes.
- Arteaga Morales, B. I. (2012). EL ENFOQUE DIFERENCIAL: ¿UNA APUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ? En U. d. Lozano, *Identities, enfoque diferencial y construcción de paz. Serie Documentos para la paz No. 3*. Bogotá. Obtenido de *Identities, enfoque diferencial y construcción de paz. Series documentos para la paz No. 3*: http://www.utadeo.edu.co/files/collections/documents/field_attached_file/serie_3_1.pdf
- Cano Blandón, L. F. (2016). *Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia*. Universidad de Los Andes.
- Cano, L. F. (2015). El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 1(33), 111-120. Obtenido de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/fnsp/article/view/18638/20779839>
- Cárdenas, B. R. (2011). *Contornos jurídico-fácticos del Estado de Cosas Inconstitucional*. Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia.
- Cardenas, B. R. (2016). *Del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) a la formación de una garantía transubjetiva*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-602 del 23 de julio de 2003, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia T-721 del 20 de agosto de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 218 del 11 de agosto de 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 092 del 14 de abril de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 116 del 13 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 251 del 06 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 004 del 26 de enero de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 005 del 26 de enero de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 006 del 26 de enero de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 008 del 26 de enero de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Auto de Seguimiento 382 del 10 de diciembre de 2010, Sala Especial de Seguimiento.
- Corte Constitucional. Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial una herramienta de protección constitucional. *Pensar en Derecho*.
- Ministerio del Interior. (2015). *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado*. Obtenido de Grupo de Articulación Interna para la Política de Víctimas del Conflicto Armado: http://gapv.mininterior.gov.co/sites/default/files/cartilla_enfoque_diferencial_fin_1.pdf
- Puga, M. (2013). *Litigio Estructural*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Restrepo, N. J. (2014). La judicialización de la política: El papel de la Corte Constitucional en Colombia. *Forum Revista del Departamento de ciencia política* (6). Obtenido de <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi0-vyw55bOAhXCbR4KHU8bBCEQFggrMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unal.edu.co%2Findex.php%2Fforum%2Farticle%2Fdownload%2F52963%2F52588&usg=AFQjCNEwc4KvjyiE2b8QKqDuH0QlwO29hw&sig2=G2Mv69mlqH4qHAw7WbAb7Q&bvm=bv.128617741,d.dmo>

Rodríguez Garavito, C., & Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Obtenido de CEPAL: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/3/53503/EquidadyproteccionjudicialCOLOMBIA.pdf>

Rosenberg, G. N. (2008). *The hollow hope, can courts bring about social change? Segunda Edición*. The University of Chicago Press.

Uprimny Yepes, R. (2007). *La Judicialización De La Política En Colombia: Casos, Potencialidades Y Riesgos*. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Obtenido de http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf