



**EL SISBÉN COMO PUERTA DE ENTRADA O COMO LÍMITE A
LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO:
UNA MIRADA DESDE EL ACTIVISMO DE LOS JUECES
CONSTITUCIONALES**

PROYECTO DE GRADO

LUISA MARÍA MUÑOZ CIFUENTES
KATHERINE SANTAMARÍA SÁNCHEZ

Asesor de Investigación
MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA

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

CONTENIDO

RESUMEN	4
I INTRODUCCIÓN	5
II PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
PARTE I	16
I MARCO CONCEPTUAL.....	16
II MARCO CONSTITUCIONAL.....	17
III MARCO LEGAL.....	17
IV FUNCIONAMIENTO DEL SISBÉN.....	18
V ¿PARA QUÉ SIRVE EL SISBÉN?	19
VI ANTECEDENTES	19
VII EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISBÉN I, II Y III	19
VIII SISBÉN METODOLOGÍA III	20
IX COMPONENTES METODOLOGÍA III DEL SISBÉN.....	21
X PERSONAS IDENTIFICADAS EN LA METODOLOGÍA III DEL SISBÉN EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI	21
XI POTENCIALES BENEFICIARIOS DE LOS PROGRAMAS SOCIALES DE MAYOR ACOGIDA EN SANTIAGO DE CALI.....	23
XII AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	25
XIII POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI SIN ASEGURAMIENTO	28
XIV RELACIÓN DE LA POBLACIÓN POBRE NO ASEGURADA EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI POR COMUNAS	29
XV POBLACIÓN POBRE NO ASEGURADA EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI POR GÉNERO	29
XVI POBLACIÓN POTENCIAL BENEFICIARIA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD.....	30
XVII RELACIÓN DE POTENCIALES BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO POR COMUNAS	31
XVIII RELACIÓN DE POTENCIALES BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO POR GÉNERO	31
PARTE II	32

I ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO AL SISBÉN	32
II ANÁLISIS DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LAS QUE EL SISBÉN DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI INTERVINO COMO ACCIONADO O VINCULADO.....	45
PARTE III	53
I ACTIVISMO JUDICIAL	53
II CONCLUSIONES	55

RESUMEN

El SISBÉN (Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales) es una herramienta de información estadística y técnica que permite a las entidades que administran programas sociales identificar y seleccionar a los potenciales beneficiarios de los mismos; como instrumento de información es utilizado con el objetivo de focalizar el gasto social, entendido como el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto público se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable del país.

El SISBÉN constituye la puerta de entrada a los programas sociales como: el Régimen Subsidiado de Salud, Más Familias en Acción, Colombia Mayor, Primera Infancia, Proyecto Acces, el descuento en la Expedición de la Libreta Militar, la Exención en el Duplicado de la Cédula de Ciudadanía, entre otros programas del gasto público, que materializan el acceso a los derechos fundamentales y sociales, y a los fines esenciales del Estado Social de Derecho promulgados en la Constitución Política de 1991.

No obstante lo manifestado, en la realidad se observa que la indebida calificación de los ciudadanos en la base de datos SISBÉN, o la asignación de un puntaje que no represente sus condiciones de vida socioeconómicas, constituye un límite al acceso al Estado Social de Derecho generando una consecuente vulneración a los derechos fundamentales y los programas sociales; pese a la problemática suscitada y de acuerdo al análisis jurisprudencial realizado en la presente investigación, se logra evidenciar que no existe activismo judicial por parte de la Honorable Corte Constitucional y los Jueces del municipio de Santiago de Cali, ya que no han emitido pronunciamientos estructurales frente a la metodología o sistema de ponderación estadístico empleado por el Departamento Nacional de Planeación, para la identificación de los ciudadanos en dicho sistema de información.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo de investigación es novedoso y de gran importancia para el Derecho Constitucional ya que además de pretender dar a conocer la problemática suscitada anteriormente, es necesario hacer un llamado a la Corte Constitucional para que emita pronunciamientos estructurales respecto a lo referido, y de esta forma garantizar a los ciudadanos el goce real y efectivo de los derechos fundamentales.

Palabras claves: SISBÉN, programas sociales, focalización del gasto social, derechos de primera y segunda generación, Estado Social de Derecho, vulnerabilidad, encuesta socioeconómica, Corte Constitucional, activismo judicial.

EL SISBÉN COMO LLAVE DE ENTRADA O LÍMITE A LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL ACTIVISMO DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

I INTRODUCCIÓN

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO A LA LUZ DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Colombia es un Estado Social de Derecho, por tanto es un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana, en la prevalencia del interés general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en cuyo texto se establecen los mecanismos de protección de los derechos de las personas, así como la forma de restituir los derechos vulnerados.

La Constitución Política de 1991 formuló el Estado Social de Derecho e incorporó unos principios orientadores del sistema constitucional, para lo cual es necesario hacer referencia a la interpretación del artículo 4 de la Carta de Derechos de 1991, que establece que la Constitución es “norma de normas” y, por ende, se puede afirmar que los principios son fuente principal del ordenamiento jurídico.

La expedición de la Constitución Política de 1991 implicó un cambio estructural de gran trascendencia en el derecho constitucional colombiano, la adopción del Estado Social de Derecho. En este orden de ideas, es importante mencionar la sentencia hito T-406 de 1992¹ proferida por la Corte Constitucional, en la cual se desarrolla la fórmula del Estado Social de Derecho, establecida en el artículo 1 de la carta política² y se señalan los principios constitucionales como la estructura axiológico-jurídica del ordenamiento jurídico colombiano.

La Alta Corte menciona sobre el asunto: *“como se señaló anteriormente, los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. Así, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios”* (Sentencia T-406 de 1992).

Así mismo, esta sentencia estableció que los derechos fundamentales, al igual que todas las normas constitucionales, deben ser emanación directa de los valores y los principios constitucionales.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P: Ciro Angarita Barón.

² Artículo 1 C. Política: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Ahora bien, en esta sentencia se amplía el catálogo de los derechos fundamentales, es decir, que no sólo son derechos fundamentales los establecidos en el capítulo I del título II Sobre los derechos, las garantías y los deberes en la Constitución Política de 1991, sino que también son derechos fundamentales los derechos políticos, culturales y económicos y, colectivos o del ambiente, cuando se presentan en conexidad con un principio o con un derecho fundamental también son derechos fundamentales por criterio de remisión expresa que se establece en el artículo 93 de la Constitución Política, los derechos incorporados mediante el bloque de constitucionalidad que contenga mayores garantías que los derechos consagrados expresamente; finalmente, esta sentencia establece que también son derechos fundamentales los contenidos en el criterio del carácter de derecho inherente a la persona consagrado en el artículo 94 de la Carta de 1991³.

Sobre el catálogo no taxativo de derechos fundamentales que desarrolla la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992, se resalta que el derecho a la salud es un derecho fundamental por sí mismo, aunque se consagre en la Constitución como un derecho social. Como resultado de lo anterior, en la sentencia T-760 de 2008⁴ se establece el derecho a la salud como derecho fundamental.

De acuerdo con lo anterior, los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios dentro del sistema normativo, se subraya que éstos derechos fundamentales se constituyen como otro de los pilares del Estado social derecho, ya que el otro pilar son los principios y los valores constitucionales. Pues bien, la Corte Constitucional, en esta importante sentencia de tutela, sostiene que el principio del Estado Social de Derecho es cardinal a todo el sistema normativo.

Así las cosas, se identifica en las sentencias enunciadas el desarrollo de los principios del Estado Social de Derecho, los cuales se encuentran consagrados en el preámbulo, en el artículo primero y en el título II de la Constitución de 1991. Estos principios son: la dignidad humana, la solidaridad social, la justicia distributiva, la igualdad, la separación de poderes, el pluralismo político, la prevalencia del interés general, el principio democrático, entre otros. Por consiguiente, de conformidad con la fórmula del principio del Estado Social de Derecho que se plasmó en el artículo 1 de la Carta de 1991, se destaca que dicho principio orienta a otros principios y a las reglas constitucionales hacia el desarrollo del contenido material-social de Derecho.

“La fórmula política del Estado colombiano a partir de 1991, más que un artificio simbólico a la idea tradicional del Derecho y del Estado, se trata de un principio cardinal de nuestro ordenamiento constitucional, que le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta vinculante para las autoridades, las cuales deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de

³ Artículo 94 C. Política: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo (Sentencia T-792 de 2005⁵)”.

Con respecto a la línea jurisprudencial del Estado Social de Derecho, en la sentencia T-505 de 1992⁶ se evidencia que los principios de la dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. En consecuencia, la justicia fundamenta al Estado Social de Derecho como principio cardinal del ordenamiento jurídico.

En dicho sentido es necesario mencionar que el artículo 2 señala lo siguiente: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Basados en el modelo de Estado social de derecho, en el artículo 366 de la Constitución Política, se estipula que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, cuyo objetivo fundamental es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Es así como el texto constitucional en su artículo 48 establece que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, determinando que el Estado ampliará progresivamente la cobertura de este derecho, por su parte, el artículo 49 establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ahora bien, la Constitución Política de 1991 promulga el derecho a la igualdad, como fundamental, el cual se encuentra consagrado en el artículo 13, que reza:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 792 de 2005, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 505 de 1992, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

La comprensión conjunta de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 13 del Estatuto Superior determinan la necesidad de hacer efectiva una función pública al servicio de los sectores marginados y discriminados de la población, dentro de los cuales se encuentran incluidas aquellas personas y familias en situación de pobreza y vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, la atención estatal de los colombianos pobres y vulnerables debe adaptarse a sus especificidades y, en particular, a la circunstancia de que las propias condiciones de pobreza y vulnerabilidad, pueden llegar a producir una cierta invisibilidad de estos grupos sociales, pues ha sido evidenciado que la miseria extrema coloca a las personas fuera del circuito económico y las hace perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad, motivo por el cual se hace necesario configurar una competencia encaminada a combatir la discriminación y la marginación.

Una competencia como la señalada determina que un Estado al servicio de los pobres se caracterice por su claridad, franqueza y apertura. En este sentido, la población en situación de pobreza y vulnerabilidad debe poder acceder al Estado de manera directa, sin necesidad de acudir a intermediarios, actuando ante las autoridades públicas en condiciones de igualdad dialógica. Para que ello sea posible, los beneficiarios de los programas estatales tendentes a la erradicación de la marginación y la pobreza deben tener acceso a toda la información disponible acerca de esos programas y deben poder solicitar la asistencia estatal, recibiendo un trato amable y comprensivo que se adecue a su situación particular de vulnerabilidad social, como grupo de especial protección constitucional.

Así mismo, la viabilidad de una función pública como la que hasta aquí se ha descrito depende también, de las personas de las que se vale el Estado para atender a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad. Ciertamente, el funcionario público debe ser formado en una cultura de servicio a los pobres que haga énfasis en el hecho de que la atención que se presta no constituye un acto de caridad o una concesión del Estado, sino la respuesta a derechos específicos de las personas que implican deberes correlativos que el Estado está obligado a cumplir.

EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL SISBÉN

Analizados los mencionados preceptos constitucionales, el Estado constitucional le otorga un nuevo rol al Juez que se encuentra en presencia de problemas no contemplados por la legislación, en virtud de lo cual, en el Estado social de derecho su papel es proteger la legalidad, especialmente los derechos fundamentales, entendidos estos como *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatuto de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”*⁷.

De acuerdo con lo anterior, el Juez en el Estado Constitucional tiene la posibilidad de transformar los propósitos que tuvo el Legislador al momento de la expedición de las normas, en algunos casos se observa que al momento de proferir providencias legisla, por lo cual, la protección de los derechos se encuentra sometida a la interpretación del Juez y a las decisiones que pueda adoptar en el estudio de cada caso particular y concreto, es así como la decisión de un mismo caso puede tener dos o más pronunciamientos diferentes, dependiendo del Juez de conocimiento.

Ahora bien, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el acceso a los programas sociales a la luz de un Estado social de derecho y su relación con el SISBÉN, en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana y las acciones de tutela presentadas por los habitantes del municipio de Santiago de Cali en el año 2016.

Es necesario destacar que el SISBÉN está llamado a contribuir a la efectividad en el acceso a los derechos fundamentales y sociales, como herramienta para lograr la especial protección de los grupos discriminados o marginados y la materialización de las políticas de redistribución del gasto público a través de los programas sociales.

Teniendo en cuenta el SISBÉN como llave de entrada a la garantía y la materialización de los derechos y programas sociales, en la presente investigación se pretende analizar si la aplicación del Sistema de Identificación de Beneficiarios de Programas Sociales – SISBÉN presenta deficiencias y/o falencias que impliquen la vulneración de los derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la salud y el habeas data administrativo de los beneficiarios del instrumento.

Lo anterior, bajo el entendido de que dichos defectos constituyen una amenaza para la eficacia del principio de igualdad en el acceso de los sectores pobres y vulnerables a los beneficios de aquellos programas de política social que basan la selección de sus beneficiarios en el SISBÉN, no obstante a pesar que el principio

⁷ Cabo Antonio, los fundamentos de los derechos fundamentales, 2002, pag.2.

de igualdad en los procesos estatales de distribución de recursos escasos no garantiza a las personas en condiciones de recibir tales recursos un derecho subjetivo a la prestación económica como tal, sino un acceso y participación igualitario en los procedimientos por medio de los cuales las instituciones públicas efectúan la asignación.

En virtud de lo anterior, es importante precisar que el SISBÉN como mecanismo de focalización del gasto social, no constituye un derecho prestacional *per se*. Sin embargo, el acceso a determinadas prestaciones ha sido supeditado a que los eventuales beneficiarios hayan sido encuestados por el SISBÉN e identificados por medio de un puntaje que realmente refleje sus condiciones de vida socioeconómicas, motivo por el cual este mecanismo de focalización forma parte inescindible de los procedimientos por medio de los cuales el Estado distribuye bienes escasos que dependen intrínsecamente de los recursos limitados del mismo. En esta medida, aquellas falencias que impidan o menoscaben el acceso de la ciudadanía al SISBÉN constituyen una vulneración del principio de igualdad en el proceso de asignación de beneficiarios de los programas sociales.

OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación tiene como primer objetivo identificar la problemática que presentan los ciudadanos en el acceso a los programas sociales, que puede ocurrir por diversas razones tales como: la asignación de un puntaje que no les permita acceder a los programas del gasto público, bien sea, porque la encuesta haya quedado mal diligenciada y se le haya asignado un puntaje erróneo o porque habiendo quedado bien diligenciada, el puntaje representa las condiciones de vida de las personas encuestadas con base en su situación socioeconómica, pero el mismo sobrepasa los puntos de corte exigidos (puntajes) para un programa determinado, situación que no es analizada de fondo por la Corte Constitucional y los Jueces del municipio de Santiago de Cali.

Adicionalmente, la presente investigación tiene como finalidad la necesidad de plantear una discusión sobre la forma metodológica en que se elaboran las encuestas del SISBÉN, ya que si bien el objetivo de las mismas es determinar de la manera más objetiva las condiciones de vulnerabilidad de la población en el país, en la encuesta se indagan preguntas relacionadas con bienes o servicios como televisor, lavadora, nevera, parabólica, calentador, microondas, aire acondicionado, computador, equipo de sonido, automóvil o motocicleta, bienes que no implican que las condiciones de vida de los habitantes de la unidad de vivienda sean óptimas y que por el contrario, generan incertidumbre respecto a si son variables que incidan o no en la asignación del puntaje por parte del Departamento Nacional de Planeación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la focalización del gasto público no debe ser un simple aspecto matemático presupuestal, sino que dicho proceso debe ser entendido como un dinamizador de la materialización de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-258 de 2013⁸ señaló: *“Otros de los instrumentos al servicio de los fines del Estado Social de Derecho son el presupuesto y el gasto público, por esta razón los artículos 350 y 366 de la Carta disponen reglas como que el gasto público social debe prevalecer sobre cualquier otra asignación salvo en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, que la distribución territorial del gasto social debe tener en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, entre otros criterios, y que el presupuesto de inversión no puede disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones. Como ha precisado este Tribunal, el proceso presupuestario no puede ser ajeno, entre otros aspectos, a dos características centrales y estructurales de nuestro Estado : “(i) ser un estado social de derecho, que implica tomar todas las medidas adecuadas y necesarias que se requieran para propender que toda persona goce de un mínimo vital en dignidad, ajeno a la pobreza”.*

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario determinar si la metodología del SISBÉN refleja las condiciones de vulnerabilidad y pobreza que puede conllevar a la indebida identificación de beneficiarios de los programas sociales, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia T-1330 de 2001⁹, que establece lo siguiente: *“Las encuestas del SISBÉN no siempre permiten identificar a quienes tienen mayor necesidad de contar con la asistencia del Estado (...)”.*

Lo anterior, nos conlleva a plantear los siguientes cuestionamientos: ¿La materialización de un Estado Social de Derecho está definido por los programas sociales a los cuales acceden los ciudadanos identificados en el SISBÉN? ¿Es el SISBÉN la llave de entrada al Estado Social de Derecho promulgado por la Constitución Política de 1991? ¿Qué sucede con las personas que a pesar de sus precarias condiciones económicas se encuentran identificadas en el SISBÉN con puntajes que no les permite acceder a los programas y derechos fundamentales como la salud?; el presente trabajo de investigación pretende dar respuesta a los cuestionamientos planteados al analizar el sistema que se utiliza para la identificación de los potenciales beneficiarios de programas sociales.

Como tercer objetivo de la investigación, se analizará la intervención de la Corte Constitucional y los jueces del municipio de Santiago de Cali frente a la encuesta SISBÉN, es importante recordar que en reiterada jurisprudencia dicha corporación ha manifestado que este sistema de asignación de puntaje utilizado por el SISBÉN es deficiente ya que la encuesta practicada no refleja la situación real de las

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-258 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1330 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

personas vulnerables, frente a esta manifestación es importante analizar el intervencionismo de la Corte y como ha sido el rol del juez frente a la estructuración de dicho sistema.

ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Esta investigación se divide en tres secciones: En la primera parte se mostrará el marco conceptual, constitucional y legal del SISBÉN, su funcionamiento, para que le sirva a la ciudadanía estar identificada en dicho sistema de información, los antecedentes, la evolución histórica, los componentes de la metodología III, y se presenta una estadística de la población del municipio de Santiago de Cali encuestada, su vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y algunos programas sociales del Estado.

En la segunda parte se realizará un análisis de los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional con un contraste respecto a las acciones de tutelas presentadas ante el SISBÉN en el municipio de Santiago de Cali.

En la tercera parte se estudiará el activismo judicial frente al SISBÉN comparado con los fallos estructurales proferidos por la Corte Constitucional, en temas como el desplazamiento forzado y el sistema carcelario de nuestro país, presentando de esta manera las consideraciones finales de la investigación.

II PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En primera instancia, se hace necesario analizar las múltiples dificultades que enfrentan los individuos para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, especialmente la protección del derecho a la salud. De la misma manera, es importante estudiar que el rol del Juez en el Estado Constitucional colombiano propende por mitigar los problemas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de las sentencias judiciales que garantizan a los individuos la protección de tal derecho fundamental.

En segundo lugar es importante mencionar que en Colombia el activismo judicial ha tenido un gran impacto en materia de creación de políticas públicas, sin embargo ha tenido grandes críticas frente a la legitimidad de los jueces al permear los diferentes órganos del poder público derivada de la estructura del Estado.

Lo anterior, conlleva a mencionar como lo manifiesta el autor Sanford Levinson, que el Juez activista se ve en la difícil labor de optimizar sus preferencias ideológicas, confrontar las decisiones judiciales con sus creencias, con la finalidad de evitar que las providencias que adopte estén impregnadas de subjetividades y razonamientos personales.

En este orden de ideas, es importante plantear que desde su creación en 1991, la Corte Constitucional ha sido un actor importante en la vida política y como institución en el país, su intervención activa en asuntos políticos, económicos y sociales ha generado cambios trascendentales en las minorías y grupos poblacionales que con frecuencia son excluidos o tratados como diferentes.

Este activismo judicial sin duda ha generado una revolución tanto en espacios académicos como políticos, ya que si bien ha tenido defensores, también ha tenido críticos desde diferentes áreas; las discusiones que se han generado en torno al activismo han sido por la protección de los derechos sociales, pues éste es uno de los temas donde la Corte ha intervenido mayoritariamente, por tanto, no se puede desconocer que su papel ha sido determinante en la protección de los derechos y control de los poderes, lo cual genera un aporte para los valores y principios democráticos en el que se fundamenta la Constitución Política de nuestro país, dándole una legitimidad en democracia a la jurisdicción constitucional.

Este activismo Judicial nos hace cuestionarnos sobre varios temas; como primera medida preguntarnos si este intervencionismo tiene que ver con el modelo de Constitución y como segundo aspecto, que sucede con el principio de separación de poderes.

En virtud de lo anterior, es importante señalar que existen dos tipos o modelos de constitución, una constitución preservadora y una constitución aspiracional, la primera constitución suele prosperar en contextos políticos y sociales en los que se han garantizado condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional o en contextos en los cuales una revolución política ha sentado las bases para tales cambios estructurales. Es por tanto que este tipo de constitución refleja un esfuerzo para asegurar el presente. En cambio, el segundo modelo de constitución, se desarrolla en un escenario diferente, un espacio donde existe una gran insatisfacción con el presente, donde hay una carencia de protección por los derechos sociales y una fuerte convicción que se puede alcanzar un mejor futuro a través del Derecho Constitucional.

Por tanto, frente a estos modelos de constitución, vemos como la Constitución preservadora persigue metas minimalistas, *contrario sensu* de la Constitución aspiracional pues ésta lo que pretende es generar un cambio radical a ese presente, persiguiendo metas ambiciosas y maximalistas, cuyo objetivo central resulta siendo la aplicabilidad de los derechos constitucionales.

A partir del análisis de la Constitución, a la luz de estos modelos, es posible determinar que nuestro texto constitucional terminó siendo bastante aspiracional en su contenido. Su principal aporte fue ese reconocimiento de derechos constitucionales, la ampliación de los mecanismos de participación, la lucha por el camino a la justicia social y en general el poder crear un nuevo modelo de sociedad.

Sin embargo no fue suficiente esa Carta Política amplia en derechos y garantías pues si bien, se empezó a denotar un debilitamiento progresivo de las fuerzas políticas comprometidas con la Constitución de 1991, lo que generó que la Corte Constitucional se presentara como una de las pocas institucionales capaz de defender y de crear estrategias de defensa del contenido progresista del texto constitucional, lo que conllevó a que ésta, nuestra gran institución constitucional empezara una lucha y una batalla con distintas instituciones estatales quienes consideraban que su activismo progresista era una evidente violación del principio de separación de poderes.

Así las cosas, damos paso al segundo cuestionamiento que surge a partir del ejercicio del activismo judicial y es el principio de la separación de poderes, dicho principio que surgió en razón a evitar el abuso del poder tal y como lo señaló Montesquieu *“que la razón debe sojuzgar a las pasiones para proteger la libertad y para evitar abusos de poder hay que oponer otro poder que modere cualquier esfuerzo absolutista, lo cual constituye la corriente de la división o separación de poderes”*.

Respecto a lo anterior, es necesario analizar que este principio también tuvo una evolución bastante importante desencadenando dos modelos de separación de poderes, uno basado en la concepción clásica de una separación funcional estricta y rigurosa, donde cada órgano o función del poder se limitaba solamente a ejercer la labor que le correspondía constitucionalmente sin intervenir en el ámbito de las otras ramas, ya que solo se limitaban a ejercer cierto control político cuando se requería. Este primer modelo no tuvo éxito ya que debido a su rigidez carecía de eficiencia generando un entorpecimiento de cómo funciona el Estado producto del poco lazo comunicativo entre las ramas del poder público.

El segundo modelo llamado sistema de frenos y contrapesos consiste en una separación de los órganos del Estado en la que cada uno se vuelve experto y se encarga de la materia constitucionalmente asignada, pero en esta se le otorga un papel preponderante al control que ejercen entre sí los órganos. Diferente al primer modelo, este modelo tiene como naturaleza actuar de una manera coordinada y sistémica donde cada uno tiene la facultad de intervenir, aunando esfuerzos para ejercer una colaboración armónica entre las ramas del poder público.

En virtud de lo anterior, la Constitución Política de 1991 adoptó el segundo modelo dentro de su sistema. *“La Constitución de 1991, adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos*

mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes. El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos. En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias¹⁰.

En virtud de lo anotado, se observa que a partir de la Constitución de 1991 se fue evolucionando en la concepción de la función que tenía el órgano judicial, y poco a poco la sociedad se fue apartando del mismo esquema y empezó a sentir la necesidad de ese activismo judicial, tal y como sucede en la presente investigación, donde los ciudadanos requieren del intervencionismo del juez a través de la creación de políticas públicas por medio del análisis juicioso y detallado del sistema de ponderación estadístico de la base de datos SISBÉN.

Por tanto, y una vez analizado el principio de la separación de poderes es viable pensar cómo esa legitimidad democrática no surge en el marco de un Estado constituido por órganos independientes, sino por un Estado armónico construido bajo el eje de una constitución garantista y progresiva frente al reconocimiento de derechos.

Es importante analizar que el Juez en un Estado Constitucional como el colombiano desplaza al Legislador y al Ejecutivo, en aras de garantizar la protección de los derechos de los individuos, de lo anterior surgen los siguientes cuestionamientos ¿Pueden o deben los Jueces adoptar decisiones en materia de derechos sociales como salud, educación y vivienda? ¿La interpretación del ordenamiento interno tienen algún límite para el Juez, o su límite está determinado por sus creencias e ideologías? ¿Por qué los ciudadanos acuden de manera indiscriminada a la acción de tutela, siendo este un mecanismo residual y transitorio?

Los planteamientos anteriores, pueden resumirse en que el reto más grande del Juez consiste en garantizarle a los ciudadanos la protección de sus derechos fundamentales, que el Estado mismo no menoscabe sus derechos; por otra parte, a la acción de tutela se acude sin consideración de la finalidad con la cual fue creada, toda vez que este mecanismo judicial es la materialización de los derechos de los individuos, específicamente en el caso de la salud en Colombia, constituye una garantía efectiva en la autorización de la prestación de los servicios médicos y

¹⁰ Rhenals Turriago John Eric, El activismo judicial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los toxicómanos en Colombia, 2013.

tratamientos incluidos o no dentro del Plan Obligatorio de Salud.

En virtud de lo anterior, es importante mencionar que el papel protagonista de las altas cortes cobra importancia en tanto que en la gran mayoría de los casos, se ven en la obligación de extralimitarse en sus funciones al proferir fallos estructurales que invaden las orbitas de las demás ramas del poder público, lo cual para efectos de acceso a los programas y materialización de los derechos constitucionales resulta indispensable.

Lo anterior, desde un punto de vista humanista y de protección de los derechos, es válido en el escenario en que el poder ejecutivo y el legislativo no desarrollan las medidas necesarias para garantizar el goce de los derechos de los individuos, lo cual implica la necesidad que las Cortes intervengan de una manera creativa, haciendo uso del ejercicio de su legitimación democrática generando el consecuente acceso real y efectivo de los derechos sociales por parte de los ciudadanos.

PARTE I

I MARCO CONCEPTUAL

El Departamento Nacional de Planeación ha determinado que el SISBÉN es el sistema de información diseñado por el Gobierno Nacional para identificar a las familias potenciales beneficiarias de programas Sociales, cuyo objetivo general es establecer un mecanismo técnico, objetivo, equitativo y uniforme de identificación de posibles beneficiarios del gasto social para ser usado por las entidades territoriales y ejecutores de política social del orden nacional.

Según la Sentencia T- 430 de 2008¹¹ el SISBEN es *“el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales y principal instrumento con el que cuentan las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana que son financiados, principalmente, con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales, así como está contenido en los artículos 356 y 357 de la Carta Política y en el artículo 30 de la Ley 60 de 1993”*.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 430 de 2008, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

II MARCO CONSTITUCIONAL

Constitución Política de Colombia Capítulo 5. De la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos Artículo 366. *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.*

Analizado el marco constitucional se evidencia que el gasto público social debe estar orientado a la población vulnerable de acuerdo a una distribución equitativa, sin embargo en ocasiones dicho gasto no es asignado a la población vulnerable del país que realmente necesita la protección del Estado, o el Departamento Nacional de Planeación les asigna un puntaje que no concuerda con sus condiciones de vida socioeconómicas y los excluye de los programas sociales, vulnerando el proceso de focalización como el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable.

III MARCO LEGAL

- Ley 100 de 1993, estableció el régimen subsidiado para asegurar el sistema general del servicio social de salud, además de que define los criterios de selección a la población vulnerable a la que van dirigido los programas sociales.
- CONPES 22 de 1994 – Focalización del gasto social en las entidades territoriales.
- CONPES 40 de 1997 – Se realizó la primera evaluación al SISBÉN como instrumento focalizador de la pobreza.
- CONPES 055 de 2001 – Mejoramiento del diseño e implementación del SISBÉN, lo que generó la segunda versión del SISBÉN.
- Ley 715 de 2001 Artículo 94 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política
- Ley 1176 de 2007 Artículo 24, Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- CONPES 117 del 25 de agosto de 2008 Por medio del cual se actualizan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios de programas sociales y se determina el diseño e implementación de la tercera versión

del sistema de identificación para potenciales beneficiarios de los programas sociales (SISBÉN III).

- Ley 1266 del 31 de diciembre de 2008 Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

- Decreto 4816 del 23 diciembre de 2008 Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007

- Decreto Municipal 411.0.20.0443 del 03 de agosto de 2010 Por el cual se implanta el SISBÉN III en el Municipio de Santiago de Cali

- Documento Técnico del 01 junio de 2011 Guía para el uso del SISBÉN III versión 2.0 Implementación de la metodología III del SISBÉN en el municipio de Santiago de Cali

- Ley 1581 del 17 de octubre de 2012 Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales Artículo 1 – 18

- Decreto Reglamentario 1082 del 26 de mayo de 2015 Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional Título 8 Instrumentos de Focalización de los Servicios Sociales Capítulo 1 Artículos 2.2.8.1.1. - 2.2.8.2.5

- Resolución No. 4743 del 19 de diciembre de 2016 Por la cual se establecen las fechas de entrega para certificación de las Bases Brutas Municipales y Distritales del SISBÉN y de publicación y envío de la Base Certificada del SISBÉN.

IV FUNCIONAMIENTO DEL SISBÉN

La Constitución Política de 1991 trajo consigo el SISBÉN como un mecanismo para focalizar e identificar la población vulnerable empezando a funcionar desde el primero de enero de 1995 en el gobierno de Ernesto Samper Pisano, la naturaleza y esencia del SISBÉN es identificar a los potenciales beneficiarios de los programas sociales tales como: Régimen subsidiado de salud, familias en acción, desayunos infantiles, protección social al adulto mayor, complementación alimentaria al adulto mayor, subsidios de vivienda entre otros beneficios sociales.

El SISBÉN en el transcurso de su existencia ha sido implementado en tres etapas: (SISBÉN I, II, III).

En el SISBÉN los ciudadanos son identificados por medio de la realización de una encuesta que contiene 90 preguntas, la cual indaga por las condiciones de vida

socioeconómicas de la unidad de vivienda y quienes la conforman, posterior a la realización de la encuesta, la información es digitada en el aplicativo SISBENnet software desarrollado por el Departamento Nacional de Planeación, el cual de manera automática arroja un puntaje entre 0 y 100, que representa las condiciones de vida de las personas encuestadas, puntaje que eventualmente le permite a los ciudadanos acceder a los diferentes programas sociales del Estado, verbigracia el régimen subsidiado de salud.

V ¿PARA QUÉ SIRVE EL SISBÉN?

El SISBÉN como Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de los Programas Sociales del Gobierno como herramienta de focalización sirve de insumo a las entidades que administran programas sociales, las cuales son las encargadas de determinar los puntajes exigidos para el acceso a los mismos, seleccionar y asignar los subsidios correspondientes a las personas más pobres y vulnerables del país.

La mayoría de los programas vigentes exige como primer requisito contar con puntaje de SISBÉN para la respectiva postulación, en dicho orden de ideas, el SISBÉN es la puerta de entrada a los programas sociales del Estado, es decir, la identificación de los ciudadanos en el SISBÉN les permite gozar de los beneficios otorgados por el Gobierno Nacional o municipal.

VI ANTECEDENTES

La Constitución Nacional de 1991 dentro del ámbito de Estado Social de Derecho, establece la necesidad de focalizar o dirigir el gasto social a la población más pobre y vulnerable por parte del Gobierno Nacional y de los gobiernos departamentales y locales. Para cumplir con este mandato, los responsables de la administración pública deben contar con mecanismos técnicos y objetivos que garanticen una total transparencia en la identificación de las necesidades reales y en la selección de los potenciales beneficiarios de los programas sociales.

VII EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISBÉN I, II Y III

1995: Se implementó la primera versión del SISBÉN (SISBÉN I) y se determina que será el Departamento Nacional de Planeación (DNP) el ente encargado de su administración.

El índice SISBÉN I fue diseñado como un indicador aproximado de recursos. El índice asignaba valores entre 0 y 100 de acuerdo con las condiciones de vida del hogar. Para establecer quiénes eran elegibles para un determinado subsidio se especificaron puntos de corte tomando como referencia la línea de indigencia y el índice NBI (Necesidades Básicas Insatisfechas). Los puntos de corte establecidos definían seis niveles.

1997: El Conpes Social 040 estableció al SISBÉN como el instrumento de focalización preferencial de los programas sociales

2001: El Conpes Social 055 recomendó actualizar las variables que evaluaba la encuesta con el objetivo de que los puntajes fueran reflejo real de las condiciones de vida de los usuarios.

Posterior a la revisión de la metodología, en 2002 se dio comienzo a la segunda versión del instrumento (SISBÉN II). Fue interpretado como una medida de bienestar que reflejaba el estándar de vida de los hogares. Se conformaron seis niveles en la zona urbana y cuatro en la zona rural.

2003: Se inicia implementación de la segunda versión del SISBÉN (SISBÉN II)

2007: La ley 1176 del mismo año estableció la potestad del DNP para realizar cruces de información y determinar las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas de las bases de datos.

2008: El Conpes Social 117 aprobó la nueva metodología del SISBÉN III, el Decreto 4816 reglamentó el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007.

2009: Se realiza actualización del SISBÉN a la Metodología III, la cual está enmarcada dentro de un enfoque multidimensional de pobreza. Se define como un índice de estándar de vida conformado por tres dimensiones: salud, educación y vivienda, vulnerabilidad individual (las necesidades de las personas de avanzada edad y de los niños, las condiciones de maternidad o discapacidad) y contextual (tasa de homicidios, oferta de servicios de salud y educación a nivel municipal, tasa de mortalidad infantil del municipio); metodología que se encuentre vigente hasta la actualidad.

VIII SISBÉN METODOLOGÍA III

La Fase de Barrido se realiza al inicio de cada metodología con la cual se obtiene la información del archivo inicial de potenciales beneficiarios de programas sociales, en la cual la Alcaldía de Santiago de Cali visita los hogares de las comunidades donde se concentra la población pobre y vulnerable. En la implementación de la metodología III, que comenzó a regir a finales año 2009, se logró identificar 473.000

hogares residentes en los estratos 1, 2 y 3, superando la meta de focalización en más de un 100%.

Finalizada la Fase de Barrido, comienza la aplicación de la Fase de Demanda en la que se exige como requisito de procedimiento el consentimiento del usuario para el manejo de sus datos personales (Ley 1266 de 2008). Es así como ante las solicitudes de encuesta nueva, actualización de información, inclusión o retiro de la base de datos de datos de SISBÉN se requiere que el usuario realice la respectiva solicitud de forma personal. Siendo responsabilidad del ciudadano solicitar encuesta nueva y mantener sus datos actualizados.

IX COMPONENTES METODOLOGÍA III DEL SISBÉN

COMPONENTES ÍNDICE SISBÉN III			
SALUD	EDUCACION	VIVIENDA	VULNERABILIDAD
<ul style="list-style-type: none"> • Discapacidad permanente • Adolescente con hijo 	<ul style="list-style-type: none"> • % adultos con analfabetismo funcional • % inasistencia escolar • Atraso escolar • % niños trabajando • % adultos con secundaria incompleta o menos 	<ul style="list-style-type: none"> • Tipo de unidad de vivienda • Fuente de agua para consumo • Tipo de conexión sanitario • Exclusividad del sanitario • Material de los pisos • Material de las paredes • Eliminación de basuras • Tipo de combustible para cocinar • Hacinamiento 	<p><i>Individual:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Número de personas en el hogar • Tipo de jefatura • Tasa de dependencia demográfica • Tenencia de activos <p><i>Contextual:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • % Tasa de mortalidad infantil (municipal) • % Tasa de homicidios (municipal) • % Tasa de cobertura neta por nivel educativo (municipal) • % Uso de servicios de salud general dada una necesidad (municipal)

La encuesta del SISBÉN indaga diferentes aspectos entre los cuales se encuentran los siguientes: identificación y datos de la unidad de vivienda, datos del hogar, antecedentes sociodemográficos, salud y fecundidad, educación, ocupación e ingresos.

X PERSONAS IDENTIFICADAS EN LA METODOLOGÍA III DEL SISBÉN EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Con base en la proyección realizada por Cali en cifras 2014 – 2015, la población total de habitantes del municipio de Santiago de Cali a diciembre de 2016 es 2.394.925, de los cuales 1.308.243 se encuentran encuestados en el SISBÉN, lo que corresponde a la identificación en dicho sistema de información del 54.62% de la población, es decir, un poco más de la mitad de los habitantes de Santiago de Cali se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y/o en situación de necesidades básicas insatisfechas, por lo que requieren de la intervención del Estado por medio de la asignación de programas sociales.

En el presente trabajo, se presenta brevemente la importancia de los programas y proyectos sociales como materialización de la política social, los cuales se elaboran para satisfacer necesidades de la población, cuando éstas se traducen en bienes o servicios que se transan en un mercado donde hay alguien que vende y otro que compra, la expresión de dichas necesidades se denomina «demanda efectiva», y la «demanda insatisfecha», o déficit de demanda, corresponde a la brecha entre esta última y la oferta.

En el caso de problemas sociales, normalmente, se opera fuera del mercado, pretendiendo satisfacer necesidades cuyos portadores no tienen capacidad de compra. Aquí, cabe distinguir entre «demanda real» y «potencial». La primera, refleja el conjunto de la población que expresa y reclama una solución a sus necesidades. La segunda contempla a toda la población que tiene la carencia, independientemente si la traduce o no en demanda. En este contexto, «demanda insatisfecha» equivale a necesidad insatisfecha.

Dicha demanda se satisface vía las políticas sociales, que operan subsidiando los productos (bienes o servicios) del proyecto, para entregarlos a la población beneficiaria, a un precio inferior al del mercado, a uno menor al de su costo de producción o, inclusive, en forma gratuita. Las necesidades básicas insatisfechas de la población que presenta mayores carencias, pueden ser concebidas como problemas y los proyectos sociales como soluciones a los mismos, soluciones que como se evidencia en el presente trabajo, deben ser brindadas a la ciudadanía por el Estado, a través de la información recopilada en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales preferente, es decir, por medio de la herramienta SISBÉN.

Al respecto, es preciso indicar como ha sido desarrollado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL¹² que *“los gobiernos de la región, los organismos internacionales, el ámbito académico y la opinión pública en general han convergido en los últimos años en la convicción de que es imperativo aumentar el impacto y la eficiencia de las políticas sociales. Esto ha sido el producto de la interacción de diversos factores: la persistencia de la pobreza como fenómeno generalizado en América Latina; las políticas de ajuste estructural que, en algunos países, han producido una disminución del gasto social y han puesto énfasis en la necesidad de racionalizar el gasto público; el escaso conocimiento disponible sobre el impacto del gasto social y el convencimiento de que una baja proporción del mismo llega efectivamente a los pobres; la creciente exigencia de parte de los beneficiarios de los programas sociales por más y mejores bienes y servicios”*.

SISBÉN	Personas identificadas	Personas Validadas	Personas no validadas
Corte a diciembre de 2016	1.308.243	1.279.590	28.653

¹² CEPAL, Gestión De Programas Sociales En América Latina, Chile, 1998, pág. 7.

Tabla 1. Fuente base de datos SISBÉN

SISBÉN	Total de Fichas socioeconómicas	Total de Hogares	Total de personas
Personas identificadas y certificadas	364.620,00	384.517,00	1.279.590

Tabla 2. Fuente base de datos SISBÉN

Rango de Edad	Hombres	% Hombres	Mujeres	% Mujeres	
Entre 0 a 5 años	27.977	4,69%	26.400	3,9%	54.377
Entre 6 a 17 años	121.610	20,39%	118.005	17,3%	239.615
Entre 18 a 24	87.804	14,72%	91.087	13,3%	178.891
Entre 25 a 40 años	153.044	25,66%	178.180	26,1%	331.224
Entre 41 a 65 años	162.744	27,29%	206.501	30,2%	369.245
Mayores a 65 años	43.193	7,24%	63.045	9,2%	106.238
	596.372		683.218		1.279.590

Tabla 3. Fuente base de datos SISBÉN

Es importante aclarar que las bases de datos del SISBÉN son administradas de forma independiente en cada municipio del país, en razón de ello, en Santiago de Cali 1.308.243 personas se encuentran encuestadas en el SISBÉN, 1.279.590 se encuentran validadas, es decir sus puntajes se encuentran certificados y publicados a nivel nacional por el Departamento Nacional de Planeación en la página de internet www.sisben.gov.co enlace consulta de puntaje.

28.653 corresponden a las personas no validadas, es decir que se encuentran bloqueadas por el Departamento Nacional de Planeación para acceder a los diferentes programas sociales del Estado, debido a que sus registros están duplicados a nivel municipal o nacional (encuestados simultáneamente en dos municipios del país o en dos fichas socioeconómicas dentro del mismo municipio).

XI POTENCIALES BENEFICIARIOS DE LOS PROGRAMAS SOCIALES DE MAYOR ACOGIDA EN SANTIAGO DE CALI

Primera infancia Puntaje 57.21	Access Puntaje 52.66	Régimen Subsidiado Puntaje 54.86	Colombia mayor Puntaje 43.63	Expedición Libreta Militar Puntaje 61.91
50.775	925.602	874.819	86.937	337.266

Tabla 4. Fuente base de datos SISBÉN

La importancia del instrumento SISBÉN para la población pobre y vulnerable del municipio, se ve reflejada en la anterior tabla, la cual permite evidenciar que 50.775

niños entre 0 y 5 años pueden acceder al programa de la Primera Infancia de Cero a Siempre a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual tiene como propósitos principales:

- “1. Promocionar la nutrición, la salud y los ambientes sanos desde la gestación hasta los seis años, entre las familias, la comunidad y los centros infantiles. Así como la prevención y atención a la enfermedad y el impulso de prácticas de vida saludable y condiciones de saneamiento básico ambiental.*
- 2. Fomentar prácticas socioculturales y educativas que potencien el desarrollo integral de los niños y niñas menores de seis años.*
- 3. Velar por la restitución de los derechos vulnerados a los niños y las niñas, por parte de los organismos responsables.*
- 4. Orientar la participación de niños y niñas menores de seis años en la toma de decisiones que afectan sus vidas en los espacios de desarrollo social, familiar e institucional.*
- 5. Impulsar la creación de canales de participación ciudadana para la formulación, ejecución y evaluación de políticas locales de primera infancia.*
- 6. Garantizar el derecho a la identidad de todos los niños y niñas, desde los primeros días de su nacimiento, realizando las gestiones necesarias¹³”.*

Por su parte 925.602 personas son potenciales beneficiarias del programa Acces a cargo del ICETEX, el cual se encuentra dirigido a colombianos de escasos recursos económicos, estratos 1, 2, y 3, de buen desempeño académico, poblaciones que se encuentren en condiciones vulnerables (desplazados, colombianos en proceso de reinserción y habitantes de zonas rurales) que se encuentren registrados en la base de datos del SISBÉN metodología III y que cumplan con los puntos de corte establecidos en el Acuerdo 009 de 2013.

“El crédito Acceso con Calidad a la Educación Superior (ACCES), es una línea de crédito a largo plazo para financiar programas técnicos profesionales, tecnológicos o de ciclo complementario de escuelas normales superiores o universitarios en la que se le presta a un estudiante para que pague un nuevo profesional. (...) Está disponible un subsidio por \$707.409 (setecientos siete mil cuatrocientos nueve pesos moneda corriente) por semestre, suma que se incrementa anualmente de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC)¹⁴”.

De acuerdo con la base de datos del SISBÉN a corte de diciembre del año 2016, 874.819 personas son potenciales beneficiarias de acceder al programa del régimen subsidiado de salud, *“El régimen subsidiado es el mecanismo mediante el cual la población más pobre del país, sin capacidad de pago, tiene acceso a los servicios*

¹³ <http://www.mineducacion.gov.co/primerainfancia/1739/article-178036.html>

¹⁴ <https://www.icetex.gov.co/dnnpro5/en-us/cr%C3%A9ditoeducativo/archivo/C3%ADneasdecr%C3%A9dito/estudiost%C3%A9cnicostecnol%C3%B3gicosyuniversitarios/largoplazoacces.aspx>

de salud a través de un subsidio que ofrece el Estado. Para lograr la afiliación de la población pobre y vulnerable del país al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el Estado colombiano ha definido al régimen subsidiado en salud como su vía de acceso efectiva al ejercicio del derecho fundamental de la salud¹⁵.

Respecto al programa del Adulto Mayor del cual son potenciales beneficiarias 86.937 personas en el municipio de Santiago de Cali, a cargo del Consorcio Colombia Mayor, es preciso indicar que “El Programa de Solidaridad con el Adulto Mayor “Colombia Mayor”, busca aumentar la protección a las personas de los adultos mayores que se encuentran desamparados, que no cuentan con una pensión o viven en la indigencia o en la extrema pobreza. Este programa cuenta hoy con más de 1'472.000 beneficiarios, adultos mayores de todas partes del país que cada dos meses reciben un subsidio para financiar sus necesidades básicas y mejorar su calidad de vida¹⁶”.

Respecto al programa social de la exención del pago de la Cuota de Compensación Militar a cargo del Ejército Nacional, 337.266 personas son potenciales beneficiarias del subsidio, por medio del cual son eximidos del pago de la Cuota de Compensación Militar, quienes deben asumir el pago mínimo de papelería exigido por la brigada en la que se encuentren tramitando su libreta militar.

XII AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Una vez los ciudadanos han sido encuestados en el SISBÉN y el puntaje es validado y publicado a nivel nacional por el Departamento Nacional de Planeación en la página de internet www.sisben.gov.co, las personas que se encuentran sin capacidad de pago para formalizar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo y requieren afiliarse al régimen subsidiado, deben tener en cuenta los puntajes establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución No. 3778 de 2011 que determina los siguientes puntos de corte:

Puntaje de SISBÉN III			
Nivel	14 Ciudades	Otras Cabeceras	Rural
1	0 - 47,99	0 - 4,79	0 - 32,98
2	48 - 54,86	44,80 - 51,57	32,99 - 37,80

Tabla 5. Fuente la Resolución No. 3778 de 2011

Es así como la materialización del derecho fundamental a la salud de los ciudadanos contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia que establece

¹⁵ <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/R%C3%A9gimenSubsidiado.aspx>

¹⁶ http://colombiamayor.co/programa_colombia_mayor.html

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (...)”, depende del puntaje asignado por el Departamento Nacional de Planeación, en los casos en que el puntaje es 54.87 los ciudadanos a pesar de no tener capacidad de pago y pese al estado de salud en el que se encuentren no son potenciales beneficiarios del régimen subsidiado de salud.

A la luz de la normatividad mencionada que determina los puntos de corte establecidos para el acceso de los ciudadanos al régimen subsidiado, es indispensable cuestionar los postulados constitucionales consagrados en el Artículo 49 de acuerdo con lo siguiente *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. (...) La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.

En las normas transcritas en la carta magna de 1991 se consagró el derecho a la salud como un derecho fundamental en sí mismo, gratuito, universal, garantizado a todos los habitantes del territorio nacional, sin embargo en la práctica, las personas que obtienen un puntaje de 54.87 no pueden acceder a tal derecho de rango fundamental, lo cual configura una vulneración al Artículo 44 que establece lo siguiente:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

A continuación se presentan las cifras de las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el municipio de Santiago de Cali a través de los diferentes regímenes:

CORTE A 30 DE NOVIEMBRE DE 2016		
Régimen de Afiliación	No. de Personas	Porcentaje
Régimen Subsidiado	674.343	30.19%
Régimen Contributivo	1.532.280	68.61%
Régimen de Excepción	26.657	01.19%
TOTAL PARCIAL	2.233.280	100.00%

Tabla 6. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

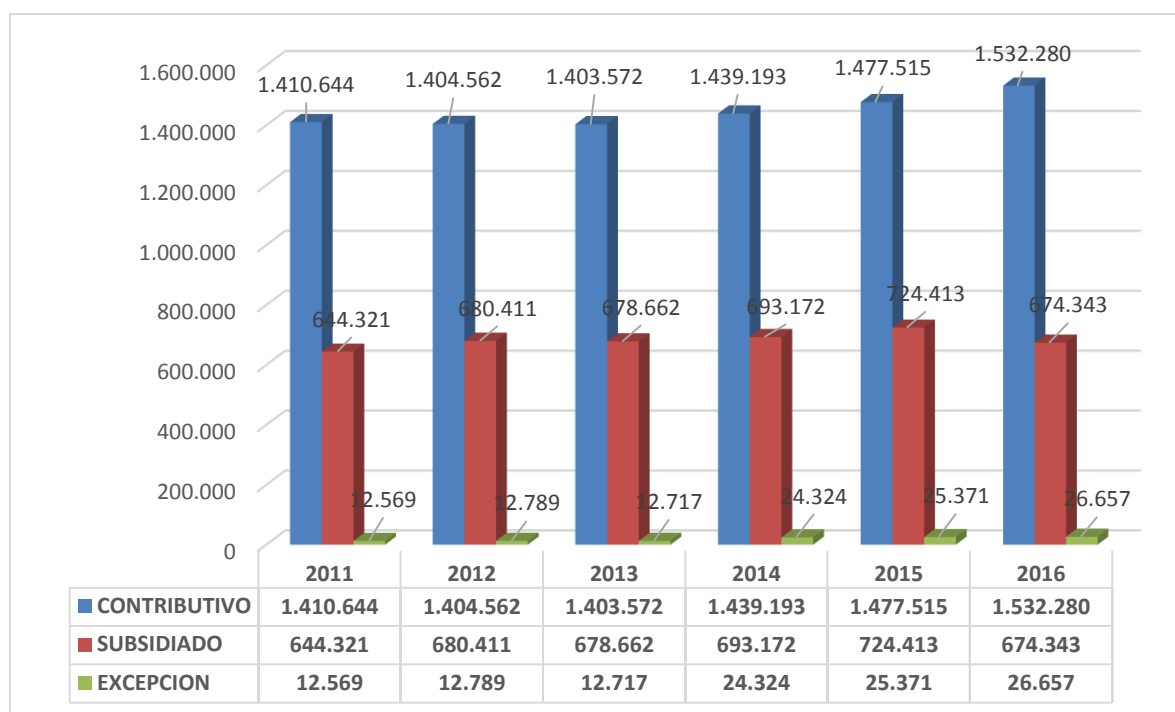


Gráfico 1. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

De los 2.394.925 habitantes de Santiago de Cali, 2.233.280 se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir actualmente el 93.25% de la población se encuentra gozando del derecho fundamental a la salud a pesar de las fallas estructurales del sistema, las cuales se desagregan de la siguiente manera:

674.343 al régimen subsidiado, 1.532.280 al régimen contributivo y 26.657 al régimen de excepción conformado por Magisterio, Fuerzas Militares y Policía Nacional, Ministerio de Defensa y Policía antes de la Ley 100 de 1993, Ecopetrol, Universidades Públicas, Corporaciones Públicas, Empresas en Concordato Preventivo.

XIII POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI SIN ASEGURAMIENTO

CORTE A NOVIEMBRE DE 2016	
No aptos (fuera rango)	50.797
Susceptibles	75.372
TOTAL	126.169

Tabla 7. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

De las 1.308.243 personas que se encuentran encuestadas en el SISBÉN, 126.169 no se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que corresponde al 9.64% de la población encuestada sin aseguramiento, es importante analizar que 75.372 cuentan con puntaje entre 0 y 54.86 que los hace potenciales beneficiarias del régimen subsidiado de salud, sin embargo los ciudadanos no han realizado el procedimiento de afiliación ante las respectivas EPS subsidiadas.

Por su parte 50.797 cuentan con un puntaje superior a 54.86, el cual excede los puntos de corte determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social para el acceso a dicho régimen, por lo que deben formalizar su vinculación al SGSSS a través del régimen contributivo, independiente de que cuenten o no con capacidad de pago para realizar su afiliación.

De acuerdo con lo anterior, los 50.797 ciudadanos que no pueden acceder al régimen subsidiado de salud se enfrentan a una vulneración del postulado constitucional que establece que la Seguridad Social se garantizará a todos los ciudadanos, pues su acceso se limita al puntaje asignado por el Departamento Nacional de Planeación como entidad encargada de elaborar la encuesta SISBÉN y al Ministerio de Salud y Protección Social como órgano competente para definir los puntos de corte determinados de manera autónoma para el acceso a dicho régimen, lo cual implica una responsabilidad compartida en la vulneración al derecho fundamental de la salud.

En dicho orden de ideas, es preciso indicar que el acceso al derecho fundamental a la salud se limita al puntaje asignado a los ciudadanos por el Departamento Nacional de Planeación ya que el mismo se encuentra restringido por el Gobierno Nacional debido a los recursos limitados del Estado, por lo cual se requiere una adecuada distribución del erario a través de la implementación de políticas públicas equitativas y justas respecto a la manera de focalizar el gasto social y con ello garantizar a la población más pobre y vulnerable el acceso a este derecho de rango constitucional.

XIV RELACIÓN DE LA POBLACIÓN POBRE NO ASEGURADA EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI POR COMUNAS

ESE	Comuna	Total	Total ESE	Porcentaje
ESE LADERA	0	3.562	20.790	16,48%
	1	3.401		
	3	1.830		
	17	158		
	18	6.833		
	19	545		
	20	4.390		
	22	62		
	RURAL	9		
ESE CENTRO	10	2.217	20.219	16,03%
	11	5.970		
	12	4.416		
	8	5.714		
	9	1.902		
ESE ORIENTE	13	14.718	52.789	41,84%
	14	15.807		
	15	11.027		
	21	11.237		
ESE SURORIENTE	16	6.824	6.824	5,41%
ESE NORTE	2	736	25.547	20,25%
	4	3.320		
	5	4.197		
	6	11.704		
	7	5.590		
Total general		126.169	126.169	100,00%

Tabla 8. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

La mayor cantidad de ciudadanos del municipio de Santiago de Cali que se encuentran sin afiliación al régimen subsidiado de salud habitan en las comunas 14, 13, 6, 21 y 15 respectivamente.

XV POBLACIÓN POBRE NO ASEGURADA EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI POR GÉNERO

Grupo Etareo	Sexo		Total
	F	M	
0-6 años	2.172	2.143	4.315
7-14 años	13.764	14.177	27.941
15-17 años	3.829	4.163	7.992
18-26 años	15.150	20.578	35.728
27-59 años	18.218	25.679	43.897
60>años	3.227	3.069	6.296
Total general	56.360	69.809	126.169

Tabla 9. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

La mayor población vulnerable del municipio de Santiago de Cali que se encuentra sin acceso al derecho fundamental a la salud son los hombres, correspondiente al 55.33% de la población pobre no asegurada con corte al mes de diciembre de 2016.

XVI POBLACIÓN POTENCIAL BENEFICIARIA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD

Item	Nivel		Total general
	1	2	
APTOS	31.389	7.583	38.972
DOC_NO_CONCUERD	28.066	7.266	35.332
LONGITUD_DE_DOC	826	242	1.068
Total general	60.281	15.091	75.372

Tabla 10. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

De las 38.972 personas que se encuentran aptas (susceptibles) para realizar la afiliación a una EPS subsidiada, 31.389 son potenciales beneficiarias de acceder al nivel 1 de afiliación en salud, es decir exentas de copagos por la prestación de los servicios de salud que requieran (servicio 100% gratuito).

Sin embargo 7.583 se encuentran facultadas para realizar la afiliación en nivel 2, lo que implica que deben pagar aproximadamente el 10% de los servicios requeridos, exceptuando control prenatal, atención del parto, servicios de promoción y prevención, programas de control de atención materno infantil y de enfermedades transmisibles, enfermedades de alto costo, atención de urgencias, consulta médica y odontológica, exámenes de laboratorio, imagenología, despacho de medicamentos y prescripciones regulares dentro de un programa especial de atención integral.

Las 35.332 personas aptas para realizar sus afiliaciones catalogadas en el ítem DOC NO CONCUERD, corresponden a personas que se encuentran encuestadas en el SISBÉN con documento desactualizado, a pesar de tener puntaje que les permite acceder a una EPS subsidiada, presentan inconvenientes al momento de realizar la afiliación, por ejemplo están encuestadas con tarjeta de identidad y el documento actual es cedula de ciudadanía, sin que hayan realizado la actualización en el SISBÉN.

Las 1.068 personas aptas para realizar sus afiliaciones catalogadas en el ítem LONGITUD DE DOC, corresponden a personas encuestadas en el SISBÉN con número de documento de identidad incompleto, lo cual impide que los ciudadanos puedan formalizar su vinculación al régimen subsidiado.

XVII RELACIÓN DE POTENCIALES BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO POR COMUNAS

ESE	Comuna	Total	Total ESE	Porcentaje
ESE LADERA	0	1.622	13.785	18,29%
	1	2.346		
	3	1.274		
	17	96		
	18	4.681		
	19	349		
	20	3.391		
	22	20		
	Rural	6		
ESE CENTRO	10	1.331	11.091	14,72%
	11	3.051		
	12	2.583		
	8	2.699		
	9	1.427		
ESE ORIENTE	13	9.419	34.130	45,28%
	14	10.607		
	15	7.122		
	21	6.982		
ESE SURORIENTE	16	4.174	4.174	5,54%
ESE NORTE	2	563	12.192	16,18%
	4	1.779		
	5	1.223		
	6	5.400		
	7	3.227		
Total general		75.372	75.372	100,00%

Tabla 11. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

La mayor cantidad de ciudadanos del municipio de Santiago de Cali potenciales beneficiarios del régimen subsidiado de salud habitan en las comunas 14, 13, 15, 21, 6 respectivamente.

XVIII RELACIÓN DE POTENCIALES BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO POR GENERO

Grupo Etareo	Sexo		Total general
	F	M	
0-6 años	1.788	1.816	3.604
7-14 años	9.362	9.825	19.187
15-17 años	2.448	2.752	5.200
18-26 años	9.916	13.760	23.676
27-59 años	7.920	12.351	20.271
60>años	1.758	1.676	3.434
Total general	33.192	42.180	75.372

Tabla 12. Fuente Secretaría de Salud Pública Municipal – Área de Aseguramiento

La mayor población del municipio de Santiago de Cali potencial beneficiaria de acceder al derecho fundamental a la salud, son los hombres, correspondiente al 55.96% de la población que cuentan con puntaje del SISBÉN para tramitar su afiliación.

PARTE II

I ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO AL SISBÉN

Analizada la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al SISBÉN, se evidenció que existen pocos pronunciamientos en los cuales dicho órgano jurisdiccional profiera decisiones respecto a los casos en los que se presentan dificultades en la realización de la encuesta SISBÉN, es decir en la asignación de los puntajes, con el fin de identificar las personas beneficiarias de los programas sociales, como se evidencia a continuación:

En la Sentencia T-307 de 1999¹⁷, la señora María Edonay Hurtado Mosquera interpuso verbalmente una acción de tutela contra el SISBÉN del Municipio de Ibagué, por considerar que esta dependencia ha vulnerado su derecho fundamental de petición, el derecho de sus hijos a la salud. Informó que fue encuestada en 1995 por los funcionarios del SISBÉN, que ha acudido en numerosas oportunidades, a las oficinas municipales en que funciona este programa, con la finalidad de reclamar el respectivo carné. Manifestó que en ninguna de esas ocasiones, ha sido adecuadamente atendida por los empleados responsables, quienes, en forma reiterada, le han presentado excusas dilatorias que la obligan a retornar posteriormente.

En el escrito de defensa, la administradora del SISBÉN informó que la actora no aparece inscrita en la base de datos del SISBÉN. Así mismo, indicó que, en los archivos de esa dependencia, no aparece petición alguna de la actora en la que solicite ser encuestada por el SISBÉN.

El juez de tutela denegó la protección constitucional solicitada. A su juicio, los derechos fundamentales invocados por la demandante no fueron vulnerados por la autoridad pública demandada, como quiera que aquélla nunca ha elevado peticiones escritas de encuesta o de vinculación al SISBÉN.

Para resolver la cuestión planteada, la Corte Constitucional realizó un amplio estudio sobre la relevancia e importancia constitucional del SISBÉN y la relación entre éste y los derechos fundamentales de las personas que solicitan ser

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 307 de 1999, M.P: Maria Edonay Hurtado Mosquera.

encuestadas o realizan trámites tendentes a figurar en la base de datos, para lo cual se hace necesario traer a colación lo expuesto por la Corporación en los siguientes términos:

El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales - SISBÉN - constituye el principal instrumento a disposición de las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Este instrumento, sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, financiados, básicamente, con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales (C.P., artículos 356 y 357; Ley 60 de 1993, artículo 30).

Ciertamente, algunos programas de política social y, en especial, aquellos que operan con base en la entrega de subsidios a la demanda, requieren, en una primera fase, que sus potenciales beneficiarios sean individualmente seleccionados, de manera justa y equitativa, con el fin de garantizar que los dineros públicos que constituyen tales subsidios lleguen a los sectores sociales que más requieren de ellos.

El SISBÉN es un programa de focalización del gasto social descentralizado, diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado y operado por los distritos y los municipios. Consiste, básicamente, en la recolección, a través del mecanismo de la encuesta, de la información que se requiere para completar la denominada ficha de clasificación socioeconómica. Dicha ficha, tras ser procesada y sistematizada por medio de una aplicación especial creada para estos efectos, arroja un puntaje que permite ubicar a la familia o individuo encuestado en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos.

Las normas que crean la mayoría de los programas sociales que funcionan con base en la asignación de subsidios a la demanda (programas de la Red de Solidaridad Social, régimen subsidiado de seguridad social en salud, programas para ancianos indigentes, etc.) han establecido que los beneficiarios de los mismos están constituidos por las personas o familias localizadas en los niveles 1 y 2 y, excepcionalmente, en el nivel 3 del SISBÉN, los que, se supone, están compuestos por la población más pobre y vulnerable de Colombia.

De lo anterior, se desprende la importancia constitucional del SISBÉN como instrumento que contribuye, de manera fundamental, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución Política. El señalado mecanismo de focalización del gasto social constituye el primer paso del proceso de asignación de unos recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana y, por tanto, se erige en una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados (C.P., artículo 13).

Esta constatación, ha permitido que la Corte establezca el derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de acceder al SISBÉN de manera igualitaria y a la vez, el deber correlativo de las autoridades estatales encargadas de la administración e implementación de este programa de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a que éste cumpla con su objetivo constitucional a cabalidad.

Con anterioridad, la Corte ha podido ocuparse de algunos de los problemas constitucionales que pueden suscitarse con ocasión de la entrega de subsidios a personas marginadas o que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Al respecto, la Corporación ha entendido que la distribución de recursos sociales, analizada desde la perspectiva constitucional, guarda relación directa con el principio de igualdad.

La entrega de subsidios a las personas y familias más pobres de la población, contribuye a la realización de la igualdad material. Sin embargo, dada la escasez relativa de recursos, los eventuales beneficiarios sobrepasan, en número y necesidades, la cuantía de los subsidios disponibles, razón por la cual es necesario diseñar políticas claras y transparentes de distribución, a través de las cuales se asegure que todas las personas tengan la posibilidad de competir, en igualdad de condiciones. Así las cosas, tanto el diseño como la ejecución de la política social deben garantizar plenamente el derecho fundamental de acceso igualitario a los bienes y recursos públicos. En este mismo sentido, la Corporación ha establecido:

"La realización del principio de igualdad en la asignación de recursos escasos consiste en garantizar, a los posibles beneficiarios, el acceso, en condiciones de igualdad, a los procedimientos por medio de los cuales las instituciones distribuyen esos recursos. Si bien la elección de los principios y procedimientos particulares de distribución que cada entidad establece - con base en la ley - forman parte de su autonomía operativa, éstos no pueden contrariar los parámetros que se derivan de los principios y valores constitucionales: todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a discriminaciones contrarias a la Carta, etc. En este orden de ideas, por lo menos en las dos situaciones siguientes, es innegable la dimensión constitucional de la controversia: (1) cuando el procedimiento es constitucionalmente adecuado, pero alguna de sus etapas o requisitos se violan o pretermiten y esto determina que un beneficiario sea excluido del subsidio, al cual habría accedido si el procedimiento se hubiera cumplido a cabalidad; (2) el procedimiento se observa, no obstante su diseño contraría las normas constitucionales, por ejemplo, se descubre que los mecanismos aplicados implican una exclusión sistemática de personas caracterizadas por algún factor relacionado con la raza, el sexo o la edad".

En síntesis, según la jurisprudencia de la Corporación, entre las autoridades públicas que administran y operan programas de gasto social como el SISBÉN y los potenciales beneficiarios, pueden surgir dos tipos de controversias con relevancia

constitucional. La primera clase de casos surgen cuando, en razón de acciones u omisiones de funcionarios encargados de la administración del SISBÉN, los eventuales beneficiarios de subsidios no pueden acceder o se les dificulta el acceso a ese instrumento de focalización. El segundo tipo de casos se presenta cuando las personas que no resultaron beneficiadas con la asignación de un determinado subsidio, estiman que su exclusión se produjo como consecuencia de una inequidad en el diseño del SISBÉN, cuyas variables no contemplan sus específicas condiciones de vulnerabilidad social.

En el primer tipo de situaciones, la controversia constitucional surge en el momento en el que un potencial beneficiario queda en situación de desigualdad frente a alguno de sus competidores, por omisiones o actuaciones ilegítimas imputables a las autoridades encargadas de implementar los programas de política social. Esta clase de eventualidades puede ocurrir cuando, por ejemplo, el municipio o distrito no practica las encuestas a los sectores pobres y vulnerables de la población; no atiende solicitudes particulares de encuesta; la encuesta es practicada en forma incompleta; la información pertinente no es debidamente procesada, etc. En todos estos casos, si la familia o persona afectada por la acción o la omisión de la autoridad pública recurre, por vía de la acción de tutela, al juez constitucional, éste podrá intervenir - siempre que no existan expeditos mecanismos ordinarios de defensa - con la finalidad de hacer cesar la amenaza que las conductas antes anotadas implican para la integridad del derecho fundamental a la igualdad. Así, el funcionario judicial competente para dar trámite al amparo constitucional, podrá emitir las órdenes necesarias para que las autoridades demandadas asuman sus deberes y los cumplan adecuadamente.

Ahora bien, es necesario mencionar que la Sentencia T 307 de 1999 es de gran importancia para el presente trabajo de investigación, toda vez que en dicha providencia, la Corte Constitucional cuestiona cuál es el grado de intensidad con el cual debe ser juzgado un eventual vicio en la operación o implementación de programas de política social como el SISBÉN, en procesos en los cuales puedan encontrarse comprometidos los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos marginados o discriminados de la sociedad.

En dicho sentido, la Corte afirma que el Estado Social de derecho y los derechos fundamentales en que éste se funda constituyen la respuesta del constitucionalismo contemporáneo a las burocracias deshumanizadoras de los regímenes totalitarios. En efecto, a diferencia de los mencionados regímenes, el Estado social de derecho es un Estado al servicio de la persona y de la dignidad humana, cuya existencia se justifica en la medida del cumplimiento y efectividad de los derechos fundamentales.

A la luz de estas premisas axiológicas, la actividad estatal no puede fundarse en una visión pétrea y burocratizada de los asuntos públicos. Por el contrario, el servicio público anejo al Estado social y democrático de derecho debe contar con la suficiente plasticidad para adaptarse a las necesidades y demandas de las sociedades diversas y pluralistas contemporáneas.

En nuestro país, la Constitución Política es explícita al señalar que, entre otros, los fines esenciales del Estado social de derecho que la misma consagra (C.P., artículo 1°) son los de "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (C.P., artículo 2°). Sobre este particular, la Corte ha indicado:

"La razón de ser del Estado social de Derecho es la dignidad humana y el objeto de la actividad estatal no es otro que la vigencia efectiva de los derechos inalienables de la persona. Por lo tanto, no es compatible con esa base axiológica de la Constitución una visión omnipotente y lejana del Estado (...).

El Estado está al servicio de la persona humana y no al contrario. Por tanto, los servidores públicos no deben olvidar que entre los fines esenciales del Estado están los de servir la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución".

Con base en lo anterior, es posible afirmar que la función pública debe estar enteramente sustentada en el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, ello cobra importancia cuando los destinatarios de la actuación estatal forman parte de sectores históricamente marginados de la población. En estas circunstancias, los deberes del Estado señalados en el artículo 2° de la Carta Política se tornan aún más imperiosos en razón del mandato de especial protección contenido en la denominada "cláusula general de erradicación de las injusticias presentes", la cual impone a las autoridades públicas el deber principal de adoptar todas aquellas medidas tendentes a la erradicación de la discriminación y la marginación sociales.

Ahora bien, respecto al caso particular, la Corporación encontró que no solamente existe una vulneración del derecho de petición, adicionalmente se ha producido una amenaza del derecho fundamental a la igualdad de la actora, como consecuencia de las actuaciones omisivas y dilatorias de las autoridades demandadas, la demandante no ha podido acceder al SISBÉN y en consecuencia, ha quedado al margen de aquellos programas sociales en los que eventualmente hubiera podido ser considerada como potencial beneficiaria, de haber sido adecuadamente atendida por los funcionarios responsables de la administración del mencionado sistema. En consecuencia, la exclusión arbitraria de algún eventual beneficiario, amenaza seriamente su derecho a la igualdad y pone en peligro la realización efectiva de los fines del Estado social de Derecho.

La Sentencia T 307 de 1999 marca un precedente de vital importancia en tema jurisprudencial por cuanto en el caso objeto de estudio, la Corte no se limita a analizar de manera exclusiva la vulneración al derecho de petición e igualdad de la accionante sino que adicionalmente realiza un estudio sobre la falta de regulación y deficiencias en la aplicación del SISBÉN y la vulneración del derecho al habeas data, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política que determina:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

A juicio de la Corporación, las mencionadas deficiencias provienen tanto de la falta de regulación en la aplicación del SISBÉN como de la manera irregular y arbitraria como se ejecuta dicho sistema, pues la Sala considera que estos hechos no sólo comprometen los derechos a la igualdad y a la participación de los eventuales beneficiarios del gasto público social, sino que, fundamentalmente, lesionan el derecho al *habeas data* de las personas interesadas en ingresar al banco de datos del SISBÉN.

La mencionada sentencia es de vital importancia para el objeto de estudio, pues en la misma la Corte se pronuncia sobre los siguientes criterios:

“No obstante, de la información enviada a la Sala por la misma dependencia, se desprende con claridad que: (1) no existen datos sobre la población que “falta por censar”; (2) no se ha diseñado un cronograma o plan de acción para la realización de las encuestas del SISBEN; (3) no se han establecido criterios generales de implementación y ejecución del SISBEN. Adicionalmente, la respuesta de la Alcaldía, dejó de responder preguntas fundamentales, como, por ejemplo la relativa al procedimiento mediante el cual se informa a las personas o familias encuestadas sobre el resultado de las mencionadas encuestas. Sobre este punto, la alcaldía manifiesta que a cada beneficiario se entrega un certificado, pero no señala, su lugar ni su oportunidad. No resulta claro, entonces, si en Ibagué la notificación de una decisión fundamental para la satisfacción de necesidades básicas de la población más pobre y vulnerable se realiza en un tiempo relativamente razonable, mediante comunicación personal o mediante fijación de listas, etc.

Las respuestas proporcionadas a esta Sala por las autoridades municipales de Ibagué en torno al funcionamiento del SISBEN en ese municipio, dejan traslucir que la implementación, organización y funcionamiento de ese mecanismo de focalización del gasto social constituyen cuestiones libradas más a la buena voluntad de los funcionarios de turno que a un esquema ordenado y programado de selección de los eventuales beneficiarios de los programas sociales”.

Finalmente, con base en los argumentos expuestos, la Sala revoca la sentencia de primera instancia adoptada por el Juzgado 4° Civil Municipal de Ibagué y en consecuencia, concede la tutela de los derechos fundamentales de petición, igualdad y *habeas data* de la actora, en razón de lo cual profiere las siguientes decisiones:

1. Ordena al SISBÉN del municipio de Ibagué que encuesten a la actora, procesen sus datos y verifiquen si, según la información recolectada, debe ser afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

2. Ordena al Departamento Nacional de Planeación que diseñe un instructivo nacional para que la conformación de la base de datos del SISBÉN en cada municipio, así como su operación, consulta y actualización, se someta a los principios básicos de protección al habeas data.

3. Ordena al Alcalde de Ibagué, la adopción de todas las medidas necesarias para corregir los vicios administrativos y de gestión que han quedado evidenciados en el presente proceso, y, además, para que desarrolle un plan coherente que permita que la implementación del SISBÉN responda a los principios básicos de moralidad, imparcialidad, igualdad, publicidad, eficacia, economía y celeridad.

En la Sentencia T-430 de 2008, la accionante manifiesta que por más de 30 años trabajó al servicio de la señora Alicia Castro Osorio, quien en el año 1995 le asignó mediante testamento una vivienda ubicada en el barrio de Santa Teresita – Localidad de Teusaquillo en la ciudad de Bogotá, hasta el año 2006 se encontraba clasificada en el nivel 2 del SISBÉN, y que con la aplicación de una nueva metodología le fue aplicada la encuesta SISBÉN el 14 de Septiembre de 2006 quedó clasificada en el nivel 4 donde no está previsto el servicio de salud subsidiado, la accionante padece de hipotiroidismo y por tanto debe realizarse constantes chequeos médicos e ingerir ciertos medicamentos, adicionalmente la accionante es una persona de la tercera edad y no cuenta con ninguna fuente de ingresos.

La Corte se pronunció señalando que la acción de tutela es el mecanismo procedente para proteger los derechos fundamentales de la actora, los cuales fueron vulnerados porque debido a su incorrecta clasificación en el SISBÉN no goza de la atención medica debida, ya que no se le están suministrando los medicamentos y tratamientos que requiere por no poder asumir el costo de los copagos y cuotas moderadoras del nivel 4 en el que fue clasificada.

Por lo anterior, se revocó la sentencia en el sentido de conceder a la señora Bertha Marina Herrera Benavides la protección de los derechos a la salud, en conexidad con la vida, la seguridad social, y la dignidad humana, ordenando a la Secretaria Distrital de Planeación de Bogotá que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de este fallo, asigne un puntaje a la señora Bertha Marina Herrera que responda a la situación de pobreza y a la condición de ancianidad en la que se encuentra y que le permita ser inscrita en el Régimen Subsidiado de Salud.

En la Sentencia T- 220 de 2008¹⁸, el señor Fernando Aguirre Pérez tiene una discapacidad física y mental y presenta episodios frecuentes de epilepsia, depende

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 220 de 2008, M.P: Jaime Araujo Rentería.

económicamente de sus padres, desde el año 2004 hasta el 2007 sus padres y el estuvieron afiliados a la EPS del Régimen subsidiado de Salud Comfama, en razón de su clasificación en el nivel 2 del sistema de identificación y selección de potenciales beneficiarios de programas sociales SISBEN.

El accionante señala que como consecuencia de una nueva encuesta realizada por la Secretaria de Planeación el 14 de Septiembre de 2004, a partir del 22 de Agosto de 2007 de conformidad con el puntaje obtenido el señor Aguirre y sus padres se encuentran clasificados en el nivel 4 del SISBÉN. Por lo anterior, producto de la nueva clasificación en el SISBÉN, el señor Aguirre y sus padres fueron desafiliados de la EPS del Régimen Subsidiado.

En este caso la Corte se pronunció manifestando que el *“Estado tiene la obligación de garantizar la prestación y acceso a los servicios públicos de salud y seguridad social de la población más pobre y vulnerable”*. Al respecto señaló que de acuerdo con las normas que regulan la materia, el Sistema de Identificación y Selección de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – SISBEN constituye el principal instrumento de focalización del gasto social, y en consecuencia de identificación de los potenciales beneficiarios del Régimen Subsidiado. No obstante, en este sentido precisó que en atención a múltiples casos concretos, la Corte ha considerado que la metodología empleada por el SISBEN para la identificación de los beneficiarios del Régimen Subsidiado puede resultar ineficiente, pues da lugar a violaciones sistemáticas del derecho fundamental a la igualdad y a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.

En consecuencia de lo anterior, la Corte ordenó a la Secretaria de Planeación de Envigado – Antioquia que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, adelante las gestiones necesarias para la clasificación del Señor Fernando Aguirre Pérez en el nivel 1 del SISBÉN y expida a su nombre el carné correspondiente.

Esto por cuanto, de acuerdo con las consideraciones generales de esta sentencia, la clasificación del actor en el nivel 1 del SISBÉN -a diferencia de lo que ocurriría si fuese clasificado en otro nivel-, le permitirá tener acceso a los servicios de salud que requiere, sin que para ello deba efectuar pagos compartidos o cuotas moderadoras. Así mismo, dicha clasificación le permitirá tener prioridad para la asignación de una EPS del Régimen Subsidiado.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada anteriormente, podemos analizar cómo este Órgano no toma decisiones encaminadas a ordenar modificar el funcionamiento del SISBÉN como herramienta focalizadora de la población vulnerable, sino que simplemente sus decisiones van orientadas a resolver cada caso particular, al ordenar que se realice una encuesta con el fin de que se asigne un nuevo puntaje a los accionantes, con la finalidad de determinar la posibilidad que los ciudadanos puedan ser beneficiarios de los programas sociales, lo anterior nos permite inferir el déficit de del activismo de dicho órgano

constitucional frente al SISBÉN.

De lo anterior, es probable que la Corte Constitucional no tenga una posición activa generando decisiones con cambios estructurales en razón a que considera que la naturaleza de su creación no es ordenarle al ejecutivo cambiar la ejecución de la herramienta ya que el alcance de este órgano es ordenar el cumplimiento y que se practique en debida forma dicho instrumento como mecanismo de selección de la población vulnerable y corresponde de esta manera al órgano ejecutivo, en este caso al DNP generar ese cambio estructural con el fin de garantizar el acceso efectivo al derecho a la salud como postulado constitucional.

Se observa que la Honorable Corte Constitucional no cuestiona la metodología desarrollada por el Departamento Nacional de Planeación, pues no se evidencian respuestas estructurales y de fondo, ya que si bien comparamos esta problemática con otros casos en los cuales la Corte ha tomado partida y ha fijado precedentes claros, se logra establecer que respecto al SISBÉN, sus pronunciamientos son efímeros y se limitan a resolver cada caso particular, al ordenar simplemente que se realice una encuesta nueva.

Claramente la Corte Constitucional ha sido innovadora en sus decisiones en casos estructurales como lo vemos en la Sentencia T- 025 de 2004¹⁹ en la cual realiza un amplio estudio sobre el desplazamiento forzado, en donde se acumuló las peticiones de amparo – tutelas de 1.150 familias desplazadas forzosamente en medio del conflicto armado colombiano, en este caso la Corte declaró que se trataba de un estado de cosas inconstitucional y una violación masiva de derechos humanos, ordenando medidas estructurales determinantes que dieron pie a un proceso de ejecución y seguimiento que marcaron un precedente constitucional importante.

En el presente caso la Corte denota el problema que radica en la ausencia de políticas públicas y que además hay una insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política y los problemas de capacidad institucional que afectan el desarrollo, implementación y seguimiento de la política estatal.

Dicha Corporación dedica atención en la sentencia a las falencias que se presentaron como las prolongadas omisiones de las autoridades, las practicas estatales inconstitucional, que se traduce en la política de restringir la atención a los desplazados, a la ayuda humanitaria de emergencia, la falta de medidas administrativas, legislativas o presupuestales, es decir, aquellas medidas necesarias para atender el problema, tales como la apropiación de fondos suficientes para proteger los derechos de la población desplazada, y adicionalmente la falta de intervención y coordinación de las múltiples entidades desde el orden nacional como el sistema nacional de atención a la población

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T- 025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

desplazada hasta las entidades territoriales de orden municipal y departamental.

En la Sentencia T- 388 de 2013²⁰, se evidencia otro caso estructural como es las condiciones inhumanas a las que han sido sometidas personas privadas de la libertad, se analizan nueve procesos de acción de tutela acumulados, con relación a seis cárceles del país como son: La cárcel de Cúcuta, la Tramacúa, la Modelo, Bella Vista, San Isidro y la de Bucaramanga, ya que tienen reclamos similares.

En todos estos casos presentados, una o más personas privadas de la libertad reclaman protección del juez de tutela de sus derechos fundamentales debido a la violación a la que las instituciones carcelarias los tienen sometidos, debido a las condiciones indignas e inhumanas de reclusión, algunas de las acciones de tutela presentadas solicitan y reclaman que se tomen las medidas inmediatas para superar el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario, ya que había sido reconocido por la Corte Constitucional.

En la Acción de tutela se discute que en la medida en que tal estado de cosas no se supere y actualmente el Estado colombiano siga careciendo de la capacidad de tenerlos reclusos y privados de la libertad de manera digna, los jueces de tutela están obligados a declarar que el Estado no tiene el derecho de mantenerlos reclusos. A juicio de algunos, si el Estado no tiene la capacidad de privar de la libertad a una persona en condiciones de dignidad y de respeto para sus derechos, simplemente carece de la facultad y de la legitimidad material para ejercer y emplear las facultades sancionatorias penales.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que antes de la Sentencia T- 388 de 2013, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 153 de 1998²¹, utilizó la figura del estado de cosas inconstitucional para enfrentar las violaciones graves, recurrentes, extendidas y cotidianas de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia. La Corte Constitucional evidenció que se trataba de un problema estructural, que se había gestado en Colombia a lo largo de los años.

En la Sentencia T- 153 de 1998, se analizaron dos acciones de tutela, y respecto de las dos la Corte Constitucional encontró que la situación alegada por las personas reclusas era cierta. Las condiciones de hacinamiento habían llevado a emplear como dormitorios espacios de los centros carcelarios que nunca tuvieron tal propósito, tales como espacios de recreación o baños. Esto, además en condiciones inhumanas e indignantes, pues suponía dormir directamente sobre el piso. En esa oportunidad la Corte Constitucional concluyó que la situación de reclusión de las personas privadas de la libertad era claramente contraria al respeto de la dignidad humana, con expresiones y calificativos severos al respecto.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T- 388 de 2013, M.P: María Victoria Calle Correa.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 153 de 1998, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Adicionalmente, en materia de protección del medio ambiente y de la diversidad cultural, la Corte Constitucional suspendió un proyecto petrolero en Putumayo ejecutado por Ecopetrol y Petrominerales hasta que adelantaran la consulta previa con los indígenas awá. En este caso la Corte argumenta que el desarrollo de las finanzas de la Nación no puede sacrificar la diversidad cultural de los pueblos y menos el deterioro del medio ambiente. De esta forma la Corte interviene en proyectos que son prioridad en la política nacional y de gran importancia económica, justificando su intervención en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas especialmente cuando el medio ambiente puede sufrir daños irreparables.

La intervención de la Corte va más allá de la suspensión de proyectos mineros o de infraestructura por las razones anteriormente expuestas, sino además que toma posiciones de cara al poder legislativo, y es así como a través de la Sentencia C – 389 de 2016²², la Corte conmina al legislador para que actualice el Código Minero y lo adecue a la Carta Política de 1991, señalando que en el tema de concesión de títulos mineros el actual código genera un déficit de protección por las siguientes razones: i) Parte del momento de llegada del interesado (derecho de preferencia, previsto en el artículo 16 del Código de Minas; ii) exige el cumplimiento de requisitos de naturaleza estrictamente formal (artículos 271 a 279 de dicho código) y iii) excluye reglas de contratación administrativa (artículo 53 del Código de Minas).

Con el análisis anterior la Corte concluye que existen fallas estructurales en la concesión de títulos mineros que deben ser resueltas de manera integral por el Congreso de la República, transitoriamente entonces conmina a la administración a establecer un protocolo que garantice el cumplimiento de los derechos laborales de las comunidades afectadas y el cumplimiento de los estándares ambientales. Claramente observamos como la intervención de la Corte en otros órganos del poder afecta las decisiones políticas, económicas o las funciones mismas del legislativo y del ejecutivo.

Esta intervención la podemos observar claramente en la Sentencia C – 389 del 2016, donde además de hacer los planteamientos frente a la norma actual, mencionados en el acápite anterior, la Corte le pide al Congreso que al legislar sobre el tema tenga en consideración los siguientes aspectos:

- La norma deberá proteger la minería de subsistencia, tradicional de comunidades campesinas y ancestrales de pueblos indígenas y comunidades negras.
- Debe permitir la adecuación progresiva de la minería informal o la que no satisface algún requisito legal, pero puede llegar a hacerlo.
- Desarrollar normas efectivas para el control de la minería ilegal, entendida como aquella que no satisface ninguno de los requisitos.

²² Corte Constitucional, Sentencia C – 389 de 2016, M.P: María Victoria Calle Correa

- La normativa debe reforzar la lucha contra la minería criminal, que es aquella que se adelanta al margen de todo parámetro jurídico y ético, y hace parte de las acciones que adelantan los grupos armados al margen de la ley para su financiamiento.

Este activismo judicial, en la política minera estatal, es una consecuencia de la omisión legislativa o de la inactividad del Congreso de la República frente a normas, actividades o realidades sociales que requieren ser adaptadas a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991, porque es allí, en la protección de los derechos fundamentales donde se constitucionaliza la actividad minera y de infraestructura en nuestro país.

Por lo anterior, podemos concluir que existen una postura que subyace en el argumento de esta nueva tendencia como lo es el activismo judicial, producto de un Estado Moderno, basado en la progresividad de los derechos, bajo el marco del intervencionismo del Juez como consecuencia del ausentismo de los demás órganos del poder público, encargado de la implementación de políticas públicas que regulen temas de alto impacto social.

Analizando el contenido de las decisiones de la Corte Constitucional vemos como este órgano a partir de casos estructurales se enfrenta a un concepto que ha evolucionado tanto y que ha adquirido gran importancia como es el de las políticas públicas, que pueden ser entendidas como *“una serie de decisiones o acciones intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores públicos y a veces no públicos a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo”*²³.

Las políticas públicas realmente han sido un campo de estudio por parte de la ciencia política, la economía y la administración pública y solo recientemente el Derecho ha entrado a analizar este tema.

La Corte Constitucional comenzó a utilizar este término de las políticas públicas en su jurisprudencia a partir de dos categorías:

- Los distintos escenarios facticos, es decir, hechos, circunstancias, en los cuales la jurisprudencia constitucional señala las políticas públicas.

- La forma en que se refiere a tal concepto.

Se ha dicho que la Corte Constitucional es un actor más en el campo de las políticas públicas, por lo cual se construye su propio relato que puede entrar en pugna con otros actores.

Respecto a la primer categoría de escenarios facticos de las políticas públicas en la jurisprudencia se puede precisar que *“se identificaron dos escenarios*

²³ Universidad de Alcalá, Políticas Públicas de Derechos Humanos, 2012.

fundamentales en los que la Corte Constitucional alude a las políticas públicas, el primer escenario es cuando reconoce la necesidad de formular políticas que desarrollen la faceta prestacional de los derechos y el segundo escenario es cuando declara un estado de cosas inconstitucional (ECI)²⁴.

Respecto a ese primer escenario de la necesidad de formular políticas que desarrollen la faceta prestacional, la Corte entiende este diseño de políticas públicas con el propósito de satisfacer una faceta asistencial, prestacional o programática de los derechos. Refiriéndose por tanto a una obligación del estado derivada del modelo del Estado Social de Derecho.

Es por esto que según la Corte Constitucional no contar con una política pública que atienda a la faceta prestacional de los derechos, es considerada por este órgano como un indicio de inconstitucional ya que no es suficiente que se encuentre plasmada en un documento pues eso no significa que se aplique.

Es importante tener en cuenta que la política pública se traduce en un proceso, que inicia con una estructuración de proyectos y procesos pero que alcanza su eficacia a partir de su implementación, ya que de no implementarse se convertiría en lo que muchas leyes actualmente son consideradas, letra muerta. Es por esta razón que la Corte Constitucional se ha encargado de formalizar las políticas públicas.

Lo anterior nos permite concluir que a pesar que la Corte Constitucional ha fallado de fondo en ciertos temas y ha construido una serie de jurisprudencia de casos estructurales, en este caso frente al SISBÉN hay un vacío, y no existe una decisión que resuelva de fondo la problemática que dadas sus condiciones de vulnerabilidad requiere acceder a los programas sociales del Estado.

Adicionalmente, aunque en varios pronunciamientos como lo hemos visto en el desarrollo de la presente investigación, la Corte ha manifestado que la encuesta o metodología aplicada por el SISBÉN para la identificación de potenciales beneficiarios no es suficiente para determinar si una persona necesita ser beneficiaria de los programas sociales brindados por el Estado, y que este sistema presenta un sinnúmero de falencias, no se evidencia que esta Corporación haya proferido ninguna decisión estructural dentro de sus fallos donde intervenga y ordene a al Departamento Nacional de Planeación modificar la metodología desarrollada.

Con esto no se pretende desestimar el papel que la Corte Constitucional ha desempeñado para la protección y garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, integrando a grupos desventajados y en situación de vulnerabilidad, no solo al sistema de salud y educativo, sino también al sistema político, generando espacios de participación y empoderamiento, y utilizando para ello las facultades legales como máximo intérprete de la Constitución; se trata de

²⁴ Cano Blandón Luisa Fernanda, La narrativa de las Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional colombiana, 2014, pág. 6.

establecer hasta qué punto el activismo judicial de la Corte plantea un proceso que repercute directa o simbólicamente en los escenarios de la política pública local.

Finalmente, es importante mencionar que existe la necesidad de que la Corte analice los fallos que profiere en las acciones de tutela presentadas por los ciudadanos frente a la inconformidad con la metodología utilizada por el SISBÉN para la identificación de los potenciales beneficiarios de programas sociales, en tanto que quedan excluidos de los beneficios a causa de la asignación del puntaje, por lo que se requiere maximizar los efectos directos e indirectos de los fallos de la Corte, los cuales en principio tienen como propósito una transformación social y la redistribución de recursos para la garantía de los derechos de primera y segunda generación, con la finalidad de que los mismos dejen de ser una simple ilusión plasmada sobre el papel y especialmente, se profieran decisiones estructurales respecto a la identificación de los potenciales beneficiarios de programas sociales.

II ANÁLISIS DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LAS QUE EL SISBÉN DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI INTERVINO COMO ACCIONADO O VINCULADO

CAUSALIDAD AÑO 2016	TOTAL
TUTELA	156
Caja de Compensación Familiar	1
Reconocimiento de subsidio familiar	1
Duplicidad	1
Corrección Documento de Identidad	1
Encuesta Nueva	3
Afiliación salud	1
Inconformidad de Puntaje	1
Prestación de servicios	1
Inclusión	1
Afiliación salud	1
Pensión	3
Reconocimiento de pensión	3
Programa Social	6
Adulto Mayor	2
Crédito ICETEX	1
Ser Pilo Paga	3
Retiro	1
Afiliación salud	1
Salud	140

Afiliación salud	121
Prestación de servicios	19
Total general	156

Tabla 1. Fuente base de datos SISBÉN

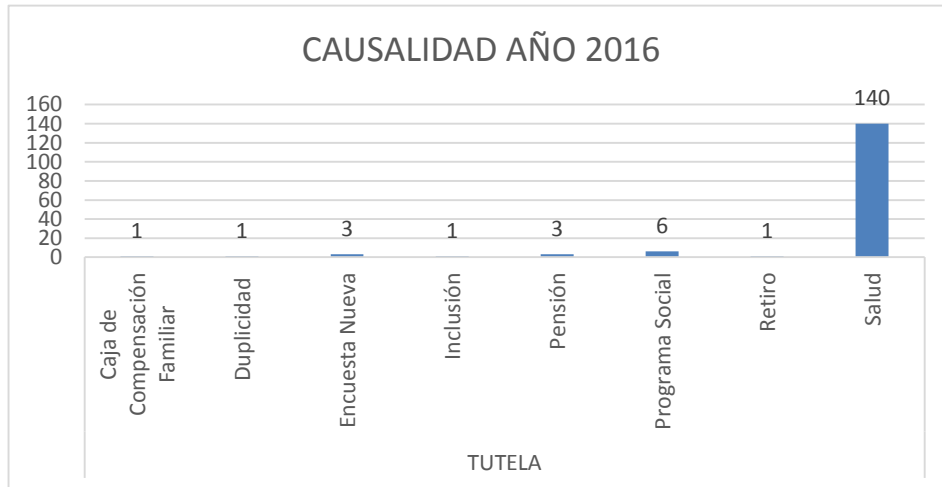


Gráfico 1. Fuente base de datos SISBÉN

Durante el año 2016 el municipio de Santiago de Cali - SISBÉN actuó como accionado en 156 acciones de tutela, de las cuales 140 fueron presentadas por los ciudadanos para solicitar la protección del derecho fundamental a la salud, 121 correspondientes a Afiliación a salud, en las que los accionantes informaron a través de sus escritos de tutela que no se encontraban afiliados al régimen subsidiado o habían sido retirados de las EPS del régimen contributivo al haberse quedado sin capacidad de pago, 19 debido a que a pesar de que se encontraban afiliados a una EPS subsidiada, la misma negó la autorización de medicamentos o procedimientos médicos requeridos por los tutelantes.

Tal como se evidencia en el gráfico “Causalidad año 2016”, el 89.74% de las acciones de tutela en las que el SISBÉN actuó como vinculado de oficio por los Juzgados o eventualmente como accionado, correspondieron a la necesidad de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia para que se les resolviera a su favor frente a las barreras que se presentan en el municipio de Santiago de Cali para el acceso al derecho fundamental a la salud o la prestación de servicios médicos.

SENTENCIAS 2016 QUE EMITIERON ORDENES AL SISBÉN	TOTAL
Vinculante	30
Duplicidad	1
Corrección Documento de Identidad	1
Retiro	1
Afiliación salud	1

Salud	28
Afiliación salud	28
Total general	30

Tabla 2. Fuente base de datos SISBÉN

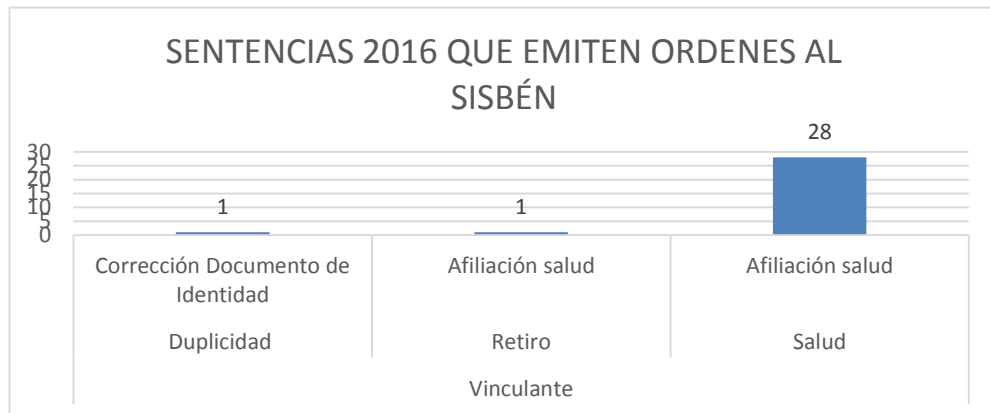


Gráfico 2. Fuente base de datos SISBÉN

De los 156 fallos proferidos por los Juzgados, 30 fueron vinculantes, es decir emitieron alguna orden al SISBÉN del municipio de Santiago de Cali, de los cuales 28 sentencias correspondieron a pronunciamientos respecto al derecho a la salud; para efectos de analizar los proveídos de los Juzgados, a continuación se detallan 10 procesos aleatorios de las acciones de tutela presentadas en el año 2016:

1. La señora Zoila Valeria Ortiz Tenorio en representación de su hijo Edilson Arboleda, manifestó en la acción de tutela que el puntaje designado no corresponde a la realidad pues es una persona de escasos recursos que necesita acceder al régimen subsidiado de salud, pero no ha podido porque el puntaje del SISBÉN es muy alto, lo que no le permite a demás beneficiarse de los demás beneficios que otorga el Estado. Asegura que su hijo sufrió un accidente que le perjudicó el dedo pulgar de su mano derecha por lo que ha requerido una atención médica de alto costo la cual no puede suplir, por lo tanto solicita que se rebaje su puntaje y se ordene su vinculación al régimen subsidiado de salud para que se cubran los costos del tratamiento de su hijo.

El Juzgado 5 Administrativo de Oralidad de Cali mediante Sentencia No. 040 de fecha 16 de marzo de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “dentro de las 48 horas siguientes practique al agenciado una nueva encuesta que tenga en cuenta su realidad actual”; ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que a pesar de haber realizado la encuesta, la misma arrojó un puntaje que no le permite al agenciado acceder a salud, por lo cual el SISBÉN indicó que dicho procedimiento no garantiza la disminución de puntaje, es decir, en ningún caso es posible garantizar que posterior a la realización de las encuestas que se realicen, los ciudadanos podrán acceder al derecho a la salud.

2. La señora Noralba Bravo Tumajoy interpuso una acción de tutela en la cual manifiesta que se están vulnerando sus derechos porque no cuenta con cobertura en el servicio de salud, la cual necesita de manera urgente porque se encuentra con un diagnóstico médico complejo que requiere un tratamiento de alto costo el cual ella no puede suplir porque es una persona de escasos recursos, necesita la vinculación al régimen subsidiado para poder continuar con el tratamiento. Por lo tanto solicita que se ordene su vinculación a una EPS y se cubran los costos de sus gastos médicos.

El Juzgado Doce de Familia de Cali mediante Sentencia No. 042 de fecha 08 de abril de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “brinde el acompañamiento que la accionante requiera para afiliarse a la EPS de su preferencia”; ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que se instruyó a la accionante sobre el procedimiento que debe surtir para afiliarse a una EPS subsidiada.

3. La accionante Stephanni Rocío Lombana Díaz Agente Oficiosa de Johyner Alan Mondragón Lombana en el escrito de tutela argumentó que se le están vulnerando los derechos a su hijo que padece de VIH, y se encuentra en el estado más grave de la enfermedad requiriendo un tratamiento médico constante que la EPS SOS no está brindando argumentando que la accionante se encuentra desafiada. Asegura que en estos momentos se encuentra desempleada por lo que no ha podido seguir supliendo el pago de las cuotas de salud. Adicionalmente informa que el puntaje designado por el DNP es muy alto y no le permite acceder al régimen subsidiado. Por lo tanto solicita que se le ordene a la EPS que continúe con el tratamiento que requiere el agenciado, además que se ordene la afiliación de su hijo al régimen subsidiado.

El Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali mediante Sentencia No. 046 de fecha 09 de marzo de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “dentro de los 5 días siguientes proceda a encuestar nuevamente al agenciado, en el evento de que no obtenga el puntaje requerido, la Secretaría de Salud Municipal y Departamental a través de las IPS, asuman la atención en salud del agenciado hasta que logre ser afiliado al régimen subsidiado”; ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que se realizó la encuesta arrojando un puntaje que le permite al agenciado acceder a salud.

4. La señora Sara Mina Viafara Agente Oficiosa de Héctor Andrés Solís Mina interpuso acción constitucional en la que indicó que se le están vulnerando los derechos fundamentales de su hijo debido a que no ha podido recibir la atención médica integral que necesita porque no se encuentra vinculado al régimen subsidiado en salud, solicita que se le entregue el carnet de salud y al hospital departamental realizar la operación requerida sin más dilaciones.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral mediante Sentencia No. 105 de fecha 04 de mayo de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “dentro de los 30 días siguientes adelante los trámites necesarios para resolver sobre la inclusión y correspondiente clasificación del agenciado en el SISBÉN”; ante lo cual el SISBÉN

informó al Juzgado que se realizó la inclusión del agenciado en el SISBÉN, quien quedó identificado con un puntaje que les permite acceder salud.

5. La señora María del Consuelo Moncada Monsalve presentó acción de tutela en la que informó que se le están vulnerando sus derechos debido que no cuenta servicio subsidiado de salud el cual necesita con urgencia porque es portadora del VIH, requiere los retrovirales para poder subsistir, medicamentos que son de alto costo, al tener escasos recursos no tiene como suplir los gastos de su tratamiento, por lo tanto solicita se autorice su ingreso una EPS, con la finalidad de continuar con su tratamiento de alto costo.

El Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali mediante Sentencia No. 015 de fecha 11 de abril de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “en el término de 48 horas proceda a encuestar a la accionante y a su grupo familiar con el fin de determinar la situación económica en la que se encuentra, estableciendo el nivel que clasifica a efectos de determinar si puede ser beneficiaria de los servicios de seguridad social en salud en el régimen subsidiado”, ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que se realizó la encuesta que arrojó un puntaje que le permite acceder salud.

6. La señora Solanyi Guapacha Bermúdez agente oficiosa del menor Harry Torres Guapacha interpuso acción de tutela en la cual argumentó que se le se están vulnerando los derechos a su hijo quien se encuentra gravemente enfermo. Asegura que no se le está brindando el tratamiento requerido al no haber sido ingresado en la unidad de cuidados intensivos ni haber recibido la atención especial que requiere, manifiesta que es una persona de escasos recursos que no puede costear los medicamentos ni el tratamiento en una clínica privada, los cuales requiere con urgencia, por lo tanto solicita se autorice el costo que ocasione la atención brindada a su hijo en una IPS publica.

El Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali mediante Sentencia No. 022 de fecha 12 de mayo de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “en el término perentorio de 48 horas efectúe una visita a la accionante, elabore una encuesta individual para determinar el puntaje al que tiene derecho y así poder acceder a los beneficios del SISBÉN y proceder a asignarle una EPS”. Ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que se realizó la encuesta que arrojó un puntaje que les permite acceder salud.

7. La señora Lucila Otálora de Arias interpuso acción de tutela en la que argumenta la vulneración de sus derechos fundamentales, quien padece de cáncer de mama por lo que requiere un tratamiento médico especial que es de alto costo, el cual no le están brindando porque no se encuentra vinculada al régimen subsidiado en salud, asegura además que es una persona de escasos recursos que no tiene la forma de suplir los gastos médicos, por lo tanto solicita que se ordene la entrega del tratamiento médico integral prescripto y que no se genere ningún cobro por los servicios prestados.

El Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Cali mediante Sentencia de fecha 25 de agosto de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “de manera inmediata viabilice lo relacionado con la reencuesta que requiere la accionante y determine su estado socioeconómico actual, necesario para su afiliación a una EPS”. Ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que la encuesta programada no pudo ser realizada debido a que la accionante falleció.

8. El señor Jorge Armando Cardeño Ipia interpuso acción de tutela en la que aduce que se les están vulnerado sus derechos debido a que no está recibiendo el tratamiento que requiere, porque no se ha podido vincular a ninguna EPS debido a que el puntaje del SISBÉN es muy elevado. Asegura que es una persona de escasos recursos y que el puntaje otorgado no corresponde a su realidad socioeconómica, informa que necesita de manera urgente la atención médica a raíz de las heridas sufridas por impacto de bala, las cuales le comprometieron su rostro por lo que requiere una intervención quirúrgica, la cual no ha sido realizada debido a que no se encuentra afiliado al régimen subsidiado, lo que para él consiste en una flagrante violación de sus derechos. Solicita se ordene la disminución de su puntaje y sea vinculado a una EPS.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali mediante Sentencia de fecha 16 de agosto de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “en el término de 48 horas proceda a reclasificar al accionante conforme a su nueva situación económica”. Ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que la encuesta realizada arrojo un puntaje que excede los puntajes exigidos por el Ministerio de Salud y Protección Social para acceder a salud subsidiada.

9. La señora Jenny Xiomara Arbeláez Villada actuando como agente oficiosa de su hijo Dylan Manuel Castro Arbeláez presentó acción de tutela en la que aduce que se les están vulnerado sus derechos debido a que no está recibiendo el tratamiento que requiere, porque no se ha podido vincular a ninguna EPS debido a que el puntaje del SISBÉN es muy elevado. Asegura que es una persona de escasos recursos y que el puntaje otorgado no corresponde a su realidad socioeconómica, informa que necesita de manera urgente la atención médica a raíz de las heridas sufridas por impacto de bala, las cuales le comprometieron su rostro por lo que requiere una intervención quirúrgica, la cual no ha sido realizada debido a que no se encuentra afiliado al régimen subsidiado, lo que para él consiste en una flagrante violación de sus derechos. Solicita se ordene la disminución de su puntaje y sea vinculado a una EPS.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial Secretaría Sala Civil mediante Sentencia de fecha 24 de octubre de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “dentro de las 48 horas siguientes realice una encuesta a la accionante y se le indique los pasos que debe seguir para obtener su afiliación a una EPS del régimen subsidiado”. Ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que la encuesta realizada arrojo un puntaje que excede los puntajes exigidos por el Ministerio de Salud y Protección Social para acceder a su derecho fundamental a la salud.

10. La señora Ana Manuela Mosquera Ordoñez presentó acción de tutela con la finalidad de que se le protejan sus derechos que considera vulnerados, puesto que en la actualidad no está recibiendo el tratamiento integral para las quemaduras sufridas en un el accidente casero que comprometió sus miembros inferiores. Manifiesta que no está vinculada a ninguna EPS, informa la negación a efectuar los procedimientos médicos y el recobro por los servicios prestados debido a que no cuenta con puntaje del SISBÉN, por lo que no se ha podido vincular al régimen subsidiado en salud. Por lo que solicita se genere de manera inmediata su vinculación a una EPS.

El Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali mediante Sentencia No. 253 de fecha 05 de diciembre de 2016 ordenó al SISBÉN de Cali “en el término de 48 horas siguientes inicie los trámites administrativos a fin que se efectúe una nueva valoración y encuesta individual a la accionante donde tenga en cuenta sus condiciones familiares, económicas, sociales, así como su estado de salud a fin que sea reclasificada en el SISBÉN y se proceda a su afiliación al régimen subsidiado”. Ante lo cual el SISBÉN informó al Juzgado que la encuesta realizada arrojó un puntaje que excede los puntajes exigidos por el Ministerio de Salud y Protección Social para acceder a su derecho fundamental a la salud.

En consecuencia de lo anterior, los 28 fallos ordenaron lo siguiente:

2 Sentencias ordenaron brindar acompañamiento a la accionante para que surta el procedimiento de afiliación a la EPS de su preferencia, dado que el puntaje le permite afiliarse a una EPS-S.

1 Sentencia ordenó incluir al agenciado en la ficha socioeconómica del SISBÉN del accionante.

2 Sentencias ordenaron enviar de forma extraordinaria a validación a nivel nacional por el Departamento Nacional de Planeación, la encuesta realizada recientemente en favor del accionante, con la finalidad de que el puntaje fuera validado excepcionalmente para agilizar los trámites de afiliación a la EPS subsidiada.

2 Sentencias ordenaron enviar la información del accionante a validación y publicación del puntaje por parte del DNP, en los términos establecidos en la Resolución No. 3900 de 2015 (de forma ordinaria).

21 Sentencias ordenaron realizar encuesta nueva a los accionantes con la finalidad de que el puntaje disminuyera y fuera posible su afiliación al régimen subsidiado de salud, sin embargo, se observa que en dichos proveídos, los Juzgados se limitaron exclusivamente a ordenar al SISBÉN realizar una encuesta nueva a los accionantes, sin pronunciarse en ningún caso sobre la inconformidad que informa la ciudadanía por el puntaje asignado, a pesar de que los ciudadanos informan total desacuerdo con la manera de evaluar sus condiciones de vida.

Como se evidencia en los 28 pronunciamientos de los Jueces de tutela, a pesar de que el puntaje no les permite a los ciudadanos acceder al régimen subsidiado de salud, en sus proveídos se restringieron a ordenar la realización de una encuesta nueva con la finalidad de que el Departamento Nacional de Planeación les asignara un nuevo puntaje acorde a sus condiciones de vida socioeconómicas actuales, procedimiento que como se evidenció y fue informado a los Juzgados no garantiza la disminución del puntaje, pudiéndose evidenciar que a nivel municipal los Jueces no se pronuncian de fondo sobre la metodología de la encuesta ni el proceso de asignación de puntaje, aun a pesar de las inconformidades que presenta la ciudadanía al respecto y su consecuente barrera al acceso a los programas del Estado, principalmente al derecho fundamental a la salud.

Lo anterior reafirma que el SISBÉN constituye la llave de entrada al Estado Social de Derecho, es decir, que para acceder a los programas sociales es requisito *sine qua non* la encuesta elaborada de manera discrecional por el Departamento Nacional de Planeación.

En virtud de lo anterior, se evidencia que el activismo de los jueces constitucionales es nulo frente a la metodología de encuestas implementada por el Departamento Nacional de Planeación, en cuyo caso los Jueces guardan absoluto silencio respecto al sistema de ponderación estadístico empleado por dicho Departamento para la asignación del puntaje, lo que redundaría en la posibilidad de que los ciudadanos accedan o no a los programas sociales del Estado, entre los que se destacan principalmente por su carácter de fundamentales el régimen subsidiado de salud y el programa ser pilo paga como materialización a la educación como derecho que exige ser restablecido, bajo el entendido que la Corte Constitucional considera que el acceso a la educación debe ser protegido como derecho fundamental de la población en situación de desplazamiento y especialmente de los menores de edad.

En razón a lo expuesto, se hace absolutamente necesaria la intervención activa del Juez constitucional respecto a la metodología implementada por el DNP para identificar a la población vulnerable del país, en tanto que dicha identificación limita los fines esenciales del Estado Social de Derecho consagrados en la Carta Política de 1991 que en su artículo 48 que establece que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

A la luz de lo anterior, se desvirtúa dicha finalidad constitucional, pues la materialización al derecho fundamental a la salud, que en principio se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional específicamente de manera irrenunciable, queda supeditado a la metodología de asignación de puntaje implementada por el DNP, por lo que se requiere que los Jueces no se limiten a resolver cada caso de manera particular ordenando al SISBÉN realizar nuevamente la encuesta, sino que profiera decisiones de forma estructural pensadas en dar solución al problema de raíz, específicamente se requiere que por vía judicial se analice si la metodología del DNP es la adecuada para identificar a la población más vulnerable del país y la

posterior selección de los beneficiarios de los programas sociales.

Dada la notoria ausencia de activismo judicial y la falta de intervenciones de fondo por parte de la Corte Constitucional se cuestiona el papel que les corresponde cumplir a los Jueces dentro de la formulación y seguimiento de políticas públicas que tienen por objeto la garantía de derechos de primera y segunda generación.

En este orden de ideas, se evidencia que el activismo judicial es necesario para la reivindicación de derechos, cuya importancia se hace notoria pues se requiere de la intervención del Juez constitucional como una forma real de vislumbrar el Estado Social de Derecho y el acceso a las garantías promulgadas en la norma de normas.

PARTE III

I ACTIVISMO JUDICIAL

Como lo señala Rodrigo Uprimny, *“el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana ha tenido en general dos facetas: (1) una interpretación amplia de sus facultades en examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales, y (2) una interpretación progresiva de los textos constitucionales, que la llevó en varias oportunidades a una activa intervención en temas de política económica y social. Estas dos facetas le han permitido a la Corte intervenir en no pocas ocasiones en asuntos relacionados con el diseño, la formulación, la implementación y la evaluación de políticas públicas (en algunos casos relacionadas con la garantía de los DESC), a partir de estándares jurídicos nacionales e internacionales²⁵”*.

“El activismo judicial plantea la relación entre el quehacer de los tribunales y la transformación social. Se trata de una tendencia del neo-constitucionalismo progresista que supone el análisis de “casos estructurales” que se originan en procesos judiciales que tienden a afectar los derechos de un grupo importante de personas, involucrar varias instituciones estatales, y cuya resolución exige la intervención coordinada de diversos organismos administrativos; en esta medida, se trata de sentencias de ejecución compleja. En América Latina, el activismo judicial ha sido una tendencia incipiente y se ha identificado bajo distintas denominaciones como “litigio estratégico”, “casos colectivos” y “derecho de interés público”.

Otra de las formas de analizar estos fallos está dada por la concepción constructivista de las relaciones entre derecho y sociedad. Bajo este parámetro, inspirado por los estudios de Bourdieu, las órdenes judiciales transforman lo social,

²⁵ Rhenals Turriago John Eric, *El activismo judicial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los toxicómanos en Colombia*, 2013, pág. 26.

no solo cuando movilizan a sus destinatarios, sino *“cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman la visión del mundo que tienen los afectos por el proceso judicial”*²⁶.

Una de las principales críticas que se han formulado frente al activismo tiene que ver con la presunta invasión de las funciones que corresponden a los miembros de la rama Ejecutiva y Legislativa en un Estado Democrático. En este sentido, se suele indicar que mientras estos últimos son elegidos popularmente para garantizar la representación de los intereses y necesidades prioritarias de la sociedad, los jueces carecen de este tipo de legitimidad al no ser elegidos por el pueblo soberano de manera democrática.

Sin embargo, como ha sido expuesto brevemente en el presente trabajo de investigación, desde nuestro punto de vista, dicha crítica carece de sentido respecto a la complejidad de la metodología SISBÉN implementada por el Gobierno Nacional a través del Departamento Nacional de Planeación, puesto que como se ha explicado dicha metodología implementada de manera idónea o no, redundaría en la materialización del acceso a los derechos fundamentales y sociales de los individuos.

Adicionalmente, en el caso objeto de estudio se rechazan las críticas realizadas al activismo judicial, por el contrario, se pretende demostrar que el activismo de los jueces se requiere de manera notoria con la finalidad de que los ciudadanos gocen de manera efectiva de los derechos otorgados por imperio de la Constitución Política. Lo anterior, en el sentido en que las circunstancias de estancamiento estructural del DNP posibilita la afectación a la realización de los derechos constitucionales. En estas circunstancias los jueces son una instancia adecuada y necesaria para mitigar las falencias de la metodología de encuesta del SISBÉN, dinamizando los procesos democráticos.

Es así como se hace necesario que los jueces tengan cierta independencia y prerrogativas para emprender acciones que complementen los controles existentes (o los sustituyan debido a su inactividad) al interior de las otras dos ramas del Poder Público, en aras de promover un programa de transformación social, redistribución y revindicar el goce efectivo de los derechos promulgados en la Constitución Política a los cuales pretenden ser beneficiarios las personas identificadas en el SISBÉN.

²⁶ Recalde Castañeda Gabriela, Impacto del Activismo Judicial Sobre la Garantía del Derecho a la Educación en Santiago de Cali, 2013, pág. 8.

II CONCLUSIONES

El SISBÉN como instrumento fundamental en la efectividad de los derechos prestacionales, constituye una institución que, con el concurso de las autoridades administrativas competentes, debe ser objeto de un amplio debate democrático y, por ende, su regulación es un asunto que compete, en primera instancia, al legislador.

No obstante lo anterior, el Estado constitucional le otorga un nuevo rol al Juez que se encuentra en presencia de problemas no contemplados por la legislación, como las múltiples dificultades que enfrentan los individuos para acceder a los programas sociales y solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, especialmente la protección del derecho a la salud, en virtud de lo cual, en el Estado Social de Derecho su papel es proteger la legalidad, propender por el acceso a los derechos fundamentales, de ahí que el Juez tiene el deber de intervenir en la definición de las políticas públicas, en el desarrollo de los mecanismos diseñados para la focalización del gasto social.

De lo anterior, respecto a la metodología implementada por el SISBÉN, surge la necesidad que el Juez constitucional deba plantearse los siguientes cuestionamientos: ¿El DNP tiene en cuenta el estado de las viviendas, esto es deterioro, espacios físicos, condiciones de salud? ¿Cuál es la preponderancia de las preguntas que indagan por los bienes o servicios con que cuentan los hogares tales como televisor, computador, equipo de sonido, lavadora etc.? ¿Existe diferenciación alguna respecto al trabajo formal y el informal en la asignación del puntaje? ¿Se indaga por enfermedades terminales que impidan que las personas laboren y por el contrario se tiene en cuenta que dependen de alguna otra persona del grupo familiar?

Dado que el Departamento Nacional de Planeación de manera autónoma desarrolla la metodología de evaluación del SISBÉN para la identificación de la población pobre y vulnerable del país, se requiere de manera imprescindible la intervención de los jueces de la Honorable Corte Constitucional, en el diseño de la metodología, en virtud de lo cual, se hace necesaria una reestructuración en el sentido de sus pronunciamientos, en la medida en que ordenen al DNP, que la metodología implementada, de manera real y efectiva mida los niveles socioeconómicos de la población vulnerable, que sean tenidas en cuenta variables del contexto del municipio, vereda, a nivel rural, como el difícil acceso, zonas de alto riesgo, inseguridad, problemas de movilidad, sociales y de orden público.

En dicho orden de ideas, se hace necesaria la intervención activista de los Jueces dada su discrecionalidad en la toma de decisiones, en tanto que para el Gobierno Nacional a través del DNP, la educación y la edad productiva está sobrevalorada, pues los indicadores actuales no premian con empleos y salarios de calidad,

adicionalmente, una persona mayor de edad, automáticamente, se encuentra en capacidad de laborar y aportar ingresos en el hogar, sin tener en cuenta que la situación puede ser completamente distinta a la realidad, adicional a las brechas sociales existentes que discriminan a la mujer para la obtención de un determinado empleo o las distinciones a los que son sometidos los ciudadanos en razón al sexo, situaciones de discapacidad, estrato social etc.

Los jueces como garantes en nuestro Estado Social de Derecho deben pronunciarse frente al instrumento SISBÉN, pues la metodología es ajena a diversos fenómenos que se presentan en el país como el desplazamiento forzado y los diferentes grupos étnicos, pues no se realiza distinción algún al respecto, la cual materialice el derecho a la igualdad entre iguales, por ende en ocasiones el puntaje no representa las necesidades de la comunidad, por lo que debe ser propuesto por los jueces constitucionales, que más allá de la pobreza monetaria se tengan en cuenta las variables que representan el concepto integral de calidad de vida.

El reto más grande del Juez como administrador de justicia consiste en garantizar a los ciudadanos la protección de sus derechos fundamentales, finalidad que se consigue por medio de la adopción de decisiones estructurales en materia de derechos sociales como salud, educación y vivienda a los que accede la ciudadanía a través de los programas sociales que utiliza como base de insumo para la selección de sus beneficiarios la base de datos del SISBÉN.

En virtud de lo anterior, es importante mencionar que el papel protagonista de las altas cortes cobra importancia en tanto que en la gran mayoría de los casos, se ven en la obligación de extralimitarse en sus funciones al proferir fallos que invaden las orbitas de las demás ramas del poder público, específicamente, en el caso objeto de estudio, a la rama Ejecutiva – Departamento Nacional de Planeación, en el desarrollo de una metodología que permita la selección técnica, objetiva, uniforme y equitativa de beneficiarios de los programas sociales que maneja el Estado.

Al respecto es necesario traer a colación el texto de Rodrigo Uprimny Yepes “*La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos*”, en el texto el autor argumenta que la actividad de los jueces ha tenido gran repercusión en la evolución global del país. Colombia se ha caracterizado por una importante judicialización de ciertos aspectos de la política, específicamente en los casos en que la Corte Constitucional mediante fallos ordena que los poderes Legislativo y Ejecutivo implementen políticas públicas, lo cual supone una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, en la medida en que el trámite y 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.

La elaboración del presente trabajo, nos permite concluir que es indispensable que los Jueces intervengan de forma creativa en el proceso de implementación de una metodología del SISBÉN que permita la identificación de los ciudadanos de forma equitativa, la asignación de puntajes que reflejen correctamente sus condiciones de vida particulares, máxime en un Estado como el nuestro, en el cual se proclama que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, cuyo objetivo fundamental es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, fines proclamados en el texto constitucional de 1991.

Al haber realizado un estudio detallado sobre las 156 acciones de tutela interpuestas en el municipio de Santiago de Cali en el año 2016, en las que el SISBÉN intervino como accionado o vinculado, es lamentable concluir que todos los pronunciamientos emitidos por los Jueces de nuestro municipio se ciñen de manera exegética a ordenarle a la administración municipal del SISBÉN que realicen una encuesta nueva a los accionantes, sin plantear en sus consideraciones los motivos por los cuales los ciudadanos presentan inconformidad en el puntaje que les ha sido asignado en dicha herramienta de focalización del gasto social.

A través de dicho estudio se logró evidenciar la indiferencia, la falta de compromiso y la restricción del rol de los jueces constitucionales al dedicarse a emitir sentencias que resuelven cada caso que llega a la administración de justicia de forma particular, sentencias que no producen ningún cambio estructural en el sistema de ponderación empleado por el Departamento Nacional de Planeación, las cuales no cuestionan si la encuesta SISBÉN tiene posibilidad de medir las condiciones de vida socioeconómicas de los ciudadanos.

En virtud de lo anterior, *“no se puede entender el derecho como una simple aplicación mecánica de la norma jurídica al caso concreto, tal cual se hace con el método del silogismo; en contraste, el derecho se debe entender como un compendio de normas jurídicas que responden al desarrollo del principio: “el Derecho debe ser justo y su aplicación equitativa”²⁷”*.

De acuerdo con el análisis realizado, se observa que en el municipio de Santiago de Cali el activismo de los jueces es nulo respecto a si la metodología del SISBÉN mide de manera efectiva las condiciones reales de pobreza y vulnerabilidad de los ciudadanos, en el sentido en que el rol del juez debe cumplir con la finalidad de garantizar los principios de justicia social y como consecuencia de ello, incidir directamente en la correcta distribución del gasto público a la población vulnerable del país que requiere la intervención del Estado a través de la asignación de los programas sociales, específicamente el acceso material al derecho fundamental a la salud.

²⁷ Arboleda Ramírez Paulo Bernardo, El Estado Social de Derecho en la Jurisprudencia Constitucional, 2013, pág. 20.

Respecto al derecho a la salud, siguiendo la línea jurisprudencial del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional en la Sentencia T-124 de 1993²⁸ sostiene que la seguridad social se rige por los principios de la eficiencia, de la universalidad y de la solidaridad. Asimismo, la Alta Corte reconoce la importancia de que la normativa sobre la seguridad social de los colombianos tenga su eje central en estos principios, ya que estos se constituyen en garantía de estabilidad de la legislación específica por parte del poder derivado o Congreso de la República. Así pues, las reformas en esta materia no tendrían fundamento en coyunturas, sino en los principios que las orientan.

En la misma sentencia, la Corte haciendo referencia a la prestación de la seguridad social decanta el principio de la igualdad en los siguientes términos: La obligación del Estado frente a la protección de la igualdad, determina que la efectividad de los derechos de los más desfavorecidos deberá tener una solución compensada, en atención a la equidad que debe presidir las relaciones sociales, sin desmedro de los derechos de las demás personas.

No obstante lo anterior, ni por mandato de la Corte Constitucional ni de los jueces del municipio de Santiago de Cali emanan pronunciamientos que generen cambios de fondo en los casos en los que el SISBÉN indica que pese a haber practicado una nueva encuesta a un accionante determinado que no cuenta con condiciones económicas para acceder a salud, ni siquiera para asumir los tratamientos que requiera, el puntaje no le permite acceder a su derecho fundamental a la salud, evidenciándose que los postulados de las sentencias hito señaladas, se han quedado plasmadas en la jurisprudencia de dicha corporación sin que las mismas sean llevadas a la práctica.

El presente trabajo de grado nos permite concluir que el SISBÉN a pesar de haber sido diseñado como herramienta de información que permita a las entidades que administran programas sociales seleccionar a los potenciales beneficiarios de los mismos, y en principio considerado como la puerta de entrada a los programas sociales, teniendo en cuenta los procesos de tutela analizados y los pronunciamientos enunciados de la honorable Corte Constitucional, dicho sistema constituye un límite a la materialización del Estado Social de Derecho, debido a que el puntaje con el cual se identifican los ciudadanos, en muchos casos es una barrera para su acceso a los programas como el Régimen Subsidiado de Salud, Más Familias en Acción, Colombia Mayor, Primera Infancia, Proyecto Acces, Descuento en la Expedición de la Libreta Militar, Exención en el Duplicado de la Cédula de Ciudadanía, entre otros programas estatales o municipales.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-124 de 1993, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

Formato EDB-02. Entrega del trabajo (trabajo de grado, caso o tesis) y autorización de su uso a favor de la Universidad Icesi

FECHA		
DD	MM	AAAA

1. Presentación del trabajo (trabajo de grado, caso o tesis).

Código	Documento de Identidad		Apellidos	Nombres	Correo Electrónico
	Tipo	Número			
A00282232	C.C	1151938887	Muñoz Cifuentes	Luisa María	luisita_192@hotmail.com
A00282244	C.C	1115073384	Santamaria Sánchez	Katherine	tica1990@hotmail.com

Programa	Maestría en Derecho
Facultad	Derecho y Ciencias Sociales
Título al que opta	Magister en Derecho
Asesor	Mario Alberto Cajas Sarria

Título de la obra:
EL SISBÉN COMO PUERTA DE ENTRADA O COMO LÍMITE A LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: UNA MIRADA DESDE EL ACTIVISMO DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Palabras claves (materias):
SISBÉN, programas sociales, focalización del gasto social, derechos de primera y segunda generación, Estado Social de Derecho, vulnerabilidad, encuesta socioeconómica, Corte Constitucional, activismo judicial.

Resumen del trabajo:
El SISBÉN (Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales) es una herramienta de información estadística y técnica que permite a las entidades que administran programas sociales identificar y seleccionar a los potenciales beneficiarios de los mismos; como instrumento de información es utilizado con el objetivo de focalizar el gasto social, entendido como el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto público se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable del país.
El SISBÉN constituye la puerta de entrada a los programas sociales como el Régimen Subsidiado de Salud, Más Familias en Acción, Colombia Mayor, Primera Infancia, Proyecto Acces, Descuento en la

Expedición de la Libreta Militar, Exención en el Duplicado de la Cédula de Ciudadanía, entre otros programas del gasto público, que materializan el acceso a los derechos fundamentales y sociales, y a los fines esenciales del Estado Social de Derecho promulgados en la Constitución Política de 1991.

2. Autorización de publicación de versión electrónica del trabajo (trabajo de grado, caso o tesis)

Con esta autorización hago entrega del trabajo (Trabajo de Grado, Caso o Tesis) y de sus anexos (si existen), de forma gratuita en formato digital o electrónico (CD-ROM, DVD) y doy plena autorización a la Universidad Icesi, de forma indefinida, para que en los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, la Ley 44 de 1993, leyes y jurisprudencia vigente al respecto, haga publicación de este con fines educativos. PARÁGRAFO: esta autorización además de ser válida para las facultades y derechos de uso sobre la obra en formato o soporte material, también para formato digital, electrónico, virtual, para usos en: red, Internet, extranet, intranet, biblioteca digital y demás para cualquier formato conocido o por conocer.

EL AUTOR, expresa que el trabajo (Trabajo de Grado, Caso o Tesis) objeto de la presente autorización es original y la elaboró sin quebrantar ni suplantar los derechos de autor de terceros, y de tal forma, el trabajo (Trabajo de Grado, Caso o Tesis) es de su exclusiva autoría y tiene la titularidad sobre éste. PARÁGRAFO: en caso de queja o acción por parte de un tercero referente a los derechos de autor sobre el trabajo (Trabajo de Grado, Caso o Tesis) en cuestión, EL AUTOR, asumirá la responsabilidad total, y saldrá en defensa de los derechos aquí autorizados; para todos los efectos, la Universidad Icesi actúa como un tercero de buena fe.

Todo persona que consulte ya sea la biblioteca o en medio electrónico podrá copiar apartes del texto citando siempre la fuentes, es decir el título del trabajo y el autor. Esta autorización no implica renuncia a la facultad que tengo de publicar total o parcialmente la obra.

La autorización debe estar respaldada por las firmas todos los autores del trabajo (trabajo de grado, caso o tesis)

Si autorizo

3. Firmas

Firma estudiante 1 	Firma estudiante 2 
Documento: 1151938887	Documento: 1115073884
Firma estudiante 3	Firma estudiante 4
Documento:	Documento: