

EL PODER JUDICIAL COMO CREADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El caso de la Gratuidad en la Educación Básica y Media en Colombia

THE JUDICIARY AS CREATOR OF PUBLIC POLICY

The case of gratuity in basic and middle education in Colombia

*Juan Diego Barajas López**

RESUMEN

Resolver un problema definido como público es, en consenso, el auténtico objeto de las Políticas Públicas. No obstante, el predominio de formas, técnicas y métodos en el proceso de definición del problema público y sus modos de intervención, ha llevado a que los administradores públicos olviden orientar sus políticas a su verdadera esencia: la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos. Este dilema de la esencia versus las formas trasciende una discusión meramente teórica, pues este olvido del Poder Ejecutivo llega hasta el punto de exigir la intervención del juez constitucional, más allá de la facultad constitucional que lo asiste, para decidir sobre la provisión de bienes públicos y meritorios. Tal es el caso del derecho a la educación en Colombia, en el cual el análisis de las sentencias C-376 de 2010 y T-905 de 2011 permite evidenciar el rol del Poder Judicial como creador de Políticas Públicas.

PALABRAS CLAVE: PODER JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS, GRATUIDAD, DERECHOS SOCIALES, EDUCACIÓN

* Licenciado en Pedagogía Reeducativa de la *Fundación Universitaria Luis Amigó*; Ingeniero Financiero de la *Universidad de Medellín*; Especialista en Gerencia de Proyectos de la *Escuela de Ingeniería de Antioquia* (EIA); candidato a Magíster en Gobierno y Políticas Públicas por la *Universidad Eafit*.

ABSTRACT

Solving problems defined as public is, by consensus, the real objective of public policies. However, the predominance of forms, techniques and methods in the process of defining the public problem and the possible ways of intervention, has led some public administrators to omit guiding their policies towards what is their true essence: the guarantee of economic, social and cultural rights of citizens. This dilemma of the essence versus form goes beyond a purely theoretical discussion, as this omission of the executive goes so far as to require the intervention of a constitutional judge, beyond the constitutional power that assists him, in order to decide on the provision of public and meritorious goods. Such is the case of the right to education in Colombia, in which the analysis of judgments C-376 of 2010 and T-905, 2011 demonstrates the role of the judiciary as creator of public policy.

KEYWORDS: JUDICIARY; PUBLIC POLICY; GRATUITY; SOCIAL RIGHTS; EDUCATION

INTRODUCCIÓN

En los años recientes dos hechos han tenido trascendental incidencia en el Sector Educativo en Colombia: la expedición del Decreto Nacional 4807 de 2011, por el cual se establecen las condiciones de aplicación de la gratuidad educativa para los estudiantes de educación básica y media de las instituciones educativas estatales; y la entrada en vigencia de la Ley 1620 de 2013, por la cual se crea el sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar.

Sin duda alguna, contar con la política pública de gratuidad educativa para la educación oficial, básica y media en Colombia se traduce en una acción pública contundente en relación a intervenir el grave problema social que representan las barreras económicas de acceso a la educación; acción pública que, como manifestación de una clara decisión política, generaba nuevas condiciones de acceso a la Educación a cerca de 11,1 millones de estudiantes que, según las cifras publicadas en el Plan Sectorial de Educación 2010 – 2014 del Ministerio de Educación Nacional, hacían parte del sistema educativo en los niveles de preescolar, básica y media.

Por su parte, la denominada *Ley de Convivencia Escolar*, Ley 1620 de 2103, se configura como la política pública que permite hacer frente a otros graves problemas del sistema educativo: aquellos que, una vez garantizado el acceso, vulneran las garantías de permanencia en las aulas de clases, como lo son las dificultades en la convivencia escolar, el embarazo adolescente o la violencia escolar. Problemáticas que, sin duda, al momento de presentarse echan al traste años de permanencia en el ciclo educativo con el retiro del estudiante que, en la mayoría de los casos, no reingresa para terminar sus estudios.

Ambas políticas públicas aparecen como secuenciales en el tiempo y se presentan de forma articulada; una respondiendo a los problemas de acceso a la educación y la otra como alternativa a las problemáticas que vulneran la permanencia en el sistema educativo. Acceso y permanencia, abordados por el Ejecutivo, en una serie de decisiones que movilizan cuantiosos recursos públicos para el logro de la implementación y evaluación de las políticas enunciadas.

Sin embargo, una mirada en profundidad a los antecedentes de lo que se podría considerar un virtuoso modelo de acción por parte de los decisores públicos del Gobierno Nacional, permite descubrir que ambas políticas públicas no están fundadas en decisiones del poder Ejecutivo del Estado, sino en decisiones del

Poder Judicial. Particularmente, en sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: la C-376 de 2010, para el caso de la política pública de Gratuidad Educativa; y la T-905 de 2011, en lo que respecta a la política pública de Convivencia Escolar.

Lo preocupante es que estas decisiones del Poder Judicial se desencadenaron a pesar de los amparos constitucionales y legales en torno a las problemáticas intervenidas por ambas políticas. Los administradores públicos olvidaron implementarla en la práctica a favor de los ciudadanos; prueba de ello está en el hecho de que la gratuidad en la educación básica en Colombia estaba ya consagrada legalmente desde 1976, año en el que entró en vigor el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en diciembre de 1966. De hecho, no es éste el único acuerdo internacional adherido por Colombia con obligaciones para el país en esta materia, pues también la Constitución de 1991 estableció, en su artículo 44, la condición gratuita de la educación en las instituciones del Estado. No obstante, la Ley 115 de 1994, *Ley General de Educación*, en su artículo 183, le daba competencias al Gobierno Nacional para regular los cobros por derechos académicos. Cobros que, efectivamente, se realizaban como una condición de acceso al sistema educativo público.

Esto evidencia que las decisiones de política, incluso aquellas que versan en torno a la protección de derechos sociales esenciales, no siempre se traducen en acciones de política que favorecen a los ciudadanos, configurándose una paradoja de lo público. Paradoja en la cual el poder Ejecutivo del Estado, encargado de realizar la garantía de los derechos de sus ciudadanos, genera –por el contrario– un establecimiento y un orden de cosas que, además de tardar largos períodos de tiempo, obran evidentemente en detrimento de estos derechos y sus amparos constitucionales y legales.

Es allí donde los administradores públicos con sus decisiones y su actuar dan paso a lo que en la Teoría Constitucional se denomina “estado de cosas inconstitucional”, asunto poco común entre los objetos de estudio propios de las Políticas Públicas. Sin embargo, de acuerdo con lo que se ha expuesto hasta ahora, éste parece ser el desencadenante de un número considerable de Políticas Públicas de gran trascendencia que tienen una particular identidad: no es el poder Ejecutivo su hacedor, sino el Poder Judicial en las decisiones del Juez Constitucional.

A partir de este análisis se formula la siguiente pregunta de investigación: **¿Cómo es el Poder Judicial el creador de Políticas Públicas en el caso de la Gratuidad de la Educación Básica y Media en Colombia?**

Desde un enfoque de análisis, el Poder Judicial como creador de políticas públicas trastoca los elementos habituales del proceso de gestión. Desde la perspectiva de ciclo de la política pública, por ejemplo, cambian desde las condiciones en las que se realiza la definición del problema público, pasando por la formulación y llegando hasta la implementación de la política. Todo ello ya no en el marco de la permanente interacción de actores públicos y privados que movilizan sus recursos para la consecución de la intervención del problema público de acuerdo a sus intereses (Subirats, Knoepfel, Varone y Larrue, 2008), sino en el marco de la actuación de actores a través de la mediación del juez constitucional. Sin duda alguna, se presenta una simplificación de la gestión de la política pública a través del recurso jurídico, estableciendo un modelo alternativo para la formulación, implementación y posteriores posibilidades de evaluación de la política.

Ciertamente la arena de lo jurídico no es la arena habitual en la que interactúan actores públicos y privados en la formulación de una política con el fin de intervenir un determinado problema público. Por eso, es posible plantear como hipótesis a la pregunta de investigación que, la ineficiencia del Poder Ejecutivo en relación a la

atención de las demandas de los ciudadanos y en torno a garantizar el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales, ha llevado a que estos acudan frecuentemente al Poder Judicial, especialmente a la Corte Constitucional, para que sea a través de sus sentencias que se logre dar solución a problemas públicos específicos o generales.

Concebir el Poder Judicial como creador de Políticas Públicas en el caso de la Gratuidad en la Educación Básica y Media en Colombia exige desarrollar una ruta metodológica que, entre otras cosas, conduzca al hallazgo de unos resultados descriptivos lo suficientemente significativos, fruto de un análisis riguroso y contextualizado de la sentencia constitucional que deja entrever claramente la trayectoria de la pregunta problematizadora de esta investigación. El *análisis documental* es, en ese sentido, una metodología adecuada y precisa para este caso no sólo por sus virtudes como en sí misma, sino porque es evidente la diferencia entre aplicar este tipo de análisis a un documento cualquiera que a una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Por la calidad de todos los aspectos que la componen, la sentencia constitucional enriquece de manera clara el *análisis documental** aquí propuesto y constituye no sólo una mera herramienta de compilación de datos, sino que también conduce a la elaboración de conclusiones precisas y completas para la investigación, ya que en sí misma revela el proceso completo desde la instauración de la demanda hasta el fallo, lo cual permite analizar detalladamente la sentencia y todas y cada una de las intervenciones de las diferentes partes que el Juez llama durante el análisis del caso.

* María Pinto Molina, profesora de la Facultad de Biblioteconomía y Documentación de la Universidad de Granada, luego de hacer una interesante retrospectiva por el concepto de análisis documental a lo largo de la historia en *Introducción al análisis documental y sus niveles: el análisis de contenido* (1989), concluye que "el análisis documental está constituido por un conjunto de operaciones que afectan al contenido y a la forma de los documentos originales, reelaborándolos y transformándolos en otros de carácter instrumental y secundarios, con el objetivo último de facilitar al usuario la identificación precisa, la recuperación y difusión de aquellos. No obstante, esa transformación es el resultado no sólo de una fase de análisis, previa e imprescindible, sino también de un proceso de síntesis, que conduce a la conformación definitiva del documento secundario." (p.328)

Por tanto, procesar un tema tan trascendental para el país a través de ésta metodología para volver a la esencia de las Políticas Públicas, más allá del proceso o del ciclo, entendiendo que la esencia de la política pública es una respuesta, en términos de acción pública, a una situación considerada socialmente como problemática, en el horizonte de la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, tiene sentido y aporta nuevo conocimiento si se aborda, ésta vez, desde el Poder Judicial como creador de Políticas Públicas en el caso de la gratuidad de la Educación Básica y Media en Colombia, a diferencia de lo que ya han aportado de manera trascendental otros autores como Sierra Cadena (2009) que se concentró, por ejemplo, en el caso de la descentralización en Colombia; pues cuantas veces los creadores de políticas de la Administración Pública no se ocupen de esta esencia, se continuará dando paso al Poder Judicial como creador de Políticas Públicas. Es así, como el tema de esta investigación conjuga temas de interés público que serán de utilidad en el ámbito político, judicial y educativo, toda vez que su producto se vuelva material de reflexión para diferentes escenarios de aprendizaje en diferentes formatos: curso, seminario, artículo publicado, cartilla, entre otros.

PODER JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS SOCIALES

Evidentemente no pocos autores han profundizado el tema de las Políticas Públicas. Pero para lograr discernir el rol de creador que cumple en ellas el Poder Judicial conviene apreciar, entre otras, dos obras de destacados autores de la escena académica internacional:

Charles Lindblom, profesor de la Universidad de Yale, quien en su obra *El proceso de elaboración de políticas públicas* (1991) sustenta detalladamente la importancia de la formación de decisiones políticas y deja entrever en sus fases el papel de los diferentes actores del mapa social y político que confluye en todo el conjunto de lo

que hoy llamamos Políticas Públicas. Sin lugar a dudas sus aportes son un punto de partida no sólo para esta investigación, sino para todos aquellos que quieran profundizar en el ámbito de lo público con unas bases teóricas bien fundamentadas.

Lo propio hicieron Joan Subirats, Peter Knoepfel, Frederic Varone y Corinne Larrue, cuatro grandes catedráticos europeos, quienes uniendo esfuerzos en *Análisis y gestión de políticas públicas* (2008) presentan lo que ellos mismos llaman un “manual de políticas públicas” que se diferencia de otros por “su voluntad de trascender los marcos nacionales tradicionales, ofreciendo una perspectiva de análisis común de las políticas hoy en curso en el escenario europeo” (p.5), lo cual ofrece a los estudiosos la oportunidad de tener un marco de referencia de la dinámica propia del viejo continente sin perder de vista, eso sí, que la obra ofrece una matriz para el análisis común que bien puede prestarse para el caso de países de otros continentes.

Pero al tratarse de un tema tan fundamental e imprescindible en el funcionamiento de cualquier Estado Social de Derecho, la internacional no es la única escena académica de la cual han surgido aportes valiosos. Estas reflexiones han despertado un interés intelectual y político en el país de tal alcance, que en los últimos años la escena académica nacional se ha nutrido considerablemente de las publicaciones de varios estudiosos, entre los cuales –para efectos de esta investigación– es oportuno citar a:

Rodrigo Uprimny, profesor de la Universidad Nacional y Director del Centro Derecho, Justicia y Sociedad; César Augusto Ramírez, Profesor y Director del CIJUS de la Universidad de Los Andes y también miembro fundador del Centro Derecho, Justicia y Sociedad; y Luis Eduardo Pérez, quien también comparte la misma línea de investigación de sus dos compañeros, unen esfuerzos en una obra publicada bajo el título de *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre*

derecho y políticas públicas (2007). Ésta obra no sólo es importante por el abordaje que sus autores hacen de la relación entre Constitución, modelo económico y Políticas Públicas al comienzo de su texto, sino también por el ejercicio de análisis que plantean, desde esa misma perspectiva, sobre el tema de gratuidad de la educación primaria en Colombia, lo cual está íntimamente relacionado con el tema de esta investigación.

Grenfieth de Jesús Sierra Cadena, profesor de la Universidad Javeriana, quien trabaja exactamente el mismo tema de la presente investigación, pero no desde la perspectiva de la gratuidad de la educación, sino desde el problema de la descentralización en Colombia. Con su obra *El Juez Constitucional: un actor regulador de las Políticas Públicas. El caso de la descentralización en Colombia* (2009) Sierra Cadena abre un interesante panorama de reflexión que, de hecho, complementa unos años más tarde con una de las publicaciones que surgieron como fruto de sus estudios doctorales en la Escuela de Derecho Comprado de la Sorbona titulada *La justicia constitucional en la era de la gobernanza: un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho* (2011). Con todo, la literatura de este autor colombiano es, sin lugar a dudas, un componente influyente y decisivo dentro del marco teórico que sustenta esta investigación.

Y por último, el Rector de la Universidad Externado de Colombia, Juan Carlos Henao Pérez, hace un valiosísimo aporte en su intervención durante el Congreso “*Rôle des Cours Suprêmes en matière économique*”, que luego fue traducida al castellano como *El juez constitucional: un actor de las políticas públicas* (2013). Allí Henao Pérez, siguiendo la línea ya trazada por Sierra Cadena (2009), no sólo se atreve a explicar como un hecho ineluctable que el papel del “juez como gestor de las políticas públicas” (Henao, 2013, p. 71), sino que también profundiza a la vez en su legitimidad y en sus limitaciones, logrando una mirada integral del tema que de ninguna manera podrá perderse de vista a la hora de abordar un tema como este.

Se estudiará el caso del Poder Judicial como creador de Políticas Públicas en Colombia, particularmente dos casos relevantes en el sector educativo, a partir de la sentencia C-376 de 2010 que dio lugar a la materialización de la gratuidad en la Educación Básica y Media en Colombia y la sentencia T-905 de 2011 que dio paso a la denominada Ley de Convivencia Escolar.

Evidentemente las categorías a desarrollar son tres: Políticas Públicas, Poder Judicial y Derechos Sociales. Tratándose de categorías tan densas y con semejante nivel de complejidad, tratar de abarcarlas con el fin de visualizar un marco teórico es bastante ambicioso y, a la larga, dispendioso por su amplitud. Sin embargo la categoría de políticas públicas se desarrollará teóricamente a lo largo de este escrito, y las otras dos categorías, son ampliamente trabajadas desde diferentes disciplinas del conocimiento (economía, derecho, ciencias sociales, etc.), sin que la acepción más simple de las mismas que se quiera usar, desde cualquier disciplina seleccionada, impida la comprensión del significado y el contexto de ellas utilizado en el presente trabajo. No obstante, sí es oportuno señalar puntualmente la perspectiva desde la cual se abordarán y los conceptos en los que como tal será necesario hacer hincapié durante el desarrollo de la investigación.

En cuanto a las *Políticas Públicas*, esto es, el proceso o ciclo de las Políticas Públicas, se entenderá siempre que la esencia de la política pública es una respuesta, en términos de acción pública, a una situación considerada socialmente como problemática. Dicho proceso o ciclo es integrado, además, por los diferentes actores de la política pública que, por ejemplo, en Subirats, Knoepfel, Varone y Larrue (2008) son reconocidos como actores que movilizan recursos y tienen diferentes niveles de exigencias.

Ahora bien, si la dinámica natural de una política pública implica que estos actores pongan en la agenda política algún problema, logren que sea de interés público y finalmente promuevan un proceso participativo de deliberación, formulación e implementación Políticas Públicas (programas, normativas, decretos), pues estarán dadas todas las condiciones para una adecuada evaluación del ejercicio político. Pero el caso que aquí se estudiará rompe con esa dinámica porque las Políticas Públicas vienen de un fallo de la Corte Constitucional y no de un proceso social que integre al estado con esos actores a través de escenarios de participación, del acercamiento de la oferta institucional de los programas de gobierno o del mismo aprovechamiento de las capacidades y/o de los talentos que esos actores podrían ofrecerle al poder ejecutivo para gobernar incluyentemente.

En ese sentido, en cuanto al *Poder Judicial*, llama particularmente la atención el hecho de que el Juez Constitucional no sólo le da órdenes al poder ejecutivo y a la administración pública para determinar su actuar, sino que a la vez puede generar el riesgo de desvirtuar esa capacidad creadora de los actores que normalmente confluyen en la escena pública y se pierdan, por tanto, los innumerables beneficios de lo que aquí podría tejerse como toda una construcción social. Dicho de otra manera, se logra mucho en términos de la garantía del derecho, porque actúa cuando se establece un estado de cosas inconstitucional (Henaó, 2013, p. 71), pero por otro lado se puede perder esa fuerza creadora que debe tener toda sociedad; aquella de construir conjuntamente con sus gobernantes los planes de gobierno, los programas y decretos que incluyen las Políticas Públicas en su quehacer. Por eso, es importante concebir no sólo el rol del ciudadano como beneficiario, sino también como gestor de las políticas que lo rigen y lo identifican como parte de una sociedad. Él también debe disponer de sus capacidades, de sus recursos y de su creatividad para apalancar la acción del gobierno y no limitarse a la acción del juez constitucional que, a todas estas, procura actuar desde la Constitución tal y como le corresponde.

Por último, en cuanto a los *Derechos Sociales*, conviene especificar que la gratuidad no es más que la materialización de la garantía de acceso o disfrute de uno de esos derechos sociales esenciales, como lo es la educación (Uprimny, Ramírez y Pérez, 2007). Frecuentemente diversas políticas públicas se han centrado en torno a problemas sociales ajenos o distantes a la garantía de los derechos sociales, asuntos en donde ciertos intereses particulares terminan movilizandando los diferentes recursos de la acción pública, desatendiendo el bienestar y el interés general, dando entonces paso a que sea el juez constitucional el que deba encargarse de aquellos asuntos que la administración pública olvida al hacer objeto de las políticas públicas asuntos intrascendentes.

EL CASO DE LA EDUCACIÓN GRATUITA EN COLOMBIA

La sentencia C-376 de 2010 se establece como el fundamento último que dio lugar a la política pública de gratuidad en la educación regular en Colombia; desde preescolar hasta la media, a través del Decreto Nacional 4807 de 2011. En este caso es evidente que la decisión del juez constitucional desencadena y orienta una nueva acción pública a partir del reconocimiento de la vulneración, por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado, de un derecho social amparado constitucionalmente como la Educación (Uprimny, Ramírez y Pérez, 2007).

De fondo, la intervención del juez constitucional como expresión del poder Judicial en los asuntos y decisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo, expresa, más allá de la funcionalidad de la tridivisión de poderes bajo un sistema de pesos y contra pesos, el frecuente olvido de los decisores de la Administración Pública del objeto que debe perseguir todo ejercicio de gobierno: permitir la materialización del Estado Social de Derecho en la garantía de la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de sus ciudadanos.

De hecho, en lo referente al sector educativo, la sentencia C-376 de 2010 no es la única que da cuenta de la actuación del juez constitucional como creador de políticas públicas. Ordenando de manera expresa modos de acción a la Administración Pública, la Ley 1620 de 2013, o denominada Ley de Convivencia Escolar, por ejemplo, no es otra cosa que el resultado de lo mandado por la Corte Constitucional en su sentencia T-905 de 2011, la cual contiene en su parte resolutive, lo siguiente:

Ordenar al Ministerio de Educación Nacional que en el término de seis meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, en coordinación con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, lidere la formulación de una política general que permita la prevención, la detección y la atención de las prácticas de hostigamiento, acoso o “matoneo escolar”, de manera que sea coherente con los programas que se adelantan en la actualidad, con las competencias de las entidades territoriales y que constituya una herramienta básica para la actualización de todos los manuales de convivencia.

En esta última sentencia también es evidente el papel que asume el juez constitucional como creador de políticas públicas: establece tiempos, define actores, determina la agenda de la política pública, delimita los campos de aplicación y plantea criterios de evaluación y seguimiento. Este posicionamiento del juez constitucional en la creación de Políticas Públicas rompe con el tradicional ciclo de estas políticas como un asunto de Gobierno, especialmente en lo que tiene que ver con quién toma las decisiones determinantes. Interesarse por estas decisiones conduce a penetrar el propio misterio de la actividad política, es decir, evidenciar los mecanismos de la acción del Estado (Boussaguet, Jacquot y Ravinet, 2009). Pero en este caso, los mecanismos que operan la decisión no son los mecanismos del Gobierno, sino los de la Corte. Por tanto, no se revela el misterio de la actividad política, sino el de la actividad judicial, que no es más que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos.

Los tribunales de la Corte Constitucional se convierten, entonces, en una nueva arena de acción, en un nuevo escenario donde los ciudadanos tienen la oportunidad de incluir en la agenda pública temas esenciales que los decisores públicos y los creadores –esenciales– de Políticas Públicas pertenecientes al Gobierno no han logrado. Lo anterior sucede cuando la Administración Pública ha fracasado en sus esfuerzos por lograr que sus políticas, como expresión de la acción pública, generen capital social y garanticen el disfrute de los derechos de todos los ciudadanos, lo cual puede evitarse abordando desde una voluntad política clara todas las intervenciones públicas que sean pertinentes para lograr conciliar instituciones, juegos de poder, actores públicos y privados e impedir que se ponga el énfasis –como tantas veces sucede en Colombia– en otros intereses más instrumentalistas, en detrimento de la verdadera esencia de las Políticas Públicas como tal (Muller, 2009).

Varias de las intervenciones de los actores escuchados por el juez constitucional en el juicio que concluyó con la sentencia C-376 revelan esta pérdida de la esencia de las Políticas Públicas. Camilo Ernesto Castillo y Esteban Hoyos Ceballos, por ejemplo, intervienen indicando:

La educación, tanto a nivel constitucional como a nivel de los tratados internacionales de derechos humanos, tiene una dimensión de derecho y no de mercancía. No todos los bienes pueden pensarse en clave mercantilista, ya que deben existir algunos bienes que deben ser reservados de esa lógica. Esos bienes reservados son bienes meritorios, y su acceso depende única y exclusivamente del hecho de pertenecer al género humano. La educación pertenece a esos bienes.

Lo cual es expresado también, a su manera, por Francisco José Reyes Torres, funcionario del Instituto Nacional Superior de Pedagogía – INSP- de la Universidad Pedagógica Nacional, quien destaca:

la revalorización social y política de los y las docentes, la revaloración política y cultural de la acción educativa y la redefinición de la centralidad de

la escuela pública en los procesos educativos. Ello exige cambiar radicalmente el marco de referencia con que el enfoque neoliberal mira la educación, esencialmente vista como un servicio o bien transable, un no derecho y la reducción de la educación a una gestión empresarial del tipo costo beneficio, en la cual la actividad docente es relegada a una operación funcional desprovista de toda capacidad real de incidencia e innovación educativa.

Por su parte, Johanna del Pilar Cortés Nieto, Nayid Abú Fager, Nina Chaparro González, Juan Francisco Soto Hoyos y Paola Marcela Iregui Parra, miembros del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, en la misma línea de las intervenciones citadas, consideraron que:

el cobro de derechos académicos en las instituciones educativas públicas impacta negativamente los niveles de escolaridad de países en desarrollo como Colombia. Además de impedir el acceso a la educación, el cobro de estos derechos contribuye al incremento de la deserción escolar. La CEPAL y la Contraloría General de la República han ilustrado el impacto negativo que el cobro de derechos académicos tiene sobre el fenómeno de la deserción escolar, el cual a su turno, afecta principalmente a los estudiantes de menores ingresos. El cobro de derechos académicos también impone un obstáculo para la superación de los ciclos de pobreza, pues expone a los menores a trabajos con precarias condiciones laborales y mal remunerados. A nivel macro, el cobro de estos derechos dificulta la lucha contra la pobreza, y desde el punto de vista del capital social, reduce las oportunidades de desarrollo económico del país.

Estas intervenciones evidencian cómo las acciones públicas objetadas han desconocido la Educación como derecho, y al desconocerse los derechos se niega con la acción pública la posibilidad de generar capital social y de –en términos de Amartya Sen– expandir capacidades, libertades (citado por Cejudo, 2007), es decir, se revela una ausencia de los creadores de políticas de ocuparse de la esencia de las políticas públicas, más que de su forma o métodos.

La reiterada participación del juez constitucional como creador de Políticas Públicas pone en evidencia la preocupación que el administrador público, como hacedor de política, tiene sobre las formas o técnicas y no sobre la esencia. Lo importante ya no

es el problema público a intervenir. Y si este versa o no sobre la garantía de derechos económicos, sociales o culturales de los ciudadanos tampoco es relevante. Lo importante es cómo se aborda el problema, por más trivial que éste sea, y cómo se optimizan los recursos en su intervención. Lo anterior no es de extrañar, la Nueva Gestión Pública y su dinámica reformista de las prácticas de gobierno ha puesto un inusitado interés en la eficiencia, como lo señala Andrea López, el “movimiento modernizador, pretende cambiar la administración pública y la cultura administrativa focalizándose en los resultados organizacionales, la gestión individual y los incentivos del mercado.” (López, 2004, p.76)

Lo cual puede verse claramente reflejado en el análisis de otras intervenciones –de naturaleza distinta a las ya citadas– que tuvieron lugar durante el mismo juicio que concluyó con la sentencia C-376 de 2010. La siguiente es, por ejemplo, parte de la del Departamento de Planeación Nacional:

En conclusión, para este interviniente la gratuidad en el acceso a la educación, contenida en el artículo 67 de la Constitución, es compatible con el cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos dentro de la lógica de la focalización y el subsidio, presente en el ordenamiento constitucional (Arts. 95 num. 9 y 355 C.P.). Adicionalmente, sostiene que *“la evolución en coberturas y permanencias permite colegir que tales cobros no han sido disuasores de la presencia de los niños en las escuelas y colegios oficiales, y por el contrario, se han logrado coberturas que superan las expectativas”*. Esta conclusión la sustenta en las cifras registradas en el balance realizado por el Ministerio de Educación Nacional a propósito del Plan Decenal de Educación 1999-2005”.

En este sentido, a la garantía del derecho se anteponen los principios de economía, eficiencia y eficacia, propios de la Nueva Gestión Pública. Valorando el acierto de la acción pública con criterios de mercado, expresiones (de la última intervención citada de la sentencia C-376) como “el cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”; y con criterios de resultados organizacionales, “la evolución en coberturas y permanencias permite colegir que tales cobros no han sido disuasores de la presencia de los niños en las escuelas y

colegios oficiales, y por el contrario, se han logrado coberturas que superan las expectativas” confirman la supremacía de estos principios sobre la garantía del derecho social.

De hecho, en la misma línea instrumentalista puede apreciarse la primera intervención que figura en el documento de la sentencia. Daniel Mendoza Burgos, apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien no titubeó para defender la constitucionalidad de la norma en nombre del Gobierno:

No es contraria a las normas constitucionales invocadas la disposición que contempla el cobro de derechos académicos, teniendo en cuenta que para ello se toma en consideración la capacidad de pago de los ciudadanos y sus condiciones socioeconómicas. La suscripción por parte del Estado colombiano de los instrumentos internacionales denota el reconocimiento básico de que los derechos económicos, sociales y culturales delimitan el goce de las demás garantías, y que en este sentido constituye una tarea primordial avanzar en la creación de las condiciones bajo las cuales sea posible el disfrute de los mismos. Desde este punto de partida no le es dable al Estado oponer las restricciones presupuestales ante el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden. Sin embargo, agrega, *“tampoco puede exigirse al Estado acciones inmediatas y de carácter absoluto que desconocen su realidad y exceden sus capacidades económicas. Los estados, asumen una carga de medio, de carácter inmediato, con el fin de avanzar hacia la garantía de los DESC. Sin embargo, la realización de los derechos que resulta de las medidas puestas en marcha para avanzar en este sentido, está sujeta a las restricciones que tiene el gobierno, atendiendo la disponibilidad de recursos con que cuenta”*.

Lo anterior, claro está, no representa un llamado al retorno del Estado de Bienestar o la defensa de un Estado plenamente asistencialista. Por el contrario, se trata de un cuestionamiento a los hacedores de políticas y constructores de Estado, en relación a no olvidar que las técnicas, las formas, los instrumentos de las políticas, deben estar permanentemente al servicio de suplir las continuas demandas de los ciudadanos respecto a la calidad, cobertura y transparencia con la que se logra la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Por su parte, la sentencia T-905 de 2011 pone también en evidencia esa oposición existente entre indicadores y lo que acontece en la cotidianidad de la vida de los ciudadanos y la garantía de sus derechos, pues existe un predominio del interés permanente de los administradores públicos por los resultados. Adicional a los indicadores de cobertura educativa, un indicador de interés fundamental en el sector educativo es el relacionado con los resultados en las pruebas Icfes o pruebas Saber. Gran parte de las acciones públicas que realiza el Ministerio de Educación Nacional están enfocadas a alcanzar mejores resultados en dichas pruebas, desatendiendo –por ejemplo– la generación de indicadores de Convivencia Escolar. Y es en éste mismo olvido de la esencia de la acción pública –ya mencionado– en donde se permiten que avancen situaciones como las que revela el estudio de la Universidad de los Andes, la Alcaldía Mayor de Bogotá y el DANE, citado en la sentencia en cuestión. Para dicho estudio se realizó una encuesta sobre 87.750 estudiantes, arrojando resultados como estos:

56% reconoció que ha sido robado dentro del colegio. 32% fue víctima de maltrato físico por sus compañeros. 4.338 jóvenes, agredidos físicamente con diferentes tipos de armas, tuvieron heridas graves y necesitaron atención médica. 31% reconoció haber agredido y golpeado a un compañero (en el último mes).

Y es que la eficiencia y eficacia del Estado debe estar, nuevamente se reitera, en términos del goce efectivo de los derechos de los ciudadanos. Así lo expresa el juez constitucional de la sentencia T-905 en sus consideraciones finales antes de emitir el fallo:

Ante tal escenario, la Corte juzga que, sin perjuicio de las competencias de la Nación y de los entes territoriales, los programas presentados resultan fragmentarios y poco efectivos y, en definitiva, que ante este tipo de situaciones el manual de convivencia de la institución educativa (no es posible referirse a los de otras instituciones educativas) no acredita el goce efectivo de los derechos de sus estudiantes.

En su obra *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: bases críticas para una discusión* (2007) el constitucionalista Manuel José Cepeda y el fiscal Eduardo Montelagre plantea que “al igual que los poderes legislativo y ejecutivo, el judicial toma decisiones sobre la provisión de bienes públicos y meritorios”. Lo cual suscita inevitablemente la siguiente pregunta: ¿Acaso las decisiones sobre la provisión de bienes públicos y privados no es competencia exclusiva del poder legislativo y de manera muy especial del poder ejecutivo? ¿Sobre qué asuntos están versando entonces las decisiones de los administradores públicos que dejan de lado los bienes meritorios dando paso a que sea el juez constitucional quien decida sobre estos? Sin duda, en el amplio espectro de los asuntos del Estado – sin desconocer la importancia que tiene el desarrollo de Políticas Públicas en ámbitos como la tecnología, la competitividad, el transporte, el desarrollo de infraestructura vial, entre otros– los hacedores de política han caído frecuentemente en asuntos triviales y han denominado política pública una serie de acciones públicas que han movilizad o cuantiosos recursos sin lograr efectos significativos de largo plazo en la generación de capital social.

Seguramente el efecto modernizador de eficiencia y eficacia de la Nueva Gestión Pública, junto con la restricción presupuestal que enfrenta toda sociedad, enfren ten permanentemente al administrador público a un dilema sobre la destinación de los recursos, sobre la dirección que las decisiones y acciones públicas dan a los recursos públicos. Este dilema lo expone igualmente Cepeda al plantear que

si los recursos son limitados, dirigir una mayor proporción de ellos a satisfacer el anhelo de un bien público o meritorio implica reducir los disponibles para el logro de otros fines. Concretamente, implica gravar más a los integrantes de la sociedad (disminuyendo así sus posibilidades de inversión y consumo privado) o reducir el gasto dedicado a suministrar otros bienes públicos o meritorios.

Ahora bien, si el dilema planteado es inevitable, lo que resulta cuestionable entonces –y esto es lo que comúnmente da lugar al rol del juez constitucional como creador de políticas públicas– es que los constructores de Estado la mayor de las veces terminen resolviendo dicho dilema, encaminando la acción pública hacia otros fines diferentes a suministrar bienes públicos y meritorios o, como se ha reiterado en otros momentos de esta investigación, a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos.

Volver al predominio de la esencia sobre las formas y técnicas en la formulación e implementación de las políticas públicas es un asunto central en la discusión sobre esta materia. Que la acción pública esté orientada esencialmente a la garantía de derechos no es un asunto únicamente de principios constitucionales: es un asunto de verdaderos logros sociales. Y esto en sectores como el educativo sí que es de trascendental importancia. Datos como los presentados en el más reciente estudio de movilidad social publicado por la Universidad de los Andes, titulado *La lotería de la cuna: la movilidad social a través de la educación en los municipios de Colombia* (2015) así lo demuestran:

La base de datos longitudinal que se logró construir con este proyecto permite confirmar que uno de los problemas más críticos que tenemos en el sistema educativo es la pérdida acumulada de los estudiantes que provienen de contextos más vulnerables. De cada 100 niños que entran a grado primero cuyos padres tienen un bajo logro educativo, 78 alcanzan grado quinto, menos de la mitad llegan a grado noveno, solo 39 logran llegar a grado once y tan solo 11 acceden a educación superior. Más aun, las estimaciones realizadas en este estudio permiten identificar que estos promedios esconden grandes diferencias al interior del país. Mientras que hay municipios en donde logran que cerca de la tercera parte de los niños vulnerables que ingresan a grado primero alcancen ingresar a la educación superior, hay otros en donde ningún niño logra acceder a esta oportunidad.

De allí el reto que los hacedores de políticas públicas tienen de superar la brecha entre las promesas constitucionales y lo cotidiano (Cepeda y Montealegre, 2007). De lo contrario, el administrador público relegará su lugar para darle espacio a la

intervención del Poder Judicial como único y definitivo creador de Políticas Públicas.

Por tanto, el constructor de Estado al momento de participar en la formulación de Políticas Públicas no puede olvidar el objetivo esencial que éstas deben perseguir tras la intervención del problema público identificado: realizar la construcción del Estado social de derecho, la promoción de una sociedad participativa, democrática e incluyente y, sobre todo, el goce efectivo de la dignidad humana, la cual no se puede alcanzar sin la satisfacción de todos los derechos de sus ciudadanos.

CONCLUSIONES

Sin duda, son invaluable los aportes teóricos alcanzados en materia de Políticas Públicas relacionados con la gestión, el ciclo y el análisis de las políticas. Máxime en el contexto de la concepción de un Estado moderno inspirado por la búsqueda de la economía, la eficiencia y la eficacia de la acción pública promovida por las corrientes administrativas de la Nueva Gestión Pública. Sin embargo, el acierto de la acción pública, aquello en lo que el hacedor de políticas las legitima, va más allá de los actores, sus intereses, los recursos que movilizan, las articulaciones que generan para incluir en la agenda pública un determinado problema y las decisiones que se toman en las diferentes arenas de acción sobre su intervención. Todo esto puede darse en un proceso cíclico, secuencial o incremental, perfecto desde las técnicas, pero sin que se logre propiamente responder al objetivo fundamental de las políticas públicas.

Este objetivo esencial de las Políticas Públicas desde el desarrollo de esta investigación, no es otro diferente al de lograr la realización de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos. Normativamente la máxima expresión de estos derechos se encuentra en la Constitución de 1991 y de allí se irradian a multitud de resoluciones, decretos o leyes que, a pesar de su cantidad y contundencia, no logran garantizar su materialización. Desafortunadamente esto sucede, como lo denomina Sierra Cadena, en una desvalorización de la ley como criterio de validación de la acción estatal (2009, p.18). Existe, entonces, una brecha entre las promesas constitucionales y la vida cotidiana de los colombianos provocada por las decisiones tomadas por los administradores públicos que representan el Poder Ejecutivo del Estado, quienes dirigen la acción pública hacia otros fines con las trascendentales incidencias negativas que esto trae al desarrollo social y a la generación de libertades para los ciudadanos.

Este olvido de lo esencial en las Políticas Públicas por parte de los hacedores de políticas y las incidencias negativas que de ello se derivan, particularmente el derecho a la educación como en el caso de estudio, trabajado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional C-376 de 2010 y T-905 de 2011 (relacionadas con el acceso y las condiciones de permanencia al sistema educativo público), permiten, desde el análisis, entender las razones por las cuales emerge el Poder Judicial en el campo de las Políticas Públicas como creador. De allí que frente a las decisiones de gobierno y a las decisiones sobre la provisión de bienes públicos y meritorios, sea el juez constitucional quien cierre la brecha creada por el administrador público entre Constitución y cotidianidad. No se trata, en modo alguno, de una apología de la acción del juez constitucional como determinador de políticas y decisor de gobierno. Se trata, más bien, de un llamado al administrador público, auténtico hacedor de políticas y constructor de Estado, a retornar lo esencial de la Políticas Públicas para que, en medio del cuidado de las formas y los métodos, no olvide que el fin último de toda política pública se logra cuando a través de su implementación los ciudadanos alcanzan la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales.

REFERENCIAS

- Boussagnet, L., Jacquot, S., y Ravinet., P. (2009). Diccionario de Políticas Públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cano, L. (2014). La narrativa de las Políticas Públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Papel Político*, 19 (2), 435-458
- Castillo, E. y Castellanos, E. (2010). Defensa de la gratuidad de la educación en Colombia: algunos argumentos constitucionales y de Derecho Internacional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 12, 1, 383-404

Cejudo, R. (2007). Capacidades y libertad. Una aproximación a la teoría de Amartya Sen. *Revista Internacional de Sociología*, LXV, 47, 9-22

Cepeda, M. y Montealegre, E. (2007). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-376 de 2010. Por la cual se declara la exequibilidad condicionada del artículo 183 de la Ley 115 de 1994. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-376-10.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-905 de 2011. Por la cual se revoca la sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal el 17 de junio de 2011 y se resuelven otras disposiciones. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-905-11.htm>

Dulzaides, M. y Molina, A. (2004). Análisis documental y de información: dos componentes de un mismo proceso. *Acimed*, 12, 2

Galeano, M. (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa: el giro en la mirada*. Medellín: La Carreta.

García, S., Rodríguez, C., Sánchez, F., y Bedoya, J. (2015). *La lotería de la cuna: la movilidad social a través de la educación en los municipios de Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Henao, J. (2013). El juez constitucional: un actor de las Políticas Públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15, 29, 67-102

- Lahera, E. (2004). Política y políticas públicas. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL.
- Lindblom, Ch. (1991). El proceso de elaboración de políticas públicas. Madrid, INAP.
- López, A. (2004). Entre tecnócratas globalizados y políticos clientelistas. Buenos Aires: Prometeo.
- Lugo, A. Comprensión y producción de textos científicos. Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas.
- Morelli, S. (2001). La dimensión política de las decisiones de la corte constitucional y las políticas públicas. *Economía Colombiana y Coyuntura Política*, 286 (1)
- Pérez, L., Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2007). Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: Antropos.
- Pinto, M. (1989). Introducción al análisis documental y sus niveles: el análisis de contenido. *Anabad*, XXXIX, 2, 323-341
- Quinche-Ramírez, M. y Rivera-Rugeles, J. (2010). El control judicial de las Políticas Públicas como instrumento de inclusión de los Derechos Humanos. *Vniversitas*, 121, 113-118
- Sierra, G. (2009). El Juez Constitucional: un actor regulador de las Políticas Públicas. El caso de la descentralización en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sierra, G. (2011). La justicia constitucional en la era de la gobernanza. Un análisis

de perspectiva comparada desde la periferia del derecho. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 13, 67-95

Subirats, J., Knoepfel, P., Varone, F., y Larrue, C. (2008). Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Book Print Digital.

Thoenig, J. (1997) Política pública y acción pública. *Revista Gestión y Política Pública*, VI, 1.

Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Debates de Coyuntura Económica*, 65, 23-40

Uprimny, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6, 4, 52-69

Uprimny, R. (2010) La gratuidad en la educación básica. Recuperado de https://docs.escri-net.org/usr_doc/La_Gratuidad_en_Educacion_Basica.pdf

Velásquez G, Raúl. (2009). Hacia una nueva definición del concepto de “política pública”. *Desafíos*, 20(1), 149-187

Vizcaíno, J., Bernal, M., y Suescún, C. (2010). ¿En realidad es gratuita la educación en Colombia? Estudio de caso en tres instituciones educativas, a propósito del subsidio de gratuidad otorgado por el gobierno. Bogotá: Gente Nueva.

Yanasupo, K. La influencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las Políticas Públicas (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú.

Yáñez, D. (2014). Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de Políticas Públicas (Tesis inédita). Universidad Externado de Colombia.