

Angélica María García Prado

**Los límites del juez constitucional en la intervención a las políticas públicas. El caso
colombiano del fallo estructural en salud**

(Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público)

Bogotá, D.C., Colombia,

2019

Universidad Externado de Colombia
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestrosa Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Directora Departamento Derecho Constitucional: Dra. Magdalena Correa

Director de Tesis: Dr. Néstor Osuna Patiño

Examinadores: Dr. Héctor Wiesner

Dr. Germán Lozano

Tabla de contenido

Introducción	4
Capítulo I. La intervención del juez constitucional en las políticas públicas	6
1.1 El Concepto de política pública.....	6
1.2 El fenómeno de la judicialización de la política.....	9
1.3 Tipos de intervención judicial.....	13
1.4 Judicialización de las políticas públicas en Colombia	15
1.5 Justicia dialógica	19
Capítulo II: Algunas experiencias internacionales sobre órdenes de contenido técnico en materia de política pública en salud	21
2.1 Sudáfrica	21
2.2 India.....	23
2.3 Argentina.....	25
Capítulo III. La Corte Constitucional y el fallo estructural en materia de salud	28
3.1 El derecho a la salud en la jurisprudencia colombiana	28
3.2 La sentencia T-760 de 2008	29
3.3 Conservación de la competencia en la verificación del fallo estructural de salud en Colombia.....	31
3.4 La orden de unificación aritmética de la unidad de pago por capitación -UPC- impartida por la Corte Constitucional en 2012.....	35
A modo de conclusión	41
Bibliografía	50

Introducción

La Corte Constitucional colombiana ha proferido algunos fallos de tutela estructurales en los cuales además de resolver los asuntos individuales de los demandantes, ha extendido órdenes generales encaminadas a que el rector de la política pública adopte las medidas necesarias para conjurar la sistemática violación del derecho observada por el Tribunal.

La sentencia T-760 de 2008 es una de tales providencias. En esa oportunidad, la Corte advirtió a partir de los relatos de veintidós acciones de amparo, la presencia de obstáculos de orden normativo y operativo que impedían a los usuarios el goce efectivo de su derecho a la salud. Por lo que el juez constitucional extendió quince mandatos generales dirigidos a que el Ministerio de Salud y Protección Social y otras autoridades implementaran los ajustes de regulación requeridos para superar la crisis adscrita al acceso a los servicios, la sostenibilidad financiera del sistema, la universalidad del aseguramiento, así como otros aspectos relacionados con el derecho a la información que le asiste a los pacientes, la medición del progreso de la problemática tutelada y la divulgación de la decisión.

Durante más de once años, se ha adelantado la verificación del acatamiento del referido fallo por parte de la autoridad judicial que la expidió, sin que en la actualidad se cuente con un nivel de cumplimiento alto de la mayoría de mandatos supervisados. Lo anterior, debido a que la efectiva realización de dicha providencia estructural implica la implementación de las políticas públicas necesarias para dar una respuesta a las diferentes fallas regulatorias que se identificaron. Ello no corresponde propiamente con las labores desprendidas de los procesos de control abstracto de constitucionalidad ni del trámite de revisión eventual de acciones de tutela realizado por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; sin embargo, constituyen una tarea relevante en la guarda de la Constitución y la garantía de los derechos fundamentales de la población colombiana.

Así, para avanzar en los índices de acatamiento de la decisión estructural, es menester acreditar ante el Tribunal Constitucional la transformación del *statu quo* que se vivía al momento de su expedición (2008) frente al respeto, la protección y la garantía del derecho fundamental a la salud. Por supuesto, el cambio no se limita a la expedición de algunas normas, sino que exige la consecución de resultados en la realidad que afronta el sistema.

Este proceso se ha caracterizado por la lentitud en la consecución de resultados, la Corte ha tomado decisiones contundentes que han implicado juicios de legalidad “implícitos” de los actos administrativos acreditados por el Gobierno, ajustes normativos, creación de indicadores de cumplimiento desde la Rama Judicial e, incluso, se han ordenado gastos presupuestales significativos a cargo del Ejecutivo, entre otras acciones.

El Tribunal Constitucional siempre ha garantizado la presencia de diversos expertos y organismos que apoyan sus determinaciones y que brindan insumos técnicos para tal labor, favoreciendo el diálogo entre los diferentes actores del sector salud que intervienen en el trámite de seguimiento. Así ha propiciado espacios para que tanto las autoridades gubernamentales obligadas con la sentencia T-760, la sociedad civil y los órganos de control puedan exponer sus puntos de vista sobre los múltiples reportes, estudios, estadísticas, conceptos y demás documentos que reposan en el expediente.

Ello dota de confiabilidad y certeza sus órdenes, sin embargo algunos sectores de opinión y de la academia afirman que esa Corporación excede sus alcances e invade ámbitos en los que no debería incursionar, comoquiera que hacen parte de la libertad de configuración de la política pública y porque se trata de materias sumamente técnicas sobre las cuales solo el Gobierno dispone de la información necesaria para adoptar medidas certeras, responsables y atinadas.

Aunque se considera que el juez constitucional aparentemente ha invadido la esfera del regulador en algunos aspectos incluidos en sus órdenes estructurales, se pretende analizar la competencia para adelantar el seguimiento al cumplimiento de la sentencia a fin de determinar si las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional se encuentran dentro de los linderos de las responsabilidades de ese órgano judicial o si han excedido su alcance. En este último caso, se revisará la presencia de argumentos razonables y legítimos para que esa Corporación extralimite sus competencias. De esta forma, se podrá concluir si existen o no límites a la incursión del juez constitucional en el ámbito de las políticas públicas.

Capítulo I. La intervención del juez constitucional en las políticas públicas

1.1 El Concepto de política pública

El concepto de política pública en la ciencia política ha sido abordado desde diferentes aristas. Sin embargo y en lo que a esta investigación respecta se construye a partir de los elementos identificados por Roth (2007) que la constituyen: 1) la identificación de situaciones en las cuales se pretende intervenir, bien sea porque se trata de eventos considerados como problemáticos, o bien porque existen intereses políticos que exigen que así se haga; 2) la definición de objetivos que guiarán la intervención en las situaciones previamente identificadas; 3) la creación y el diseño de programas, acciones o medidas que tengan como propósito la consecución de los objetivos trazados con anterioridad, 4) todo ello, contando con la participación del Estado.

Tomando estos elementos se trata entonces de una herramienta integradora de decisiones, objetivos, programas y acciones encaminada a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. Así como señalan Quinche y Riviera (2010) son un “conjunto de actividades, decisiones o medidas diseñadas por el Estado, y en ocasiones también llevadas a cabo directamente por él, mediante las cuales se pretende intervenir en determinadas situaciones previamente identificadas con el propósito de cumplir determinados objetivos” (p. 18). El núcleo esencial de las políticas es entonces la solución o prevención de una situación definida como problemática a partir de un conjunto de actividades, decisiones o medidas diseñadas y/o ejecutadas por el Estado.

También las políticas públicas se desarrollan en un ciclo de vida compuesto por cuatro etapas: gestación, en la cual surge el problema público o éste es incluido en la agenda pública; diseño y formulación, en la cual se analiza con detalle el problema público y se buscan soluciones viables para resolverlo; implementación, en la cual se ejecutan aquellas acciones con miras a la realización de objetivos previamente decididos; y evaluación, en la cual se valoran los efectos de la intervención respecto de cómo ha impactado el problema público. (Franco, 2014).

Este ciclo obedece a reglas de juego establecidas por las instituciones políticas y el contexto específico en que se desarrollan (Stein, Tommasi, Echabarría, Lora & Payne, 2006) dentro de las que se destacan las normas constitucionales, las cuales a su vez sujetan la actuación del Estado para el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución Política en su artículo 49 reconoce el derecho a la salud, y prescribe las condiciones en las cuales el servicio de salud debe prestarse por el Estado, siendo un límite claro que debe tener en cuenta la política pública en salud que se formule.

Las normas constitucionales no dejan sin contenido a las políticas públicas en su proceso de formulación, implementación y seguimiento, pues quienes intervienen mantienen la libertad de elegir las acciones o medidas concretas destinadas a alcanzar las obligaciones establecidas por tales reglas. Si bien fijan objetivos que deben perseguir como la realización de los derechos humanos, a la vez permiten que quienes intervienen en ellas escojan los medios con que se procurará cumplir dichos objetivos (Uprimny, 2007).

Los límites y márgenes de acción que imponen las normas constitucionales a las políticas públicas varían dependiendo del grado de precisión con que un derecho sea definido. Así, por ejemplo, cuando contempla los deberes específicos que de él se desprenden, aumentan las limitaciones de la política pública que pretenda desarrollar el derecho y disminuyen sus márgenes de apreciación. En sentido contrario, cuando un derecho sea definido de manera difusa, la falta de precisión del objetivo que debe perseguir la política pública permite un amplio margen de actuación (Quinche y Riviera, 2010). En cualquier caso, el encargado de formular la política pública mantiene discrecionalidad para la realización de los contenidos materiales de los derechos, especialmente sobre los mecanismos a emplear o acciones a ejecutar.

Por tanto, los derechos humanos contenidos en las normas constitucionales establecen límites, márgenes y obligaciones para las políticas públicas, las cuales deben erigirse como el instrumento idóneo para su realización, ayudando a traducir la abstracción de los derechos en prestaciones concretas; de tal forma que una y otra están así relacionadas. Así mismo el propósito de bienestar general que persiguen las políticas se convierten en un límite de la acción pública, la cual debe apuntar a la promoción del desarrollo. Como afirma Pérez (2004)

las políticas públicas materializan los modelos de desarrollo, en tanto su diseño e implementación responde a determinado enfoque del mismo.

Lo anterior implica una perspectiva de diseño de política pública tendiente al desarrollo humano que incorpora principios de interdependencia e integralidad en virtud de los cuales hay conexidad, vulneración simultánea y satisfacción conjunta de derechos (Jiménez, 2002). Así mismo torna a las políticas públicas como instrumentos o vehículos para su concreción, demandando cuatro condiciones de forzoso cumplimiento: en primer lugar, debe explicitar el reconocimiento de los derechos humanos, establecer mecanismos de exigibilidad y contemplar las regulaciones necesarias para garantizar su obligatoriedad (Guendel, 2002).

En segundo lugar, debe propender por una cobertura universal que garantice la protección de los derechos y ser inclusiva de todas las personas sin atender a criterios de discriminación. En tercer lugar, debe incorporar mecanismos de participación activa de ciudadanos y organizaciones y asegurar que sean efectivos. En cuarto lugar, debe procurar la atención, promoción y protección de derechos y el sometimiento de los actos, mecanismo y estrategias de intervención a monitoreo y evaluación constante con el objeto de que la política pública no beneficie las consideraciones técnicas o políticas sobre la persona humana (Guendel, 2002).

No obstante, la evidencia muestra que estas condiciones no son seguidas por los *policy-maker* y en consecuencia las políticas públicas pierden su finalidad y enfoque en materia de derechos humanos. Afirma Pisarello (2007) “tras la crisis de los Estados sociales tradicionales, las políticas sociales promovidas por las autoridades públicas de los distintos países no han perseguido la garantía de los derechos. Por el contrario, se han desarrollado políticas focalizadas, que más que igualar a los desiguales, han tendido a operar como concesiones revocables y discrecionales” (p. 13).

Ante ello se han concebido herramientas de control que buscan evitar y corregir el distanciamiento entre las políticas públicas y la satisfacción de derechos humanos, fundamentadas en el concepto de *accountability*. Se trata del establecimiento de redes de responsabilidad y rendición de cuentas (controles) de los agentes, privados y públicos, incluyendo los cargos más altos del régimen democrático sobre la legalidad de sus actos (O'Donnell, 2001). Por tanto los agentes estatales se encuentran sometidos a tres tipos de

controles: vertical electoral, a través de las cuales los ciudadanos pueden castigar o premiar a los gobernantes votando a favor o en contra de ellos en la próxima elección; vertical social, ejercida por grupos y aún por individuos con el propósito de movilizar el sistema legal para plantear demandas al Estado; y horizontal, ejercida por instituciones debidamente autorizadas del Estado que actúan para prevenir, compensar y/o condenar acciones de otras instituciones del Estado o funcionarios (Rumeau, 2012).

Los Tribunales Constitucionales pueden ejercer tanto control vertical social como es el caso de la tutela, en el cual es el ciudadano quien moviliza al tribunal para plantear demandas al Estado, como sería la atención adecuada a la población en condición de desplazamiento forzado o la prestación de un servicio de salud digno; y el tribunal, actúa para prevenir, compensar y/o condenar la vulneración de los derechos humanos por las demás instituciones del Estado.

Así las cosas, los derechos humanos son el objeto de las políticas públicas, el fundamento ético de su formulación e implementación, si se tiene en cuenta que éstas se dirigen a la concreción, protección o defensa de los derechos establecidos en las normas constitucionales y en donde los tribunales constitucionales desempeñan un rol fundamental para la protección y satisfacción de los mismos. Así pues, se advierte que el propósito de las políticas públicas apunta a la solución o prevención de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración derechos humanos, para lo cual el Estado diseña y/o ejecuta actividades, decisiones o medidas.

1.2 El fenómeno de la judicialización de la política

La judicialización de la política se ha convertido en una característica cada vez más frecuente de las democracias modernas (Domingo, 2004) así como el papel político del poder judicial (Domingo, 2007).

La judicialización refiere al fenómeno por el cual “las prácticas sociales, económicas, políticas asumen la forma de tribunal” (Nosetto, 2014, p. 96) así como a la “presencia aún mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social” (Sieder, Schjolden & Angell, 2011, p. 19) es decir, alude a la resolución de los conflictos por

parte de los jueces y las instancias judiciales que tradicionalmente se resolvían por otros actores y en otros ámbitos. Para autores como Smulovitz (2001) el concepto de judicialización también comprende la utilización de procedimientos legales por parte de diversos actores ante los Tribunales de Justicia con el fin de proteger o promover sus intereses y demandas.

A su vez, la judicialización de la política refiere a la ‘captura’ de las prácticas políticas por la forma de tribunal en las cuales los jueces tienen el poder de decisión y de resolución del conflicto que en ellas surge (Fairstein, Kletzel y García, 2010), es decir se trata de la alteración de la dinámica elector-elegido a elector-poder judicial-elegido para la vigencia del régimen político. En lo que a esta investigación corresponde refiere a un grado mayor de intervención de los jueces en la función política y legislativa para su control y la efectividad de los derechos humanos.

Ahora bien, dentro de los factores que explican- o mejor que acompañan- el surgimiento de este fenómeno se identifican tres: el Estado de Derecho, la crisis del modelo democrático y los textos constitucionales. En términos generales el Estado de Derecho es aquel en el cual “el ejercicio del poder se somete a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales” (Naciones Unidas, 2004, p. 7). Se rige por los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación, y transparencia (Naciones Unidas, 2004).

Este modelo es concebido como el medio para la realización de los derechos humanos, su promoción y protección pues contempla mecanismos y diseños institucionales para su justiciabilidad, de forma que ante la vulneración o desconocimiento puede acudirse entre otras, a la vía judicial, para hacerlos efectivos ante los jueces, quienes podrán ordenar a los poderes públicos una actuación determinada. La preferencia por esta vía y su utilización frecuente conducen a la judicialización de las demandas ciudadanas, las cuales se condensan en los derechos que se reclaman.

Esta situación se presenta en la medida en que el Estado social de derecho da paso a un modelo de justicia independiente que tiene el poder para revisar las leyes de otras áreas del gobierno en procura de garantizar la coherencia y su conformidad con el sistema jurídico; y

para coaccionar el cumplimiento de las promesas hechas sobre la protección de los derechos de los ciudadanos, la participación en “los beneficios de la cultura, en el reparto del producto social del trabajo y en el acceso a bienes y servicios públicos” (Franco, 2016), al intervenir en el proceso de política pública. También por cuanto este modelo de Estado consagra el principio de gobierno limitado y de rendición de cuentas, demandando la subordinación a un orden constitucional superior que expresa la opinión consensual de las reglas de interacción política entre gobernantes y gobernados, cuya guarda y vigencia se confía a los jueces (Domingo, 2008).

Así mismo la crisis del modelo democrático debido a la deslegitimación de los poderes legislativo y ejecutivo y su actuación deficiente en el cumplimiento de los postulados del Estado de Derecho ha dado paso al fenómeno en cuestión toda vez que el ejercicio de *accountability* del poder político adopta la forma de tribunal, en otras palabras, el principio de gobierno limitado se impone por el Juez. Para Guzmán (2017) los mecanismos judiciales a diferencia de demás formas de control, obligan a una respuesta de la autoridad pública en virtud del poder coactivo que los caracteriza y, en consecuencia, los jueces llenan los espacios dejados u ocupados de forma ineficaz por los demás poderes, para garantizar la dinámica democrática.

Así y en tanto la actividad judicial permite a los ciudadanos apelar y eventualmente usar los poderes coactivos del Estado para proteger sus derechos, la misma constituye la forma particular de participación política ciudadana en democracia (Zemans, 1983).

También la adopción de textos constitucionales que contemplan el Estado social de derecho y el régimen democrático, habilitan el fenómeno de judicialización de la política en la medida en que en virtud de las funciones asignadas a la administración de justicia se otorga poder de veto a los jueces como constantes y legítimos observadores de las conductas públicas. Ello se observa en la atribución de competencias a la judicatura de protección a la carta de derechos que conduce a la definición judicial de cómo deben actuar las autoridades e incluso al diseño y puesta en práctica de políticas generales, tradicionalmente a cargo de los otros poderes estatales, en lo que se ha denominado “el gobierno de los jueces” (López, 2004).

Este concepto refiere al poder que tienen los jueces en la vida institucional, con ocasión a su posición de garantes de libertades y derechos, cuando: (i) disponen de una parte del poder legislativo, pues pueden retirar del ordenamiento jurídico una norma; (ii) inician de oficio ciertas acciones o controles, como el de constitucionalidad; (iii) aplican principios vagos; y (iv) su voluntad puede ir en contra de la voluntad del legislador sin substituir ni negar el poder soberano. (Troper, 2011, citado en, López, 2010). Así cuando los tribunales constitucionales intervienen en la formulación e implementación de políticas para la garantía de derechos, se trata de la reivindicación de los derechos de los ciudadanos por los jueces.

Por su parte, López (2004) señala que, en sociedades abiertas, la autoridad no tiene la última palabra. Los ciudadanos pueden desafiar las normas expedidas por las autoridades cuando ellas vulneran “principios superiores”, acudiendo a los jueces mediante el ejercicio de acciones constitucionales, como mecanismos de reivindicación de reclamos sociales. Se trata, por tanto, de un avance de la magistratura sobre el espacio de la política, al controlar y revisar las acciones del poder político (Ansolabehere, 2005).

Ejemplo de lo anterior, es el control de constitucionalidad y de tutela que ejerce el juez cuando reconoce la necesidad de “subsana una problemática sistemática y generalizada y actúa como máximo interprete y defensor de derechos para definir cómo deben actuar los poderes y en consecuencia expide órdenes que apuntan a resolver el problema identificado” (Guzmán, 2017, p. 39), condensadas en las sentencias estructurales o “structural injunctions”¹.

Estas sentencias han sido el escenario de judicialización de las políticas públicas en el que los jueces toman una posición transformadora de la realidad y los problemas públicos como actores de política-incluso como “policymaker”- para la protección de derechos. La justicia actúa como “intermediario entre los poderes políticos, y entre el poder político y la ciudadanía” (Belski, 2009, p. 33) y controla los excesos de las mayorías políticas en pos de los derechos de las minorías afectadas (Chayes, 1976).

Lo anterior obedece entre otras circunstancias a la carencia de voluntad del legislativo para abordar ciertos hechos sociales que deben ser regulados, dejando un vacío institucional

¹ Según el profesor Owen Fiss, constituyen un tipo de orden donde la autoridad judicial dirige la decisión a alterar o reorganizar un arreglo institucional (1972) al advertir que los responsables de tales organismos gubernamentales infringen la Constitución (1978).

que amenaza el ejercicio de derechos y la deficiencia del ejecutivo en la atención de demandas ciudadanas y solución de problemas públicos que conmina al poder judicial a superar los déficits y llenar vacíos con su actuación. Como advierte Couso (2004) las personas afectadas acuden a las instancias judiciales para reclamar el cumplimiento de sus derechos constitucionales y una respuesta eficaz a sus necesidades insatisfechas a través de mecanismos de control constitucional, donde los jueces tienen la obligación de verificar que los poderes públicos hayan sometido sus actos a la Constitución.

Así las cosas, en virtud de las potestades de control constitucional para tutelar derechos y garantías fundamentales el poder judicial participa en la configuración de las políticas públicas, adquiriendo relevancia en la relación con los demás poderes políticos (Maurino, 2008).

1.3 Tipos de intervención judicial

De acuerdo con Tushnet (2008), es posible identificar formas débiles (*weak forms*) y formas fuertes (*strong forms*) de intervención judicial. Estas consisten en “requerimientos obligatorios que señalan en detalle lo que deben hacer los que intervienen en las políticas públicas, (1) estableciendo los objetivos que deben alcanzar, (2) los cuales pueden ser fácilmente medidos, y (3) deben ser cumplidos en plazos específicos fijados por las autoridades judiciales” (p. 248). Aquellas “no establecen en detalle lo que deben hacer quienes intervienen en las políticas públicas, sino que se concede a estos libertad para definir de qué modo cumplirán los mandatos de la Constitución” (Tushnet, 2008, p. 249).

Los jueces que ejercen una forma de intervención débil emiten una decisión que se limita a señalar que una política desconoce un derecho, sin especificar la forma como los sujetos involucrados deben reparar la situación de desconocimiento de derechos; en contraste aquellos que ejercen una intervención fuerte pueden declarar inconstitucional una política, con lo cual la retiran del ordenamiento jurídico y/u ordenar a los actores competentes elaborar un plan de acción para eliminar, siguiendo parámetros por ellos fijados, la vulneración de derechos dentro de un término señalado. (Tushnet, 2008).

La intervención judicial puede además cumplir cuatro funciones: como veto de las decisiones en materia de políticas públicas, evitando su modificación arbitraria y demandando atención del poder ejecutivo y legislativo sobre sus preferencias en el proceso de formulación; como criterio de interpretación a la legislación existente imponiendo así sus propias preferencias sobre los resultados o aspectos de las políticas públicas; como garante del cumplimiento de compromisos lo que permite la sostenibilidad de las políticas públicas en el tiempo; y como canal de expresión para grupos marginados y un canal alternativo de representación de la sociedad (Stein *et al*, 2006).

Los Tribunales Constitucionales han ejercido ambas formas de intervención judicial. Como órganos encargados de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución su principal función es hacer exigibles los derechos humanos ejerciendo control a las actuaciones del Estado y los particulares. En el campo de las políticas públicas se convierte en un actor que ejerce control al diseño y/o la ejecución de actividades, decisiones o medidas tomadas por el Estado para solucionar o prevenir una situación definida como problemática.

En efecto los Tribunales como poderes constituidos están facultados para intervenir en la formulación o implementación de políticas públicas buscando asegurar que las mismas no se encuentren en contradicción con los principios fundamentales de los derechos humanos, como la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y entre otros, la no discriminación, y que además promuevan acciones afirmativas tendientes a garantizar los derechos de la población (Pérez, 2007).

Esto por cuanto se ha comprendido que, para solucionar los problemas estructurales de la sociedad y la materialización de la Constitución, el papel del juez constitucional no gira exclusivamente frente a la aplicación o interpretación de la norma, sino en la fijación de una postura política que genere respuestas programáticas a los problemas estructurales de la sociedad (Cepeda, 2012). En palabras de Kennedy (2010) la labor del juez debe estar encaminada a la obtención de un resultado, específicamente, en la orientación de una agenda institucional que lo lleve a consolidar un proyecto de transformación social.

Así, se puede afirmar que intervienen en aras de verificar la satisfacción de los derechos humanos en las políticas públicas, al considerarse estas como la respuesta del Estado a las

obligaciones que tiene con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales.

1.4 Judicialización de las políticas públicas en Colombia

En Colombia, el Tribunal Constitucional como autoridad judicial autónoma fue creado en la Carta Política de 1991 fue encargado de una labor axial en el desarrollo del Estado social y democrático de derecho, la guarda de la Constitución y, por ende, la salvaguarda del catálogo dogmático en ella incorporado.

La jurisdicción constitucional, que funcionalmente también se integra por la totalidad de jueces de la República, se desarrolla en un ámbito en el cual, conforme a las atribuciones conferidas en el artículo 86 superior, el fallador de instancia se encarga de verificar en cada caso la existencia de la vulneración y/o amenaza alegada y, si es necesario, imparte las órdenes requeridas para restablecer el derecho invocado.

En las últimas dos décadas, la Corte ha desempeñado un rol activo en la judicialización de las políticas públicas, particularmente en aras de garantizar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, a partir de lo cual surge el concepto de estado de cosas inconstitucional. El antecedente de esta figura en derecho comparado, se remonta al debate jurídico estadounidense en la década de los cincuenta, “entre los defensores de la ‘*political question doctrine*’ y aquellos partidarios de los ‘*structural remedies*’” (Corte Constitucional, 2003a).

La primera, referida a postura de la Corte Suprema de los Estados Unidos² según la cual los asuntos que corresponden exclusivamente al poder ejecutivo y legislativo, le están vedados al poder judicial, en aplicación estricta del principio de separación de poderes. En tal visión, el juez constitucional solo puede proteger la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales en un caso concreto y propender por su restablecimiento frente a violaciones individuales, mediante la adopción de decisiones *inter partes* (Farber, 1993).

² Corte Suprema de los Estados Unidos: casos *Luther vs. Borde*, 1849; *Baker vs. Carr*, 1962; *Powell vs. McCormack*, 1969; *Alfred Dunhill of London Inc. vs. República de Cuba*, 1976).

Por su parte, la segunda promovía la adopción de remedios estructurales en aras de salvaguardar la dimensión objetiva de las garantías fundamentales, como ocurrió en el caso sobre discriminación racial en escuelas públicas de Estados Unidos durante los años sesenta -Brown II-³. Bajo esta perspectiva, el rol del juzgador predetermina a raíz de una vulneración sistemática de derechos de un grupo poblacional, relacionada con políticas públicas y, por ende, concierne a varias autoridades estatales, por lo cual la determinación adoptada persigue la garantía de unos principios superiores y en tal sentido sus efectos no pueden restringirse a los *inter partes* (Farber, 1993).

En Colombia, la figura del estado de cosas inconstitucional “se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas estructurales del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados” (Romero Páez, 2012).

En efecto, este concepto implica que la situación padecida por un grupo de individuos desconoce los contenidos propios de la Constitución. En palabras de la Corte, “el estado de cosas inconstitucional se predica de aquellas situaciones en las que (1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales” (Corte Constitucional, 2000).

Así, al advertirse la transgresión grave y sistemática de los derechos de un conjunto de personas, con ocasión de fallas estructurales que exigen la acción de varias instituciones gubernamentales, la Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional y ha emitido órdenes complejas tendientes a conjurar problemáticas referidas al diseño y ejecución de una política pública, y a revertir la masiva afrenta de los intereses de los

³ Corte Suprema de los Estados Unidos: casos *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 1971; *Pitts vs. Cherry*, 1968.

afectados. Empero, la intervención de la autoridad judicial en virtud de la competencia encargada por el constituyente para ejercer la guarda de la integridad y efectividad de la Carta, debe ser “excepcional, transitorio y limitado a los asuntos que tienen incidencia en la infracción *iusfundamental*” (Corte Constitucional, 2015), en respeto del principio de separación de poderes.

Para declarar la sistemática y generalizada vulneración de las garantías básicas de un grupo poblacional y, en consecuencia, el desacato de los postulados constitucionales, la Corte Constitucional ha establecido que deben reunirse los siguientes presupuestos:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial” (Corte Constitucional, 2004).

En tal contexto, sobresale como ejemplo la intervención en la crisis carcelaria, la cual inició con la sentencia T-153 de 1998 en la que se advirtió una “inacción de las autoridades [que] ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y (...) no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país”, debido al hacinamiento y a condiciones deplorables de salubridad, absolutamente inhumanas⁴. Se trató de un control judicial con ocasión del vacío de poder

⁴ En esa ocasión, la Corte formuló una estrategia para superar el hacinamiento y las condiciones insalubres, ordenando al efecto: i) la formulación de una política pública de manera conjunta entre las autoridades

por parte de las autoridades competentes, la vulneración masiva de derechos y el déficit de formulación de una política pública dirigida a suministrar las garantías básicas a las personas privadas de la libertad.

También, se destaca la intervención del Tribunal Constitucional en la situación de los afectados por el desplazamiento forzado en el marco del conflicto armado interno, la cual fue objeto de pronunciamiento en la sentencia T-025 de 2004. Este es un caso estructural con un impacto redistributivo profundo en la protección de derechos (Uprimny y Durán, 2014), en el cual se requirió al Gobierno Nacional para que rediseñara la política pública frente a esta población siguiendo los estándares constitucionales por ella señalados, asegurando de forma inmediata los derechos mínimos que identificó vulnerados, contemplando acciones consistentes y orientadas a satisfacer de forma progresiva los derechos plenos que reconoce a esta población y creando instancias de participación de las personas desplazadas y sus organizaciones en el diseño y ejecución de planes, programas y proyectos de la política⁵. En este asunto, la Corte determinó retener jurisdicción a efectos de hacer seguimiento al cumplimiento de la sentencia y no delegó esta función al juez de instancia como dispone el Decreto 2591 de 1991.

Aunado a los precedentes, existen otros casos en similares condiciones como el atraso sistemático en los tiempos de respuesta de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal- (sentencia T-068 de 1998); la crisis humanitaria de la población Wayúu especialmente a niños, niñas, adolescentes, madres gestantes y lactantes (sentencias T-302 de 2017 y T-359

nacionales y el legislador, ii) la elaboración por parte de las autoridades carcelarias de un plan de construcción y refacción carcelaria para mejorar las condiciones de vida en los centros de reclusión en cuatro años a partir de la sentencia, iii) el traslado y separación a los sindicados (aquellos cuya investigación penal aún no ha finalizado) de los condenados, lo que también debía lograrse en esos cuatro años, y iv) investigar a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, quienes no concedían de manera expedita la libertad condicional a los reclusos, contribuyendo así al hacinamiento (Henao, 2013).

⁵ Ello, desde la reconfiguración del problema que guó la política pública hasta el momento limitado a una visión de “desastre”, “emergencia”, “resultado colateral del conflicto armado”, impulsándola hacia el entendimiento de una grave situación de vulnerabilidad y violación masiva de derechos que constituye un *estado de cosas inconstitucional -ECI-*, el cual demandaba respuestas programáticas que permitieran la superación efectiva de dicho estado. Para ello la Corte exigió la creación de un plan de acción que incluyera información sobre la situación de la población desplazada, la estimación del presupuesto requerido para atenderla integralmente, la identificación de potenciales fuentes de recursos y la distribución del esfuerzo presupuestal en los diferentes niveles estatales, así como tomar medidas para el goce efectivo de derechos en el plazo allí señalado. Lo que se buscó era el Gobierno adoptara “los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada” (Corte Constitucional, 2004).

de 2018); e, incluso, el asunto concerniente a la transición del Instituto de Seguro Sociales (ISS) a la Administración Colombiana de Pensiones – Colpensiones, cuyo ECI se declaró en auto 110 de 2013 se declaró superado mediante la sentencia T-744 de 2015.

Los anteriores ejemplos, muestran el impulso que la Corte Constitucional ha dado a las políticas públicas a cargo del poder legislativo y ejecutivo, su incidencia en la visibilización de situaciones socialmente relevantes, así como en la formulación soluciones, las estrategias, la ejecución de programas o la adopción de mecanismos, produciendo cambios importantes en la sociedad (Rodríguez y Rodríguez, 2010).

1.5 Justicia dialógica

Como contrapartida a la tradicional crítica contra-mayoritaria del fenómeno de judicialización de las políticas públicas, surge la justicia dialógica y con ella el objetivo de disminuir la tensión suscitada entre los tribunales constitucionales y el poder ejecutivo. Busca el desarrollo de “sinergias institucionales para los poderes públicos en su relación con la rama judicial y otros trayectos para repensar la política pública derivada de las decisiones judiciales” (Storini, 2017), donde los poderes públicos intervienen y son parte de las revisiones judiciales. En ese sentido los jueces deben convertirse en promotores de la deliberación pública con la ciudadanía, con otras ramas del poder público y con los operadores de otras jurisdicciones. (Córdova, 2019).

Para Abramovich (2009) se trata de comprender la “intervención judicial como un ámbito propicio para que los jueces puedan colaborar en el proceso de toma de decisiones de los otros poderes, ampliando la participación democrática o generando espacios de debate y diálogo inter-institucional” (p. 29). En otras palabras, poner el acento en las formas dialógicas que puede asumir justificadamente la justicia en sus fallos, jugando un papel importante en la construcción del diálogo democrático (Gargarella, 2013). Así se defiende la intervención del juez constitucional en las políticas públicas al tiempo que se critican las decisiones que invaden el ámbito técnico de las ramas ejecutiva y legislativa, y reducen el debate público sobre los problemas socioeconómicos subyacentes (Rodríguez, 2013b).

El litigio de reforma estructural -o lo que aquí llamo sentencia estructural-, es un canal propicio para el diálogo continuado entre las Cortes y las autoridades representativas, particularmente cuando se interviene en el ciclo de las políticas públicas. Ello, por cuanto se procuran decisiones que establezcan fines amplios y vías de implementación claras con plazos máximos y ordenando la elaboración de informes de seguimiento, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos gubernamentales (Rodríguez, 2013b). Las órdenes de naturaleza dialógica no sólo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que promueven la eficacia de la decisión judicial y fomentan la deliberación democrática desde mecanismos participativos de seguimiento, comisiones de vigilancia e invitaciones a la sociedad civil y a los organismos para que presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal. (Rodríguez, 2013b).

Así el poder judicial desempeña una función dialógica, promoviendo la vigencia de los derechos. Precisamente, la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional colombiana, como sentencia estructural, incorpora algunos rasgos de justicia dialógica, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de la exigibilidad del derecho a la salud, con órdenes judiciales moderadas que hacen partícipe a las ramas electas del poder público y un seguimiento también moderado que insta al cumplimiento y verificación de lo ordenado. Sin embargo, también incorpora aspectos monodialógicos con órdenes de contenido técnico que no conceden margen amplio de deliberación y superan los límites que como juez constitucional debe atender.

Capítulo II: Algunas experiencias internacionales sobre órdenes de contenido técnico en materia de política pública en salud

Las experiencias acerca de la intervención del juez constitucional en las políticas públicas dan cuenta del desarrollo del fenómeno de judicialización de la política y del papel protagónico de los tribunales constitucionales. Ello se puede observar en análisis de casos que se expone a continuación:

2.1 Sudáfrica

El caso sudafricano proviene de la sentencia *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign (TAC)* promulgada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el año 2002 y cuyo propósito era el suministro de Nevirapina, medicamento para evitar la transmisión vertical del virus del VIH de madre a hijo, que para el año 2000 alcanzaba la cifra de ochenta mil niños infectados (Expediente SA 721 (CC), del 5 julio de 2002). La organización de la sociedad civil TAC, en compañía de otras organizaciones, interpusieron una aplicación ante la alta corte de Pretoria en la cual se alegaba, por un lado, que el Estado había prohibido la administración de la Nevirapina en hospitales públicos, cuya eficacia estaba comprobada para reducir el riesgo de transmisión y, por otro lado, se demandaba la acción oportuna del Estado para poner en funcionamiento un programa nacional para la prevención de la transmisión vertical del VIH (Berger, 2008).

El gobierno alegó en su defensa la falta de recursos y su incapacidad para poner en funcionamiento un programa integral de tal naturaleza, así como la falta de seguridad y eficacia de la Nevirapina para prevenir el VIH-Sida. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la violación del derecho de acceso a los servicios de salud y concedió la razón a TAC. En tal sentido ordenó el suministro del medicamento, cuando fuera pertinente médicamente y ampliar la asesoría sobre su uso en el sector público de la salud. (Cano, 2015)

La petición de la provisión de Nevirapina, para prevenir la transmisión vertical del VIH-Sida en Sudáfrica, fue impulsada por la Organización Treatment Action Campaign (tac), creada desde 1998 y cuyo objetivo principal ha sido incrementar el acceso al

tratamiento, cuidado y servicios médicos para las personas viviendo con VIH-Sida. (Cano, 2015). En cuanto al tipo de problema enfrentado, en el año 2002, cuando se presentó la petición, cerca de cinco millones de personas, entre niños y adultos, vivían con VIH-Sida en ese país, provocando 260.000 muertes anuales y una tasa de prevalencia en adultos del 17,7 %, por lo que se trataba de una situación generalizada con graves consecuencias para un amplio rango de la población más vulnerable (Geffen, 2014).

La sentencia del caso TAC en Sudáfrica ordena la provisión del medicamento para las madres con VIH para evitar la transmisión a sus hijos, medida inexistente hasta entonces. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ejerció una jurisdicción de seguimiento como los demandantes le habían pedido que hiciera porque consideró que no existían razones para creer que el Gobierno no respetaría y ejecutaría sus órdenes; aun así, no se notó voluntad política para poner en práctica las órdenes impartidas. Esta falta de supervisión ha llevado a los expertos a señalar que “el Tribunal debería superar su reticencia a ejercer su jurisdicción de seguimiento con el fin de facilitar las reformas estructurales a largo plazo que se requieren para dar cumplimiento a los derechos socioeconómicos” (Liebenberg, 2013)

Por lo anterior, fue de nuevo la organización TAC quien inició acciones para presionar la obediencia de las órdenes. Enviaron cartas, celebraron reuniones, interpusieron una queja ante la Comisión de Derechos Humanos sudafricana y presentaron una demanda por desacato contra el Ministro de Salud por tal incumplimiento. En respuesta a estas acciones y a la sentencia, el Gobierno adoptó un programa para la prevención de la transmisión vertical. (Cano, 2015)

Este caso clasifica como medianamente exitoso porque la sentencia otorga razón a los demandantes, en la medida en que se ordena la disponibilidad del medicamento para prevenir la transmisión vertical del VIH y promueve cambios estructurales. Cumple los efectos de desbloqueo y de políticas públicas, pero no clasifica como exitoso debido a que no genera espacios de deliberación ni se logra un efectivo acatamiento de las órdenes que conduzcan a la protección generalizada de la salud como consecuencia del fallo.

Pese a que la Constitución sudafricana reconoce los Derechos Sociales, Económicos y Culturales como derechos exigibles ante los tribunales, dicha autoridad judicial se ha restringido en su activismo en la materia porque si bien ha revisado la razonabilidad de las

políticas para su protección, no ha monitoreado el cumplimiento de sus propias órdenes. Así no ha traspasado el límite técnico, pero tampoco ha contribuido a superar todos los grandes desafíos en lo que atañe al sistema de salud, en parte porque tendría que ser un resultado de la voluntad política y una administración pública eficiente. (Cooper, 2013).

2.2 India

El caso de la India es la sentencia Voluntary Health Association of Punjab (VHA) vs. Union of India. La demanda interpuesta fue una Writ Petition Civil como una modalidad de PIL (Public Interest Litigation) ante la Suprema Corte solicitando el acceso libre y equitativo al tratamiento antirretroviral para personas con VIH-Sida. El Estado se negaba a soportar tal tratamiento por ser “prohibitivamente costoso” debido a que la mayor parte de personas infectadas en la India pertenecían a los estratos más bajos de la población. La petición fue fallada por la Suprema Corte de la India en el año 2003 y encontró que tal omisión violaba el derecho a la igualdad y a la vida (Muralidhar, 2013).

Es iniciado por la Human Rights Law Network a través de la Voluntary Health Association of Punjab (VHAP). Además de esa organización, otras entidades habían presentado demandas por el mismo asunto ante la Suprema Corte, solicitando el suministro del tratamiento contra el VIH-Sida en hospitales del gobierno. La Voluntary Health Association es una organización sin ánimo de lucro fundada en 1970 y está representada en 27 Estados de la India. Su objetivo es velar por la garantía del derecho a la salud. El objeto de la demanda, en este caso, tenía una dimensión estructural teniendo en cuenta el alto número de personas afectadas y el acceso restringido a los medicamentos. (Cano, 2015). Se estima que para 2003, año de la sentencia, más de dos millones de personas estaban infectadas con este virus que causó cerca de 180.000 muertes ese año (NACO, 2014). Sin embargo, hasta 2004 la acción gubernamental frente a esa enfermedad se limitaba a la prevención, pues el Estado no asumía los gastos del tratamiento con antirretrovirales. Además de la infraestructura y del acceso universal al medicamento, la demanda solicitaba entrenar al personal médico y proporcionar suplementos nutricionales a los pacientes (Human Rights Law Network, 2014).

La sentencia ordena a la autoridad gubernamental definir un conjunto de medidas que no existían previamente, con el objetivo de garantizar los derechos de las personas viviendo con VIH-Sida. Prueba de esto es que hasta el año 2004 estas personas no recibían ningún tratamiento gratuito. En octubre de 2003 la Suprema Corte exhortó al Gobierno a garantizar el acceso universal al tratamiento. Pocos meses después el Gobierno de la India inició la política para proveer el medicamento gratuito para cien mil personas en los seis estados con la mayor prevalencia del virus y se comprometió a aumentar su cobertura. (Cano, 2015).

El Tribunal Supremo dio órdenes pidiendo al Gobierno que presentara un informe del plan que se proponía aplicar para facilitar el acceso al tratamiento antirretroviral. En respuesta a esta orden y a la presión de actores nacionales e internacionales, el Gobierno anunció una nueva política en 2003. Aunque los primeros años mostraron progreso, el acceso a los medicamentos no es todavía universal. En 2005 varias personas viviendo con VIH-Sida firmaron una declaración juramentada que fue enviada al Tribunal para una audiencia que se celebraría en agosto de 2006 como parte del proceso de litigio. En esta declaración indicaban la urgente necesidad de los antirretrovirales y advertían la negativa de muchas autoridades para permitirles el acceso gratuito a estos medicamentos. (Cano, 2015).

Adicionalmente, el Tribunal pidió explicación del asunto al Gobierno Central puesto que, para ese momento, al menos cinco millones de personas requerían el tratamiento y sólo lo recibían 32.000. El Gobierno respondió con una serie de propuestas y compromisos. En 2008 la National AIDS Control Organization (NACO) y el Ministerio de Salud presentaron una lista de compromisos que fueron aprobados por el Tribunal Supremo quien solicitó informes de los avances en la materia. La participación de organizaciones de la sociedad civil ha sido fundamental en este proceso de seguimiento que todavía continúa. (Cano, 2015).

El caso de India es, igualmente, medianamente exitoso. El efecto legal de la sentencia no se reflejó en la efectividad de los derechos para 770.000 personas viviendo con VIH-Sida de la población más pobre del país. Para terminar de agravar la situación, su acceso a los medicamentos fue bloqueado por el gobierno. Sólo 10.255 pacientes se habían incorporado al programa del gobierno en julio de 2005 (Shankar, 2008). Esto en parte porque los remedios dispuestos por la Corte no estaban suficientemente respaldados en conceptos técnicos

distintos a los de la organización Voluntary Health Association of Punjab (vhap). (Wahi, 2013).

2.3 Argentina

El caso es el fallo Viceconte vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) del año 1998, en el cual se protegió el derecho a la salud de todas las personas que vivían en una zona afectada por la fiebre hemorrágica argentina, conocida también como “mal de rastrojos” o virus Junín, ordenando la producción y suministro de la vacuna Candid 1 efectiva en un 95% contra esta enfermedad. La demandante, quien vivía en la zona afectada por la enfermedad, interpuso una acción de amparo bajo el acompañamiento del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2014). Se argumentó que más de tres millones de personas se encontraban en riesgo potencial de padecer la enfermedad por lo cual se trataba de un derecho a la Salud Pública de incidencia colectiva. La acción fue rechazada en primera instancia porque el gobierno ya había dispuesto presupuesto para el desarrollo de la vacuna, pero no había cumplido con el cronograma para su fabricación. En apelación la Cámara Contencioso Administrativa Federal de Argentina concedió la razón a la demandante y ordenó al Gobierno cumplir estrictamente el cronograma para desarrollar la vacuna Candid 1. (Cano, 2015).

En Argentina, si bien es una demandante individual quien interpone la acción de amparo, se trata de una acción que, por su naturaleza, solicita la protección colectiva de un grupo de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por la escasez de la vacuna contra la fiebre hemorrágica. Por lo anterior, se considera que el demandante es colectivo. De otro lado, el tipo de problema que enfrenta el caso argentino es igualmente sistemático y de gran impacto. La enfermedad se produce como una epidemia estacional desde 1958, especialmente en áreas rurales. Los casos aumentaron registrando una leve disminución cuando se crea la vacuna en 1991. Sin embargo, en 1996, solo en el primer semestre, hubo setenta casos y tres muertes a causa de la fiebre y 3'500.000 personas se encontraban en riesgo de contraer la enfermedad (Red de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 2013).

En el caso argentino, las órdenes emanadas de la sentencia se refieren a cumplir estrictamente un cronograma para el desarrollo de la vacuna Candid 1 que ya había sido previamente diseñado por el gobierno pero que no se había respetado, por lo cual cuando el laboratorio extranjero que producía la vacuna agotó sus existencias, se terminó el acceso a la misma. Igualmente, solicita respuesta de la autoridad demandada y el seguimiento de esta orden por parte del Defensor del Pueblo. Esta providencia ordena implementar una decisión gubernamental ya existente y ordena rendir cuentas sobre el proceso de creación y provisión de la vacuna y su vigilancia por parte de la Defensoría en la etapa de implementación de la medida

También el órgano judicial ordenó al Estado adoptar las medidas para asegurar la producción de la vacuna y estableció el seguimiento para su verificación. En tal sentido, fijó un mecanismo de seguimiento para darle cumplimiento a la sentencia, que consistió en audiencias públicas, citaciones personales del ministro de salud, intervención de la Defensoría del Pueblo, deberes de información sobre la marcha de las obras del laboratorio para la fabricación de la vacuna y luego del proceso de validación científica y hasta compromisos presupuestarios anuales para asegurar fondos para las obras y la implementación de las obligaciones fijadas (Abramovich, 2008).

Finalmente, el único caso de los analizados que podría considerarse exitoso es el argentino. La sentencia ordena cambios estructurales -al disponer que se siguiera estrictamente el cronograma para el diseño de la vacuna-. Las medidas adoptadas protegen de manera general el derecho a la salud de los afectados y, finalmente, el caso propicia espacios de deliberación y motiva la organización social para incidir en el tema.

Sobre ello Sedlacek (2012) explica que la visión del Poder Judicial como un órgano político, inmiscuido en el espacio público, es el resultado hoy en día de la maduración de los modelos institucionales de gobierno de países republicanos y democráticos. Se convierte en un actor principal en la promoción, defensa y efectivización de derechos fundamentales dispuestos por la Constitución de un Estado y necesario para que efectivamente se conforme el Estado de Derecho. Concluye que el objetivo final del Estado de derecho es obligar al gobierno a respetar las reglas básicas del juego consagradas en la Constitución, hace indispensable introducir un cuerpo independiente como las cortes de justicia, dotado de la

facultad de controlar el respeto efectivo de la Constitución por parte del resto de las autoridades políticas, incluidos los poderes ejecutivo y legislativo.

No obstante, lo anterior, se presenta una “rutinización” en la ampliación de las normas del PMO que, sin atender a lo técnico, puede en nombre de los derechos constitucionales derivar en la intensificación de las deficiencias del sistema, las incapacidades del Estado y los obstáculos políticos (Bergallo, 2013)

Sobresale de los casos expuestos que, el control judicial de las políticas públicas por parte de los tribunales constitucionales ha ido consolidándose, a partir de la promoción, defensa y efectividad de derechos fundamentales dispuestos por las Constituciones, que lleva a las magistraturas a incidir en el proceso de formulación de políticas públicas. Así mismo, que el respeto por los límites que acompañan la labor de los Tribunales, particularmente en asuntos especializados como la salud, determina el grado de éxito de la intervención en la salvaguarda del derecho humano vulnerado, en tanto permite el cumplimiento real por parte de los ejecutores de política.

Ejemplo de ello, el caso colombiano en la sentencia estructural de la salud, que como se presenta a continuación, interviene la política pública para salvaguardar el derecho a la salud de los usuarios y ordena la adopción medidas correctivas.

Capítulo III. La Corte Constitucional y el fallo estructural en materia de salud

3.1 El derecho a la salud en la jurisprudencia colombiana

La Corte ha entendido el derecho a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento” (Corte Constitucional, 1993a).

Este precepto fue consagrado en la Carta del 91 como un servicio público (art. 49), en virtud del cual el Estado está obligado a dirigir y regular tal gestión en el ámbito de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Conforme a la voluntad original del constituyente, la salud era una garantía fundamental solo para los menores de edad (art. 44).

La evolución de la jurisprudencia de la Corte ha permitido la judicialización de este derecho mediante la acción de tutela en tres etapas: i) en virtud de su conexidad con algún derecho fundamental como la vida y la integridad personal (Corte Constitucional, 1993b); ii) posteriormente, se adoptó la tesis de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos concluyendo que el derecho a la salud ostentaba la calidad de fundamental y autónomo dada su relación directa con la dignidad humana (Corte Constitucional, 2003b); iii) tales posturas del Tribunal Constitucional, aunado a los pronunciamientos hito en la materia como las sentencias T-760 de 2008 y C-252 de 2010 - emergencia social en salud-, desembocaron en la expedición de la Ley 1751 de 2015 y con ello el reconocimiento normativo de la fundamentalidad del derecho a la salud por el legislador estatutario, cuyo control de constitucionalidad previo y automático se surtió mediante la sentencia C-313 de 2014 (Corte Constitucional , 2014).

A lo largo de la vigencia de la Carta de 1991, se ha evidenciado el uso sistemático de la solicitud de amparo para el reclamo de la garantía del derecho a la salud, identificando prácticas que afrontan la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del acceso a los servicios sanitarios⁶. En este contexto, la dinámica de la judicialización del derecho a la

⁶ Reconocidos en la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por la Ley estatutaria 1751 de 2015.

salud ha convertido la excepcionalidad de la acción de tutela en una regla casi general a la hora de lograr la atención en salud (Cárdenas, 2011). De este fenómeno da cuenta la Defensoría del Pueblo que, en su estudio anual sobre la acción de tutela, ha evidenciado el protagonismo del derecho a la salud en las estadísticas del recurso de amparo constitucional desde 2008 con un porcentaje de participación promedio del 28,39 % del total de solicitudes de protección⁷ (Defensoría del Pueblo, 2018).

3.2 La sentencia T-760 de 2008

La actitud pasiva de las autoridades del sistema de salud ante estas circunstancias y el caos social que dicha omisión estaba generando, entre otras razones, motivó que la Corte en 2008 dictara un fallo estructural, bajo la idea de que el déficit de protección del derecho fundamental no se superaba con el examen de los expedientes de tutela revisados, sino que era imperioso que las entidades sanitarias competentes de la regulación, inspección, vigilancia y control adoptaran las medidas e implementaran las acciones tendientes a corregir las causas de dicha violación generalizada.

En ese ámbito, el 31 de julio de 2008 la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional profirió la sentencia T-760 en la cual se resolvieron 22 acciones de tutela presentadas por ciudadanos que no podían acceder efectivamente al servicio de salud para atender sus patologías y necesidad. En esa providencia, la Corte planteó una serie de problemas jurídicos específicos en aras de decidir sobre el amparo de los asuntos examinados, al tiempo que identificó que la regulación del sistema general de seguridad social en salud presentaba fallas estructurales que estaban provocando la transgresión de los derechos de los usuarios y que representaban la violación de las obligaciones constitucionales en cabeza de las autoridades administrativas competentes de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud.

⁷ En lo corrido del año 2019, se radicaron 492.581 expedientes de tutela, correspondiendo el segundo lugar a salud 146.668 (30%), mientras que el primero derecho de petición 172.101 (34%), debido proceso 54.091 (11%), mínimo vital 27.986 (6%), entre los más relevantes. Los temas más recurrentes han girado alrededor de i) práctica oportuna de procedimiento médico, ii) entrega a tiempo de medicamentos o insumos, iii) tratamiento integral, iv) asignación de citas médicas y v) transporte y viáticos para atención en salud. *Cfr.* (Corte Constitucional, 2019)

Para tal efecto, fueron formulados sendos problemas jurídicos generales referidos principalmente a: i) la falta de claridad sobre las prestaciones cubiertas a los afiliados por parte de las EPS, así como la obsolescencia del plan de beneficios vigente; ii) las barreras en el acceso a los servicios incluidos en el POS constituyéndose la tutela como única opción; iii) la diferenciación de los regímenes contributivo y subsidiado para toda la población y prioritariamente para los niños; iv) la ausencia de un procedimiento para garantizar el acceso a lo incluido o excluido del plan; v) los problemas de flujo de recursos en el sistema entre aseguradores y prestadores; y vi) el incumplimiento de la cobertura universal, entre otros asuntos (Corte Constitucional, 2008).

En respuesta a los focos problemáticos identificados, la Corte profirió 16 órdenes generales tendientes a superar las fallas de regulación constatadas, sobre la base de la legislación en vigor a esa fecha, es decir, la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007. Lo anterior permitió dirigir los mandatos a las autoridades administrativas⁸ a quienes les correspondía legalmente intervenir en los asuntos advertidos por la Sala de Revisión, de forma que el fallo de tutela se constituyó en una exigencia de acatamiento de la normativa aplicable por parte de los responsables del Estado.

En efecto, la referida providencia no solo reconoció el flagrante incumplimiento de la ley 100 y la ley 1122, pues también identificó la transgresión sistemática de las garantías constitucionales de la salud, vida digna e integridad personal de los usuarios del sistema. En esa medida, a juicio del Tribunal Constitucional se hizo necesaria la intervención judicial en tres ejes críticos del servicio de salud en Colombia, a saber: i) acceso a los planes de beneficios, actualización y unificación de catálogos; ii) sostenibilidad financiera y flujo de recursos; y iii) cobertura universal, además de otros mandatos adjuntos impartidos para dotar de mayor efectividad la decisión.

Esta decisión no contó con la declaratoria expresa del estado de cosas inconstitucional como ocurrió en otros casos resueltos por ese Tribunal como el correspondiente al déficit de

⁸ En efecto, así se manifestó en la referida decisión: “Las órdenes se impartirán a los órganos legalmente competentes para adoptar las determinaciones que podrían superar las fallas de la regulación que se han traducido en una desprotección del derecho a la salud evidente en las acciones de tutela que se han presentado cada vez con mayor frecuencia desde hace varios años” (Corte Constitucional, 2008).

protección en materia de desplazamiento forzado por causa del conflicto armado -sentencia T-025 de 2004-. Sin embargo, la academia ha indicado que “aunque el fallo T-760 no declaró formalmente un estado de cosas inconstitucional en materia de salud, en la práctica ha tenido los mismos rasgos y los mismos efectos que las sentencias de ese tipo” (Rodríguez Garavito, 2012).

En ese sentido, la ponderación adelantada en esa decisión, así como la calidad general y abstracta de los mandatos allí impartidos, acreditan el cumplimiento de los elementos exigidos para la configuración de un ECI, máxime al reconocer que fallas de regulación que aquejan el sistema de salud, impactando negativa y sistemáticamente en el goce efectivo del derecho de un grupo de usuarios que se identifica con toda la población colombiana (Cárdenas, 2011).

De ahí que al momento de emitir el fallo e incluso hoy en día se encontraban reunidos los presupuestos determinados para la procedencia de tal herramienta jurídica por lo que es dable asegurar la existencia de un estado de cosas inconstitucional implícito en materia de salud.

3.3 Conservación de la competencia en la verificación del fallo estructural de salud en Colombia

En Colombia, la normativa estatutaria que regula el trámite de las solicitudes de amparo (Artículos 27 y 36 del Decreto 2591 de 1991) difiere la verificación del cumplimiento de las sentencias expedidas en ese ámbito incluidas las emitidas por la Corte Constitucional, a la autoridad judicial que conoció en primera instancia el asunto.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional “no es competente para verificar el cumplimiento de las decisiones de tutela” (Corte Constitucional, 2011); sin embargo, ha reservado una competencia “preferente y excepcional” tratándose de la constatación del

acatamiento de sus decisiones e, incluso, del conocimiento del incidente de desacato, cuando concurren algunas situaciones puntualizadas por la jurisprudencia constitucional⁹.

La sentencia T-760 de 2008 se enmarca en uno de aquellos supuestos, pues si bien no se declaró el estado de cosas inconstitucional expresamente como se explicó con anterioridad, fueron impartidas 16 órdenes generales ajenas a la solución *inter partes* de cada acción de tutela y cuyo alcance desborda las competencias naturales de cualquiera de los 22 jueces de primera instancia vinculados a los casos acumulados en este fallo. Así, para corroborar la observancia de tales mandatos de impacto estructural en el sistema de salud era necesario generar un proceso constante de monitoreo a los avances presentados por el órgano regulador, Gobierno Nacional, que debía liderar quien precisamente emitió la decisión.

Por ello, en un principio, la Sala Segunda de Revisión durante el periodo correspondiente a septiembre de 2008 hasta marzo de 2009 y luego la Sala Especial de Seguimiento a partir de abril de 2009, retuvieron la competencia para supervisar la determinación.

Tal decisión, según la doctrina, encuentra sustento “teniendo en cuenta la magnitud de las órdenes impartidas que implicaban ejercer control al Gobierno Nacional, lo cual escapaba de las posibilidades reales de un juez diferente al alto tribunal. Esta labor se llevó a cabo mediante audiencias públicas para la rendición de cuentas y el diálogo entre los actores; y a través de autos de seguimiento en los que se evaluó la respuesta estatal, se detectaron las principales fallas, se determinaron las acciones que se debían adoptar y su contenido mínimo en procura de superar el ECI” (Uprimny & Sánchez, 2010).

En tal medida, la Corte Constitucional se encargó directamente de la verificación del cumplimiento de las órdenes generales allí impartidas, lo cual ha perseguido asegurar la

⁹ “(i) Cuando el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia ha ejercido su competencia y la desobediencia persiste; (ii) Cuando la autoridad desobediente es una Alta Corporación Judicial, pues las mismas no tienen superior jerárquico que pueda conocer de la consulta sobre la sanción por desacato; (iii) Cuando se trata del incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte Constitucional, en virtud de la cual se concede el amparo solicitado siempre y cuando la Corte así lo determine; (iv) Cuando resulte imperioso salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional; (v) Cuando la intervención de la Corte sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; (vi) Cuando se esté en presencia de un estado de cosas inconstitucional, que afecta a un conjunto amplio de personas, en la que se hayan emitido órdenes complejas para cuya efectividad sea necesario un permanente seguimiento y la adopción de nuevas determinaciones, de acuerdo con las circunstancias de una situación que se prolonga en el tiempo.” (Corte Constitucional, 2011).

garantía del recurso judicial efectivo consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰.

Esta competencia difiere de las labores tradicionales del Tribunal Constitucional, ya que no se trata de una revisión de la normatividad legal sobre esas materias (control abstracto¹¹), ni de la constatación que en un caso específico no se haya desconocido un derecho fundamental (control concreto¹²), sino de la calificación de las acciones de política pública que deben generar la transformación social para la realización de los postulados del Estado social de derecho.

En este sentido, la verificación del cumplimiento del fallo estructural T-760 de 2008 no busca el restablecimiento del derecho a la salud de un usuario en concreto; pues al tratarse de medidas complejas enmarcadas en un fallo estructural, el objetivo la Sala de Seguimiento es lograr el acatamiento del fallo estructural, de manera que con su intervención no se beneficie una sola persona sino la comunidad en general. Bajo esta premisa, la autoridad judicial está habilitada para ordenar a las diferentes autoridades estatales involucradas en la violación sistemática y generalizada de derechos fundamentales, la ejecución de medidas que, por su magnitud, requieren de un mayor esfuerzo institucional y presupuestal, dado el impacto que tendrán en toda la población.

En el caso colombiano, la Sala Especial ha utilizado instrumentos como la presentación de reportes periódicos por parte de las entidades obligadas con el fallo, así como la celebración de audiencias públicas de rendición de cuentas y sesiones técnicas con las autoridades responsables de la política pública y demás actores del sistema. De igual forma, ha adoptado medidas para prevenir incumplimientos futuros y órdenes transitorias cuyos efectos cesan cuando la entidad competente acredita el acatamiento de las acciones a su cargo.

En ese sentido, el Tribunal constitucional en el marco de la supervisión: *i*) cumple un rol de evaluador de los avances del rediseño de la política pública a cargo de las autoridades

¹⁰ “Artículo 25. Protección Judicial: (...) 2. Los Estados Partes se comprometen: (...) c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹¹ Artículo 241 superior, numerales 1, 4, 5, 7 y 8.

¹² Artículo 241.9 de la Constitución.

regulatorias; *ii*) actúa como impulsor de medidas cuando las presentadas por el Gobierno no son eficaces para satisfacer lo decidido en el fallo estructural; *iii*) genera una instancia de diálogo entre el Gobierno y la sociedad civil que ha sido actor fundamental en la labor de verificación que viene realizando el Tribunal Constitucional; y, *iv*) adopta medidas extraordinarias ante la insuficiencia de las tomadas por el regulador, lo cual supone un papel más activo en la superación de los obstáculos existentes para el goce efectivo del derecho fundamental.

En efecto, las decisiones de mayor importancia para el objetivo del presente escrito, han sido expedidas en el marco de las providencias en las cuales se ha valorado el nivel de acatamiento de las órdenes generales, ámbito en el que el Tribunal Constitucional ha impartido nuevas disposiciones de cara a impulsar el cumplimiento de los cometidos del fallo estructural¹³.

Tal escenario corresponde a las órdenes de reemplazo emitidas por el juez constitucional, en la cual la autoridad administrativa obligada, en el caso de la T-760 el Ministerio o la Superintendencia Nacional de Salud, ve reducido su margen de elección de las alternativas para dar cabal cumplimiento a un mandato estructural, al punto que deben realizar, en los términos y condiciones que le fija la Corte, determinadas acciones que deben contribuir a la corrección de las fallas del sistema y así garantizar el goce efectivo de todos los usuarios. De tal forma, el Tribunal Constitucional termina por reconducir la actuación gubernamental ante la ausencia de respuestas eficaces que impacten de mayor manera el funcionamiento del sector.

¹³ Como ejemplo, se destacan las siguientes órdenes impartidas en decisiones de valoración, entre otras: *i*) En el Auto 342A de 2009 se dispuso que la unificación del entonces POS debía extenderse a todos los menores de edad, comoquiera que el Gobierno había dispuesto su aplicación para los niños entre 0 y 12 años únicamente. *ii*) En el Auto 225 de 2011 se ordenó que la actualización integral de los planes de beneficios debía observar los parámetros de estructura (7), de proceso (13) y de resultado a corto, mediano y largo plazo (9) allí definidos. *iii*) En el Auto 263 de 2012 se ordenó el rediseño del sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro con obligatoria observancia de los lineamientos creados por la Corte y agrupados en cinco ejes temáticos, a saber: *i*) clarificación de contenidos del entonces POS (2); *ii*) garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud (4); *iii*) definición de un procedimiento claro, preciso y ágil en la verificación, control y pago de las solicitudes de recobros (16); *iv*) transparencia en la asignación de los recursos del entonces Fosyga (5) y, *v*) asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud (4).

3.4 La orden de unificación aritmética de la unidad de pago por capitación -UPC- impartida por la Corte Constitucional en 2012

La orden de reemplazo de mayor trascendencia adoptada en el desarrollo del seguimiento adelantado durante once años tuvo lugar en los autos 261 y 262 de 16 de noviembre de 2012, en los cuales se verificó el cumplimiento de las órdenes vigésima primera y vigésima segunda referidas a la unificación de los planes de beneficios para menores de edad y el resto de grupos etarios.

En aquella oportunidad, la Sala de Seguimiento consideró que si bien la autoridad responsable expidió los actos¹⁴ mediante los cuales las personas en Colombia gozan del mismo catálogo de servicios en salud, no se efectuó ningún pronunciamiento en relación con el aumento del valor de la unidad de pago por capitación para las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado.

En tal sentido, constató que no existía justificación para que dicho monto fuera diferente y declaró que, a partir de la fecha de la expedición de este proveído, “el valor de la UPC-S sería igual al establecido para la UPC del régimen contributivo” hasta tanto el “Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Comisión de Regulación en Salud y al Departamento Nacional de Planeación, que elaboren la metodología apropiada para establecer la suficiencia de la UPC-C y de la UPC-S, que debe fundarse en estudios que demuestren contar con la credibilidad y rigorismo técnico necesarios para asegurar que los servicios de salud del POS unificado podrán prestarse eficiente y oportunamente por las EPS-S en las mismas condiciones de calidad que las EPS contributivas, garantizando el equilibrio financiero para tales entidades. Así mismo deberán diseñar un sistema de información que permita lograr un mayor control sobre los diferentes escenarios en que se desenvuelve el SGSSS” (Corte Constitucional, 2012a).

Lo anterior con fundamento en que la ampliación de cobertura dispuesta en la T-760, suponía la sostenibilidad financiera de las decisiones adoptadas por el regulador y, por ende, de la fuente de financiación del plan unificado. En esa medida, la Corte no encontró que

¹⁴ Mediante los siguientes actos administrativos expedidos por la liquidada Comisión de Regulación en Salud fueron unificados los planes obligatorios de salud por franjas poblacionales: acuerdo 11 de 2010 (menores de edad), acuerdo 27 de 2011 (mayores de 60 años) y acuerdo 32 de 2012 (personas entre 18 y 59 años).

existiera la metodología ni la información idónea para determinar la discrepancia de la prima para ambos regímenes, puntualmente en relación con la menor frecuencia de uso del subsidiado aducido por el Gobierno; sumado a ello, los costos de administración como criterio diferenciador no constituían una razón suficiente, para lo cual se apoyó en los conceptos rendidos por peritos constitucionales voluntarios y grupos de seguimiento. La Sala coligió, entonces, que “a las entidades promotoras de salud de cada régimen no se les puede asignar una partida diferencial para asumir las prestaciones contempladas en el plan obligatorio de salud unificado, como quiera que ello genera un trato desigual a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quienes al tener igualdad de derechos en el plan de beneficios, podrían ver afectado el acceso a dichos servicios por razones meramente económicas” (Corte Constitucional, 2012b).

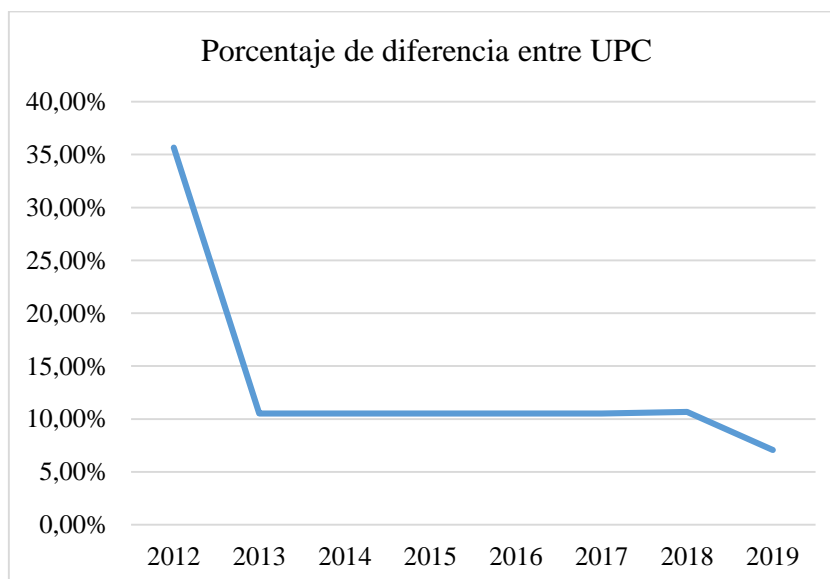
Así las cosas, para el juez constitucional fue imperioso ordenar al Gobierno que cancelara una UPC igual en ambos regímenes, mientras que no se contara con información suficientes que permitiera fundamentar una decisión gubernamental diferente para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura unificada para toda la población desde el acuerdo 32 de 2012.

Sin embargo, para el Gobierno era técnicamente imposible acatar la orden de igualación completa e inmediata de la UPC de ambos regímenes para la totalidad de la población afiliada. En informes allegados al seguimiento afirmó que: *i)* la metodología actuarial requerida para ajustar dicha prima necesitaba datos sobre el gasto en salud de un periodo mínimo de un año; *ii)* la población integrante del régimen subsidiado era 9,6 % más joven que la del contributivo, lo cual podría ocasionar un detrimento patrimonial en caso de equipararlas aritméticamente; *iii)* el gasto administrativo fijado por ley variaba en un 4 % entre ambos sectores; *iv)* la frecuencia del uso de servicios especializados era menor en los afiliados al subsidiado porque habitaban en ciudades más pequeñas y con disponibilidad reducida de tales tecnologías; y *v)* la decisión generaba un impacto fiscal de 2 billones de pesos que no podía ser cubierta por ninguna fuente de recursos de forma automática (Corte Constitucional, 2016).

En respuesta a la providencia emitida por la Corte, se efectuaron los siguientes incrementos a la prima pura destinada a sufragar los contenidos del plan obligatorio de salud:

Año	Régimen contributivo	Régimen subsidiado	Diferencia	Porcentaje	Norma
2012	\$547.639,20	\$352.339,20	\$195.300,00	35,66%	Acuerdo 30 de 2011
2013	\$568.944,00	\$508.993,20	\$59.950,80	10,53%	Resolución 4480 de 2012
2014	\$593.978,40	\$531.388,80	\$62.589,60	10,53%	Resolución 5522 de 2013
2015	\$629.974,80	\$563.590,80	\$66.384,00	10,53%	Resolución 5925 de 2014
2016	\$689.508,00	\$616.849,20	\$72.658,80	10,53%	Resolución 5593 de 2015
2017	\$746.046,00	\$667.429,20	\$78.616,80	10,53%	Resolución 6411 de 2016
2018	\$804.462,20	\$718.690,40	\$85.771,80	10,66%	Resolución 5368 de 2017
2019	\$847.180,80	\$787.327,20	\$59.853,60	7,06%	Resolución 5858 de 2018

Lo anterior demuestra que, con posterioridad a la expedición de los autos 261 y 262 de 2012, si bien no se igualó matemáticamente el monto de las primas, se registró un incremento significativo en la unidad de pago por capitación para el régimen subsidiado a partir de enero de 2013, cerrando la brecha existente en aras de financiar los servicios de salud unificados.



Es palmario que haber pasado de un 35,66 % al 10,53 % en la diferencia de las UPC durante el cumplimiento a corto plazo de la orden, es decir, en menos de dos meses en los cuales inició la aplicación de la prima para el 2013, sin lugar a dudas constituyó un progreso significativo en la observancia de ese mandato. Ahora bien, que hoy en día tal discrepancia

haya descendido al 7,06 % demuestra que la determinación adoptada por el Tribunal Constitucional surtió un efecto importante en el funcionamiento del sistema.

Empero tal avance no tuvo la potencialidad de cumplir el cometido literal de la decisión de la Corte, pues solo al haberse fijado el mismo monto sufragado por el Estado para el suministro de los servicios cubiertos por el plan de beneficios en ambos regímenes se habría agotado totalmente el mandato impartido en 2012.

La falta de efectividad de lo dispuesto en los autos 261 y 262 de 2012, en mi criterio, obedece a una deficiencia de contenido técnico¹⁵ en la orden de igualación impartida que la hizo irrealizable. Lo anterior teniendo en cuenta que la decisión de la Corte no consultó las fuentes de financiación disponibles para obligar un gasto de gran proporción, estimado por el Gobierno en 2 billones de pesos, así como tampoco consultó el impacto de la misma en el presupuesto nacional que estaba proyectado y próximo a aprobarse, ni la información sobre usos y franjas poblacionales, entre otros, que la propia providencia concluyó no existía.

Una determinación de tal magnitud requiere de datos reales y comprobables del comportamiento del sector que reposan en los registros de los ejecutores de la política pública, acompañados del concepto técnico que las haga congruentes con las demás actuaciones gubernamentales que impactan el sistema de salud y, solo de esta manera, se puede contar con los elementos de juicio necesarios para adoptar en la medida acertada, garantizar su materialización y precaver la ocurrencia de consecuencias adversas, como un posible detrimento patrimonial.

Considero que disponer de un gasto público de 2 billones, es una decisión que no puede tomarse con fundamentos meramente jurídicos, sino que hace falta escuchar los conceptos especializados de economistas, administradores, actuarios y demás ramas del conocimiento que concurren en la ejecución de la política pública en salud y de la ejecución del fisco nacional¹⁶; de manera que decidir exclusivamente con la visión de expertos en la materia

¹⁵ Este obstáculo en la justiciabilidad de derechos sociales ha sido denominado “objeción técnica”, que se presenta “sobre asuntos relacionados con la planificación, el establecimiento e implantación, el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas en materia de derechos sociales” (Sosa Sacio, 2017). Sin embargo, esta dificultad “puede superarse debidamente con la inclusión de especialistas relevantes y pertinentes, de modo similar a como operan los demás actores institucionales o políticos”. (Sosa Sacio, 2017).

¹⁶ En relación con este aspecto, Morales (2015) reseña que “dada la naturaleza fundamentalmente prestacional de estos derechos, a fin de protegerlos los jueces tendrían que tomar decisiones para las cuales no son

miembros de la sociedad civil no resulta suficiente en proporción al impacto de la determinación. Por tal razón, esta orden era provisional mientras las autoridades concernidas planteaban la metodología adecuada y documentaban los requisitos para establecer la UPC que costeara correctamente el plan unificado.

En esa medida, la Corte había podido optar por una medida menos invasiva de las competencias técnicas del Ejecutivo, como requerir al órgano regulador que efectuara un incremento provisional que mermara la diferencia existente entre ambos sectores, mientras se adelantaba el procedimiento de fijación definitiva de la prima. Al impulsar el actuar gubernamental, difiriéndole al ejecutor de la política pública la elección del instrumento y el impacto del mismo, quizás se hubiera podido garantizar una mayor efectividad; prueba de ello es que esto fue lo que en realidad terminó ocurriendo, ya que el Gobierno ante la dificultad de cumplir exegéticamente la orden expedida por la Sala de Seguimiento, optó por una senda de acatamiento progresivo para aumentar las primas puras, aunque manteniendo una disparidad aritmética entre ellas. Así, la imposibilidad técnica de acatamiento de una determinación adoptada por el juez constitucional, en este caso, ocasionó que los efectos instrumentales de la misma fueran indirectos y no directos (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010).

Precisamente producto de esta dificultad, al contar con estudios especializados del Ministerio de Salud, cuatro años después, la Corte avaló la posibilidad de equiparación progresiva de las UPC, principalmente, al encontrar que una profundización en “las razones estadísticas, matemáticas y actuariales (...) permiten concluir que la diferencia poblacional y de perfil epidemiológico justifica la imposibilidad de igualación de la UPC para ambos regímenes” (Corte Constitucional, 2016). En el Auto 411 de 2016, si bien se declaró el nivel de cumplimiento medio de la orden de igualación de UPC de ambos regímenes, se coligió que el subsidiado no contaba con datos representativos, debido a múltiples problemas de calidad y escases de la información suministrada. La documentación proveniente del

profesionalmente idóneos. En otras palabras, los críticos señalan que los jueces carecen de la capacidad técnica y del conocimiento experto, necesarios en materias tan complejas como son las comprendidas por los derechos sociales, para darles resguardo. Mediante esta dificultad, entonces, se afirma que los órganos judiciales no son aptos en términos de formación, información y especialización técnica para comprender y evaluar los hechos relevantes de los casos particulares sobre cuestiones sociales, el manejo de las alternativas en disputa y, sobre todo, las necesidades presupuestarias -como los cálculos de costes, los niveles de beneficios sociales, etcétera-, y el diseño y articulación de remedios funcionales y apropiados.”

contributivo utilizada mediante el mecanismo espejo, tenía limitantes en razón a las discrepancias en las frecuencias de uso, la concentración demográfica de los afiliados, entre otros motivos. Aunado a ello, persistían dudas acerca de la sobredimensión o insuficiencia de la prima pura.

De tal forma, la imperatividad de la orden de reemplazo emitida en 2012 carente de un componente de fundamentación técnica fue reconducida con las evidencias derivadas de la información valorada en 2016, a partir de la cual se aceptó que la igualación no debía ser aritmética sino que podía corresponder a una equiparación.

A modo de conclusión

Las necesidades de la sociedad contemporánea han impactado el reclamo judicial de los derechos fundamentales, ocasionando que los falladores cada vez deban extender más el alcance sus órdenes para lograr la efectividad de los derechos de las personas (Osuna & Risso, 2015). En estos casos, “la sentencia judicial, lejos de ser un punto de llegada, constituye un punto de partida que abre una nueva etapa en el proceso” (Fairstein, Kletzel, & García Rey, 2010).

A partir de la supremacía del texto superior surge la necesidad de la intervención del Tribunal Constitucional para lograr la efectividad de los derechos fundamentales, cuando por algún motivo resulten amenazados o vulnerados y no exista otro medio judicial para su protección efectiva. La anterior injerencia, de manera frecuente, ha recaído directamente sobre la solución de los casos concretos en los que se ha invocado el amparo. Sin embargo, cuando se ha advertido una violación masiva y sistemática de las garantías de un conglomerado se han impartido órdenes de carácter general dirigidas a las autoridades estatales responsables de la política pública de un ramo del Gobierno.

De conformidad con el artículo 2º de la Constitución de 1991, el Estado cuenta con unas finalidades esenciales que deben regir toda su actuación y en torno de las cuales debe disponer todo el aparato administrativo para asegurar su consecución. En este ámbito, el responsable del diseño, implementación y evaluación de la política pública es el ejecutivo, quien materializa por componentes los derroteros planteados por parte del legislativo, en aras de adoptar las medidas necesarias para conjurar las necesidades de la población.

Sin embargo, la realidad cotidiana evidencia la inacción gubernamental ante múltiples situaciones generales, de manera que no se traducen en acciones efectivas que permitan superar problemáticas que atentan directamente contra el catálogo de derechos de la población, generando un déficit de protección que lleva a la ciudadanía a acudir al aparato jurisdiccional para lograr su amparo.

Así, la intervención de los jueces mediante decisiones estructurales propende por la efectividad del contenido de la Carta y, en esa medida, no son producto de la arbitrariedad

del juzgador sino que son consecuencia de la ineficiencia del ejecutivo y el legislativo en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

En tal contexto, la intervención de los tribunales constitucionales se justifica en el hecho de velar por la supremacía constitucional que debido a la ineficiencia gubernamental se advierte conculcada gravemente en los casos en revisión, de los cuales se puede apreciar la existencia de un problema general y abstracto que requiere la implementación de medidas urgentes y permanentes tendientes a conjurarlo. Las autoridades judiciales ante la inoperancia ordenan a los entes responsables de cada materia -legal o constitucionalmente- ejecutar una serie de mandatos tendientes a restablecer el orden superior y garantizar el acatamiento del principio de igualdad, de manera que se protejan los derechos gravemente vulnerados de todos los sectores de la sociedad, especialmente, aquellos que no cuentan con representación en el órgano democrático.

Aunque la Corte Constitucional no es un ente de representación popular, su legitimidad se deriva de la encomienda del constituyente primario, quien le encargó la guarda de la Constitución y por ello asume un rol activo que, en principio, se extiende del alcance de su labor habitual -control abstracto y concreto de constitucionalidad- con el fin de salvaguardar los derechos de la población, preservar el respeto por el texto superior y su observancia en las actuaciones gubernamentales. Aunado a ello, el ordenamiento internacional dota de legitimidad la intervención judicial en razón a la necesidad de contar con un recurso judicial efectivo, a partir de lo cual es menester garantizar el acatamiento de las decisiones impartidas por la judicatura.

Con esos argumentos, resulta inocuo restringir el campo de acción en la política pública exclusivamente al legislativo y al ejecutivo, bajo el fundamento de que cuentan con respaldo popular y origen democrático, debido a que carecen de la voluntad para atender las problemáticas evidentes en la sociedad que exigen una atención imperiosa.

Bajo tal escenario es claro que el juez constitucional respeta las competencias de las otras ramas del poder público; sin embargo, no puede desconocer el déficit de protección de los derechos de los individuos provocados por la inoperancia estatal, máxime cuando se expone un estado de cosas donde se niegan sistemáticamente los postulados constitucionales a un grupo numeroso de la población. Su deber constitucional hace imperativa la intervención

en estos campos que, aunque están diferidos a autoridades diferentes, no reportan acciones decididas para conjurar los problemas detectados. Por ende, se requiere del impulso del juez que con el paso del tiempo se hace protagonista de los avances y aumentos en el goce efectivo del derecho, con mayor razón tratándose de temas tan sensibles como lo es el acceso a los servicios de salud en Colombia

Por consiguiente, es dable concluir que el grado de invasión a las competencias del regulador o del legislativo por parte de la Corte, es inversamente proporcional a los cambios sociales materializados con ocasión de las medidas adoptadas; de manera que, a menor grado de eficacia de las acciones gubernamentales, mayor injerencia en las disposiciones que el órgano judicial imparte al ejecutivo.

Ante esta crisis de gobernanza donde no se priorizan los temas realmente importantes, el contenido del texto superior quedaría relegado a ser letra muerta si no fuere por la actividad de la Corte en pro de la defensa de la ciudadanía. De hecho, múltiples materias habitaban en el cajón de los recuerdos de los gobernantes hasta que la labor comprometida y acuciosa del Tribunal Constitucional los posicionó en la agenda nacional como puntos críticos que requerían una intervención urgente y profunda por parte de las autoridades competentes. No de otra forma, se justifica que a partir de la T-760 de 2008, la salud se haya erigido como protagonista de foros académicos, reclamos sistemáticos de la sociedad civil y mayor atención del ejecutivo -por ejemplo se produjo la declaratoria del estado de excepción de emergencia social en 2010-, sumado a la expedición de la Ley 1438 de 2011 y, principalmente, la adopción de una normativa estatutaria en la Ley 1751 de 2015.

Entonces, las decisiones judiciales de la Corte Constitucional colombiana en el ámbito de la política pública exigen e impulsan el cumplimiento de los mandatos contenidos en la ley, ya que ella está obligada primordialmente a velar por la observancia de los principios y valores del Estado social de derecho. Lo anterior implica que las determinaciones objeto del seguimiento devienen realmente del legislador, entonces cuentan con la legitimidad democrática que muchos sectores demandan y, por ende, la labor del juez se limita a reclamar la ejecución de tales postulados, cuya inobservancia afrentan el catálogo dogmático que cobija a la población colombiana.

Transcurridos once años desde la expedición de la T-760, se advierten avances en el sector; no obstante, persiste en mayor medida el desconocimiento de algunas de las órdenes generales consagradas en el fallo de 2008, lo cual se refleja en la insatisfacción generalizada por el funcionamiento del sistema de salud. Esta es una realidad innegable, como lo demuestran los medios de comunicación, las investigaciones académicas y la propia jurisprudencia constitucional, instancias que continúan haciendo evidentes los graves problemas de congestión en las centrales de urgencia, la persistencia de los denominados “paseos de la muerte”, los carteles de medicamentos e insumos -pañales-, la falta de oportunidad en la entrega de medicamentos y asignación de citas y, en general, una atención que no corresponde al trato digno que debe darse a los usuarios del servicio de salud.

Es este el escenario en que el juez constitucional ha advertido que la sola expedición de actos administrativos no genera correlativamente la satisfacción de las órdenes generales del fallo estructural, toda vez que tales medidas no cuentan con un efecto útil si persisten las barreras de acceso efectivo a la atención sanitaria o los problemas de corrupción en las arcas del sistema.

Los índices de observancia de una decisión estructural dependen de que se demuestre la transformación del *statu quo* que se vivía al momento de su expedición -2008- en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud, los cuales deben materializarse en resultados constatables y duraderos. Lo anterior, con fundamento en que la política pública debe construirse desde la realidad social, enfatizando en que el empoderamiento de la ciudadanía permita conocer y participar en las decisiones que le afectan, para con ello facilitar la eficacia de las medidas.

En este contexto y ante la ausencia de resultados satisfactorios, la actividad judicial se agudiza y se tornan más rigurosos los mandatos impartidos, de cara a lograr avances en la realidad que padecen los usuarios del sistema de salud. Aquí se halla la génesis de las medidas de suplantación u órdenes de reemplazo que, como *ultima ratio*, han perseguido que las determinaciones emanadas del fallo objeto de supervisión se traduzcan en cambios corroborables en el plano empírico ante los reiterados incumplimientos de las entidades concernidas; al tiempo que cuentan con un carácter excepcional en la supervisión a la sentencia T-760, pues solo ha sido utilizada en escasas cuatro oportunidades.

Si bien para la academia la supervisión adelantada sobre la sentencia estructural en materia de salud se ha caracterizado por ser débil, dado el contenido moderado de las determinaciones impartidas y los efectos moderados de las mismas (Rodríguez Garavito, 2013a), los mandatos de sustitución adoptados difieren diametralmente de tal condición. En esta línea de pensamiento, considero que las decisiones de este tipo constituyen una intervención judicial rigurosa que, de algún modo, impactan en la intensidad del seguimiento adelantado por el Tribunal Constitucional, fortaleciéndose frente a esos mandatos, pues precisamente desplaza al diseñador de la política pública.

Tal problemática puede analizarse desde dos perspectivas, la primera, que un aparato estatal fuerte y cumplidor de sus obligaciones debilita el alcance de las decisiones del juez constitucional, lo que en parte podría constituir la respuesta a la crítica de que la Corte “legisla” en sus sentencias; sin embargo, tal arista no es objeto de este estudio.

Por su parte, la segunda, es que la excesiva coercitividad y detalle de los remedios judiciales adoptados por el juez constitucional debe tener un límite, debido a que se está entrometiendo en asuntos ajenos a su competencia y a su conocimiento técnico. Sobre el particular, Henao Pérez (2013) parte de que dicha intervención está legitimada constitucionalmente dado el déficit de protección de las personas que se busca conjurar y la preeminencia del interés general y, si bien, esa conclusión es cierta, considero que no es suficiente para tomar decisiones de contenido netamente técnico que escapan a la órbita del juzgador y que por desconocimiento de la materia pueden devenir en utopías jurídicas.

En consecuencia, la situación de vulneración generalizada habilita la intromisión judicial en la política pública donde se identifican las fallas estructurales de manera general o abstracta; sin embargo, tal legitimidad no alcanza a extenderse a la expedición de mandatos de suplantación en los cuales se desplaza al ejecutivo o al legislativo en competencias que le son propias.

Bajo tal premisa y reconociendo la necesidad de la intervención del fallador ante la inoperancia de las otras ramas, el problema central radica en identificar las restricciones de dicha potestad judicial, con la finalidad de hacer realizables las órdenes impartidas y que las mismas causen el efecto deseado en la sociedad. A mi juicio y con fundamento en el caso analizado en el segundo capítulo de este escrito, el límite del juez constitucional en la

intervención a la política pública está dado en la objeción técnica de las decisiones que adopta; es decir, se debe sustraer de la intervención judicial la determinación puntual y detallada de las medidas a ejecutar, pues al invadir la órbita del ejecutivo en el diseño e implementación en dicho ciclo, no cuenta con la información y el conocimiento especializado requerido para tal fin. En tal medida, las órdenes de reemplazo o mandatos de sustitución pierden toda razón de ser en el proceso judicial, por más loables que sean los objetivos que persiguen.

El afán por alcanzar mejores resultados frente a las órdenes estructurales impartidas por el Tribunal Constitucional ha promovido, en mi criterio de manera errada, la adopción de mandatos de sustitución en los cuales se desplaza al Ejecutivo y se determina la acción de política a implementar, difiriéndole exclusivamente la ejecución. No obstante, la experiencia judicial colombiana nos demuestra que tal severidad no genera automáticamente resultados altamente satisfactorios, pues las disposiciones con mayor rigurosidad y detalle terminan siendo incumplibles ante las dificultades técnicas y presupuestales que no fueron estudiadas el momento de ser impartidas, configurándose una relación de proporcionalidad inversa.

Así, la definición de las estrategias, cronogramas y medidas utilizadas para su acatamiento deben diferirse a la autoridad administrativa que conoce las necesidades del sector, los recursos con que cuenta, las herramientas que tiene a su disposición y las exigencias técnicas que las mismas conllevan. Los objetivos y metas del plan de desarrollo, los contenidos del marco fiscal de la Nación, la planeación y destinación del presupuesto nacional, la priorización del gasto, así como el plan de acción y estratégico institucional son materias especializadas cuyo conocimiento reposa exclusivamente en el ejecutivo; aunado a que se refieren a temáticas de naturaleza económica y administrativa, que exceden por mucho el espectro de lo jurídico.

Por tal motivo, la injerencia del juez constitucional debe enfocarse, preferiblemente, en la visibilización de la problemática y su posicionamiento en la agenda pública, de manera que, la entidad competente sea quien identifique las alternativas de solución, evalúe la opción más adecuada, escoja e implemente el instrumento de política pública encaminado a la superación de las fallas. Ahora bien, aunque su evaluación, desde el punto de vista institucional corresponde a otro órgano conforme a la ley, el juez constitucional también

puede intervenir en el monitoreo a la implementación; labor esta que se desarrolla en virtud de la conservación de la competencia para la verificación del cumplimiento de la sentencia estructural.

En estas etapas, el fallador puede hacer un férreo acompañamiento en aras de impulsar el avance en las metas propuestas por el ejecutivo y controlar que las acciones sean conducentes de cara a la superación de las fallas estructurales. En efecto, habida cuenta que la intervención se originó en la expedición del fallo estructural, las órdenes emitidas para lograr su cumplimiento deben fungir como un impulso para el diseñador y ejecutor de la política pública en el marco de lo dispuesto en la sentencia.

Conforme a lo anterior, la participación judicial en el ciclo de la política pública, en principio, debe impulsar en la gestión del regulador del sistema de salud y no debe sustituirlo. El juez, en aplicación del principio constitucional de colaboración armónica, debe limitarse a decretar las decisiones necesarias para lograr que los contenidos del derecho fundamental a la salud no se queden en el papel o sean tan solo propósitos irrealizables.

Con ello no se apoya una tendencia indiferente ante las vulneraciones masivas y sistemáticas de derechos, pues si las autoridades involucradas en el sistema no actúan, el Tribunal Constitucional no puede permanecer inane. Sin embargo, es menester que la injerencia de la judicatura sea mesurada (Henaó Pérez, 2013) y lo más respetuosa posible del principio de separación de poderes.

Una Corte que adopta de manera solitaria las decisiones que afectan a toda la sociedad, las cuales por demás tienen un impacto significativo en el desarrollo de las metas institucionales y en el erario público, debe acompañarse no solo de expertos en la materia (Rodríguez Garavito & Kauffman, 2014), sino que debe contar con los datos oficiales que permitan adoptar órdenes completamente informadas, al tiempo que debe direccionarse por el rector de la política que, en todo caso, es quien debe avanzar en el acatamiento y quien conoce las posibilidades técnicas de alcanzar el cumplimiento de las mismas.

En este punto, la realización de mesas técnicas y sesiones dialógicas en donde, a partir del conocimiento especializado que suministren los responsables de la formulación e implementación de la política junto a los actores del sistema, se logren consensos tendientes

a superar las fallas estructurales que persisten en el sistema de antaño y que la Corte hizo evidentes en el fallo de 2008, puede ser la solución.

La experiencia comparada nos demuestra que altos índices de eficacia de las sentencias en materia de políticas públicas se han alcanzado mediante procedimientos novedosos caracterizados por generar espacios de interacción donde participa el Gobierno, la sociedad civil y la judicatura, hallando así salidas a las trabas institucionales y avanzando en la garantía de los derechos. Y es en este escenario, donde se puede encontrar la herramienta para superar las limitaciones técnicas de la autoridad judicial.

Sin ánimo de desconocer el valioso acompañamiento que, en el caso T-760, efectúan miembros de la sociedad civil, la academia y las agremiaciones, considero que la participación del órgano responsable de la dirección del sistema es indispensable a la hora de tomar decisiones trascendentales para el mismo. Lo anterior no implica que se deba hacer única y exclusivamente lo que propone el ejecutivo, sino que a partir de sus propuestas y garantizando un espacio participativo, se puede llegar a soluciones consensuadas que con mayor efectividad conjuren la problemática estructural.

En lo que respecta al asunto en concreto abordado en el presente estudio, esto es, la igualación de la UPC para ambos regímenes decretada en 2012, encuentro que el problema en la ejecución de la orden se produjo por la falta de conocimiento especializado de la Sala de Seguimiento. Una determinación como esta, no solo debía valerse de los conceptos de los peritos constitucionales voluntarios y los grupos de seguimiento que acompañan la verificación del cumplimiento que hace la Corte, sino que era imperativo contar con la información técnica que podía brindar el rector de la política pública en aras de visibilizar la viabilidad de cumplimiento del mandato a impartir.

Como es de conocimiento público, una vez adoptados los autos 261 y 262 de 2012, los directores de las carteras competentes se acercaron al Tribunal Constitucional (Portafolio, 2012) para indicar las condiciones que imposibilitaban un cumplimiento inmediato de la medida, acompañando los argumentos que demostraban la imposibilidad de ejecución total de la orden en los términos originalmente consignados en esas providencias y presentaron el plan de acatamiento progresivo plausible en el incremento del monto de las primas puras.

En efecto esto acaeció en la práctica, el sistema no pudo contar con una igualación aritmética de las UPC sino que presencié la equiparación de las mismas, donde se registraron incrementos significativos pero se conservaron unos porcentajes de disparidad, que incluso hoy en día, aunque menores, persisten.

Paradójicamente, en esa oportunidad, el espacio de diálogo institucional se dio con posterioridad a la emisión del mandato judicial y, probablemente, en razón de su rigurosidad. Quizás un mejor resultado se hubiere obtenido, si la Corte hubiese contado con ese plan estratégico previo a la expedición del auto y, una vez propuesto el instrumento de política pública por el ejecutivo, se hubiera garantizado el espacio de conversación y participación con todos los actores del sistema para construir las respuestas más adecuadas frente al cambio que requería la financiación de los planes de beneficios unificados.

Habiéndole aplicado un proceso dialógico a esta problemática, considero que la orden hubiese sido totalmente cumplida y no persistiría el nivel de cumplimiento medio que obliga a la continuidad de la supervisión de este mandato en la actualidad y transcurridos siete años desde la emisión de tal mandato de sustitución.

De esta forma, la justicia dialógica constituye el escape de las objeciones técnicas para la intervención del juez constitucional en la justiciabilidad de derechos y política pública, brindando decisiones más cercanas a la realidad y eficientes al haber contado con la participación de quienes se encuentran involucrados en el sector, con una vocación de mayor obligatoriedad y respeto social, con posibilidades reales de ejecutabilidad técnica y voluntad gubernamental para garantizar su cumplimiento; lo cual conlleva que el fallador logre circunscribir su injerencia a los aspectos connaturales a su condición jurisdiccional.

La legitimidad de la autoridad judicial se enriquece con determinaciones provenientes del consenso social que sean efectivamente acatadas, mientras que decisiones aisladas de la judicatura con contenido riguroso pero incumplibles, socavan la credibilidad de la justicia.

Bibliografía

- Abramovich V, Pautassi L. (2008) El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina, *Salud Colectiva*. vol. 4 núm. 3.
- Abramovich V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: Abramovich V, Pautassi L, editores. *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto; p. 1-89
- Ansolabehere, K. (2005) “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Revista Isonomía*, número 22, abril, pp. 40-63
- Belski, M. (2009). La judicialización de la política: el litigio estructural en materia educativa, posibilidades y obstáculos. *Propuesta Educativa* No. 33. Disponible en: http://www.propuestaeducativa.flacso.org.ar/archivos/dossier_articulos/36.pdf
- Berger J. (2008) *Litigation for social justice in post-apartheid South Africa: A focus on Health and Education*. En: Brinks D, Gauri G. *Courting Social Justice*, New York: Cambridge.
- Cano, F. (2015). El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 33(1), 111-120
- Cárdenas, B. R. (2011). *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cepeda, Emerson (2012). Corte Constitucional y conflicto armado. Control de políticas sociales en el marco del conflicto en Colombia. *Rev. Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Bogotá. D. C.
- Chayes, Abram. (1976). The role of the judge in public law litigation. *Edit. Harvard Law Review*. Volumen 89° (mayo, 1976) pp. 1281 - 1317. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/1340256>
- Córdova, P. (2019). *La eficacia de la reparación en la justicia constitucional. Una teoría de la reparación dialógica con participación ciudadana en el cumplimiento de sentencias*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Corte Constitucional. (28 de octubre de 1993a). Sentencia T-494 de 1993.
- Corte Constitucional. (15 de diciembre de 1993b). Sentencia T-597 de 1993.

- Corte Constitucional. (2 de febrero de 2000). Sentencia SU-090 de 2000.
- Corte Constitucional. (30 de octubre de 2003a). Sentencia T-1030 de 2003.
- Corte Constitucional. (25 de septiembre de 2003b). Sentencia T-859 de 2003.
- Corte Constitucional. (22 de enero de 2004). Sentencia T-025 de 2004.
- Corte Constitucional. (31 de julio de 2008). Sentencia T-760 de 2008.
- Corte Constitucional. (3 de agosto de 2011). Auto 181 de 2011.
- Corte Constitucional. (24 de octubre de 2012a). Auto 248 de 2012.
- Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2012b). Auto 261 de 2012.
- Corte Constitucional. (29 de mayo de 2014). Sentencia C-313 de 2014.
- Corte Constitucional. (18 de diciembre de 2015). Sentencia T-774 de 2015.
- Corte Constitucional. (5 de septiembre de 2016). Auto 411 de 2016 .
- Corte Constitucional. (2019). Corte Constitucional. Recuperado el 20 de octubre de 2019, de <https://www1.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>.
- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Rev. Cienc. Polít.* Vol. 24 N°.2. pp. 29-48. Santiago – Chile. Versión On-line ISSN 0718-090X. Recuperado en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2004000200002>
- Defensoría del Pueblo. (2018). *La Tutela y el Derecho a la Salud 2018*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Domingo, P. (2004). Judicialisation of politics or politicisation of the judiciary?: Recent trends in Latin America. *En Rev. Democratisation*, 11(2), 126 pp.
- Domingo, P. (2007). La judicialización de la política. El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México. En: Palacio, J. & Candiotti, M. (comp). *Justicia, Política y Derechos en América Latina*. Buenos Aires. Prometeo Libros. 203 pp.
- Domingo, P. (2008). Judicialización de la política: El cambio del papel político del sistema judicial en México. En: Sieder, R., Schjolden, L., Angell, A. (eds.). *la judicialización de la política en América Latina*. Bogotá D.C.: Universidad Externado De Colombia.
- Duncan, K. (2010). *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Fairstein, C., Kletzel, G., & García Rey, P. (2010). En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales. En P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic, & C. Rodríguez Garavito, *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* (págs. 27-82). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- Farber, D. A. (1993). *Constitutional Law. Themes for the Constitution's third century.* Minnesota: West Publishing Co.
- Fiss, O. M. (1972). *Review of Injunctions.* *The University of Chicago Law Review*, 637. Recuperado el 30 de junio de 2018, de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.co/&httpsredir=1&article=3818&context=uclev>
- Fiss, O. M. (1978). *Review of the Civil Rights Injunction.* *Indiana University Press*, 221. Recuperado el 29 de junio de 2018, de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4196&context=uclev>
- Franco, J. (2014). *Diseño de política públicas.* México, IEXE Editorial.
- Franco, S. (2016). *Judicialización de Políticas y Justicia Constitucional en Paraguay.* *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, 3 (1). Recuperado de: <http://scielo.iics.una.py/pdf/academo/v3n1/2414-8938-academo-3-01-00103.pdf>
- Gargarella, R. (2013). *Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida.* In: Yamin AE, Gloppen S, editores. *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI; p. 279-94.
- Gargarella, R. (2017). *La democracia, los derechos y la sala de máquinas de la Constitución: una breve réplica a Marisa Iglesias.* *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 6 (1), pp. 1-6
- Guendel González, L. (2002). *Políticas públicas y derechos humanos.* *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, III (97), 105-125. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/html/153/15309709/>
- Guzmán, L. (2017). *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales.* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Henao Pérez, J. C. (2013). *El juez constitucional: un actor de las políticas públicas.* *Revista de Economía Institucional*, 67-102. Recuperado el 02 de diciembre de 2016, de <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962013000200005&lng=en&nrm=iso>
- Jiménez Benítez, W. (2007). *El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas.* Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia) 7 (12): 31-46

- Liebenberg S. (2013) Sudáfrica: El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una Constitución transformadora. En: Langford M. (Ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Ed.
- López, D. (2004). Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá D.C.: Legis editores.
- Lovera Paramo, D. (2010). Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las Cortes. En P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic, & C. Rodríguez Garavito, Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina (págs. 285-332). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Maurino G. (2008), Elementos de un nuevo paradigma de acceso a la justicia en ADC, La Corte y los derechos 2005-2007, Siglo XXI ed., Bs. As., pp. 79-95.
- Morales, L. (2015). Derechos sociales constitucionales y democracia. Madrid: Marcial Pons.
- Muralidhar S. (2013) India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales. En: Langford, M. (Ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Ed.
- Naciones Unidas (2004). El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General. Consejo de Seguridad, S/2004/616. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/DOC/N0439532.DOC>
- Nosetto, L. (2014). Reflexiones teóricas sobre la judicialización de la política Argentina. CONICET, Universidad de Buenos Aires, (Argentina). DAAPGE 23, pp. 93– 123. Disponible en: http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/49196/CONICET_Digital_Nro.f4af747e-fb70-45f4-9d56-ff48d4a59da9_H.pdf?sequence=5&isAllowed=y
- O'Donnell, Guillermo (2001). “La irrenunciabilidad del Estado de Derecho”. Revista Instituciones y Desarrollo 8 y 9: 43-82.
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En V. Bazan (Ed.), Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. (págs. 91-115). Bogotá D.C.: Konrad Adenauer.
- Pérez, L. (2004) “Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia, El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Lima: Comisión Andina de Juristas, p. 297

- Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Editorial Trotta, Madrid.
- Portafolio. (29 de noviembre de 2012). Gobierno, con la receta para cumplir fallo en salud. Portafolio, pág. 1. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/gobierno-receta-cumplir-fallo-salud-115662>
- Quinche Ramírez, M. F., & Rivera Rugeles, J. C. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. Vniversitas, Bogotá. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a05.pdf>
- Risso Ferrand, M. (2015). Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. En V. Bazán (Ed.), Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. (págs. 117-124). Bogotá D.C.: Konrad Adenauer.
- Rodríguez Garavito, C. (2012). La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones. En La salud en Colombia. Logros, retos y recomendaciones (pág. 551). Bogotá D.C.: Uniandes.
- Rodríguez Garavito, C. (2013a). Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En M. Langford, Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado (págs. 897-916). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez Garavito, C. (2013b). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14. Disponible en: https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10619/RATJ_V14N2_RodriguezGaravito.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rodríguez Garavito, C., & Kauffman, C. (2014). Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia -.
- Rodríguez Garavito, C., & Rodríguez Franco, D. (2010). Cortes y cambio social. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, C., & Rodríguez Franco, D. (2010). Un giro en los estudios sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic, & C. Rodríguez Garavito, Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina (págs. 83-154). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- Romero Páez, N. A. (2012). La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. (U. d. desarrollo, Ed.) Revista Derecho Público Iberoamericano. Recuperado el 19 de mayo de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5640552>
- Roth, A. (2007). Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación. Bogotá D.C.: Ediciones Aurora.
- Rumeau, Dominique. (2012). El control civil de las políticas públicas de defensa: un modelo de análisis basado en la teoría del principal - agente. Revista Uruguaya de Ciencia Política, 21, 129-151. Recuperado en 10 de diciembre de 2017, de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688499X201200020006&lng=es&tlng=es
- Shankar S, Mehta P. (2008) Courts and socioeconomic rights in India. En: Brinks D, Gauri G. (Eds.) *Courting Social Justice*. New York: Cambridge.
- Sieder, R., Schjolden, L., & Angell, A. (2011). La judicialización de la política en América Latina. México: Centro de investigaciones y estudios superiores en Antropología Social. 640 pp.
- Smulovitz, C. (2001). Judicialización y Accountability Social en Argentina. Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association-Washington D.C. Disponible en: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/SmulovitzCatalina.pdf>
- Sosa Sacio, J. M. (2017). Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico. En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional* (págs. 63-91). Lima: Palestra.
- Stein, Ernesto, Tommasi, Mariano, Echabarría, Koldo, & Payne, Mark, Coord. (2006). *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*. Inter-American Bank Development, Washington D. C., 2006 Report, 18.
- Storini, C. (2017). “Epílogo: La interpretación dialógica”. En Córdova Vinueza, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Tushnet, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, 248-249.
- Uprimny, Rodrigo (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria, en *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (Luis Pérez, César Rodríguez & Rodrigo Uprimny, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-

DeJusticia & Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico-
IDEP, Bogotá.