

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

HUMAN RIGHTS PUBLIC POLICIES JUDICIAL OVERSIGHT AS INSTRUMENT OF INCLUSION

*Manuel Fernando Quinche-Ramírez***

*Juan Camilo Rivera-Rugeles****

Fecha de recepción: 26 de abril de 2010

Fecha de aceptación: 31 de agosto de 2010

* Este artículo es uno de los productos de la ejecución del proyecto de investigación denominado Derecho Constitucional colombiano contemporáneo, de la Línea de investigación Sistema jurídico. Sistema constitucional y de protección, del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Contacto: polidamante50@hotmail.com, manuelyquinche@urosario.edu.co

*** Abogado de la Universidad del Rosario, miembro de la Comisión Colombiana de Juristas. Contacto: jcrivera182@hotmail.com

RESUMEN

Los derechos humanos establecen, a la vez, objetivos y márgenes de acción que deben ser tenidos en cuenta por las políticas públicas. Sin embargo, es frecuente que estas últimas no incorporen a los primeros, bien sea por desatención, falta de capacidad o incluso por intransigencia de quienes las elaboran. En este contexto, el control judicial puede ser una herramienta útil para exigir que en el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas públicas se tomen en cuenta las obligaciones que se desprenden de los derechos humanos. Específicamente, se muestra que en determinadas circunstancias las denominadas sentencias de reforma estructural pueden servir para el logro del mencionado objetivo, ya que ellas pueden impulsar reformas profundas en políticas estatales deficientes (que desconocen derechos humanos) y a la vez establecer mecanismos de supervisión valiosos para promover que las reformas ordenadas sean adoptadas y puestas en marcha.

Palabras clave autor: políticas públicas, control judicial, derechos humanos, Corte Constitucional, sentencias de reforma estructural, derecho a la salud.

ABSTRACT

Human rights provide, at a time, objectives and margins of action that should be taken into account by public policy. However, the latter often fail to incorporate the first, either by neglect, lack of capacity or even the intransigence of policy-makers. In this context we believe that judicial review can be a useful tool to require that the process of formulating, implementing and evaluating public policies take into account the human rights obligations. Specifically, we will try to show that in certain circumstances the so-called structural reform remedies can serve the achievement of this target, because they can promote deeper reforms in poor government policies (that ignore human rights) while establishing valuable oversight mechanisms to promote reforms ordered by the judges are adopted and implemented.

Key words author: public policies, judicial review, human rights, Constitutional Court, structural injunction, right to health.

SUMARIO

Introducción.- I. Concepto y elementos de las políticas públicas.- II. La relación entre las políticas públicas y los derechos humanos.- III. El control judicial constitucional de políticas públicas: evaluación del (in)cumplimiento de los derechos humanos en su formulación, implementación y evaluación.- IV. Sentencia T-760 de 2008. La respuesta de la Corte Constitucional a los problemas estructurales de la política pública en salud en Colombia.- V. Valoración de la sentencia de reforma estructural T-760: potencialidades, limitaciones y riesgos.- 1. Argumentos en contra de la emisión de sentencias de reforma estructural.- a. La consideración del argumento, según el cual, las sentencias de reforma estructural afectan la división de poderes.- b. La consideración del argumento según el cual los jueces carecen de la capacidad institucional para establecer el funcionamiento de una política pública.- 2. El seguimiento de las órdenes impartidas por la Sentencia T-760 de 2008.- Conclusiones.- Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha considerado que las políticas públicas y los derechos humanos pertenecen a dos discursos diferenciados, que no guardan relación ni puntos de contacto entre sí. Quienes sostienen lo anterior aducen que esto se debe a que mientras que las primeras se elaboran y regulan por argumentos de carácter técnico y operativo, los segundos se construyen y funcionan por argumentos normativos y discursivos, por lo que en principio estos no tendrían nada que aportar a aquellas¹.

Sin embargo, la pretendida separación entre las políticas públicas y los derechos humanos no pasa de ser un lugar común, carente de justificación plausible. En lugar de ser temas opuestos o alejados, lo cierto es que guardan una relación cercana. En efecto, si se tiene en cuenta que las políticas públicas están sometidas a determinadas reglas de juego definidas por normas jurídicas, incluyendo aquellas que reconocen derechos humanos, es válido afirmar que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos constituye una regla que debe ser tenida en cuenta en el diseño, formulación e implementación de políticas.

Ahora bien, es claro que el simple reconocimiento de derechos humanos mediante normas jurídicas no es suficiente para que las políticas públicas atiendan las obligaciones que ellos imponen. Por el contrario, son numerosos los ejemplos de políticas públicas que no las toman en cuenta. Es por lo mismo que frente a la inobservancia de los derechos humanos en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas el papel de la justicia constitucional cobra especial valor con miras a dar eficacia a esas obligaciones, tal como la práctica lo demuestra.

Este importante rol que cumplen los jueces en la exigibilidad de los derechos humanos frente a las políticas estatales es el tema de este artículo, el que se trabaja en cinco secciones, así: en la primera y con la intención de lograr cierta claridad analítica, se hacen precisiones alrededor del concepto y los elementos de la expresión “política pública”. En la segunda, se explica la relación que existe entre las políticas públicas y los derechos humanos, como límites y márgenes de maniobra de las primeras. El tercer apartado explica la forma como la justicia constitucional se ha involucrado en el control de las políticas públicas, en el objetivo de hacer cumplir las obligaciones que imponen los derechos humanos, lo que es ejemplificado con la revisión de la política pública de seguridad social en salud de Colombia. Por último, se realiza una valoración de la práctica judicial de control de políticas públicas

1 Luis Pérez, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas*, en *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, 73 (Luis Pérez, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny, Eds., Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-DeJusticia) & Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico-IDEP, Bogotá, 2007).

desde la revisión del sistema de salud, identificando los aspectos positivos y negativos, así como las presuntas limitaciones de este tipo de control. La tesis central del artículo es que el control judicial constitucional es una herramienta útil para exigir que las políticas públicas cumplan con los compromisos que imponen los derechos humanos, como lo evidencia, en el caso colombiano, el tratamiento judicial del derecho a la salud.

I. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Aunque la expresión “política pública” es ampliamente utilizada (por académicos, políticos, organizaciones civiles, entre otros), no es fácil explicar con precisión a qué se refiere, al igual que ocurre con otras nociones y conceptos del derecho.

A esa falta de precisión del término ha ayudado la pluralidad de definiciones formuladas por quienes se han ocupado del tema, las que son un reflejo de la variedad de enfoques teóricos y metodológicos que se han abordado para el análisis². Esta diferencia de enfoques y definiciones ha impedido llegar a un consenso alrededor del contenido de la expresión, dando lugar a que en la actualidad coexistan definiciones alternativas, que impiden su utilización de manera estandarizada.

Para superar la dificultad analítica derivada de la imprecisión en examen, algunos autores han puesto de presente que, más allá de los detalles específicos de las definiciones propuestas, todas ellas coinciden en destacar algunos elementos comunes relacionados con las políticas públicas, que contribuyen a dar cierta claridad al uso de la expresión. De acuerdo con Roth, existen cuatro elementos frente a los cuales se está en presencia de una política pública: 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, y 4) todo ello, contando con la participación del Estado, bien sea esta directa o indirecta³.

-
- 2 Para ilustrar este punto, baste señalar que existen posturas que difieren dependiendo de si el análisis es centrado en el Estado o en la sociedad, o de si combinan ambos enfoques (ver André-Noël Roth, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, 29-41 [Ediciones Aurora, Bogotá, 2007]), o dependiendo de si la metodología utilizada emplea elementos analíticos, pragmáticos o propios de la economía, como sucede con los enfoques conocidos como *policy analysis*, incrementalismo o *public choice* (ver González Tachiquín, *Las políticas públicas: disciplina sustentada en el derecho, la administración pública y la ciencia política*, *Revista Iuretec*, N° 1, 10-11 [2008]).
 - 3 Roth, ob. cit., supra nota 2, 27.

A partir de la identificación de los elementos comunes a las distintas definiciones sobre políticas públicas es posible adoptar una definición propia que permita precisar su contenido y que pueda ser usada a lo largo de este escrito. De esta manera y para los efectos del presente estudio, se entiende por política pública *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—que por lo general corresponden a situaciones socialmente percibidas como problemáticas—con el propósito de cumplir determinados objetivos—que usualmente corresponden a la intención de mitigar o de corregir esas situaciones problemáticas—*⁴.

La anterior definición, además de dar cuenta de sus elementos, también sugiere la idea de que las políticas públicas están compuestas de varias etapas, que comprenden: 1) la *formulación*, luego de un proceso de estudio y discusión, de una serie de medidas por medio de las cuales se pretende solucionar determinado problema; 2) la *implementación* concreta de las medidas formuladas, y 3) la *evaluación* o *seguimiento* de las medidas adoptadas y de los efectos que ha producido su implementación. Esta diferenciación entre las distintas etapas que conforman una política pública tiene la ventaja de desagregarlas en segmentos que facilitan su análisis, permitiendo así una percepción más clara del alcance del control judicial que se ejerce sobre ellas⁵.

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

En las distintas etapas que conforman la elaboración y el desarrollo de las políticas públicas intervienen una pluralidad de actores, institucionales (Gobierno, legisladores, etc.) y no institucionales (sindicatos, grupos privados, etc.), cuya conducta está determinada por el funcionamiento de las instituciones políticas y por las reglas de juego existentes dentro de un contexto dado⁶. Entre estas últimas se destacan, por ser las más importantes, las normas jurídicas, especialmente las constitucionales⁷, que constituyen un marco

4 En similar sentido, Pérez, ob. cit., supra nota 1, 78.

5 Esta división del proceso de las políticas públicas, conocido como *policy cycle*, ha sido objeto de distintas críticas, que señalan, entre otras, (1) la deficiencia para distinguir una etapa de la otra y para describir cuándo se debe pasar de una etapa a la siguiente, (2) el diseño lineal del esquema, que hace pensar que el proceso de las políticas públicas es secuencial, olvidando que las etapas pueden coexistir, por ejemplo, en la evaluación de una determinada política pública, la cual puede ser realizada a lo largo de todo el proceso, y no necesariamente solo al final. Para un análisis de las ventajas y desventajas del *policy cycle*, ver Roth, ob. cit., supra nota 2, 49-55.

6 Ernesto Stein, Mariano Tommasi, Koldo Echabarría, Eduardo Lora & Mark Payne, Coords., *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America. 2006 Report*, 18 (Inter-American Bank Development, Washington D. C., 2006).

7 La expresión “normas constitucionales” designa no sólo el articulado de la Constitución Política, sino también las normas que ingresan al sistema interno por el bloque de constitucionalidad, y las reglas jurisprudenciales vinculantes fijadas por la Corte Constitucional.

normativo ineludible para quienes intervienen en el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas. La importancia de las normas jurídicas y especialmente de las constitucionales para las políticas públicas, radica en que ellas establecen objetivos que sujetan la actuación del Estado, permitiendo así el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía, derivadas de la existencia de los derechos humanos.

El reconocimiento de los derechos humanos impone a los Estados obligaciones de distinto tipo⁸. Tal el caso de las obligaciones negativas, de acuerdo con las cuales los Estados deben abstenerse de adoptar medidas que tengan como resultado el desconocimiento de cualquier derecho; y de las obligaciones positivas, que exigen del Estado la adopción de medidas tendientes a lograr la plena realización de los derechos, así como orientadas a evitar que los particulares vulneren los derechos reconocidos. Como puede advertirse, unas y otras imponen límites a la actuación del Estado, indicándole lo que le está vedado y lo que le es imperioso hacer.

Los límites que las normas constitucionales y los derechos humanos imponen a las políticas públicas no dejan sin contenido su proceso de formulación, implementación y seguimiento, ya que en todo caso quienes intervienen en dicho proceso tienen la libertad de elegir las acciones o medidas concretas destinadas a alcanzar los objetivos establecidos por las reglas constitucionales. Así sucede incluso en aquellas constituciones que a pesar de establecer principios, derechos y valores de carácter vinculante no prefiguran rígidamente la manera como el Estado los cumplirá, sino que admiten la posibilidad de perseguirlos a través de diversas formas⁹. Así, respecto de este tipo de constituciones “abiertas” –desde el punto de visto del modelo económico que (no) consagran– se puede afirmar que las mismas establecen límites a las políticas públicas, en tanto fijan objetivos que deben perseguir (como la realización de los derechos humanos), pero a la vez permiten que quienes intervienen en ellas escojan los medios con que se procurará cumplir los objetivos fijados por las normas constitucionales¹⁰.

Para evidenciar la manera como las normas constitucionales establecen límites y márgenes de maniobra para las políticas públicas resulta útil la referencia al artículo 49 de la Constitución Política de Colombia que reconoce el derecho a la salud, previendo las condiciones en las cuales el servicio de salud deberá prestarse de manera gratuita por el Estado. Esta norma impone un límite claro que debe tener en cuenta la política pública en salud que se formule, al establecer la obligación de prestar este servicio de manera gra-

8 Sobre el punto ver Víctor Abramovich & Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional* 23-27 (Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006).

9 Ver Rodrigo Uprimny & César Rodríguez, *Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria*, en ob. cit., supra nota 1, 32-33.

10 Ibid.

tuita en favor de determinas personas; pero también deja abierto un margen de valoración a quienes la formulen, en la medida en que les permite definir, por lo menos: 1) el destinatario del servicio de salud gratuito; 2) el alcance del deber impuesto al Estado, es decir, la identificación de los servicios que el Estado debe proveer gratuitamente, y 3) el financiamiento de los servicios de salud gratuitos.

Sin embargo, es evidente que no todas las normas de derechos humanos (y en general las normas constitucionales) representan los mismos límites y márgenes de acción para las políticas públicas. Por el contrario, ellos variarán dependiendo del grado de precisión con que se definan los mandatos que se desprenden de cada una de ellas. Así, por ejemplo, cuando un derecho sea definido minuciosamente, de modo que contemple todos los deberes específicos que de él se desprenden, serán mayores las limitaciones de la política pública que pretenda desarrollar el derecho y menores sus márgenes de apreciación. En sentido contrario, cuando un derecho sea definido de manera vaga, la falta de precisión del objetivo que debe perseguir la política pública le permite al encargado de formularla (el legislador, p. ej.) un amplio margen de actuación.

De lo anterior se extrae la primera conclusión: en contra de algunas posturas tradicionales, las políticas públicas y los derechos humanos son temas y contenidos mutuamente implicados, ya que los derechos humanos establecen límites, márgenes y obligaciones para las políticas públicas. Adicionalmente, las obligaciones derivadas de los derechos implican que las políticas públicas se erijan en el medio idóneo para su realización, ayudando a traducir entidades con algún grado de abstracción (las normas sobre derechos humanos) en prestaciones concretas (la entrega de medicamentos, subsidios para vivienda, etc.).

III. EL CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EVALUACIÓN DEL (IN) CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SU FORMULACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y EVALUACIÓN

A pesar de la fortaleza de los argumentos que respaldan la necesaria relación entre la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas, de un lado, y la protección de los derechos humanos, del otro, la experiencia demuestra que ellos no son suficientes para lograr que estos permeen el contenido de aquellas. Por el contrario, existen evidencias de que los derechos humanos no son tomados en cuenta en las etapas de las políticas públicas¹¹.

11 Pisarello afirma que 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, cuando no como auténticas medidas de control de pobres”*: Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, 13-14 (Editorial Trotta, Madrid, 2007). Ejemplos de incumplimiento de obligaciones derivadas de

Esto obedece a diversas situaciones, entre las que se destacan la *desatención*, la *incompetencia o falta de capacidad*, o incluso la *intransigencia* de los encargados de elaborarlas¹².

El desconocimiento de las obligaciones que se desprenden de los derechos humanos constituye una violación del derecho vigente, una afectación de mandatos vinculantes que someten la actuación del poder público. Este desconocimiento tiene que ser declarado por los órganos judiciales de aquellos Estados que cuentan con “*constituciones justiciables*”¹³, es decir, con textos constitucionales que establecen mecanismos judiciales de control constitucional, donde los jueces tienen la obligación de verificar que los poderes públicos hayan sometido sus actos a la Constitución. En los países donde los órganos judiciales tienen competencia para exigir el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos por la Constitución¹⁴, los jueces resultan decisivos, pues son los únicos que pueden lograr que las políticas públicas se ajusten a tales derechos.

La importante función que los jueces pueden cumplir en el control de las políticas sociales no es solo una conclusión lógica que se derive del carácter vinculante de una Constitución que reconoce derechos humanos. La práctica de los tribunales domésticos muestra que esta posibilidad puede concretarse en la realidad, tal y como diferentes investigaciones realizadas sobre la práctica judicial comparada lo han revelado, evidenciando que los jueces han sido activos en el control de esas políticas¹⁵. Esto se debe en términos generales, a que la protección deficiente de los derechos por medio de políticas públicas impulsa a las personas afectadas a acudir ante las instancias judiciales para

los derechos humanos (particularmente de los derechos económicos, sociales y culturales) pueden encontrarse en Malcolm Langford, Ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2008), y en International Commission of Jurists, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability*, (International Commission, Geneve, 2008).

- 12 Ver Kent Roach & Geoff Budlenter, *Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When Is it Appropriate, Just and Equitable?*, 122 *South African Law Journal*, 345 y ss. (2005).
- 13 El término ha sido tomado de Heinz Klug, “Bounded Alternatives: The Reception of Constitutional Paradigms and the Civilizing of Unnegotiable Conflicts in South Africa” (1997, trabajo presentado en la Conferencia de la American Bar Foundation New Challenges for the Rule of Law: Lawyers, Internationalization, and the Social Construction of Legal Rules, University of California, Santa Barbara, November 7–9, cit. en Javier Couso, *Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política*, XXIV, *Revista de Ciencia Política*, N° 2, 36 (2004).
- 14 Según distintos autores, las constituciones que reconocen derechos y directrices de acción, y que establecen mecanismos de control de constitucionalidad, son características en varios Estados contemporáneos, dando lugar a un nuevo paradigma en derecho constitucional, denominado “constitucionalismo de los derechos” o “neoconstitucionalismo”. En este sentido, ver Luis Prieto Sanchis, *El constitucionalismo de los derechos*, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, 213-214 (Miguel Carbonell, Ed., Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007).
- 15 Langford anota que “*se puede percibir mayor actividad judicial en aquellas jurisdicciones donde el incumplimiento sistemático del Estado en abordar las desventajas sociales es quizás más extremo*”, y agrega que Colombia (al lado de India y Brasil) es un ejemplo obvio de ello. Langford, *The Justiciability of Social Rights: From Practices to Theory*, en ob. cit., supra nota 11, 33.

reclamar atención y respuesta eficaz a sus necesidades insatisfechas, alegando el desconocimiento de sus derechos constitucionales.

La participación de las cortes en el control de las políticas públicas es una tendencia creciente a nivel mundial¹⁶, pero presenta rasgos y matices particulares dependiendo de la presencia o ausencia de factores políticos, normativos y culturales que la circundan¹⁷. La conjugación de dichos factores determina la forma del control judicial constitucional, abstracto o concreto, que se realiza en determinado contexto, haciendo que éste varíe de un país a otro. Siendo conscientes de la variedad de formas de control que pueden existir, se usan aquí las categorías propuestas por Mark Tushnet para ilustrar el diverso alcance que puede tener el control judicial de las políticas sociales. De acuerdo con Tushnet, desde la práctica de distintos tribunales es posible advertir que existen formas débiles (*weak forms*) y formas fuertes (*strong forms*) de control judicial. Las segundas 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. A diferencia de estas, las denominadas formas de control débiles 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. Quienes ejercen esta forma de control (1) emiten una decisión simplemente declaratoria, que se limita a señalar que una política desconoce un derecho, sin especificar la forma como los sujetos involucrados deben reparar la situación inconstitucional, o, (2) además de declarar inconstitucional una política, ordenan a los actores del caso elaborar un plan de acción para eliminar la situación inconstitucional dentro de un término razonablemente corto pero sin precisión alguna¹⁸.

Dentro del marco de intereses de este escrito, se trabaja ahora una forma de control judicial constitucional concreto de políticas públicas, evaluando si esta ofrece ventajas, desventajas o limitaciones que puedan ser tomadas en cuenta por los jueces de otras jurisdicciones, para mejorar el ejercicio del control judicial. El ejemplo es tomado de la práctica judicial colombiana, y

16 Gauri y Brinks señalan que “cada vez más [...] los derechos constitucionales están apoyando demandas de bienes y servicios sociales y económicos, a menudo, pero no siempre, a través de las cortes u otras instituciones cuasi-legales. Y las cortes están asumiendo un rol cada vez más importante en decidir la amplitud a la que el interés aparentemente no negociable consagrado en las constituciones debería ser considerado y protegido en la formulación de políticas”: Varun Gauri & Daniel M. Brinks, *Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights*, en *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, 2 (Varun Gauri & Daniel Brinks, Eds., Cambridge University Press, New York, 2008).

17 *Ibid.*, 4. Igualmente, Couso, ob. cit, supra nota 13, 37-42.

18 Ver Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, 248-249 (Princeton University Press, Princeton, 2008).

específicamente evalúa la manera como la Corte Constitucional incidió en la política pública de salud, desde la Sentencia T-760 de 2008¹⁹. Ha sido escogida esta decisión para estudiar el tema del control judicial a las políticas públicas, por dos de las características centrales del pronunciamiento. En primer lugar, en esta decisión la Corte no se limitó a declarar la violación del derecho invocado (para el caso, la salud) de las personas que interpusieron las acciones de tutela, sino que emitió órdenes generales relacionadas con aspectos estructurales de la política pública en salud. Además y en segundo lugar, esta decisión da cuenta de una práctica que la misma Corte inició hace algunos años, relacionada con la facultad de ejercer supervisión al cumplimiento de las órdenes generales impartidas²⁰. Al hacer esto, la Corte participa del reducido grupo de tribunales –del cual también hacen parte las altas cortes de Canadá, India, Estados Unidos y Sudáfrica– que se valen de mecanismos para supervisar el cumplimiento de las órdenes que ellos mismos imparten²¹.

Las anteriores características hacen que se pueda considerar a la Sentencia T-760 como una de aquellas decisiones que en derecho constitucional se conocen como *sentencias de reforma estructural*, por medio de las cuales se pretende mudar determinada organización burocrática para armonizarla con los mandatos de la Constitución²². Desde lo anterior vale afirmar que la valoración del control llevado a cabo en ese fallo puede ser tomada en cuenta en general para todas aquellas sentencias de reforma estructural (nacionales o extranjeras) que compartan las características antes mencionadas.

19 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

20 El primer caso en el que la Corte Constitucional articuló mecanismos con el propósito de monitorear y supervisar el cumplimiento de las órdenes emitidas mediante fallo se dio con la Sentencia T-025 de 2004, que revisó la política pública de atención y prevención del desplazamiento forzado. Debe precisarse que ese no fue el primer fallo de la Corte Constitucional que contuviera órdenes generales, las que ya habían sido emitidas en años anteriores, mediante las denominadas “sentencias moduladas de tutela”.

21 En el caso de Estados Unidos, la supervisión ha sido empleada por la Corte Suprema para los casos de segregación racial de las escuelas y de condiciones de detención en los establecimientos de reclusión, mientras que en el caso de India se ha dado frente al trabajo infantil y a las condiciones de reclusión. Por su parte, la Corte Suprema de Canadá ha retenido la competencia para supervisar el cumplimiento de algunos fallos, como por ejemplo la construcción de escuelas para las minorías lingüísticas. Ver Kent Roach, *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights*, en Langford, ob. cit., supra nota 11, 51 y 54. En el caso de Sudáfrica, la Corte Constitucional y las Altas Cortes han retenido la competencia para supervisar el cumplimiento de, entre otros, casos relacionados con políticas sociales de vivienda. Ver Sandra Liebenberg, *Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution*, ibid., 98-100.

22 Ver Pisarello, ob. cit., supra nota 11, 100, y Danielle Elyce Hirsch, *A Defense of Structural Injunctive Remedies in South Africa*, *Oregon Review of International Law*, 18 (invierno 2007).

IV. SENTENCIA T-760 DE 2008. LA RESPUESTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA POLÍTICA PÚBLICA EN SALUD EN COLOMBIA

Además de las dos razones remarcadas, existe otra por la cual es útil analizar la Sentencia T-760 de 2008 como un ejemplo de control de políticas públicas por vía judicial: este fallo evidencia la decisión de la Corte Constitucional de evaluar y, dado el caso, corregir el estado alarmante de una política pública de seguridad social. En este sentido, representa un caso en el que la masiva afectación del goce de un derecho humano en una política pública alentó a un juez a evaluar la situación.

Si bien el litigio de casos por derecho a la salud mediante acción de tutela se remonta a la fecha de expedición de la Constitución de 1991, lo cierto es que su número ha aumentado de manera significativa en los últimos años, hasta convertir el derecho a la salud en el más litigioso en derecho constitucional²³. La mayoría de las acciones de tutela que solicitan la protección del derecho a la salud se interponen con el fin de obligar a las entidades que hacen parte del sistema de salud a prestar determinados servicios. Así, por ejemplo, en el año 2008 el 53.4% de las tutelas por salud pretendían que se ordenara a las entidades de salud prestar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)²⁴. Los servicios más pedidos a través de ese mecanismo consistían en cirugías, medicamentos y exámenes paraclínicos²⁵.

Estas acciones de tutela fueron resueltas mediante fallos judiciales con efectos *inter partes*, es decir, las órdenes dictadas en ellos tan solo vinculaban a quienes tenían la calidad de partes dentro de un litigio específico²⁶. De esta manera, los fallos judiciales se limitaban a conceder la entrega de medicamentos y la realización de cirugías, así como a ordenar el inicio de tratamientos médicos a favor de los accionantes, sin indagar las causas que daban lugar al déficit de protección en salud.

23 Mientras que en el periodo 2003-2005 la salud fue el tercer derecho más invocado mediante acciones de tutela (por detrás de los derechos a la vida y de petición), registrando un número total de 204.994 casos, que ascienden al 35.8% del total de tutelas presentadas en ese periodo, en el periodo 2006-2008 la cantidad de acciones llegó a un total de 346.424, que representan el 39.2% del total de amparos presentados. Como puede observarse, se trata de un aumento tanto en términos absolutos como relativos. Ver Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2003-2005*, 26, tabla 2 (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2007), y del mismo autor, *La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2006-2008*, 27, tabla 2 (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009).

24 El POS es el conjunto básico de servicios de salud que las denominadas Entidades Promotoras de Salud (EPS) deben prestar a sus afiliados.

25 Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2006-2008*, ob. cit., supra nota 23, 55, tabla 22.

26 Por regla general los fallos de tutela tienen efectos *inter partes*, pues así lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la tutela). Excepcionalmente la Corte ha extendido los efectos de sus decisiones para que también involucren a quienes no fueron parte. Esto lo ha hecho por medio de las denominadas “sentencias moduladas de tutela”.

La emisión de órdenes circunscritas a las partes fue una constante que se mantuvo durante varios años, y frente a ella la Sentencia T-760 de 2008 representa una sobresaliente excepción. En ese fallo la Corte estudió 22 acciones que daban cuenta de problemas recurrentes del sistema de salud, y a partir de las características de esos casos ahondó en el contexto en el que se inscribían para ubicarlos en una situación mucho más amplia, que le permitiera detectar y corregir algunas de las razones que habían dado lugar al amplio número de tutelas que alegaban la violación del derecho a la salud. Para la Corte, se estaba frente a un “*patrón sistemático de violaciones del derecho a la salud*”, causado por “*problemas estructurales*” de la política pública, frente al cual las órdenes caso-a-caso resultaban insuficientes, ya que, “*además de que las mismas situaciones se siguen presentando reiteradamente [como causas de violación del derecho a la salud], el número de tutelas para acceder a servicios de salud tiene una tendencia sólida a crecer*”²⁷. Considerando así que las órdenes limitadas a cada parte no contribuían a mejorar la situación ni a provocar una modificación de la política de atención en salud, decidió entonces evaluar estructuralmente la situación y adoptar los correctivos que su juicio contribuyeran a conjurarla.

Desde la consideración integral del contexto de las violaciones, la Corte identificó las deficiencias estructurales del sistema de salud que daban lugar a “*problemas generales, graves y recurrentes*”²⁸, especialmente relacionados con la protección de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud, sobre todo las que conciernen a su faceta prestacional²⁹. Se trata además de dos órdenes de cumplimiento escalonado (dado el alto costo financiero que implican) para las que se diseñaron mecanismos de supervisión con el fin de requerir su eficaz observancia, lo que es una razón adicional para concentrar la atención sobre ellas.

La primera falla estructural se relaciona con el incumplimiento injustificado del mandato legal que ordenaba que los POS subsidiado (POSS) y contributivo (POSC)³⁰ fueran unificados a más tardar en el año 2001³¹, es decir siete años antes de la fecha de expedición de la Sentencia T-760 de 2008. La

27 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 6. En adelante, las referencias a esta sentencia se harán entre paréntesis dentro del texto.

28 Sentencia C-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 2.1.9.

29 Los otros dos aspectos donde se detectaron fallas estructurales y que son dejados de lado son, por un parte, el sistema de recobros (que opera cuando una EPS presta un servicio no cubierto por el POS) y, por otra, el deber de información de las EPS hacia los usuarios del sistema de salud.

30 El artículo 162 de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, prevé la existencia de dos tipos de POS: el del régimen contributivo (POSC) y el del régimen subsidiado (POSS). El POSC garantiza la prestación de un conjunto de servicios mayor que el previsto por el POSS. La razón de esta distinción radicaba en la diferente financiación de cada uno de estos planes: mientras que el POSC es sostenido con recursos de los miembros de ese régimen, el POSS es financiado con recursos de solidaridad.

31 El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud debía diseñar un plan para que los que se encontraran afiliados al POSS gozarán de los mismos beneficios de los pertenecientes al POSC a más tardar en el año 2001.

Corte Constitucional consideró que el retraso en la unificación de los dos POS constituía una violación de la obligación de desarrollo progresivo del derecho a la salud, ya que el Estado había incumplido con los deberes mínimos que se desprenden de esa obligación, pues no había formulado un programa que le permitiera alcanzar esa meta, ni había establecido cronogramas concretos para verificar si efectivamente estaba dando pasos hacia ella. Además, después del año 2001 no fijó un nuevo plazo ni definió cronograma alguno. De esta manera, el incumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo genera consecuencias negativas para los más necesitados (quienes están cubiertos por el POSS), pues prolonga la privación y la limitación en el acceso a determinados servicios de salud, motivando a quienes se ven afectados por esta desigualdad a acudir a la acción de tutela para reclamar la prestación de determinados servicios³².

La segunda falla estructural consiste en que aunque se habían logrado significativos avances en la cobertura universal del servicio de salud –pues a la fecha de la sentencia alrededor del 82% de la población nacional se encontraba afiliada al sistema de salud³³–, se había incumplido la meta de lograr que para el año 2001 todos los colombianos gozaran de la prestación del servicio de salud. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido respecto del deber de unificar los dos POS existentes, en este caso el legislador sí redefinió un plazo dentro del cual se debería lograr la cobertura universal, fijando el 2010 como fecha límite para hacerlo³⁴. Igualmente se evidenció que el no alcanzar la universalidad en el sistema de salud afectaba de nuevo a los más necesitados, para quienes la acción de tutela se convirtió en el único modo de acceso a los servicios médicos.

Para remediar estas dos fallas estructurales de la política pública en salud, la Corte Constitucional (1) pidió a las autoridades competentes que hicieran los cambios necesarios en la política pública (la *reformularan*), (2) diseñaran un programa conforme al cual la *implementaran*, y (3) estableció mecanismos de *supervisión* que le permitieran verificar si las órdenes emitidas eran cumplidas por sus destinatarios. Así, respecto de la primera falla estructural, es decir, del incumplimiento del deber de unificar el POSS y el POSC, dispuso que las autoridades legalmente autorizadas para hacerlo (la Comisión de Regulación en Salud, CRS) debían adoptar un programa que definiera metas específicas con miras a lograr la plena unificación de los POS. Este programa debía sujetarse a algunos parámetros definidos por la

32 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 6.1.2.1.1.

33 Datos del Ministerio de la Protección Social citados en la Sentencia T-760 de 2008.

34 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 6.4.1.3. La Ley 1122 de 2007 estableció en su artículo 9 que la cobertura universal debería ser garantizada en los próximos tres años contados a partir de la vigencia de la ley, lo que quiere decir que se definió el 2010 como fecha límite.

Corte, entre ellos (1) los estudios epidemiológicos existentes; (2) la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera en el sistema de salud, y (3) otorgar prioridad en la prestación del mismo a los niños. Igualmente, consideró que la CRS debía establecer un cronograma que señalara los plazos en los que se daría cumplimiento a las metas definidas en el programa. La desobediencia de este cronograma podría en algunos casos generar consecuencias tales como la de hacer exigibles órdenes supletorias dictadas por la Corte Constitucional (que sólo tendrían validez en el evento de que las órdenes principales no fueran atendidas³⁵). Para supervisar el cumplimiento de esta orden, la Corte le ordenó a la CRS remitirle el programa y el cronograma que adoptara, y luego enviarle de manera periódica informes acerca de su acatamiento³⁶.

Respecto de la segunda falla estructural, patente en no haberse alcanzado la cobertura universal del servicio de salud, la Corte emitió otra orden compleja. En este sentido, dispuso que el Ministerio de la Protección Social adoptara las medidas necesarias para lograr que la cobertura del sistema de salud fuera garantizada para toda la población nacional a más tardar en la fecha redefinida por el legislador mediante la Ley 1122 de 2007, es decir, el año 2010. Este plazo podría ser prolongado si el Gobierno Nacional argumentaba y probaba que alcanzar esa meta era “*imposible*”. La Corte señaló que para la supervisión de esta orden era necesario que el Ministerio concernido enviara a la Corte Constitucional y al Defensor del Pueblo informes semestrales sobre los avances parciales a los que se fuera llegando³⁷.

Para decirlo de un modo más concreto, la Corte encontró que la política pública de salud no se ajustaba las reglas de juego que se desprenden del derecho a la salud, recogidas en la ley, las que establecen como deber del Estado garantizar la prestación *igual y universal* del servicio de salud. Fue justamente la infracción de estas reglas lo que motivó a la Corte a emitir las órdenes a que se ha hecho referencia, así como a implementar mecanismos destinados a garantizar su efectividad.

35 Un ejemplo de esta clase de órdenes supletorias es el relacionado con la unificación de los POS a favor de todos los niños, para lo cual se dio un término cierto anterior a la fecha en la que debe darse la unificación generalizada de los POS. La Corte señaló que en caso de que se incumpliera esta orden, automáticamente se entendería que el POSS quedaría igualado al POSC, lo que finalmente sucedió. Ver Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento, Auto 342 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

36 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 6.1.2.2.

37 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 6.4.2.

V. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA DE REFORMA ESTRUCTURAL T-760 DE 2008: POTENCIALIDADES, LIMITACIONES Y RIESGOS

La Sentencia T-760 y sus órdenes constituyen un caso notorio de intervención de un tribunal en una política pública de salud³⁸. Esto hace de ella un fallo sobresaliente, que puede eventualmente ser tomado en cuenta en el futuro como referente de los estudios nacionales y comparados sobre revisión judicial de políticas públicas. Lo que no se sabe es si la misma pueda ser considerada como una forma apropiada de intervención judicial, o si por el contrario resultará desatendida o ignorada. En lo que queda de este artículo, se aportan elementos adecuados para una valoración del asunto, argumentando que en varios aspectos la Sentencia T-760 articula un modelo para el adecuado control de políticas públicas.

1. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EMISIÓN DE SENTENCIAS DE REFORMA ESTRUCTURAL

Como ya fue señalado, por sus características la T-760 de 2008 puede ser calificada como una sentencia de reforma estructural. Este tipo de decisiones han dado lugar a fuertes críticas, que intentan imponer la tesis según la cual los jueces deberían abstenerse de dictar órdenes generales y de hacer seguimiento a su cumplimiento. Desde esta consideración, se evalúa a continuación la validez de esas críticas, para luego destacar algunos elementos adicionales, también referidos a dicha práctica judicial.

Quienes se oponen a la articulación de sentencias de reforma estructural aducen básicamente dos argumentos³⁹. En primer lugar, señalan que dictar órdenes generales y luego supervisar su cumplimiento supone un desconocimiento del principio de separación de poderes, en la medida en que con estas atribuciones los jueces usurpan funciones propias de los órganos políticos, como la de distribuir bienes escasos (lo que los lleva a fijar prioridades de gasto) y decidir sobre los mejores mecanismos para llevar a cabo esa distribución. En segundo término, han aducido que un solo juez, o un panel de ellos, carece de capacidad institucional para establecer cómo debe funcionar una institución o una política estatal, dado que los diferentes factores y relaciones se deben tener en cuenta para tal efecto, lo que desborda las posibilidades de los órganos judiciales. Su función, continúa el argumento, se limita a mirar hacia el pasado y establecer hechos y causas para luego asignar las consecuencias previstas en la ley, no se extiende a adoptar medidas prospectivas

38 Alicia Ely & Óscar Parra, *Judgment T-760/08 and the Restructuring of Colombia's Health System, 6 Housing and ESC Rights Lwa Quarterly*, N° 2, 4 (June 2009).

39 Para un recuento de las críticas contra esta clase de sentencias, ver Hirsch, ob. cit., supra nota 22, 55-65.

para asegurar el adecuado cumplimiento de las normas. Como consecuencia, concluye, esas decisiones no deberían ser tomadas por los jueces sino por las instituciones estatales, cuyo experimentado juicio debe decidir qué reformas han de adoptarse⁴⁰.

Los anteriores argumentos tienen la importancia de advertir sobre algunas limitaciones y riesgos a los que puede conducir el uso inadecuado de las sentencias de reforma estructural al revisar determinadas políticas públicas. Sin embargo, dichas prevenciones no tienen la fuerza suficiente como para privar a los jueces del cumplimiento de su deber respecto de los derechos, ni de la posibilidad de acudir a esta figura, ya que existen fallos de reforma estructural que asumen rigurosamente dichas observaciones, tal y como acontece con la Sentencia T-760 de 2008.

a. LA CONSIDERACIÓN DEL ARGUMENTO SEGÚN EL CUAL LAS SENTENCIAS DE REFORMA ESTRUCTURAL AFECTAN LA DIVISIÓN DE PODERES

Lo primero que hay que indicar es que no existe una contradicción *per se* entre el ejercicio de la función judicial y las facultades de dictar órdenes generales y de supervisar su cumplimiento, por un lado, ni con el respeto del principio de separación de poderes, ya que es posible ejercer esas facultades sin irrespetar dicho principio. En efecto, si se parte de aceptar que la separación de poderes no establece una estricta e insuperable demarcación de las funciones de los poderes públicos, sino un sistema de frenos y contrapesos que permite que un órgano verifique el funcionamiento de los otros (sin perder la especialidad sobre la función que tradicionalmente le corresponde ejercer), entonces no parece evidente la contradicción entre la posibilidad de que un órgano (el juez) dicte una orden que influya en las actividades de los demás (el legislador y el ejecutivo). Por el contrario, dicha iniciativa pasa a ser la manifestación concreta de la colaboración entre los distintos poderes, en la medida en que se trata de la solicitud que un órgano (un juez) hace para que los demás ejerzan sus funciones con responsabilidad, sujetándose a las reglas que establece la Constitución, bajo la causa común de la satisfacción de los derechos de las personas.

Es preciso advertir también que quienes suscriben la crítica del desconocimiento de la separación de poderes, implícitamente conciben a los órganos judiciales como subordinados a los órganos políticos, en la reductiva imagen de que los jueces tan solo aplican las normas que aquellos expiden. Esta idea,

40 Todas estas críticas han sido también formuladas en contra de la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales. La excusa utilizada para ello es el supuesto temor a un activismo judicial desbordado, que daría lugar a la judicialización de los mencionados derechos y a la emisión de sentencias de reforma estructural.

aunque conceptualmente clara, no es fácil de distinguir en la realidad, donde ha tendido a difuminarse la dicotomía entre la labor judicial y la labor de creación normativa⁴¹, de tal forma que hoy en día son varios los ejemplos de jueces que en su trabajo inciden en el diseño de normas y políticas, lo que en el siglo pasado se concibió como una función reservada a los órganos políticos, en especial al legislador.

Ahora bien, el hecho de que al dictar órdenes generales y luego supervisar su cumplimiento los jueces no se opongan automáticamente a la labor de los órganos políticos no autoriza a los primeros a intervenir de manera irrestricta en las funciones del legislativo y del ejecutivo. Así lo han entendido distintos jueces y la Corte Constitucional en su Sentencia T-760 de 2008, en la que en lugar de reemplazar a los órganos políticos en el ejercicio de sus funciones, de un modo muy respetuoso se optó por encargar a las autoridades *administrativas* competentes (la CRS) la función de diseñar los respectivos planes y programas para garantizar la prestación igual y universal del derecho a la salud, otorgándoles plazos prudenciales para llevar a cabo la tarea encomendada. Este *reenvío* a las autoridades competentes tiene múltiples ventajas como forma de control respetuosa de la separación de poderes. De un lado, garantiza que la providencia judicial no tenga carácter real ni aparente de “*decisión última*”. En segundo término, promueve la reflexión de los órganos políticos al ejercer su labor de creación normativa. En tercer lugar, brinda el margen de flexibilidad necesario para que los órganos políticos puedan escoger entre las distintas alternativas disponibles para proteger un determinado derecho; y por último, garantiza que la decisión que termine prevaleciendo sea la de los órganos de mayor legitimidad democrática⁴².

Sin embargo, el reenvío por sí mismo no garantiza nada, pues de hecho el cumplimiento de las órdenes puede ser eludido por las autoridades públicas. De esta manera, si el reenvío no va acompañado de plazos ciertos, puede suceder que su cumplimiento se dilate indefinidamente por los agentes del gobierno, bien porque surja la necesidad de atender a necesidades más inmediatas (aunque no necesariamente más importantes), o porque simplemente

41 Gauri y Brinks argumentan que hoy en día no es correcto aducir que los jueces trabajan exclusivamente a partir de una lógica deóntica, mientras que los legisladores lo hacen desde una visión inductiva de los problemas en los que entran en contacto al ejercer su función. Actualmente, los jueces también incorporan una visión inductiva, desde el análisis de casos en los que tienen que responder a las demandas de sectores que acuden a ellos buscando respuesta a sus problemas insatisfechos. Igualmente, el legislador ha tenido que incorporar una lógica deóntica en su trabajo, dada las necesidades de proteger derechos fundamentales a través de su actividad. Ver Gauri y Brinks, ob. cit., supra nota 16, 5.

42 Esta forma de proceder de la Corte se asemeja a la técnica de reenvío legislativo, mediante la cual el juez que encuentra un defecto en una actuación proveniente del legislativo opta por devolverla a dicho órgano, para que él mismo le introduzca las correcciones que la hagan compatible con la Constitución, evitando reemplazar al legislador para actuar directamente. Sobre el reenvío legislativo y sus ventajas como forma de control compatible con el principio democrático, ver Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno*, 175-177 (Editorial Ariel, Barcelona, 1996).

ellos decidan priorizar otras materias⁴³. Pero incluso cuando el reenvío va atado a plazos de cumplimiento de las órdenes judiciales, persiste el riesgo de que ellas sean injustificadamente dilatadas, o sencillamente interpretadas en términos restrictivos⁴⁴. La orden de unificación de los dos POS existentes es un ejemplo de ello. Debido a la amplitud de esta orden, algunos funcionarios del gobierno encargados de acatarla propusieron una fórmula de cumplimiento que eludía el fin de la orden. Así, por ejemplo, circuló la idea –desmentida luego por los informes del Gobierno– de que para cumplir la sentencia se reducirían los servicios de salud contenidos en el POSC, para acercarlos a los previstos en el POSS. Esto conduciría a un cumplimiento formal de la orden de unificar los POS, pues efectivamente estos quedarían iguales, pero burlaría el sentido de la orden, que era avanzar en la protección del derecho a la salud, sin reducir los servicios⁴⁵.

Adicionalmente debe considerarse que la falta de una mínima precisión puede dificultar el proceso de seguimiento de las órdenes impartidas, ya que puede dar lugar a que en los informes periódicos que se remitan a la Corte se exponga información imprecisa, impertinente o somera sobre los aspectos decisivos para monitorear el estado de cumplimiento de las órdenes⁴⁶.

b. LA CONSIDERACIÓN DEL ARGUMENTO SEGÚN EL CUAL LOS JUECES CARECEN DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL PARA ESTABLECER EL FUNCIONAMIENTO DE UNA POLÍTICA PÚBLICA

Es cierto que los jueces no tienen (y, además, no tienen por qué tener) conocimientos específicos acerca del funcionamiento de todos y cada uno de los asuntos de los que resuelven (sicología, economía, medicina, políticas públicas, etc.). Sin embargo, de esa premisa no se deriva necesariamente, como conclusión, que los jueces no puedan dictar fallos de reforma estructural. Requerir que los jueces tengan conocimientos especializados respecto de todos y cada uno de los asuntos que se les plantean es no solo desproporcionado, sino absurdo, si

43 Ver Tushnet, ob. cit., supra nota 18, 258.

44 Al respecto, Hirsch anota que “cuando las órdenes de las cortes tienen una redacción ambigua u omiten incluir algún requisito detallado que mantenga responsables a los Estados de llevar a cabo las órdenes, hay un peligro de que el Estado decidirá interpretarlas de manera estrecha”: Hirsch, ob. cit., supra nota 22, 6.

45 Ver Comisión Colombiana de Juristas, *Un año después de su publicación aún es incierto el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre respeto, protección y garantía del derecho a la salud*, en: <http://www.coljuristas.org/Pronunciamientosydeclaraciones/Comunicadosdeprensa/tabid/126/Default.aspx>

46 Para afrontar esta dificultad la Corte ha optado por precisar la información que espera recibir en los informes de cumplimiento. Así por ejemplo, en el auto de seguimiento a la orden vigésima segunda de la Sentencia T-760 de 2008, del 13 de julio de 2009, le señaló a la Defensoría del Pueblo, como órgano de control, los temas que debía satisfacer su informe de supervisión del cumplimiento del fallo.

se tiene en cuenta el amplio número de disciplinas y situaciones sobre las que se proyectan las reglas de derecho. Esta objeción ignora igualmente la práctica *real* de los órganos judiciales de cualquier país, los que día tras día tienen que decidir sobre asuntos técnicos (responsabilidad médica, p. ej.) sin que se les exija que para resolverlos sean expertos en el tema (para el caso, la práctica médica o la medicina). Ahora bien, para remediar la falta de información de los jueces frente a temas específicos, los sistemas jurídicos han optado por ayudas útiles que les proporcionen a los jueces la ilustración que requieren para resolver los casos sometidos a su conocimiento. Un instrumento frecuente es la solicitud de opiniones autorizadas para que estas sean remitidas al juez. De análoga forma a como se recurre a esta herramienta en cualquier jurisdicción o especialidad jurídica (siguiendo con el ejemplo, para temas sobre responsabilidad médica), así también resulta pertinente en la ilustración acerca del funcionamiento de determinadas políticas públicas. Es por esta razón que el supuesto argumento de la falta de capacidad institucional de los jueces en el control judicial de las políticas públicas no resulta plausible, pues si fuera cierto implicaría que la totalidad de los jueces (y no sólo los jueces constitucionales) tendrían que inhibirse cada vez que el objeto de la decisión implicara conocimientos de otras disciplinas distintas al derecho, lo que no puede ser aceptado⁴⁷.

En subsidio de lo anterior debe precisarse, además, que existen otras vías a través de las cuales se puede hacer frente a esta ausencia de información. La Sentencia T-760 de 2008 da cuenta de una alternativa valiosa, al hacer un diagnóstico de los problemas del sistema en salud, sin formular un remedio que se considere adecuado para resolver la situación, pues este implicaría un cálculo acerca de los efectos políticos, sociales y económicos de la decisión, suponiendo la existencia de una información confiable, detallada y especializada de la que carecen los jueces. En este caso la Corte no tuvo que lidiar con estos complejos temas, pues dejó que el estudio corriera por cuenta de otras autoridades estatales (el CRS). En este sentido, la intervención judicial moderada por la que se optó (en la que se deja a las autoridades administrativas un margen más o menos amplio para cumplir los mandatos constitucionales) es, a la vez, (1) el reconocimiento de las limitaciones de la capacidad institucional de los jueces, (2) la evidencia del respeto de los mismos por el principio de separación de poderes y (3) la manera de contribuir a la realización real de dicho principio.

De lo dicho se puede concluir que las críticas a las sentencias de reforma estructural permiten identificar algunos riesgos y limitaciones alrededor de ellas, que al ser tenidos en cuenta sirven para sofisticar los mecanismos de control sobre las políticas públicas, que necesariamente deben ser ejercidos en un Estado constitucional democrático.

47 Hirsch, ob. cit., supra nota 22, 64.

2. EL SEGUIMIENTO DE LAS ÓRDENES IMPARTIDAS POR LA SENTENCIA T-760 DE 2008

Para terminar la valoración del modelo de control ejercido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, se alude al proceso de seguimiento de las órdenes impartidas, previsto por la Corte en la parte resolutive de su decisión.

Algunos autores han considerado la implementación de los fallos judiciales como el punto más débil de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, o dicho en términos figurativos, como el “talón de Aquiles” de la justiciabilidad⁴⁸. Esto mismo podría decirse respecto de las órdenes de reforma estructural, pues la experiencia de países donde los jueces han emitido esta clase de órdenes muestra que en varias oportunidades ellas no se materializan, o lo logran pero luego de varios años⁴⁹.

Con todo, el incumplimiento inicial de las decisiones judiciales (motivado por las razones que sean) no ha significado un obstáculo insuperable para los órganos judiciales. Más bien, este ha servido de argumento para que los jueces hayan reclamado competencia para hacer el seguimiento de sus dictámenes, diseñando diversos mecanismos de supervisión. Tal el caso de la Sentencia T-760 de 2008 y su procedimiento de monitoreo y supervisión de las órdenes impartidas. Para verificar la implementación de sus órdenes complejas, es decir, aquellas que sólo pueden ser satisfechas de manera prolongada en el tiempo, la Corte se ha valido de dos caminos: en primer lugar, ha solicitado la presentación de informes, tanto por parte de las autoridades gubernamentales comprometidas a atender sus requerimientos, como por cuenta de organismos de control y particulares a quienes les ha reconocido la posibilidad de intervenir en el proceso de seguimiento; y en segundo término, ha emitido nuevos pronunciamientos (denominados genéricamente “autos de seguimiento”) por medio de los cuales supervisa el cumplimiento de sus órdenes, y dado el caso las complementa, para asegurar que estas generen los resultados que se espera de ellas⁵⁰.

48 Gauri, & Brinks, ob. cit., supra nota 16, 18.

49 Los ejemplos recurrentes que ilustran esta afirmación son el caso *Brown v. Board of Education* (sobre segregación racial en las escuelas), de la Corte Suprema de Estados Unidos, emitido en 1955, pero cumplido integralmente sólo décadas después. También se suele citar el caso *Government v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (sobre derecho a la vivienda adecuada) de la Corte Constitucional de Sudáfrica, que fue objeto de nuevos pronunciamientos por las Altas Cortes en los que se reiteraban las órdenes (aunque a través de mecanismos más fuertes). Así sucedió, p. ej., en *Cape Town v. Rudolph* 2004 (5) SA 39 (C). Ver Hirsch, ob. cit., supra nota 22.

50 Después de la expedición de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte ha dictado diecisiete autos de seguimiento del cumplimiento de las órdenes generales establecidas en la sentencia. Sin embargo, tan sólo en uno de ellos ha estudiado con cierto detalle el grado de cumplimiento de una de las órdenes (la que prescribía unificar los POS existentes a favor de los niños, *infra*, nota al pie 52. Ver Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento, Auto 342 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Mecanismos similares a los que ha recurrido la Corte Constitucional pueden ser identificados en la práctica de otros tribunales domésticos, que han reclamado competencia para supervisar el cumplimiento de órdenes generales fijadas por ellos. En este sentido, la Sentencia T-760 no es una novedad. Ahora bien, lo que sí es singular en ese fallo es que la Corte Constitucional haya permitido una participación mayor de la sociedad civil en el proceso de cumplimiento de las órdenes. De esta manera resultó posible que una organización de la sociedad civil (compuesta por gremios y universidades) y otra que representa a las empresas en medicina integral se contituyeran en partes dentro del proceso de seguimiento al cumplimiento de la sentencia⁵¹, reconociéndoles capacidad para presentar sus opiniones y permitiéndoles el acceso a documentos relevantes enviados a la Corte Constitucional. Esta característica novedosa en los procesos de seguimiento es positiva, pues permite cuando menos dos logros: el control social sobre el cumplimiento de las sentencias de constitucionalidad y la desconcentración de las reformas estructurales de una política pública (la de salud), evitando que esta quede limitada a una lógica cerrada y excluyente de la que tan solo participen las autoridades estatales y los jueces.

Ahora bien, sin desconocer los esfuerzos que los jueces hacen, es claro que ni siquiera los mejores mecanismos de supervisión pueden obligar a las autoridades a cumplir las órdenes cuando ellas no están dispuestas a hacerlo, ya que ello depende primordialmente de las autoridades obligadas por la sentencia judicial⁵². Esta es una limitación importante, frente a la cual lo más recomendable es que los jueces intenten trabajar de la mano con las autoridades estatales obligadas a cumplir las órdenes, para que éstas últimas pasen del papel y lleguen a la vida de aquellos grupos que deberían estar cubiertos por los efectos de la sentencia.

51 Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, Auto del 8 de diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

52 Como se dijo, las órdenes judiciales deben ser claras y precisas, pues de lo contrario corren el riesgo de ser interpretadas de manera restrictiva. Sin embargo, este riesgo no desaparece frente a órdenes claras y detalladas, pues incluso frente a ellas las autoridades obligadas intentan eludir sus obligaciones. Así por ejemplo, la Sentencia T-760 de 2008 le ordenó al Gobierno unificar los dos POS a favor de los *niños* a más tardar en octubre de 2009. El Gobierno “entendió” que la orden sólo se refería a la población menor de 12 años, desconociendo la edad beneficiada por la orden, lo que ilustra nuevos procedimientos de elusión constitucional.

CONCLUSIONES

Las políticas públicas no consisten simplemente en la formulación, implementación y evaluación técnica de actividades, decisiones o medidas, encaminadas a cumplir objetivos relacionados con necesidades públicas o situaciones problemáticas. Ellas involucran el compromiso de cumplir las obligaciones de respeto y garantía derivadas de la existencia de los derechos humanos.

Las políticas públicas deben estar atadas a los derechos humanos, en tanto que estos consisten en normas jurídicas obligatorias. En este sentido, los órganos judiciales de control constitucional son decisivos para garantizar que aquellas efectivamente se sujeten a lo que disponen los derechos. Esta función, que puede ser realizada de distintas maneras, debe ser asumida preferentemente por los jueces de la jurisdicción constitucional, funcionalmente obligados a la defensa de la Constitución y los derechos humanos. Adicionalmente, en el cumplimiento de esa tarea la utilización de las *sentencias de reforma estructural*, por medio de las cuales se dictan órdenes generales y se establecen mecanismos para supervisar su cumplimiento, aparece como uno de los mecanismos más eficaces para la realización de dicho control.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha implementado la anterior técnica en algunas oportunidades, entre ellas en la Sentencia T-760 de 2008 que reformó el sistema de seguridad social en salud, evidenciando que esta clase de decisiones son importantes para promover cambios en políticas que se juzgan deficientes, buscando que éstas se adecuen a las normas vigentes, especialmente en lo relacionado con el cumplimiento de los derechos humanos. Este tipo de fallos son objeto de críticas que no tienen la fuerza suficiente como para privar a los jueces de la atribución de dictar sentencias de reforma estructural, pero que subrayan las limitaciones y los riesgos que asumen los jueces al adoptar la técnica de emisión de estos fallos. Tener presentes estas limitaciones y riesgos sirve para la construcción de fórmulas de control más sofisticadas y eficaces, que les permitan solventarlas de mejor manera a como hoy en día lo hacen.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional* (Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006).
- Comisión Colombiana de Juristas, *Un año después de su publicación aún es incierto el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre respeto, protección y garantía del derecho a la salud*, disponible en: <http://www.coljuristas.org/Pronunciamientosydeclaraciones/Comunicadosdeprensa/tabid/126/Default.aspx>
- Couso, Javier, *Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política*, XXIV Revista de Ciencia Política N° 2 (2004).
- Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2003-2005* (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2007).
- Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud: Periodo 2006-2008* (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009).
- Ely, Yamin & Parra, Óscar, *Judgment T-760/08 and the Reestructuring of Colombia's Health System*, 6 Housing and ESC Rights Lwa Quarterly N° 2 (June 2009).
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al Gobierno* (Editorial Ariel, Barcelona, 1996).
- Gauri, Varun & Brinks, Daniel M., *Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights*, en *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (Varun Gauri & Daniel M. Brinks, Eds., Cambridge University Press, New York, 2008).
- González Tachiquín, *Las políticas públicas: disciplina sustentada en el derecho, la administración pública y la ciencia política*, Revista Iuretec, N° 1 (2008).
- Hirsch, Elyce, *A Defense of Structural Injunctive Remedies in South Africa*, Oregon Review of International Law (invierno 2007).
- International Commission of Jurists, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability* (International Commission, Geneve, 2008).
- Langford, Malcolm, Ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2008).
- Pérez, Luis, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas*, en *Los Derechos Sociales en Serio: Hacia un Diálogo entre Derechos y Políticas Públicas* (Luis Pérez, César Rodríguez & Rodrigo Uprimny, Eds., Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-DeJusticia e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico-IDEP, Bogotá, 2007).
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Editorial Trotta, Madrid, 2007).
- Prieto, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell, Ed., Editorial Trotta & Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007).
- Roth, André-Noël, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación* (Ediciones Aurora, Bogotá, 2007).

- Stein, Ernesto; Mariano Tommasi, Koldo Echabarría, Eduardo Lora & Mark Payne, Coords., *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America. 2006 Report* (Inter-American Bank Development, Washington, D.C., 2006).
- Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press, Princeton, 2008).
- Uprimny, Rodrigo & César Rodríguez, *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, 2007).