

DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917 AL ACTIVISMO DIALÓGICO: APORTES LATINOAMERICANOS EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES*

Óscar PARRA VERA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las críticas relacionadas con el impacto económico de la protección judicial de los derechos sociales*. III. *Respuestas a obstáculos procesales que dificultan una visión estructural sobre violaciones sistemáticas a derechos sociales. El activismo judicial dialógico y la intervención judicial estructural*. IV. *La sentencia T-025 de 2004 y los derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado*. V. *Respuesta judicial estructural a la crisis del sistema de salud: la sentencia T-760 de 2008*. VI. *El caso Mendoza y el impulso de procedimientos para la defensa del medio ambiente*. VII. *La Sala Constitucional de Costa Rica y la orden para superar los problemas estructurales con las listas de espera*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Existen, entre otros, tres importantes aportes latinoamericanos al debate global sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

* Este escrito se ha nutrido de investigaciones realizadas en el marco de otro artículo por publicarse en inglés bajo el título “The Protection of Social Rights”, en Gargarella, Roberto y Gonzalez Bertomeu, Juan F. (eds.), *The Latin American Casebook*, Ashgate, 2015. Uno de los objetivos de dicha investigación implicó la selección de párrafos de las principales decisiones latinoamericanas en materia de derechos sociales, de tal forma que el lector tenga un conocimiento de primera mano sobre la narrativa empleada por los jueces al pronunciarse sobre el tema. Ello explica la cita textual de varios párrafos de las mencionadas sentencias, dado su valor pedagógico. Agradezco la asistencia investigativa de Jorge Parra, Karina Carpintero y Daniel O’Farrill Cortés.

** MSc Candidate in Criminology and Criminal Justice, University of Oxford. Se desempeñó como Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como Becario “Rómulo Gallegos” y consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido visitante de investigación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Correo electrónico: oscar.parra-vera@st-hildas.ox.ac.uk

En primer lugar, la consagración de los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917 constituye el primer antecedente de esta naturaleza en el constitucionalismo comparado. Este acontecimiento se enmarca en el llamado “derecho social”, el cual surge como contrapeso o contracara de la “igualdad formal” en la que se había avanzado legalmente. El derecho social implica un reconocimiento de la desigualdad y de la necesidad de medios para corregirla y, en ese sentido, va más allá del arquetipo liberal del individuo aislado sin mayores lazos de solidaridad en su comunidad. Autores como García Ramírez resaltan que los derechos sociales establecidos en aquella ocasión se concentraron en la cuestión agraria y la cuestión obrera. Además, se confirmó el carácter laico de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales, así como la gratuidad de la enseñanza pública primaria.¹

En segundo lugar, en América Latina se ha adoptado una noción de bloque de constitucionalidad con ciertas particularidades que le ha permitido contribuir a la exigibilidad de los derechos sociales atendiendo a las particularidades del contexto latinoamericano. Si bien la expresión “bloque de constitucionalidad” proviene del constitucionalismo francés, *la reapropiación de la noción de bloque de constitucionalidad en América Latina* expresa una idea de *tratamiento especial* al derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional. Lo anterior es una contribución, no exclusiva mas sí significativa, del constitucionalismo latinoamericano.² En el constitucio-

¹ La cuestión agraria se concentró en reducir el poder de los latifundios y en mejorar el nivel económico, intelectual y “moral” de los jornaleros. La cuestión obrera se enfocó a lo que ahora podría hacer la propia Constitución al legislar en materia laboral. Además, se confirmó el carácter laico de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales, así como la gratuidad de la enseñanza pública primaria. Véase García Ramírez, Sergio, “Raíz y Horizonte de los Derechos ‘Sociales’ en la Constitución Mexicana”, en *Liber Amicorum Hector Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. 2, pp. 83-86. Por otra parte, de las ideas y aspiraciones contenidas en los diarios de debate del Poder Constituyente, se infiere que éstos pretendían dar fin a un régimen de explotación, tanto en el campo como en la industria. Con ello, al imprimir los constituyentes mexicanos auténticos derechos sociales dos años antes que los alemanes de Weimar, fueron precursores de un Estado social democrático de derecho. Noriega Cantú, Alfonso, “El nacimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1917”, en AA.VV., *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, t. V, México, IJ-UNAM, 1988, p. 207.

² Véase Rodrigo Uprimny, “Reflexiones sobre la noción de bloque de constitucionalidad y sus contribuciones al establecimiento de pautas interpretativas para la justiciabilidad de los derechos sociales. Conferencia impartida en el Seminario Regional “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, organizado por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la CEPAL. Santiago, diciembre de 2007. Véase también, Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011.

nalismo latinoamericano, la manera como se ha ido reapropiando la noción de bloque de constitucionalidad es distinta a como surgió en Francia, porque hace referencia a las normas de derecho internacional de derechos humanos, en especial a los tratados de derechos humanos y a otras pautas normativas del derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho constitucional latinoamericano ha sacado el derecho internacional de los derechos humanos y los tratados de derechos humanos del régimen jurídico de los tratados, es decir, del régimen jurídico general, posicionándolos en un régimen jurídico especial y privilegiado, que consiste en considerar que esas normas son directamente aplicables y que suelen tener (hay debate en distintos países) jerarquía constitucional. De esta forma, el constitucionalismo latinoamericano ha ido aplicando un tratamiento especial y privilegiado al derecho internacional de los derechos humanos. Ésta es la noción de bloque de constitucionalidad latinoamericana: la incorporación en las Constituciones de los tratados y la normatividad de derecho internacional de los derechos humanos dándoles un trato especial y privilegiado que permita generar un bloque de constitucionalidad en el que haya una doble fuente para la definición de los derechos protegidos en el ámbito interno: la constitucional directa y la fuente del bloque de constitucionalidad. Entendido en esta forma que el bloque de constitucionalidad ha tenido notable impacto en muchas sentencias sobre derechos sociales a lo largo de la región, particularmente cuando los jueces deben precisar el alcance de las obligaciones inherentes a estos derechos.

El presente texto se concentra en un tercer aporte latinoamericano asociado al activismo judicial dialógico en materia de derechos sociales: la intervención judicial dialógica y estructural. Para ello, inicialmente, analizo algunas consecuencias negativas o imprevistas del litigio en derechos sociales y las críticas contra los efectos inequitativos que han tenido ciertas intervenciones judiciales. Después se analizan ciertas tendencias que responden a estas preocupaciones por la equidad. Resalto en particular las tendencias ancladas en un activismo judicial deliberativo y dialógico, que busca potenciar tanto el alcance estructural del control judicial de las políticas sociales como la deliberación pública y democrática.

II. LAS CRÍTICAS RELACIONADAS CON EL IMPACTO ECONÓMICO DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Algunas decisiones de altas cortes en la región empezaron a alcanzar una notoriedad pública importante, teniendo en cuenta su gran impacto institucional y económico, sus fuertes consecuencias financieras o las críticas por

parte de diversos actores que alegaban problemas de “inseguridad jurídica” que obstaculizarían programas de inversión en algunos países. En ciertas decisiones se utilizaron argumentos basados en la “conexidad” o en la “interdependencia” para eludir regulaciones internas o inaplicar normas que, por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, excluían ciertos procedimientos médicos o medicamentos, o para incluir prestaciones no incluidas en planes básicos.³ Este tipo de decisiones han sido criticadas por inequitativas y, en algunos casos, por falta de razonabilidad, entre otras, por las siguientes razones:⁴

a) Las acciones judiciales son utilizadas mayoritariamente por quienes están incluidos en la política pública específica en detrimento de quienes aún no han sido incluidos y por lo mismo resultan más vulnerables. En similar sentido, quienes acceden al beneficio son quienes cuentan con capacidad de pago suficiente para impulsar un proceso judicial, lo cual genera privilegios que no necesariamente están basados en criterios de necesidad y justicia. Asimismo, quedan por fuera de ello los sectores en extrema pobreza, cuyo acceso a la justicia es mínimo.⁵

b) Se debate sobre la legitimidad de los jueces para solucionar casos difíciles donde la concesión de la prestación en un determinado caso podría implicar la negación de la misma en otros, por ejemplo, cuando se ordenan tratamientos de alto costo en salud. Las decisiones judiciales se imponen o debilitan la universalidad, dado que no es factible que todas las prestaciones concedidas judicialmente se puedan universalizar para cobijar a cualquier

³ Por ejemplo, la intervención judicial para otorgar prestaciones fuera de los planes obligatorios de salud generó la concesión, por vía judicial, de *i*) atención médica para el restablecimiento de graves problemas de salud mental, *ii*) las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a fuertes dolores corporales, *iii*) el suministro de prótesis mamarias para el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica, *iv*) el suministro de la hormona del crecimiento, y *v*) las prestaciones destinadas a la atención de graves problemas de la visión, entre otras prestaciones que, al no estar contempladas en los planes obligatorios, su impacto financiero alcanzó a ser de gran magnitud. Yamin, Alicia Ely, *et al.*, “Colombia: Judicial protection of the right to health: An elusive promise?” en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

⁴ Uprimny, Rodrigo y Durán, Juanita, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, Santiago de Chile, CEPAL, 2014, y Yamin, Alicia Ely, *et al.*, *op. cit.*

⁵ Portugal Gouvêa, Carlos, “Derechos sociales en contra de los pobres” en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, El Constitucionalismo en Transición (Librería, 2011) y Motta Ferraz, Octavio Luiz, *Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil*, 89 *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1643-1668.

otra persona que lo requiera. Se termina entonces concediendo el privilegio a quienes interpusieron el recurso judicial.⁶

c) En similar sentido se señala que la concesión de prestaciones no previstas por los planes obligatorios desequilibra el sistema diseñado previamente y lo puede llevar a la quiebra. Al respecto, se alude a la tensión entre lo que se puede derivar de la protección normativa de derechos sociales y lo que el Estado realmente puede hacer dada su restricción presupuestaria.

d) Esta inequidad se haría más grave porque se explica en la intromisión de los jueces en esferas propias del Congreso y del Ejecutivo, donde los actores tienen mayor responsabilidad política y rendición de cuentas.

e) Los jueces no tendrían una visión de conjunto, en gran medida por carecer de herramientas y elementos de juicio técnico y macro, por lo cual terminan repartiendo los recursos de manera arbitraria.

f) Ante la escasez de recursos para garantizar todos los derechos sociales de todos, las decisiones —en ocasiones trágicas— sobre la limitación en la garantía de ciertos derechos, deben adoptarse en el proceso democrático por parte de autoridades electas para tomar dichas decisiones, razón por la cual la intervención judicial termina eludiendo este necesario debate democrático.

Estas críticas respecto a la presunta inconveniencia o ilegitimidad de la intervención judicial para proteger derechos sociales han generado diversos tipos de reacciones, particularmente respecto a aquellas críticas que se concentran en el tipo de orden que emiten los jueces. Son estas órdenes o remedios los que tienden a generar los impactos financieros y los desajustes institucionales.

A continuación, se analiza una temática en la que es posible ver una tendencia de algunas cortes latinoamericanas dirigida a tomar en serio la pertinencia de un análisis estructural del impacto económico de ciertas decisiones y la necesidad de buscar una protección judicial lo más equitativa e igualitaria posible. Se trata de la utilización de “macrosentencias” con remedios múltiples y abiertos como respuesta a las insuficiencias procesales del análisis caso a caso de situaciones estructurales asociadas a la violación sistemática de derechos sociales.

⁶ *Idem.*

III. RESPUESTAS A OBSTÁCULOS PROCESALES QUE DIFICULTAN UNA VISIÓN ESTRUCTURAL SOBRE VIOLACIONES SISTEMÁTICAS A DERECHOS SOCIALES. EL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO Y LA INTERVENCIÓN JUDICIAL ESTRUCTURAL⁷

Algunas decisiones muestran la relevancia de modificar algunos límites procesales que impiden una visión más global de los casos sobre derechos sociales. Por ejemplo, los efectos *inter partes* o exclusivos para el caso concreto individual, que obstaculizan una intervención judicial sobre los problemas estructurales que motivan el recurrente uso del poder judicial en una determinada materia. Además, algunas cortes han tenido que enfrentar el incremento del número de recursos judiciales en ciertas temáticas sobre derechos sociales o el no acatamiento de los estándares establecidos en jurisprudencia previa. Al enfrentar estas situaciones, existe una tendencia a desarrollar formas de “activismo dialógico”, en las cuales la intervención judicial impulsa la revisión general de una política pública que tiene repercusión en la violación masiva de derechos. Algunas cortes han utilizado figuras como el “Estado de Cosas Inconstitucional” mientras que otras han emitido órdenes generales dirigidas a que las autoridades competentes revisen los principales problemas de una política pública específica.

En el derecho comparado es posible encontrar antecedentes de este tipo de intervenciones, particularmente en el caso del “litigio de interés público” en Estados Unidos.⁸ Allí, el llamado *judicial policy making* desempeñó una función fundamental en la reforma de políticas públicas, particularmente relacionadas con prisiones, escuelas, instituciones de salud mental, abuso policial y derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, durante los años ochenta, tras décadas de autorrestricción en la materia, los sistemas de prisiones de ocho estados habían sido declarados inconstitucionales por medio de decisiones judiciales catalogadas como *structural injunctions* o “remedios estructurales” expansivos dirigidos al monitoreo de una política general.⁹

⁷ Para un mayor desarrollo véase Gargarella, Roberto, “Dialogic Justice in The Enforcement of Social Rights: Some Initial Arguments” en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri, *Litigating Health Rights...*, *cit.*

⁸ La literatura al respecto es enorme. Resalto en particular Schlanger, Margo, “Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation”, *Michigan Law Review*, vol. 97, p. 1994, mayo 1999 y Feeley, Malcolm M, y Rubin, Edward L., “Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America’s Prisons”, New York, Cambridge University Press, 1998.

⁹ Una reseña del litigio de interés público en Estados Unidos en relación con las prisiones, puede verse en Uprimny Yepes, Rodrigo *et al.*, “Intervención judicial en cárceles”, *Foro*

Estos “remedios estructurales” se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho individual en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que, a partir de la evaluación de las consecuencias que puede tener una decisión judicial, las órdenes buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes y, en particular, de los responsables y actores relevantes de una política pública. En otras palabras, no se busca solucionar el caso concreto sino la situación general que cobija a dicho caso y muchos otros. Este litigio de interés público se relacionaría con casos que involucran múltiples causas, sujetos y autoridades gubernamentales, de control y legislativas. En consecuencia, las decisiones no establecían un responsable único, sino que fijaban criterios generales dirigidos a los actores relevantes para la aplicación de la política. Además, la decisión no finalizaba el caso, toda vez que los demandantes podían solicitar la supervisión judicial continuada del cumplimiento de las decisiones. Lo anterior resulta en una “experimentación institucional” que, en principio, está dirigida al fortalecimiento de la democracia y la legitimación del poder judicial.¹⁰

A continuación, se analizan algunos ejemplos de macrosentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia en materia de derechos sociales, relacionadas con el desplazamiento forzado por la violencia y la crisis en el acceso a la salud. Asimismo, se analiza la función dialógica impulsada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso Riachuelo y algunas órdenes dialógicas emitidas por la Sala Cuarta de Costa Rica y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Constitucional Iberoamericano, 2005-2006, núm. 12, Véase también Bergallo, Paola, “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp.1611-1641 y Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, issue 7, 2011, pp. 1669-1698.

¹⁰ En similar sentido, Sabel y Simon (2004) han defendido un “nuevo paradigma remedial” asociado al modelo de “litigio experimental”. Sabel y Simon, retomando el trabajo de Mangabeira Unger, caracterizan al “litigio de interés público” como “desestabilizador”, teniendo en cuenta la forma en que las órdenes buscan romper barreras, aparatos burocráticos y trincheras institucionales para reevaluar organizaciones y procedimientos irregulares y cerrados. Además, consideran que las complejidades que enfrenta este tipo de remedios exigen una intervención “experimental”, según la cual el punto de partida es la inexistencia de una institucionalidad determinada que permita alcanzar los objetivos de transformación estructural. Por ello, el proceso de implementación exige combinar normas flexibles con la progresiva participación de los *stakeholders*; el diálogo entre los actores y del juez con los mismos, en orden por evaluar y aprender en torno a escenarios institucionales desconocidos e inciertos.

IV. LA SENTENCIA T-025 DE 2004 Y LOS DERECHOS SOCIALES DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Colombia ha padecido un conflicto armado durante más de cincuenta años. Uno de los efectos más horribles que esto ha provocado es el número de personas desplazadas por la violencia como consecuencia de agresiones, amenazas y presiones por parte de grupos armados ilegales e incluso por parte del Estado. Durante varios años la Corte Constitucional tuvo que revisar miles de acciones de tutela sobre personas en situación de desplazamiento forzado e incluso en 2000 ya había declarado un estado de cosas inconstitucional en la materia. Sin embargo, en 2004, al emitir esta Sentencia T-025, la Corte tuvo en cuenta *i*) la precariedad de la capacidad institucional para poner en marcha la política pública, y *ii*) la insuficiente apropiación de fondos. En este marco, a pesar de que se revisaba una cantidad importante de tutelas de personas desplazadas, muchas de ellas relacionadas con derechos sociales, la Corte consideró que la intervención puntual caso a caso era insuficiente para enfrentar la magnitud del problema. La Corte entonces señaló que:

6.3.1.1. En cuanto al diseño y el desarrollo reglamentario de la política, se evidencian los siguientes problemas...

(ii) No se han fijado metas específicas o indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido. No existen prioridades e indicadores claros.

(iii) La asignación de funciones y responsabilidades a las distintas entidades es difusa. ...Estas carencias obstaculizan la coordinación de acciones entre las diferentes entidades, impiden el seguimiento adecuado de la gestión, dificultan la priorización de las necesidades más urgentes de la población desplazada y estimulan la ausencia de acción de las entidades integrantes del SNAIPD y de los entes territoriales.

(iv) Se ha registrado la ausencia o grave insuficiencia de algunos elementos de la política considerados fundamentales por los que aportaron informes a este proceso. En este sentido, *(a)* no se establecen plazos para el cumplimiento de los objetivos propuestos, *(b)* no se señala el nivel necesario de apropiaciones para el cumplimiento de los fines propuestos, *(c)* no se prevé concretamente el equipo humano necesario para la implementación de las políticas, y *(d)*, tampoco se disponen los recursos administrativos idóneos para la ejecución de las políticas.

(v) Varias de las políticas de atención a la población desplazada no han contado con un desarrollo suficiente. En particular, esto sucede en los siguientes aspectos, según los informes presentados: *(a)* No ha sido regulada la participación de la población desplazada en el diseño y la ejecución de las polí-

ticas. No se han diseñado mecanismos eficientes dirigidos a la intervención real de la población desplazada. (b) La población desplazada no cuenta con información oportuna y completa acerca de sus derechos, la oferta institucional, los procedimientos y requisitos para acceder a ella, y las instituciones responsables de su prestación. (c) Existe un manejo desagregado y desordenado de la consecución y manejo de los recursos provenientes de la comunidad internacional. (d) Tampoco se observa un desarrollo integral y concreto de las políticas encaminadas a que la sociedad civil no desplazada adquiera conciencia de la magnitud del fenómeno, y a que el sector empresarial se involucre en programas dirigidos a su solución. (e) No ha habido un desarrollo integral de programas o proyectos encaminados a la preparación de funcionarios. Sobre todo, a nivel territorial, los funcionarios públicos no se encuentran adecuadamente informados acerca de sus funciones y responsabilidades, de las características del fenómeno del desplazamiento, ni de los requerimientos de la población desplazada. Tampoco son entrenados para tratar con personas en condición de desplazamiento. (f) No han sido reglamentadas las políticas que faciliten el acceso a la oferta institucional a los grupos desplazados en situación de mayor debilidad, tales como las mujeres cabeza de familia, los niños, o los grupos étnicos. No existen programas especiales que respondan a las especificidades de los problemas que aquejan a dichos grupos.

6.3.1.2. ... (i) En cuanto al grado de la implementación de las políticas de atención a la población desplazada se observa una insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones. Varias de las entidades que componen el SNAIPD, no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales. Lo anterior se evidencia en casi todos los componentes de la atención: (a) Los mecanismos de prevención, *i.e.* el sistema de Alertas Tempranas y el Decreto 2007 en relación con la congelación de los procesos de enajenación de predios rurales en áreas de riesgo de desplazamiento, no se han aplicado de manera integral, y no han logrado prevenir el fenómeno. (b) Los sistemas de información no incluyen la totalidad de ayudas recibidas por la población registrada, ni los bienes inmuebles abandonados en razón al desplazamiento. (c) La atención humanitaria de emergencia se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos. (d) En cuanto a la educación de la población escolar desplazada, a la escasez de cupos en algunos lugares se suma la falta de programas que faciliten apoyo en cuanto a libros, materiales y elementos mínimos exigidos por los distintos planteles, lo cual estimula la deserción escolar. (e) Los programas de estabilización socioeconómica y adjudicación de tierras y vivienda se faci-

litan a un número mínimo de desplazados. En los pocos casos en los cuales se otorgan facilidades de crédito, las entidades responsables se abstienen de prestar la asesoría y acompañamiento necesarios. (f) En cuanto al componente de retorno, no se han aplicado los programas de reactivación económica, ni proporcionado los elementos que permitan que las comunidades que intentan volver a sus lugares de origen puedan sobrevivir de manera autónoma. Tampoco se han implementado los mecanismos que protegen la propiedad o la posesión de las tierras de las personas desplazadas.

(ii) En cuanto a la adecuación y efectiva conducción de los distintos componentes de la política, la Sala observa que, en ciertos casos, los medios utilizados para alcanzar los fines de las políticas no son idóneos según los informes presentados: (a) En la estabilización socioeconómica de los desplazados, los requisitos y las condiciones para acceder a capital no son consistentes con la realidad económica de las personas en condición de desplazamiento. Por ejemplo, para acceder a algunos de los programas ofrecidos, la población desplazada debía probar ser propietaria de vivienda o tierra en la cual desarrollaría el proyecto. De la misma manera, los criterios técnicos de evaluación de los proyectos productivos presentados como candidatos para ser financiados no se ajustan a las condiciones y habilidades de los desplazados. Adicionalmente, el establecimiento de montos máximos para la financiación de alternativas productivas excluye la posibilidad de tener en cuenta las particularidades sociodemográficas y económicas de cada proyecto. (b) En materia de atención en salud, el trámite para que las personas desplazadas accedan al servicio, por un lado, y para que las entidades prestadoras del servicio puedan cobrar por éstos al FOSYGA, por el otro, han obstruido el acceso de la población desplazada a la salud. (c) Los requisitos y condiciones para acceder a los créditos de vivienda no se ajustan a las carencias económicas de los hogares desplazados. La exigencia de tiempos de ahorro, referencias personales y comerciales, así como otros requisitos, son en muchos casos, imposibles de cumplir para la población desplazada. Tales exigencias resultan discriminatorias y constituyen barreras de entrada para el acceso a este tipo de ayudas. (d) En cuanto a la educación, la exigencia a los hogares desplazados de pagar un valor mínimo costeable para que las personas desplazadas en edad escolar puedan acceder a cupos educativos ha sido una barrera, frecuentemente infranqueable, para la inscripción de los menores.

(iii) En cuanto al cumplimiento y la continuidad de la política, dado que no existen mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades que hacen parte del SNAIPD, ni plazos de evaluación del cumplimiento de los objetivos fijados para cada componente de la atención a la población desplazada, no es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas. No obstante, se observan algunas carencias en la implementación de las políticas, en lo concerniente al tiempo de su ejecución. Por ejemplo, los desembolsos de dinero necesarios para iniciar los proyectos

productivos son demorados y no son realizados en concordancia con los ciclos productivos de los negocios que lograron acceder a la ayuda crediticia. Además, las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hacen de manera discontinua y demorada. Subraya la Corte que, según los informes, no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención. Este problema está presente en casi todos los componentes de la política. Así, la prestación de la atención humanitaria de emergencia puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias.

6.3.1.4. ...la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que, al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado.

Se declaró entonces un estado de cosas inconstitucional teniendo en cuenta:

7.3 párrafo (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

tadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

En consecuencia, si bien se otorgaron algunas prestaciones urgentes, la Corte ordenó al Poder Ejecutivo que determinara con claridad la política pública necesaria para resolver el estado de cosas inconstitucional en relación con los derechos de este grupo poblacional. La Corte exigió la precisión de plazos y estrategias concretas, sin imponer un criterio particular, salvo la precisión de los mínimos de derechos humanos que deben ser respetados. Al respecto, ordenó la Corte:

(i) la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población;

(ii) el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados;

(iii) la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales —incluidas las organizaciones no gubernamentales— participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas. (Considerando 8.3.2.)

Con posterioridad a la emisión de la sentencia, la Corte Constitucional ha proferido diversos autos por medio de los cuales supervisa el cumplimiento del fallo continuamente.¹¹ Para ello dispuso la realización de audiencias públicas y la presentación de informes técnicos. En una de las audiencias públicas comparecieron ministros y altos funcionarios, organismos de control y sociedad civil. Este ejercicio representó un importante escenario de rendición de cuentas. Las audiencias también se han utilizado para temáticas de especial complejidad, pero con el objetivo de posibilitar el control ciudadano en aspectos que muchas veces quedaban reducidos a un grupo minoritario de expertos técnicos. Me refiero en particular a la adopción de indicadores para verificar el cumplimiento del fallo. En el auto 109 de 2007, la Corte adoptó “indicadores de resultado”, “indicadores de goce efectivo de derechos”,

¹¹ La Corte cita al respecto el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que regula el funcionamiento de la tutela, según el cual “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”. En desarrollo de esta norma, la Corte Constitucional ha proferido, además de la sentencia T-025 de 2004, numerosos autos de seguimiento.

“indicadores complementarios” e “indicadores asociados”, algunos de ellos circunscritos específicamente a varios derechos sociales.

El sistema de indicadores le permitiría a la Corte evaluar si el aumento de dinero llega a suplir efectivamente las necesidades de los desplazados. En el caso de la salud, por ejemplo, implica una mayor atención en la calidad de los servicios que en el número de cupos otorgados en el régimen subsidiado. En los autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 y 266 de 2006, la Corte reiteró como una de las causas que impedía avanzar adecuadamente en la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, la falta de indicadores de resultado que tuvieran en cuenta el goce efectivo de los derechos de la población desplazada y que permitieran determinar la dimensión de la demanda específica atendida, así como el avance, retroceso o estancamiento de cada programa y componente de atención, y solicitó al gobierno la adopción de tales indicadores de resultado.

Por ello, se pidió al gobierno la presentación de indicadores, los cuales pudieron ser criticados y completados por aquellos que presentaban organizaciones intergubernamentales y de la sociedad civil. La utilización de indicadores para impulsar una mejor implementación del fallo judicial constituyó una experiencia única en la región y permitió alcanzar consensos, a partir de criterios técnicos, entre distintos actores y disciplinas. De esta manera, los indicadores, como herramienta técnica, han sido insumos para la construcción de una voluntad política que no existía con claridad antes del fallo.¹²

En similar sentido, al analizar la repercusión de esta sentencia, autores como César Rodríguez y Diana Rodríguez¹³ la asocian con una forma de “activismo dialógico”. Dado que la intervención judicial genera espacios democráticos de deliberación con actores sociales y se elude la emisión de órdenes minuciosas que impiden el debate en el establecimiento de políticas públicas para solucionar problemas sociales. Dichos autores identificaron que la sentencia había tenido efectos instrumentales o materiales directos e indirectos, así como efectos simbólicos directos e indirectos.

En efecto, César Rodríguez y Diana Rodríguez documentaron un *efecto desbloqueador* del bloqueo institucional anterior a la sentencia, reflejado en la falta de acciones estatales para el mejoramiento de la situación de las per-

¹² Uprimny, Rodrigo y Sánchez León, Nelson Camilo, “Juzgar y medir: El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana” en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

¹³ Rodríguez-Garavito, César y Rodríguez-Franco, Diana, *Cortes y cambio social*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

sonas desplazadas en el país. Lo anterior es relevante teniendo en cuenta la gran maraña burocrática e institucional o las falencias de una determinada entidad que le impedía una adecuada capacidad para enfrentar el problema. Al sacudir el aparato estatal, la discusión política sobre el desplazamiento se replanteó en términos más democráticos y se abrió la puerta a nuevos procedimientos antes impensables como la construcción conjunta, entre el Estado y las organizaciones no gubernamentales (ONG), de indicadores de goce de derechos de la población desplazada.

Además, se dinamizó la maquinaria estatal al reactivar el inoperante sistema de coordinación interinstitucional y la expedición de programas de emergencia. En el tema presupuestal se ordenó en el fallo que las entidades estatales debían calcular el monto de inversión en un plazo de un mes. El gobierno solicitó que dicho plazo se extendiera por dos años, pero la misma Corte ordenó mantener el plazo inicial, pues de otra manera se hubiera mantenido la pasividad institucional, aunque posteriormente fijó nuevas metas y nuevos plazos que ampliaron la capacidad de maniobra del gobierno.

Por otra parte, la sentencia tuvo un efecto deliberativo al crear e impulsar procedimientos de participación y discusión entre un amplio espectro de actores sociales vinculados con el seguimiento del fallo.¹⁴ Este *activismo dialógico*, por otro lado, se caracteriza por dictar órdenes más abiertas, en las que no se señalan a profundidad los detalles en la construcción de las políticas públicas. Estos detalles quedan en manos de las autoridades respectivas. Sin embargo, Rodríguez y Rodríguez destacan que la Corte fue estricta en el cumplimiento de los plazos perentorios otorgados, de tal forma que la sentencia ha orientado la acción del gobierno frente al desplazamiento.¹⁵

¹⁴ En particular, las audiencias públicas se caracterizaron por ser un espacio donde intervinieron organizaciones de desplazados, ONG de derechos humanos, entidades estatales y organizaciones internacionales como la ACNUR.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 137-269. Consideran que el efecto desbloqueador es un efecto instrumental directo del fallo, pues las órdenes de la Corte consistían precisamente en destrabar el aparato estatal. El efecto deliberativo, por su parte, es un efecto directo del fallo —por ser consecuencia del proceso de seguimiento— con consecuencias instrumentales y simbólicas. Instrumentales por impulsar mecanismos concretos de políticas públicas; simbólicas por alterar la comprensión del problema del desplazamiento en la sociedad en general. De otro lado, estos autores señalan que en la T-025 la Corte generó que se superara una concepción del problema del desplazamiento forzado como un efecto colateral del conflicto, para ser valorado como una violación masiva de derechos. Dado que el alcance de este efecto va más allá de los actores sociales directamente afectados, al alcanzar a la sociedad en general, se clasifica como un efecto indirecto con consecuencias instrumentales y simbólicas. Su contenido simbólico se encuentra en la redefinición del discurso y de los términos utilizados para solucionar el problema del desplazamiento forzado, de tal forma que la población des-

De otro lado, estos autores resaltan que la T-025 el importante efecto en el diseño, la puesta en marcha y el seguimiento de políticas públicas sobre desplazamiento.¹⁶ Asimismo, ha tenido un efecto coordinador y articulador, particularmente mediante la reactivación del Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD), el cual pasó a ser la entidad encargada del diseño de las políticas públicas y del seguimiento al avance en el cumplimiento de la T-025. Finalmente, ha tenido un efecto social, al cambiar la situación de los desplazados, aunque los problemas en los sistemas de información sobre el tema dificultan establecer con precisión los alcances de dichos cambios en la situación de este grupo vulnerable.

V. RESPUESTA JUDICIAL ESTRUCTURAL A LA CRISIS DEL SISTEMA DE SALUD: LA SENTENCIA T-760 DE 2008

Otro ejemplo de intervención judicial estructural, pero en materia de salud, lo constituye la sentencia T-760 de 2008.¹⁷ Un importante antecedente de esta sentencia es que entre 1999 y 2008 se habían interpuesto más de 500,000

plazada logró tener una mayor visibilidad en la discusión pública que, pese a ser aún hoy insuficiente en relación a su magnitud, ha generado una nueva concepción del desplazado. Este efecto simbólico se refleja también en el incremento de noticias sobre desplazamiento y en el cambio de encuadre de las mismas, caracterizado por el discurso de los derechos. Asimismo, su componente instrumental consiste en la creación de un “campo socio-jurídico del desplazamiento”, esto es, un espacio de debate e interacción entre múltiples y diversos actores con propuestas dispares sobre el mismo fenómeno.

¹⁶ El primer elemento, el diseño de políticas, se refleja en la adopción, por parte del gobierno, del Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. Dicho plan fue expedido un año después de la sentencia e incluye un enfoque de derechos, consistente en la garantía del ejercicio y goce de los derechos humanos, y un enfoque diferencial que tiene en cuenta las características particulares de la población desplazada. Frente a la puesta en marcha de las políticas, el fallo ha motivado la creación de numerosos y diversos programas por parte de Acción Social, al igual que programas regionales y municipales de atención que son incluidos dentro de los procesos de seguimiento de la T-025. De igual manera, la puesta en marcha se refleja en el considerable aumento del presupuesto en la materia.

¹⁷ Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, véase Yamin, Alicia Ely y Parra Vera, Oscar, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2), 2010, pp. 431-459 y Yamin, Alicia Ely, *et al.*, “Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?” en Yamin, Alicia Ely y Gløppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights*, Cambridge, Harvard Univ. Press (Human Rights Program Series. Harvard Law School), 2011. Véase también Rodríguez-Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Bernal, Oscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

acciones de tutela relativas al derecho a la salud.¹⁸ Los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Tal vez no había ninguna otra institución más consciente que la propia Corte de las distorsiones que podía causar cierto tipo de intervención judicial en la política de salud y de las consecuencias desafortunadas que tenía que ocuparse persona por persona de los problemas denunciados mediante las tutelas. Las órdenes estructurales contenidas en la T-760/08 intentan ser una respuesta al diagnóstico que hacía la Corte de la situación.

La T-760/08 recoge 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sentencia, además de resolver las 22 tutelas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. En la sentencia, la Corte afirma que ese enfoque estructural es necesario porque:

los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela.

Desde julio de 2006, la Corte había estado reuniendo información de la Superintendencia de Salud, los ministerios de la Protección Social y de Hacienda, la Defensoría del Pueblo y la CNSSS, además de casos ilustrativos, con el fin de fundamentar su enfoque sistémico. La Corte emitió 16 órdenes generales en las que analizó la forma en que las fallas de regulación implicaban una violación de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud.

Las cuatro principales fallas de regulación se relacionaban con la *i*) precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios; *ii*) sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos; *iii*) determinación de derechos y deberes del paciente, y *iv*) cobertura universal del sistema. Las órdenes emitidas involucraron, entre otros aspectos, *i*) claridad en la definición de los beneficios del POS, *ii*) la realización de auditorías institucionales sobre desempeño con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras, así como otras medidas para fortalecer la supervisión sobre dichas empresas; *iii*) facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, *iv*) un plan de contingen-

¹⁸ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2009.

cia para garantizar los recobros apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS-C y el POS-S, y v) hacer una revisión integral de las tasas de capitación, que no se habían revisado a fondo desde hacía muchos años. La Corte exigió un proceso que incluyera la “participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud”,¹⁹ en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

En la T-760/08, citando la inacción del gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la Ley 100 de 1993, la Corte le ordenó a la CRES unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, además del perfil epidemiológico de la población.

Además de basarse en este perfil, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia Ley 100, la sentencia le ordenó al gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal y establecía como fecha límite el año 2010. La sentencia tiene más de 400 páginas e involucra más de 20 órdenes desagregadas. A manera de ilustrar la técnica argumentativa y narrativa desarrollada por la Corte, cabe resaltar los siguientes extractos:

2.2. Problemas jurídicos generales. Los problemas jurídicos de carácter general, hacen referencia a cuestiones de orden constitucional que tienen que ver con la regulación del sistema de protección del derecho a la salud, que afectan la posibilidad de que éste sea gozado efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas, tal como se evidencia en los casos acumulados en el presente proceso. Todos los problemas generales se pueden reunir en uno sólo, a saber: ¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo? A esta pregunta se responde afirmativamente y se imparten las órdenes necesarias para que se superen las fallas de regulación detectadas. Las órdenes que se impartirán se enmarcan dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, puesto que dicha deci-

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008.

sión compete al legislador. 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, como se analizará posteriormente (ver capítulo 6).

6.1.1. Medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y actualización periódica de los mismos... 6.1.1.1.3. Además de la importancia de la definición clara de los contenidos de los planes de beneficios para efectos de la protección del derecho a la salud de los usuarios, este aspecto es esencial para aclarar el ámbito de financiación de la UPC y los casos en los cuales procede el recobro ante el FOSYGA, ya que estos recursos sólo están previstos para los casos en los cuales el servicio no se encuentra en el POS y la persona carece de recursos propios para sufragarlo.

6.1.1.2.2. Así mismo, la decisión de suprimir servicios que antes estaban incluidos en los POS, puede fundamentarse en razones técnicas acerca de la pertinencia de su provisión, como también, en fundamentos relativos a la priorización de los recursos de la salud y a la evaluación del impacto social de la provisión de distintos servicios. Siempre que los fundamentos por los cuales se supriman servicios estén encaminados a la protección efectiva del derecho a la salud según las necesidades de la población, la Sala considera que, *prima facie*, la mencionada eliminación no es regresiva. Lo mismo se aplica en el evento de que el plan de beneficios sea concebido desde una perspectiva distinta a la actual, *v.gr.*, por patologías u otro criterio de inclusión de servicios de salud. Cabe reiterar que el derecho a la salud no es absoluto, sino limitable. Sin embargo, las limitaciones al derecho deben ser razonables y proporcionales. O sea, que si bien el plan de beneficios no tiene que contener una canasta de servicios infinita, la delimitación de los servicios de salud incluidos debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en un contexto de asignación de recursos a las prioridades de la salud. Por ello, es indispensable justificar cuidadosamente cada supresión de servicios como una medida que permite atender mejor nuevas prioridades de salud, no como una reducción del alcance del derecho.

6.1.2.2. Órdenes específicas a impartir... Por las anteriores razones, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará la adopción de medidas para que se unifiquen los planes de beneficios, en relación con los niños y las niñas en el corto plazo, y para los adultos, en el momento en que las autoridades

competentes lo consideren viable pero con sujeción a un programa y un cronograma que deberán ser adoptados en la fecha señalada en la parte resolutoria de esta providencia.

6.1.2.2.2. ...la decisión tomada en la ley y cuyo cumplimiento se ordena en la presente sentencia, de unificar los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado, puede generar incentivos nocivos en la acción colectiva de los afiliados. En efecto, el que los planes de beneficios de los dos regímenes tiendan a ser iguales puede desincentivar a algunos particulares a pertenecer al sistema contributivo, teniendo en cuenta que en el subsidiado “pagan menos”. Para enfrentar dicho problema, de tal manera que el régimen subsidiado sólo sea para aquellos que no cuentan con los recursos para participar en el contributivo, son necesarias soluciones públicas que habrán de ser diseñadas, aplicadas y evaluadas por las entidades competentes. Dentro de estas soluciones se pueden incluir, entre otras, sanciones para aquellos que por medio de engaños muestren ingresos inferiores a los que detentan en la realidad, regulaciones dirigidas a la adopción de alicientes que incentiven el pago de cotizaciones por quienes tienen capacidad económica y la correspondiente divulgación de dichas políticas. En todo caso, estas medidas deben prever la posibilidad de moverse de un régimen a otro durante los ciclos laborales y no podrán impedir que las personas que estén en el régimen contributivo puedan pasar al subsidiado en los casos en los que económicamente lo requieran.

6.1.4. Medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS... 6.1.4.1.2. En conclusión, el Estado deja de proteger el derecho a la salud cuando permite que la mayoría de violaciones sean claros irrespetos a dicho derecho, en los que se obstaculiza a las personas el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados. Mantener los incentivos y desincentivos que no promueven el goce efectivo del derecho, así como no ejercer adecuadamente las facultades de vigilancia y control, han permitido que se mantenga esta situación constante de vulneración reiterada y en modo alguno justificable, del derecho a la salud de las personas, por parte de muchas de las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios.

6.2.3. Orden de corregir las trabas en el sistema de recobros... El escenario descrito muestra la necesidad de tomar medidas para mejorar el sistema de recobros actual con la finalidad de garantizar el flujo oportuno de recursos en el sistema. Sin embargo, no compete al juez constitucional establecer cuál es

la forma en que se deben superar los defectos que le impiden a la administración pública contar con la capacidad institucional que le permita adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar efectivamente a la población el mayor nivel de salud posible, habida cuenta de los recursos disponibles. No obstante, sí es función del juez constitucional impartir las órdenes necesarias para que los órganos competentes para adoptar estos correctivos, si no lo han hecho o no lo están haciendo, de acuerdo al mandato constitucional, los tomen lo más pronto posible.

6.4. Órdenes sobre cobertura universal... 6.4.2. Orden específica a impartir.

Por esta razón, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud antes de la fecha fijada por el legislador y señalada en la parte resolutive de esta providencia y que informe cada seis meses a la Corte Constitucional y a la Defensoría del Pueblo sobre los avances parciales que se obtengan en el proceso de cumplimiento de esa meta. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberá explicarse las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

9. La reducción de la presentación de acciones de tutela para acceder a los servicios de salud como indicador del cumplimiento de esta sentencia...

Así, la reducción del número de acciones de tutela invocadas para que sean los jueces los que resuelvan los problemas jurídicos recurrentes de acceso a los servicios de salud analizados en esta sentencia, es uno de los resultados que pueden indicar el cumplimiento de las órdenes de esta sentencia atinentes a las fallas en la regulación. Por esta razón, sin perjuicio de la autonomía de las autoridades del sector para diseñar y aplicar los indicadores que a su juicio sean más adecuados, la Corte ordenará al Ministerio de Protección Social que informe a esta Sala, así como a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, sobre el número de acciones de tutela interpuestas con el fin de proteger el derecho a la salud, específicamente acerca en lo concerniente a los problemas jurídicos descritos en la presente providencia. Con el tiempo, si las medidas que adopten los órganos de regulación son idóneas, las personas no se verán obligadas a acudir a la acción de tutela y la proporción de ésta se reducirá.

Cabe resaltar que la sentencia hizo uso extensivo del derecho internacional de los derechos humanos —particularmente la Observación General

14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—. ²⁰ Asimismo, en la sentencia T-760/08, la Corte especificó que el derecho fundamental a la salud contiene “un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas” y que el ámbito de dicho derecho puede ser objeto de limitaciones que, para ser admisibles, deben estar justificadas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. En un auto de supervisión de la sentencia, la Corte complementó esta idea al señalar que:

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo... Pero ello no significa que el derecho a la salud sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cubija. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles. ²¹

La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, instó a la CRES a que cumpliera con estas funciones legales conforme a la Ley 1.122 de 2007. Esta lógica de la Corte resulta compatible con las propuestas del eticista Norman Daniels respecto a “rendición de cuentas sobre la razonabilidad”. ²² Daniels argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades. ²³

Por ello, considera que lo que se necesita es tener un proceso justo, a saber: *i*) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; *ii*) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; *iii*) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos, y *iv*) exigible. ²⁴ La T-760/08 exige este tipo de procesos

²⁰ ONU, observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 período de sesiones, 2000, Doc. E/C.12/2000/4, 2000.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, auto 110 de 2011. Sala de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008.

²² Daniels, Norman, “Accountability for Reasonableness” en *BMJ* 321, 2000, pp. 1300 y 1301 y Daniels, Norman, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

²³ Daniels, Norman, *Just Health...*, *cit.*

²⁴ *Idem.*

deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

En cuatro años la Sala de Seguimiento ha emitido más de 30 autos genéricos y decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la Sentencia; la cual ha tenido enorme repercusión en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud. En un primer momento, para cumplir con la sentencia, el gobierno impulsó un estado de excepción relacionado con la emergencia económica y social. Ello fue rechazado por la Corte, que resaltó que no era necesario utilizar un estado de excepción para tal efecto. Después el gobierno adoptó diversas medidas respecto a la corrupción en el manejo de recursos y respecto al control de precios de medicamentos.

En el auto 78 de 2012, la Corte retomó los autos emitidos entre 2008 y 2012 como antecedentes para convocar a una audiencia de rendición de cuentas en relación con los temas de flujo de recursos. Además, hizo un balance y señaló las dificultades que impiden avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales sobre flujo de recursos, entre ellos, la insuficiencia en las fuentes de financiación del sistema y la incertidumbre acerca de la eficacia de las medidas adoptadas por los órganos de regulación. Por otra parte, evidenció la *suficiencia de recursos* asignados al sector salud, pero denunció que éstos eran dilapidados. En efecto, para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la “indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control”. El Tribunal reiteró consideraciones ya desarrolladas al declarar inexecutable la emergencia social, y resaltó la existencia de sobrecostos debida a la intermediación de los medicamentos, aspecto que hace que los medicamentos en Colombia tengan un precio excesivamente mayor al de otros países.²⁵

Como un importante efecto instrumental de la sentencia cabe resaltar que en estos años se produjo un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control²⁶ con fundamento en los derroteros señalados por la Corte. Se trata de un efecto directo asociado a los cambios en las conductas de los órganos destinatarios de la decisión y es también un indicador de proceso sobre los avances en los esfuerzos institucionales para poner en marcha la Sentencia. La sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, Auto núm. 263 del 16 de noviembre de 2012, considerando 4.2.10.

²⁶ Particularmente la Contraloría General de la República y las Superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, así como procesos disciplinarios impulsados por la Procuraduría General de la Nación.

tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, por medio de la sentencia y sus autos de supervisión, ha señalado una hoja de ruta sobre los principales asuntos en los que deberían focalizarse las tareas de supervisión.

Respecto a las repercusiones en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, al emitirse la sentencia, varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó la sentencia T-760/08 era insostenible teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema derivada del hecho que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante cuatro años el gobierno adoptó medidas sobre unificación y actualización del POS y estas medidas han sido analizadas en más de 15 autos específicos emitidos por la Corte.

Por ejemplo, en el auto 105 del 8 de junio de 2010 la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los acuerdos que hasta ese momento había emitido dicho órgano con el objetivo de actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los antecedentes y criterios para la emisión de dichos acuerdos, los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios, pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas “zonas grises” y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios.

La Corte convocó a una audiencia pública en la que intervinieron ministerios, órganos de control y representantes de la sociedad civil. Posteriormente, la Sala de Seguimiento emitió el auto 226 de 2011, en el cual se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el gobierno y la CRES debían seguir cuando lleven a cabo las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios, las cuales ocurrieron en 2011 y 2012. La Corte emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de actualización y unificación en el auto 261 del 16 de noviembre de 2012, en el cual determinó, entre otros elementos, que no se habían evidenciado medidas tendientes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica, y que en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica.²⁷

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, auto 261, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en reformas al sistema de salud y proyectos de ley estatutaria. El gobierno de Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud y algunas de las propuestas han estado influidas por lo señalado en la sentencia T-760, especialmente respecto a la concepción del derecho a la salud como derecho fundamental y los alcances que podría tener su posible limitación.

Sin embargo, se puede acusar a la Corte de haber puesto demasiada fe en la existencia de un proceso deliberativo y también de ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. Sin embargo, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. Al respecto, muchas de las respuestas del gobierno a la sentencia T-760/08, particularmente durante el gobierno del presidente Uribe, mostraban simultáneamente un cumplimiento nominal con la sentencia de la Corte y una estrategia para eludir su cumplimiento efectivo. Algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, el gobierno no ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre cómo la expansión de beneficios y cobertura puede ser una amenaza para la sostenibilidad financiera de todo el sistema.

El contexto colombiano, además de presentar desigualdades sociales extremas, se caracteriza por la presencia de ciertos grupos de interés —como el de las aseguradoras— que están bien organizados y ejercen una gran influencia económica, mientras que los pacientes más pobres tienen pocos o inexistentes medios económicos y sus procesos de organización son limitados y atraviesan diversas dificultades. Por consiguiente, es muy posible que algunas “reglas del juego” para una deliberación democrática sobre los parámetros del derecho a la salud refuercen los profundos desequilibrios de poder.

Durante la mayor parte de la puesta en marcha de la sentencia, eso es lo que parece haber ocurrido, puesto que ni la CRES ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las EPS, las grandes farmacéuticas enriquecidas con los precios de medicamentos u otros poderosos grupos de interés, como algunos congresistas con intereses en el sector. Por lo pronto, cabe resaltar que durante el control sobre la emergencia social y la supervisión de cumplimiento de la sentencia T-760, la Corte ha iniciado un control sobre la forma en que algunas EPS se han enriquecido y utilizado grandes cantidades de dinero de la salud en gastos excesivos de administración, intermediación y transacciones comerciales. Este aspecto es

fundamental para repensar no sólo el modelo establecido en la Ley 100 sino también qué valor le otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

Colombia ofrece complejos retos para el activismo judicial “dialógico”, puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, y la precariedad del Estado de derecho hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil. Las propias razones sociopolíticas que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales limitan también las posibilidades de conseguir en Colombia un cambio social transformador en el campo de la salud mediante la intervención judicial.²⁸

VI. EL CASO MENDOZA Y EL IMPULSO DE PROCEDIMIENTOS PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

Diecisiete residentes en la Cuenca Matanza-Riachuelo²⁹ interpusieron una demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas para obtener indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación de la Cuenca, cese de la contaminación y recomposición del medio ambiente. En 2006, la Corte Suprema se pronunció en forma preliminar frente al caso y ordenó, entre otras cosas, la creación de un fondo público, la reanudación de un plan de gobierno tendiente a enfrentar esta problemática.

... la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La

²⁸ Parra Vera, Oscar y Yamin, Alicia Ely, “La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura, *et al.*, (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 2591-2649.

²⁹ CSJN, *Mendoza Beatriz y otros vs. Estado Nacional*, 20 de junio de 2006.

mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.³⁰

Las órdenes de la Corte impulsaron un diálogo entre los distintos sectores afectados, la realización de audiencias públicas y mesas de trabajo. Finalmente, en julio de 2008, la Corte dictó la sentencia en la que se determinó la responsabilidad de dichas entidades en las acciones destinadas al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la recomposición del ambiente y la prevención de daños futuros y estableció un programa de intervención que obliga a la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) al seguimiento de un cronograma de actuación de medidas. La Corte delegó en un juzgado federal de primera instancia el control del cumplimiento de la sentencia y creó un cuerpo colegiado, conformado por el defensor del Pueblo de la Nación y algunas ONG para impulsar la participación ciudadana en la puesta en marcha de la sentencia y el control del cumplimiento del fallo. Entre las consideraciones que ilustran el enfoque de la Corte Suprema, se destacan las siguientes:

Que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo. El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo.

...Con relación al plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo presentado por la parte demandada se han realizado audiencias y dictámenes que evidencian deficiencias que este Tribunal debe tener en cuenta. De todo ese proceso, descrito en los considerandos anteriores, surge que existen importantes diferencias entre las distintas versiones presentadas, y que en muchos aspectos no hay una elaboración actualizada sino una reedición de documentos que existían con anterioridad y que datan de varios años. También han existido dificultades para conocer datos objetivos, públicos y

³⁰ *Idem.*

mensurables sobre las distintas situaciones existentes, lo cual ha sido agravado por la dispersión de las fuentes de información y la falta de una terminología homogénea.

Por otro lado, la eficacia en la implementación requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control.

...Que por la presente sentencia la Autoridad de Cuenca queda obligada a cumplir el siguiente programa:

I) Objetivos: El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

II) Información pública. Organizar, en un plazo de 30 (treinta) días hábiles, un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, etcétera, actualizados, que fueron solicitados en la resolución de fecha 22 de agosto de 2007. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

[otros temas en los que se estableció un cronograma fueron:] III) Contaminación de origen industrial; IV) Saneamiento de basurales; V) Limpieza de márgenes de río; VI) Expansión de la red de agua potable; VII) Desagües pluviales; VIII) Saneamiento cloacal, y IX) Plan Sanitario de Emergencia.

...Que es igualmente relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa descrito en los considerandos anteriores. Dicho control debe ser organizado mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado. Para tales fines —en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado— la designación debe recaer en el Defensor del Pueblo de la Nación. Esta autoridad conformará un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros, coordinando su funcionamiento y distribuyendo internamente las misiones, entre las que se incluyen la recepción de información actualizada

y la formulación de planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca para el mejor logro del propósito encomendado según criterios de igualdad, especialidad, razonabilidad y eficacia.

Que además de la ejecución puntualizada, dicho tribunal tomará intervención en la revisión judicial que se promueva impugnando las decisiones de la Autoridad de Cuenca (artículos 18 y 109 de la Constitución Nacional), competencia que será de carácter exclusiva pues de este modo se procura asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las cuestiones que se susciten, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de decisiones de distintos jueces de primera instancia, frustrando así la más conveniente ejecución de la sentencia y estimulando una mayor litigiosidad que podría paralizar la actuación de la agencia administrativa interviniente.³¹

A finales de 2010, el cuerpo colegiado reconoció diversos avances, pero señaló el incumplimiento de las órdenes y se solicitó la aplicación de multas a los funcionarios públicos responsables. Sin perjuicio de ello la intervención de una entidad interjurisdiccional ha ayudado a corregir los problemas de dispersión y superposición de responsables y normativas aplicables y a mejorar el ejercicio del poder de la policía sobre las actividades contaminantes. Además, la sentencia abrió instancias de participación social en el diseño y control de las políticas.³²

VII. LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA Y LA ORDEN PARA SUPERAR LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES CON LAS LISTAS DE ESPERA³³

La siguiente sección presenta cómo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica abordó el tema de las listas de espera en la prestación de servicios de salud y las medidas que tomó para incidir más allá del caso en concreto. Las listas de espera han sido un problema estructural en Costa Rica.³⁴ Los hechos que motivaron la sentencia están relacionados con

³¹ *Idem.*

³² Sobre este caso véase Abramovich, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Abramovich, *vs.*, Pautassi, L. (comps), *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, pp. 67 y ss. y Fairstein, Carolina y Morales, Diego, “En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo”, Informe Anual 2009, Centro de Estudios Legales y Sociales.

³³ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 4621, abril 13, 2013.

³⁴ Castillo Víquez, Fernando, y Calzada Miranda, Ana Virginia, “*El derecho a la salud bajo el sistema de salud costarricense*”, disponible en: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/>

un paciente que se encontraba en una lista de espera de 200 personas para una cirugía de rodillas, producto de la demora en la prestación del servicio al demandante se le estaba afectando su calidad de vida, solicitando así a la Sala Constitucional que se ordenara a las autoridades médicas brindarle las atenciones que requería. Los demandados alegaban saturación e insuficiencia de recursos.

La Sala Cuarta señaló que los entes encargados de prestar dicho servicio tienen una obligación imperativa e impostergable de adaptarlo a las necesidades particulares de sus pacientes, y más aún cuando éstos requieren de una atención médica inmediata y urgente “sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación”. Por lo tanto la omisión de tales obligaciones constituiría una falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de la entidad, por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados, la Sala también consideró que los encargados del mando de los entes prestadores del servicio de salud, así como los encargados del abastecimiento de recursos materiales y los directores de hospitales y clínicas están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables de adoptar y poner en marcha todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para terminar con la prestación tardía del servicio de salud.

En esta decisión la Sala observó que, de acuerdo a los registros de decisiones de amparo sobre la prestación tardía del servicio de salud, llegó a la conclusión que esta situación no era una situación excepcional si no por el contrario una situación generalizada, lo que permitió tomar la decisión más allá del caso en concreto. Así pues el Tribunal consideró que había pasado todo plazo razonable para que las autoridades competentes resolvieran los problemas administrativos y brindaran el servicio público de conformidad con los principios constitucionales de oportunidad, eficiencia, eficacia y celeridad, indicando que la administración del ente prestador del servicio de salud no puede trasladar las consecuencias de su inoperancia e impericias en los administrados, en especial cuando se trata de derechos fundamentales como el derecho a la salud.

La Sala generó en la parte resolutive de la decisión una directiva constitucional para que se procediera de manera paulatina, pero seria, para

Constitucion%20Politica/Doctrina/3-El%20Derecho%20a%20la%20Salud%20bajo%20el%20Sistema%20Costarricense-Magistrados%20Calzada%20y%20Castillo.pdf. De acuerdo con el reporte anual de 2012 emitido por la el Instituto de Seguridad Social de Costa Rica, existen alrededor de 650,000 personas en lista de espera.

erradicar las listas de espera irrazonables en la prestación del servicio de salud. Por esto solicitó que debían realizarse estudios técnicos que permitieran elaborar un plan dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia, para la Sala dicho plan debe definir los plazos de espera razonables por patología o nivel de urgencia, así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, la Sala indicó que se debía fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda. La Sala solicitó que se le alleguen informes semestrales de cumplimiento. Asimismo, la parte resolutive de la decisión señaló a la ejecutiva de la entidad y al director del hospital que en caso de no cumplir con la decisión incurrirían en delito de desobediencia.³⁵

VIII. CONCLUSIONES

La difícil realidad latinoamericana ha exigido de diversas altas cortes particular creatividad y rigurosidad técnica para tratar de hacer realidad los derechos sociales en una región marcada por la miseria y la inequidad. Los remedios asociados a las macrosentencias y el activismo judicial dialógico, han focalizado el análisis en un control judicial estricto de la transformación estructural de políticas públicas.

Ello ha permitido diversas respuestas a los críticos de la intervención de las cortes en estas materias, pero también ha generado nuevos dilemas, debido a la larga espera por la puesta en marcha adecuada de aquellos remedios dirigidos a impulsar una mejor gestión institucional y una mayor liberación democrática. Esa larga espera acentúa el justificado escepticismo que en la región tienen algunos sectores populares respecto a la posibilidad de grandes transformaciones sociales por vías institucionales.

A pesar de ello, las cortes latinoamericanas siguen avanzando hacia una mayor armonización entre una protección judicial estricta en el análisis de restricciones, creativa en la protección sustantiva de los derechos sociales, que vela por su impacto equitativo, y que intenta armonizar una vigorosa

³⁵ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 3691, 13 de marzo de 2013.

protección de estos derechos con un impulso importante de la discusión pública y la deliberación democrática.

Las grandes esperanzas que ello despierta constituyen el gran reto hacia futuro, teniendo en cuenta que la participación y las posibilidades reales de deliberación democrática dependen del contexto sociopolítico. Y ese contexto actual, en América Latina, sigue siendo de grave exclusión social, inequidad, violencia sociopolítica y pobreza, con importantes asimetrías entre los actores que dialogan en torno a la puesta en marcha de los fallos, y con importantes falencias en el soporte institucional encargado de materializar los derechos sociales. Por ello, las cortes deben seguir cumpliendo una función fundamental en la recomposición de las asimetrías de poder, impedir la exclusión de ciertas voces en el debate público, garantizar la imparcialidad de ciertos procedimientos, impulsar la mayor deliberación pública posible, el reconocimiento de los grupos de especial protección y la redistribución de la riqueza.