

Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*

Néstor Osuna**

I. INTRODUCCIÓN

Según la ortodoxia constitucional, la actividad judicial en un sistema de filiación romano-germánica está limitada a la aplicación del derecho en casos concretos, sin que a los jueces les corresponda el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ningún ámbito, pues estas funciones están reservadas al legislador y al Ejecutivo. Sin embargo, la protección judicial de los derechos humanos ha traído importantes cambios para las democracias contemporáneas, entre ellos que ese planteamiento inicial ya no tenga la dureza que proclamaban los manuales de derecho constitucional de hace 50 años, sino que más bien haya que analizarlo como un principio que ciertamente forma parte de la dinámica de los Estados que tienen mecanismos de justicia constitucional, pero que, como principio, puede entrar en colisión con otros, tales como la efectividad de los derechos humanos o la supremacía constitucional, y que en esas colisiones no siempre tiene preeminencia ni carácter absoluto.

Lo cierto es que los jueces, en la protección de los derechos y las libertades, hacen mucho más que resolver casos concretos de violaciones a los mismos. A partir de datos como el rango supralegal de estos derechos, su efecto de irradiación sobre todos los ámbitos del derecho, su particular potencialidad expansiva o su propia estructura de principios más que de reglas, los jueces “concretan” el contenido y alcance de los derechos humanos, y, por tanto, asumen un papel que va más allá del de simples administradores de las reglas preestablecidas. Por

* N. del ed.: Si bien el presente texto fue elaborado por el profesor Néstor Osuna, fue el doctor Humberto Sierra Porto quien hizo la presentación oral del tema, aportando interesantes consideraciones y opiniones personales al respecto durante el curso del “VI Encuentro del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” (Colombia, 2014).

** Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.

supuesto, la crisis contemporánea de la democracia representativa también ha potenciado el papel de la jurisprudencia constitucional en materia de libertades.

En esas coordenadas se inscriben las “sentencias estructurales” o “macrodecisiones”, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.

El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los *structural injunctions* de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución.¹ Se suele evocar el famoso caso de *Brown vs. Board of Education*, de 1954, en cuya sentencia, la Corte Suprema Federal declaró que la segregación racial en las escuelas era contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución. Tal labor fiscalizadora de los tribunales ha sido relevante en la medida en que ha permitido reformar asuntos que se manifestaban en el interior de la sociedad como abiertamente injustos y para los que nunca había existido intención de cambio por parte de la clase política tradicional estadounidense. Los remedios estructurales apuntan, entonces, a reformar una institución del Estado para armonizarla con la Constitución (“*The structural injunction is a court’s remedial tool to reform an entire state institution in order to bring it into compliance with the Constitution*”).²

Un ejercicio de derecho comparado permitiría encontrar sentencias de este tipo en buena parte de los países que tienen sistemas de justicia constitucional. La doctrina ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Argentina y Canadá, asuntos que exceden las dimensiones y posibilidades de este informe. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana también reporta algunos casos interesantes (y, por supuesto, controversiales) en los que se han proferido sentencias que apuntan a resolver problemas endémicos de derechos humanos, como el hacinamiento

1 Véase Fiss, Owen M., *Civil rights injunction*, Indiana University Press, 1978. Disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/injunction.pdf>. También Citron, Roger, “(Un)Luckey v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services”, *The Yale Law Journal*, vol. 101, núm. 482, 1991-1992, p. 497. Disponible en: <http://works.bepress.com>.

2 Citron, Roger, *idem*.

to carcelario, el desplazamiento humano interno por razón del conflicto armado o el precario servicio de salud ofrecido por las instituciones de seguridad social a millones de ciudadanos. En al menos 13 situaciones, la Corte Constitucional colombiana ha decretado lo que ella llama un *estado de cosas inconstitucional*, a partir del cual ha tomado decisiones que apuntan a remediar esos problemas estructurales. En algunos casos, no obstante, también ha procedido de ese modo sin invocar explícitamente el término de estado de cosas inconstitucional.

En cualquier caso, lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas *inter partes* de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado.

A continuación se expondrán tres ejemplos de sentencias estructurales colombianas (hacinamiento carcelario, desplazamiento forzado, sistema de salud) y, luego, se harán algunas reflexiones generales a partir de esos casos.

II. EL HACINAMIENTO CARCELARIO

Tal como ocurre en otros lugares del mundo, en las cárceles colombianas se padece una grave situación de hacinamiento y abandono de los internos, que conduce a condiciones inhumanas y degradantes prohibidas por la Constitución y los tratados internacionales vigentes. Ante esa situación, en el año 1998, la Corte Constitucional colombiana profirió dos sentencias (T-153 y T-606) que abordaron el asunto más allá de las coordenadas fácticas que subyacían a los respectivos casos y declararon que en las cárceles del país imperaba un inadmisibles estado de cosas inconstitucional, en el que la negación de los derechos humanos más básicos se había vuelto cotidiana, y frente al cual las autoridades responsables habían omitido históricamente el cumplimiento de sus obligaciones. Las coordenadas fácticas de los casos que dieron lugar a estas sentencias eran solicitudes de personas internas en dos cárceles del país, que padecían situaciones extremas de hacinamiento y desatención en su salud. Los hechos de las respectivas demandas se exponen del mejor modo en dos extractos de esas sentencias, en los que se asoman, en sus palabras, los dos internos demandantes. Así, en el caso que condujo a la Sentencia T-153 de 1998, se encuentra la siguiente afirmación del prisionero:

En un pasillo hay 40 camarotes con capacidad para 40 internos, los internos a su costa construyeron 40 zarzos, ampliando la dormida para 80 personas. Al hacer los zarzos el clima aumentó su temperatura de 25 a 35 o 40 grados en muchas ocasiones, haciéndose insoportable la dormida, pues, por el calor, solo se puede conciliar el sueño después de la media noche y cuando baja un poco la temperatura, pero lo injusto es que no tenemos 80 internos por pasillo, sino que tenemos 170 o 180 personas por pasillo y mientras unos (los de las celdas) nos encontramos durmiendo en baños de sauna, otros sufren las inclemencias del frío, tirados en el pasillo de las celdas y no tienen espacio ni siquiera para poder estirarse y dormir cómodamente.

En los últimos días se ha estado haciendo súper insoportable la dormida, nos suben a las 4 de la tarde a los dormitorios y desde que subimos hasta que nos bajan al otro día nos toca quedarnos casi que inmóviles, pues no hay espacio ni para dormir en los baños, el gobierno nos tiene arrumados en un corral y ahora quiere empacarnos en el corral.

El ambiente es pesado y hay insuficiencia de todo y según la Constitución, vivimos en un Estado social de derecho y son fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan y debe de garantizar-nos la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y si la Constitución es norma de normas, y prima la Constitución por encima de todo, esta no está primando en el momento actual.

Por su parte, en el caso que condujo a la Sentencia T-606 de 1998, se cuenta con la transcripción del siguiente relato verbal del demandante:

Preguntado: Díganos qué lo motivó a usted para presentar dicha acción de tutela. Contestó: “Pues por salud, cuando yo estaba en la calle tuve un accidente en moto y de ahí para acá seguí con un problema en la columna; según el historial médico yo quedé con un problema en la columna. Cuando yo llegué aquí, como a los cuatro meses me condenaron. Cuando estaba sindicado hice solicitudes para que me sacaran una radiografía y me dijeran cómo había seguido yo, porque en esa oportunidad me sentía enfermo. Después voy a la enfermería y hablé con el médico, quien me dijo que yo me estaba haciendo el ‘huevo’, después me llevaron a la enfermería para una droga. Hasta donde yo sé, cuando uno está condenado, el Estado si uno está enfermo tiene que darle la droga y todo. Fui donde el médico de la cárcel y me dio una fórmula, la cual tenía que comprar. Me pasa la fórmula y le digo que no tenía ese dinero para comprar esa fórmula; él me dice que es mi problema si no tengo para comprarla. Eso fue como el 17 de abril la última vez que yo fui a hablar con él. Antes de eso había solicitado

una salida al hospital para una radiografía y me la negaron, no me la dieron. Y es que tan sólo no es el caso mío; hay cantidades de casos; cuando la gente está prácticamente muriéndose es que la sacan para el hospital; de resto no le hacen nada. Esos médicos no sirven prácticamente para nada. Yo tuve el accidente en abril de 1996: venía viajando de Barrancabermeja hacia Bucaramanga. Estuve en la Clínica Palermo de Girón, como un mes. Al poquito tiempo me vine para acá y a los dos meses caí preso por secuestro. De ahí para acá he sentido dolores. Yo necesito calmantes y no los hay ahí, nunca los ha habido”.

En ambas sentencias, la Corte constató que la situación que narraban los demandantes no era aislada, sino que así funcionaban todos los establecimientos carcelarios colombianos, y las pruebas que recaudó en ambos casos le permitieron concluir que no existía ninguna previsión ni programa de las autoridades responsables para remediar ese problema “estructural” del sistema penitenciario colombiano. A partir de esas coordenadas, entonces, diseñó la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. En el primero de los casos (Sentencia T-153), la Corte se valió de datos históricos, políticos, sociales y jurídicos para luego afirmar lo siguiente:

El problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

[...]

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El

juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.

Después de ello, en la misma sentencia declaró y comunicó que existía un estado de cosas inconstitucional, en términos como los que siguen:

Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC [Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario] o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. Por esta razón, la Corte debe poner en conocimiento del Presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria. Ello con el objeto de que, haciendo uso de sus facultades como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación, vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos.

Asimismo, la Corte comunicará de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política.

La declaratoria del estado de cosas inconstitucional llevó a la Corte, a renglón seguido, a expedir las siguientes órdenes:

[...] se ordenará que, en un término de tres meses, se elabore un plan de construcciones y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecuen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos. El plan deberá ser elaborado por el INPEC, el Ministerio de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación supervigilarán que los proyectos para las nuevas construcciones y para las adecuaciones de las ya existentes se ajusten a los parámetros mínimos para la edificación de penales. El plan deberá ejecutarse en un término máximo de 4 años a partir de la notificación de esta sentencia.

En armonía con lo anterior, y teniendo en cuenta que la remodelación que se adelanta en las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Bogotá no contribuye a ofrecerles a los reclusos condiciones de alojamiento dignas –pues, como lo reconoce el mismo INPEC, en ellas los internos no dispondrán del espacio mínimo necesario– se dispondrá la suspensión inmediata de la remodelación de las celdas de la cárcel.

[...]

La Corte es consciente de las carencias de personal especializado para las tareas de resocialización en los centros de reclusión. Igualmente, sabe de la necesidad de incrementar el personal de la Guardia Penitenciaria, con el objeto de recobrar el orden y hacer cumplir la ley en los establecimientos carcelarios, condición fundamental para garantizar los derechos de los reclusos y la labor de resocialización a la que están destinados los centros penitenciarios. Por eso, ordenará al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas presupuestales necesarias para superar esa situación.

Cabe anotar que respecto de tales medidas presupuestales, en la sentencia no se dictaron órdenes directas sobre asignaciones económicas, pero sí se determinó que el gasto en prisiones tiene prioridad aun sobre el gasto público social:

Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para convertir a las prisiones en centros donde los derechos fundamentales tengan vigencia. La inversión en las prisiones no puede ser objeto de transacciones. Tampoco caben objeciones en contra de ella. El Estado tiene la obligación constitucional de ofrecerles a los reclusos condiciones dignas de vida. El gasto en prisiones –relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva– tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

Por su parte, la Sentencia T-606/98 declaró el estado de cosas inconstitucional frente a la grave y sistemática violación del derecho a la salud de los internos. Cabe destacar el tipo de orden que se impartió en esta sentencia:

Ordénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario 'INPEC' que, en coordinación con los ministerios de Hacienda, Salud y de Justicia y del Derecho y con el Departamento Nacional de Planeación, inicie, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cobije a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados.

Las dos sentencias que se acaban de reseñar obligaron a la construcción de varias cárceles en el país, que hoy están en funcionamiento, y, así mismo, al replanteamiento de los servicios de salud para los internos de los centros carcelarios y penitenciarios. Lamentablemente, con posterioridad a estas sentencias se han aprobado varias reformas legales, ya en el presente siglo, que aumentaron de modo generalizado las penas privativas de libertad (lo que permite en muchos casos la detención preventiva), crearon nuevos delitos con pena privativa de libertad y recortaron los casos en los cuales es procedente la prisión domiciliaria o la excarcelación, con lo que el número de internos en Colombia ha aumentado significativamente en los últimos años.

III. LA POBLACIÓN DESPLAZADA POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

El desplazamiento humano forzado por razón del conflicto armado interno es el problema humanitario y de déficit de derechos humanos más grave de Colombia. Son varios millones de personas las que han padecido el azote de tener que abandonar súbitamente su casa, su familia, su pueblo, todo lo suyo, para refugiarse anónimamente en otro lugar del país o en el exterior. Esa dramática situación ha generado oleadas de demandas de tutela, que les han permitido a los jueces detectar los principales reclamos desatendidos de esta población. Hasta el año 2003, la Corte Constitucional había seleccionado 17 de esos casos y los había revisado con la mira puesta en otorgar remedios individuales para cada caso analizado. Un análisis que la propia Corte hizo de esas sentencias le permitió afirmar lo siguiente:

La Corte se ha pronunciado en 17 ocasiones sobre los derechos de la población desplazada. Las sentencias han estado dirigidas principalmente a: (i) corregir actuaciones negligentes o discriminatorias y omisiones de las autoridades encargadas de atender a la población desplazada; (ii) señalar las responsabilidades institucionales en la atención de la población desplazada; (iii) precisar los derechos constitucionales de la población desplazada; (iv) fijar criterios para la interpretación de las normas que regulan la ayuda para esta población, de tal manera que se garanticen efectivamente sus derechos; (v) rechazar el retardo injustificado o la omisión de las autoridades para atender a quienes se ven afectados por el desplazamiento forzado; (vi) urgir el desarrollo de políticas y programas adecuados para la atención de este fenómeno; (vii) precisar los elementos que determinan la condición de desplazado; (viii) señalar los obstáculos que impiden una atención adecuada de la población desplazada y que favorecen o agravan la vulneración de sus derechos; (ix) indicar falencias u omisiones en las políticas y programas diseñados para atender a la población desplazada; y (x) otorgar una protección efectiva a la población desplazada, en particular cuando se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución como son los niños, las mujeres cabezas de familia, las personas de la tercera edad y las minorías étnicas. (Sentencia T-25 de 2004)

Así las cosas, en enero de 2004, la Corte expidió dicha Sentencia T-25 de ese año –“la sentencia más importante y ambiciosa de su historia”–,³ en la que declaró el correspondiente estado de cosas inconstitucional, luego de hacer un estudio sistémico de la situación de las víctimas del desplazamiento interno en el país y de recordar que los desplazados tienen una “especial condición de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad, entendida la primera como aquella situación que sin ser elegida por el individuo desplazado, sí le impide acceder a unas garantías mínimas para alcanzar efectivamente la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, a la adopción de su propio proyecto de vida”. En esa sentencia, la Corte identificó 12 carencias del sistema que se había puesto en funcionamiento para atender a las víctimas del desplazamiento:

1. Insuficiencia en la apropiación de recursos para la implementación de las políticas elaboradas.
2. Escasa cobertura de los programas de atención elaborados.
3. Falta de coordinación en la elaboración e implementación de las políticas, así como la dispersión de las funciones y responsabilidades.

3 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, “Y los desplazados, ¿qué?”, *El Tiempo*, 12 de julio de 2009, columna de opinión. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3522563>.

4. Ausencia de participación de la población desplazada en el diseño e implementación de la respuesta institucional.
5. Excesivo énfasis en la elaboración de respuestas de corto plazo y de carácter temporal en la atención que se presta a la población desplazada.
6. Falta de preparación de los funcionarios llamados a atender a esta población.
7. Ausencia de planeación de políticas y de los proyectos y programas.
8. Inexistencia de mecanismos efectivos de seguimiento a la gestión.
9. Bajo nivel de compromiso de la población no desplazada.
10. Falta de flexibilidad de la respuesta institucional.
11. Bajo nivel de compromiso de las entidades territoriales.
12. Ausencia de políticas favorables a los grupos desplazados de mayor vulnerabilidad (niños, mujeres, indígenas, entre otros).⁴

La Corte Constitucional verificó, así mismo, que pese a los múltiples requerimientos que les había hecho en sentencias anteriores a las autoridades encargadas del diseño y la ejecución de las políticas públicas en materia de desplazamiento,⁵ no se había obtenido ninguna mejora en las condiciones de esta población:

El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección.

Así las cosas, la Corte Constitucional profirió esta sentencia “hito”, en la que impartió órdenes concretas para responder a las peticiones específicas de los demandantes en ese proceso de tutela, y otras órdenes de carácter general, que la Corte denominó “de ejecución compleja”,⁶ y que, según sus propias palabras,

4 Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, anexo III, apartado VII-1.

5 Véase Sentencia T-215 de 2002.

6 Sobre esta sentencia y sus efectos véase por todos, Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el des-*

[estaban] dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.

Los siguientes extractos de la parte resolutive de esa sentencia permiten apreciar el alcance de esas órdenes de carácter general:

Primero.- Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

Segundo.- Comunicar, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

- a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de

plazamiento forzado en Colombia, Bogotá, Dejusticia, 2010. Disponible en: http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf.

contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

- b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.
- c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.

[...]

Cuarto.- Ordenar al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.

Quinto.- Ordenar al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

[...]

Octavo.- Prevenir a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Ta-

les servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia.

Noveno.- Comunicar la presente sentencia al Director de la Red de Solidaridad Social para lo de su competencia y ordenarle que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informen de manera inmediata, clara y precisa la carta de derechos básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno señalada en el apartado 10.1.4. de esta sentencia y establezca mecanismos para verificar que ello realmente suceda.

La actividad de la Corte Constitucional en este caso no se agotó, por lo demás, con la expedición de la sentencia, sino que creó tres instrumentos para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas: los informes periódicos que sobre su labor deben rendir las autoridades administrativas encargadas de la implementación de dichas órdenes; la creación de una sala especial de seguimiento, integrada por la propia Corte, que emite autos sobre el grado de cumplimiento de la sentencia; y la celebración de audiencias públicas en las que periódicamente se revisan los avances y las dificultades en el cumplimiento del fallo. Hasta el momento de confeccionar este trabajo se han proferido más de 80 autos de seguimiento y se han celebrado más de 15 audiencias públicas. Con ocasión de estos mecanismos de seguimiento se ha creado un interesante entramado participativo en el que la población víctima del desplazamiento forzado se ha hecho visible y activa.

IV. LA ATENCIÓN DE LA SALUD

La salud es el derecho fundamental más invocado en la acción de tutela, así como el que en mayor número de ocasiones han protegido los jueces de instancia y la Corte Constitucional.⁷ La utilización masiva de la acción de tutela para lograr las prestaciones de salud que requieren los pacientes indica, sin duda, que algo no funciona bien en el diseño institucional de este derecho, ya que muchísimos colombianos han tenido que afrontar la adversidad de ver que una enfermedad no solo requiere atención médica oportuna, sino que se transforma en un problema jurídico que los obliga a acudir ante los tribunales, precisamente en momentos en los que se encuentran en una situación de especial urgencia y vulnerabilidad.

7 Según datos de la Defensoría del Pueblo, en el año 2012 el derecho a la salud fue el segundo derecho más invocado (26,94% de los casos), solo superado por el derecho de petición (44,94%). El informe respectivo se puede consultar en el siguiente enlace: <http://gestarsalud.com/logrosycriterios/images/PDF/tuteladerechosalud2012.pdf>.

Las coordenadas generales del régimen del derecho a la salud vigente en Colombia son las siguientes:⁸

1. El sistema está regido por los principios de universalidad, como parámetro demográfico ambicioso consistente en la extensión del derecho y del servicio de salud a toda la población; solidaridad, concebida como la exigencia de apoyo entre los distintos sectores de la población; igualdad en las posibilidades de acceso al servicio; obligatoriedad de afiliación; eficiencia y mejor aprovechamiento de los recursos humanos, científicos y financieros para obtener fines determinados; progresividad de los planes de atención y participación social de toda la comunidad en la configuración del sistema.
2. El Estado interviene en la prestación del servicio de salud mediante la regulación, la vigilancia y el control general del sistema, pero la prestación del servicio, como tal, es asumida por empresas e instituciones tanto públicas como privadas, que compiten por la afiliación de los usuarios.
3. El sistema funciona según un esquema de aseguramiento público, en el que la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores, ya sean asalariados o independientes. La prima del seguro es tasada por el Estado y recibe el nombre de unidad de pago por capitación (UPC).
4. Las “empresas de salud” (públicas y privadas) tienen a su cargo el aseguramiento de los afiliados y contratan con “instituciones prestadoras de salud” la asistencia material de los servicios (atención a pacientes, provisión de medicamentos y procedimientos médicos, suministro de equipos, etc.). En numerosos casos, las empresas de aseguramiento tienen sus propios hospitales, farmacias, laboratorios, cuerpos médicos y demás insumos necesarios para atender estos servicios. Es decir, contratan la prestación de la salud con ellas mismas. Vale resaltar que el recaudo de las UPC es una competencia de las empresas de salud.
5. Para garantizar la universalización de la cobertura, la legislación vigente estableció una distinción entre afiliados al “régimen contributivo” y al “régimen subsidiado”. Los primeros son todas las personas asalariadas o que trabajan de modo independiente, así como sus núcleos familiares; los segundos, quienes no tienen ningún vínculo laboral ni desempeñan ninguna actividad económica formalizada.

8 Un buen panorama del régimen de la salud en Colombia puede verse en Azuero Zúñiga, Francisco, “La organización institucional y la regulación en el sistema general de seguridad social en salud en Colombia”, en Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2012, pp. 183-207.

6. El régimen contributivo es “autosuficiente”, es decir, depende en exclusiva de los aportes de las personas afiliadas y las empresas empleadoras, mientras el “subsidiado”, como su nombre lo indica, se financia con recursos de los presupuestos públicos. Existe un fondo de solidaridad y garantía (Fosyga), encargado de la financiación del sistema. Tiene cuatro cuentas independientes, destinadas respectivamente a la compensación del régimen contributivo, la solidaridad del régimen subsidiado, la promoción y prevención de la salud y el control de los eventos catastróficos y accidentes de tránsito.
7. Existe un tercer grupo, denominado “de beneficiarios no participantes”, en el que caben todas las personas que, por insolvencia del sistema, no pueden acceder siquiera al régimen subsidiado. Estos colombianos acceden en forma irregular a la prestación de los servicios de salud, no tienen calidad de asegurados y son elegidos mediante un sistema de selección de beneficiarios de programas sociales (Sisben), que tiene en cuenta factores como la capacidad económica, la pertenencia a grupos de especial protección constitucional o la capacidad de acceder a servicios públicos esenciales. Una de las metas del sistema es que todos los miembros de este grupo eventualmente lleguen a integrar el régimen subsidiado, haciendo menos gravosa su situación.
8. Existe un documento llamado *plan de beneficios en salud*, antes *plan obligatorio de salud*, al que todos los colombianos llaman por su vieja sigla, POS, que equivale a la póliza del seguro, y que contiene el listado de medicamentos, terapias, procedimientos quirúrgicos y demás prestaciones de salud a las que tienen derecho los afiliados. El POS es actualizado periódicamente por unas instancias administrativas, con participación tanto de las autoridades como de las empresas de aseguramiento, las asociaciones médicas y las asociaciones de pacientes. En principio, el POS del régimen contributivo no es igual al del régimen subsidiado, aunque una de las metas del sistema es llegar eventualmente a una igualdad entre ambos.
9. Hay medicamentos, procedimientos, terapias y tratamientos que están excluidos del POS, ya sea por razones científicas, económicas, políticas o de oportunidad (medicamentos de eficacia no comprobada o en fase de experimentación, productos “de marca” que tienen equivalentes genéricos, cirugías puramente estéticas, tratamientos demasiado costosos).
10. Existe una red institucional/burocrática un tanto compleja, que adelanta las funciones de regulación, inspección, control y vigilancia a cargo del Estado (ministerios, superintendencias, comisiones, consejos, direccio-

nes, etc.). Estas atribuciones están distribuidas entre el poder estatal central y las entidades territoriales.

El enorme número de casos judiciales sobre derecho a la salud, le permitió a la Corte Constitucional hacer una tipología de las situaciones que generaban esas acciones de tutela y detectar cuáles eran los principales “puntos críticos” del sistema, y con ese insumo de primera mano, en el año 2008 expidió la Sentencia T-760, que propone una alternativa a la protección casuista de este derecho y aborda la situación de vulneración y desconocimiento del mismo desde sus causas estructurales, para intentar remediarlas con órdenes dirigidas a diversas autoridades y a los particulares que prestan servicios de salud. En esta sentencia, la Corte abandonó la terminología de ‘estado de cosas inconstitucional’, que no ha vuelto a declarar desde entonces. Sin embargo, los alcances de esta sentencia permiten clasificarla en el mismo tipo de estrategia judicial para enfrentar casos reiterados y sistemáticos de desconocimiento de derechos fundamentales.

En esta ocasión, la Corte Constitucional acumuló 22 procesos de tutela, 20 de ellos de personas que solicitaban la protección de su derecho a la salud y dos de empresas prestadoras de salud (EPS), que solicitaban al Estado el pago de unos servicios que habían prestado y que excedían el listado de obligaciones a su cargo según el POS. En el análisis de los casos concretos, la Corte encontró dos tipos de fallas estructurales en la prestación del servicio de salud: deficiencias en la regulación y obstáculos que resultaban de la aplicación de la regulación existente.

Dentro de los estudios que se han hecho sobre la patología del derecho a la salud y sobre la Sentencia T-760 de 2008, merece destacarse el del profesor César Rodríguez Garavito, que contiene un diagnóstico certero e interesantes recomendaciones sobre el mismo.⁹ A continuación se presenta, de modo muy esquemático, un resumen de ese estudio. El autor constata que desde la época inaugural (1992-1997), la Corte Constitucional acogió tutelas sobre el derecho a la salud y ordenó el suministro de medicamentos, cirugías, citas o tratamientos que fueran necesarios para garantizar el derecho a una vida digna, a la vez que ordenó el suministro de medicamentos o terapias que no estaban en el listado de prestaciones que se impone a los prestadores del servicio de salud (el POS). Sin embargo, entre 1992 y 1997, el número de casos de salud representaban apenas el 4% de las tutelas. La “explosión” de la tutela ocurrió a partir del año 1998. En el año 1999, las tutelas en salud pasaron a ser un 24% del total, y en 2008 llegaron a ser el 41% del total. En la mayoría de los casos, los fallos fueron a favor de los pacientes (72% en 1999, 86% en 2008). La favorabilidad es aún más evidente, si

9 Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *op. cit.*, pp. 507-567.

se tiene en cuenta que la mayoría de las decisiones desfavorables correspondían a casos en los que mientras se tramitaba la tutela, el paciente había recibido lo que estaba pidiendo. A partir de algunas cifras contenidas en este estudio, es dable afirmar que Colombia puede haber sido el país con tasa per cápita de litigio en salud más alta del mundo. El punto de quiebre en esta “espiral de tutelas” lo marcó la Sentencia T-760 de 2008, pues le dio un enfoque estructural al tema. A partir de esta sentencia se han presenciado varios intentos de desjudicialización, que han revertido levemente la tendencia creciente de este tipo de litigio.

En la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional acumuló varios casos “rutinarios” de salud y a partir de esa acumulación hizo un recuento de las líneas jurisprudenciales sobre este derecho, sistematizó las prestaciones que según la jurisprudencia tienen los afiliados al sistema y expidió órdenes dirigidas a los diferentes actores del mismo, con miras a remediar los problemas estructurales de la satisfacción del derecho a la salud. En cuanto al contenido subjetivo de este derecho, la sentencia lo sintetizó así:

Toda persona cuenta, entre otros, con los siguientes derechos constitucionales,

(i) *Acceso a servicios.* Toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que *requiere* y aquellos que *requiere con necesidad*, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica *irrespetar* el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser *oportuno, de calidad y eficiente.*

(ii) *Protección especial a niños y niñas.*

(iii) *Concepto del médico adscrito y externo.*

(iv) *Acceso sin obstáculos por pagos.*

(v) *Acceso al diagnóstico.*

(vi) *Allanamiento a la mora.*

(vii) *Protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo.*

El acceso a los servicios de salud oportunos es especialmente garantizado cuando se trata de una persona con una enfermedad catastrófica o de alto costo; no se les puede dejar de atender ‘*bajo ningún pretexto*’, ni pueden cobrarse copagos.

(viii) *Acceso con continuidad a la salud.*

(ix) *Información, acompañamiento y seguimiento.*

(x) *Prohibición de trasladarles a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS.*

(xi) *Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad.*

(xii) *Libertad de elección de EPS.*

Por otra parte, para remediar las “causas estructurales” de la crisis de la salud en Colombia, esta sentencia impartió varias órdenes, algunas de las cuales se transcriben a continuación, dirigidas a diferentes autoridades y a las empresas privadas que prestan los servicios de salud:

Décimo sexto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado, y (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.

[...]

Décimo séptimo.- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.

[...]

Décimo octavo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. La Comisión presentará un informe anual a la

Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, para el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) cuáles servicios fueron agregados o suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas sobre cada servicio o enfermedad, y (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas, de salud pública y de sostenibilidad financiera.

[...]

Décimo noveno.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique: (i) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuales no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico.

[...]

Vigésimo.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad.

[...]

Vigésimo primero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

[...]

Vigésimo segundo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo

en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente.

[...]

Vigésimo tercero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la respectiva EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estas sean ordenadas por el médico tratante.

[...]

Vigésimo cuarto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

[...]

Vigésimo sexto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento.

[...]

Vigésimo octavo.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social que, si aún no lo han hecho, adopte las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información,

(i) *Una carta con los derechos del paciente.* Esta deberá contener, por lo menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica

Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981)¹⁰ y los contemplados en la parte motiva de esta providencia, en especial, en los *capítulos 4 y 8*. Esta *Carta* deberá estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuáles los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda.

(ii) *Una carta de desempeño*. Este documento deberá contener información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS que pertenecen a la red de cada EPS. El documento deberá contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente la libertad de escogencia.

[...]

Vigésimo noveno.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

Trigésimo.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que presente anualmente un informe a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, en el que mida el número de acciones de tutela que resuelven los problemas jurídicos mencionados en esta sentencia y, de no haber disminuido, explique las razones de ello. El primer informe deberá ser presentado antes del 1º de febrero de 2009.

Esta sentencia fue expedida hace [más de] seis años y, desde entonces, la Corte Constitucional le hace seguimiento a su ejecución, de modo semejante a como lo hace con la sentencia sobre el desplazamiento forzado. Los autos mediante los cuales se verifica ese cumplimiento (ya son más de 45) pueden consultarse en la página web de ese tribunal: www.corteconstitucional.gov.co. La importancia de la Sentencia T-760 de 2008 radica en cuatro asuntos de fundamental importancia: en primer lugar, la exigencia de un mayor rigor en todo lo atinente al plan de beneficios en salud, a la hora de actualizar y delimitar su contenido y de informar a los usuarios acerca de sus derechos. En segundo lugar, debe resaltarse que gracias a esta sentencia el sistema apunta hoy hacia el logro de una igualdad total entre los regímenes contributivo y subsidiado, al tiempo que busca aumentar la cobertura hasta alcanzar a la totalidad de los colombianos, eliminando la terrible

¹⁰ Resolución 13.437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

necesidad de parcelar a la población entre afiliados al régimen subsidiado y vinculados no participantes. En tercer lugar, mediante esta sentencia se incrementó el rol participativo del Estado en el funcionamiento del sistema: no solo existe una constante exigencia de informes de desempeño entre los distintos organismos que lo componen, incluso del sector privado, sino que además se profundizó en la regulación de procedimientos, en procura de una mayor seguridad jurídica. Finalmente, la Sentencia T-760 de 2008 tuvo como finalidad una mejora en el flujo de recursos, cuya congelación produjo en muchas ocasiones vulneraciones del derecho a la salud por falta de claridad, celeridad y responsabilidad en el manejo de los dineros con los que se financia el sistema.

Existe un aspecto novedoso en el acompañamiento al proceso de cumplimiento de las órdenes dictadas en esta sentencia, como lo es la constitución de grupos de seguimiento. Por medio de ellos, la participación de la población civil se incrementa y la democratización en la construcción e implementación de políticas públicas se convierte en una realidad. A esos grupos de seguimiento han sido invitados formalmente amplios sectores de la sociedad que tienen relación con la salud: agremiaciones de médicos, asociaciones de usuarios y consumidores, facultades de derecho, organizaciones promotoras de derechos humanos, instituciones públicas que tienen incidencia en el diseño o ejecución de políticas públicas de salud y otros.

V. NOTAS COMUNES A LAS ANTERIORES SENTENCIAS

Tal como se afirmó al inicio de este documento, la Corte Constitucional colombiana ha decretado en al menos 13 ocasiones el estado de cosas inconstitucional. En la sentencia estructural sobre la salud, sin embargo, no utilizó esa terminología, aunque se trata del mismo tipo de sentencia. Así las cosas, cabe recoger que la Corte ha mencionado los siguientes parámetros como determinantes de la procedencia de un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos.
- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.

- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas multisectoriales que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
- 6) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

De otro lado, la Corte Constitucional ha ideado dos mecanismos para vigilar el cumplimiento efectivo de las órdenes impartidas en las sentencias estructurales: las salas y los autos de seguimiento. Las salas de seguimiento están constituidas por agentes de la sociedad civil, expertos, interesados en la situación que fue objeto de la sentencia y algunos miembros del Gobierno. En estas salas de seguimiento se analizan los informes presentados por las autoridades concernidas para verificar los avances alcanzados en el cumplimiento de la sentencia y se discuten temas relacionados con ese cumplimiento. Los autos de seguimiento, por su parte, son decisiones que profiere la Corte, a partir de la información que recibe de las salas, con el fin de visibilizar alguna particularidad en el proceso de ejecución de la sentencia, o en los que hace observaciones al Ejecutivo por la implementación parcial o defectuosa de los elementos constitutivos de la sentencia.

Ahora bien, en todas las sentencias estructurales se aprecia una apertura de la Corte Constitucional a la realidad en la que operan los principios sobre el Estado social y democrático de derecho, y se pone en evidencia que existen temas que, por carecer de interés en la agenda política, no son tratados de manera adecuada por los demás poderes públicos. Esto acarrea vulneraciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales de un grupo de personas. La visión de la realidad que se ha formado la Corte proviene de la masiva presentación de acciones de tutela, lo cual confirma uno de los fenómenos contemporáneos más analizados por la doctrina jurídica, como lo es la judicialización de los problemas sociales.

Es evidente que en el desarrollo de esta figura, los jueces constitucionales se atribuyen funciones que tradicionalmente no hacían parte de su órbita de competencias, como quiera que ordenan a la administración desarrollar o ejecutar planes concretos para conjurar la crisis, o establecer políticas públicas, lo cual rompe con la visión ortodoxa del principio de división de poderes. Se debate si las órdenes que se han impartido en estas sentencias constituyen una política pública con todos sus alcances, con la particularidad de ser de creación judicial. Suele responderse que hay algunos elementos de la definición de política pública que aquí no se dan, como la fijación detallada de los pasos que hay que seguir para su implementación. En todo caso, esa circunstancia puede relativizarse si se entiende que en la construcción de políticas públicas intervienen varias ins-

tituciones del Estado, lo que en este caso sucedería efectivamente por la participación del juez constitucional como delimitador general de las políticas, y la del Ejecutivo como realizador de esas políticas. También es obvia dicha colaboración cuando se establecen las llamadas salas de seguimiento, integradas por expertos en el tema, miembros del Gobierno y del alto tribunal, para supervisar el cumplimiento de las órdenes contenidas en la decisión judicial.

Las sentencias estructurales, como manifestación del enorme poder institucional de los tribunales constitucionales, tienen por efecto superar situaciones sociales sumamente desfavorables, a la par que le permiten participar a la ciudadanía en la reconstrucción del tejido social que se ha desvanecido por efecto de la vulneración de sus derechos.

Pese a lo loable que parece todo lo anterior, hay varios puntos de vista críticos respecto de la figura. De un lado, persisten las posturas que descalifican este tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial. Las coordenadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada. Sin embargo, hay otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal.

Ahora bien, en relación con la crítica que apunta a censurar un activismo excesivo del Poder Judicial, podría responderse que, a diferencia del activismo vertical y minucioso en el que el juez imparte órdenes detalladas, en estas sentencias se aprecia un activismo dialógico, que se caracteriza del siguiente modo:¹¹

1. Las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. [...] Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.
2. La implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el

11 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, op. cit., pp. 52 y ss.

caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas.

3. [Por los medios de seguimiento adoptados], los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma Corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.¹²

Así las cosas, podría afirmarse que además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AZUERO ZÚÑIGA, Francisco, “La organización institucional y la regulación en el sistema general de seguridad social en salud en Colombia”, en BERNAL, Óscar y GUTIÉRREZ, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2012.
- CITRON, Roger, “(Un)Luckey v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services”, *The Yale Law Journal*, vol. 101, núm. 482, 1991-1992, p. 497. Disponible en: <http://works.bepress.com>.
- FISS, Owen M., *Civil rights injunction*, Indiana University Press, 1978. Disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/injunction.pdf>.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en BERNAL, Óscar y GUTIÉRREZ, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2012.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, “Y los desplazados, ¿qué?”, *El Tiempo*, 12 de julio de 2009, columna de opinión. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3522563>.

¹² *Ibid.*, pp. 55 y 56.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010. Disponible en: http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf.