

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales*

Óscar Parra Vera**

1. INTRODUCCIÓN

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) aún suscita debates tanto a nivel internacional como nacional. Sin embargo, los debates se han ido transformando y podría decirse que avanzan a una velocidad distinta según la jurisdicción correspondiente. Mientras que en algunos ámbitos nacionales (como Colombia y Argentina) no se discute sobre la posibilidad de impulsar una protección judicial directa de los DESC, en el ámbito interamericano solo hasta 2015 y 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió sus primeras decisiones sobre la justiciabilidad directa del Protocolo de San Salvador¹ y del artículo 26 de la Convención

* Versión escrita de la ponencia presentada por el autor en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, “Balance a 25 años de jurisprudencia”, organizado por la Corte Constitucional de Colombia. Pasto, septiembre 29 de 2017.

** Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz. Abogado y master en Teoría del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Master en Criminología y Justicia Penal de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

ÓSCAR PARRA VERA

Americana sobre Derechos Humanos,² respectivamente. Luego de 38 años de funcionamiento, el Tribunal Interamericano da este importante paso en 2017 para impulsar el uso de la Convención Americana hacia una mayor lucha contra la exclusión y la pobreza. Por su parte, apenas en 2015 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emite su primera decisión en un caso contencioso sobre seguridad social a la luz del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).³

Debido a estos distintos tiempos de los DESC, se explican a su vez los diversos matices que alcanzan los debates sobre impacto, eficacia, implementación y cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas en cada jurisdicción. Dada mi experiencia de trabajo de una década en el Sistema Interamericano, se me ha pedido la elaboración de unas reflexiones generales sobre el impacto y el cumplimiento de fallos judiciales sobre derechos sociales con el objetivo de generar diálogos en torno a la experiencia internacional y nacional en la materia. Para ello, en este texto tomo como ejemplos algunos debates asociados al cumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana y la implementación de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional. Comenzaré con una breve nota conceptual sobre el tema de análisis, para luego seguir con reflexiones en torno al escenario interamericano y posteriormente el escenario nacional.

2. BREVE NOTA CONCEPTUAL

Dado el objetivo de esta ponencia, es pertinente diferenciar entre el análisis sobre impacto de decisiones judiciales y la valoración sobre su cumplimiento. Entre las contribuciones ana-

² Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

³ El Comité concluyó que España violó el derecho a la vivienda de una mujer, identificada como I.D.G., cuyo hogar fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria debido a la falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario a una entidad bancaria. Véase Comité DESC, comunicación 2/2014, Documento E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

líticas ofrecidas por la Corte Constitucional en esta materia se encuentra la distinción entre un cumplimiento alto, intermedio o bajo de ciertas órdenes emitidas. Por ejemplo, en el auto 411 de 2015, la Corte determinó una metodología y matrices de valoración para evaluar el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia T-760 de 2008 desde tres aspectos: si las medidas han sido conducentes para cumplir las órdenes, los resultados de las medidas que hayan sido consideradas conducentes, y los avances pertinentes. La Corte sistematizó estos criterios en estas tres matrices:

Matriz 1

Elementos a evaluar		Incumplimiento general	Nivel de cumplimiento			Cumplimiento general
			Bajo	Medio	Alto	
Medidas	No existen	X				
	Inconducentes		X			
	Conducentes		X	X	X	X

Matriz 2

Elementos a evaluar		Incumplimiento general	Nivel de cumplimiento			Cumplimiento general
			Bajo	Medio	Alto	
Resultados	No acreditados		X			
	No permiten evidenciar que se va a superar la problemática		X			
	Permiten evidenciar que se va a superar la problemática			X	X	X

ÓSCAR PARRA VERA

Matriz 3

Elementos a evaluar		Incumplimiento general	Nivel de cumplimiento			Cumplimiento general
			Bajo	Medio	Alto	
Avances	No hay avances significativos			X		
	Hay avances significativos, pero no han conjurado en su totalidad la falla				X	
	Superaron la falla estructural que dio origen a la orden					X

Como se observa, estas matrices constituyen un complemento importante a los avances ya desarrollados previamente por la Corte en el auto 226 de 2011, en relación con el uso de indicadores estructurales, de proceso y de resultados para evaluar el cumplimiento de las órdenes.

Ahora bien, una orden judicial puede cumplirse poco pero, al mismo tiempo, tener un impacto muy alto.

Al respecto, cabe resaltar que autores como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense respecto a la relación entre las decisiones judiciales y el cambio social, propone diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias. En primer lugar, los efectos directos que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios. En segundo lugar se encuentran los efectos indirectos que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo, como a aquellos que no lo fueron. En tercer lugar, los efectos instrumentales se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, los efectos simbólicos se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas respecto a los asuntos discutidos en el

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

caso.⁴ Además de estos elementos, cabe resaltar que la implementación e impacto del litigio en temas como el derecho a la salud depende de muy diversas variables, tales como: *i.* el tipo de población beneficiaria; *ii.* los actores del sistema; *iii.* el tipo de normas que reconocen el derecho a la salud; *iv.* el tipo de proceso de implementación ordenado por la corte; *v.* si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento; *vi.* si el tribunal respectivo es más o menos activo en la supervisión; *vii.* el tipo de aliados —en otras ramas del poder público o en movimientos sociales— que tiene una corte para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y *viii.* el contexto social.⁵

Precisado lo anterior, a continuación ofrezco algunas reflexiones en torno a desafíos en materia de eficacia e implementación de las decisiones interamericanas y tomo el caso de la sentencia T-760 de 2008 para reflexionar sobre los aportes y desafíos que genera la experiencia colombiana en materia de sentencias estructurales sobre derechos sociales.

3. ALGUNAS LECCIONES DE LA SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO INTERAMERICANA

Tal como señalé en la introducción, solo hasta 2017, 38 años después de su funcionamiento, la Corte IDH emitió su primer caso

⁴ Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Véase Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011. También véase Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010; en este libro se alude a seis efectos de la sentencia “estructural” emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social.

⁵ Yamin, Alicia Ely, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Right. Can courts bring more justice to health?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, pp. 333-372.

ÓSCAR PARRA VERA

sobre justiciabilidad directa de los DESC a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. En 1969, cuando se aprobó la Convención, los Estados estaban divididos entre quienes defendían la justiciabilidad de dichos derechos y quienes la rechazaban. Como punto intermedio de consenso se aprobó un artículo 26 que hacía una remisión a la Carta de la OEA y que generó diversas interpretaciones sobre dicha remisión. Algunas posturas consideraban que dicha Carta no consagraba derechos exigibles, mientras que otras perspectivas veían en la remisión a la Carta el escenario para impulsar la más amplia justiciabilidad. En 1988, casi 20 años después de emitida la Convención Americana, los Estados parte fueron convocados para resolver estos debates a través de la adopción de un Protocolo Adicional a dicha Convención en materia de DESC. A pesar de que el objetivo de este nuevo tratado era clarificar el escenario de exigibilidad de los DESC, los Estados consideraron que solo era procedente la justiciabilidad respecto al derecho a la educación y a los derechos sindicales (sin incluir la huelga). El Protocolo no se pronunció sobre cómo correspondía entender el alcance normativo del artículo 26.

De ahí en adelante, la Corte IDH tuvo, durante varios años, un enfoque en el cual se concentró en aproximarse al tema a la luz del concepto de vida digna, lo cual le permitía utilizar los artículos 4 (vida) y 5 (integridad personal) de la Convención sin tener que pronunciarse sobre el artículo 26. Pero en 2017, se abrió la puerta para un análisis de justiciabilidad directa y, por ello, será necesario esperar cómo se va decantando la jurisprudencia en la materia. Lo cierto es que esta senda abre la posibilidad de pensar en discusiones complejas a fondo, ya que es muy difícil abordar cuando se declara la violación de derechos por la vía de la conexión/vida digna. Por ejemplo, el significado que la priorización en salud pueda tener en casos concretos o debates específicos en torno a la progresividad y la escasez de recursos. Pensemos, por ejemplo, en temas de control de precios de medicamentos u otros temas que hacen parte del análisis de derechos sociales en torno al sistema financiero y logístico en el que se insertan.

Por otra parte, en el Sistema Interamericano son emergentes los debates preliminares sobre priorización. A través de medidas cautelares se han solicitado tratamientos y atención médica que,

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

en principio, podrían no haber sido objeto de priorizaciones a nivel interno. Es lo que ha ocurrido en algunos casos extremos sobre enfermedades de alto costo. En casos contenciosos también ha llegado el debate sobre priorización. Un caso relevante en esta discusión es el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la violación de los derechos sexuales y reproductivos como consecuencia de la prohibición de la fecundación *in vitro* en dicho país. En ese caso, la Corte IDH, como reparación, ordenó que se incorporara en la política pública de salud el suministro de la FIV a personas que no tuvieran los recursos para costearla a través de entidades privadas. Esta decisión fue muy criticada, teniendo en cuenta que la inclusión de tratamientos como la FIV en los sistemas públicos de salud es debatida en el derecho comparado, pues en algunos países no se ha considerado como una prestación que deba ser priorizada por encima de otras intervenciones más urgentes en materia de salud pública y salud colectiva.

Cabe resaltar que la implementación de estos fallos ha generado diversos tipos de debates a nivel interno de los Estados. En el caso *Artavia*, el Gobierno presentó un proyecto de ley para regular el acceso a la FIV. Dicho proyecto fue rechazado y bloqueado por minorías que representaban intereses de religiones particulares y que contaban con una suerte de posibilidad de vetar estas iniciativas. Por tal razón, el Gobierno decidió regular el acceso al tratamiento por vía de decreto. Sin embargo, ello fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, con una interpretación muy restringida del principio de reserva de ley en la regulación de derechos fundamentales.

El Gobierno costarricense sometió este choque entre instituciones ante la Corte IDH, solicitando que dicho Tribunal Internacional apoyara los esfuerzos de implementación impulsados por el ejecutivo. El Tribunal de San José hizo una de las primeras audiencias públicas de supervisión de cumplimiento en su historia y emitió un pronunciamiento arbitrando entre los diversos choques interinstitucionales. Ello muestra el enorme dinamismo que ha alcanzado la supervisión de cumplimiento en el ámbito interamericano.

En relación con la supervisión de cumplimiento de sentencias que realiza la Corte IDH, cabe resaltar que la Convención Ame-

ÓSCAR PARRA VERA

ricana no contiene una norma expresa que consagre esta facultad. Actualmente es el artículo 69 del Reglamento de la Corte el que rige la etapa de supervisión. Cabe recordar que fue la propia Corte la que decidió iniciar esta supervisión, lo cual fue explicado en la sentencia sobre competencia en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de 2003. Ahí se precisó que esta potestad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y que el fundamento jurídico de esa competencia se encuentra en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 30 del Estatuto de la Corte.⁶

Inicialmente, el procedimiento era únicamente por escrito y se realizaba mediante solicitud de informes a los Estados y las correspondientes observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana. Desde 2007 se comenzó a convocar audiencias privadas de supervisión de cumplimiento de sentencias. Al inicio de esta etapa se valoró el cumplimiento de los casos más antiguos, donde el paso del tiempo generaba especiales desafíos para la implementación y el cumplimiento. Hoy en día las audiencias de supervisión son una práctica constante en la mayoría de casos. En ellas el Tribunal busca que las partes lleguen a acuerdos específicos que impulsen el cumplimiento y destraben los posibles obstáculos que frenan los avances. Asimismo, se promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos los involucrados. Tanto en la vía escrita como en el procedimiento oral, la Corte recibe la información y emite resoluciones, estableciendo si ha existido un cumplimiento total o parcial de lo ordenado.

En 2010, la Corte inició la supervisión del cumplimiento de determinadas medidas de reparación en diversos casos de un mismo país. En dicho año comenzó la supervisión conjunta de medidas de rehabilitación —atención médica y psicológica— en nueve casos colombianos, la supervisión estratégica de la obligación de investigar y sancionar en 11 casos guatemaltecos, y la cuestión de titulación de tierras de pueblos indígenas en tres ca-

⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 82.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

sos paraguayos. En 2014, el Tribunal conformó una unidad dentro de su Secretaría dedicada exclusivamente a la supervisión de cumplimiento de sentencias.

En 2015, cabe resaltar dos hitos en materia de supervisión de cumplimiento. En primer lugar, se realizó una primera audiencia privada conjunta respecto a todos los casos hondureños pendientes de cumplimiento, fragmentando la audiencia en temas transversales a dichos casos —impunidad, defensores de derechos humanos y situación carcelaria—. Esta audiencia privada, realizada en la capital de Honduras durante un periodo extraordinario de la Corte en dicho país, reunió a varias organizaciones de derechos humanos y diversas instancias estatales con competencia en los temas mencionados. Esta audiencia fue de carácter histórico, teniendo en cuenta que fue la primera vez que se hacía en el país responsable de las violaciones, lo cual permitía mayor y mejor participación tanto de las organizaciones de la sociedad civil involucradas, como de las autoridades estatales pertinentes. El segundo hito se relaciona con la audiencia pública de supervisión de cumplimiento del caso *Artavia*, ya mencionada previamente. Esta audiencia fue relevante porque evidenció el papel que puede jugar una audiencia pública —y no privada— de supervisión de cumplimiento, en términos de movilizar a diversos actores institucionales, sociales y políticos en torno a la implementación de lo ordenado por los órganos interamericanos.

Por otra parte, cabe resaltar que la Convención Americana estipula en su artículo 65, la posibilidad de someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA los casos de incumplimiento de los fallos. Sin embargo, en los contados casos en los que la Corte ha ejercido esta facultad, resulta cuestionable la efectividad de esta medida y la respuesta política de los Estados miembros de la OEA. Una de las razones de esta situación podría ser la falta de procedimientos para dar seguimiento, dentro de la propia Asamblea General, a la decisión de aplicar el artículo 65 por parte de la Corte.

La implementación de decisiones sobre derechos sociales se enmarcará en estos escenarios institucionales de supervisión de cumplimiento. El ámbito interamericano puede enriquecerse de la experiencia colombiana sobre el monitoreo de las órdenes

ÓSCAR PARRA VERA

emitidas en sentencias estructurales, tal como se analiza a continuación.

4. ALGUNOS HITOS Y DEBATES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008⁷

Como es sabido, a través de la sentencia T-760 de 2008,⁸ la Corte Constitucional colombiana adoptó una serie de órdenes judicia-

⁷ En este texto retomo algunos elementos de Oscar Parra Vera, “La protección del derecho a la salud a través de sentencias estructurales: notas sobre algunos retos y lecciones de la sentencia T-760 de 2008 a sus ocho años de implementación”, en Corleto, Julieta di (coord.) *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Perspectivas nacionales e internacionales*, Buenos Aires, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, 2017, pp. 51-70; Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 2591-2649. Información actualizada sobre la implementación del caso —hasta 2015— se deriva de investigaciones del autor y en parte de entrevistas realizadas en junio de 2015 junto a Alicia Ely Yamin —directora de la investigación— y Julián Urrutia. Sobre esta investigación véase Yamin, Alicia Ely, *Case Study: Colombian Constitutional Court Case T-760/08*. A report submitted to the Open Society Foundation’s Law and Health Initiative and Open Society Justice initiative by Alicia Ely Yamin and the Policy Initiatives Team, FXB Center for Health and Human Rights at Harvard University, 2016. Agradezco en particular el diálogo sostenido en junio de 2015 con Pedro Santana, ACEMI, Juanita Durán, Franky Urrego, Mauricio Torres, Carolina Corcho, Óscar Bernal, Óscar Andía, Francisco Yepes y —en septiembre de 2015— con Aquiles Arrieta. Asimismo, fue fundamental la entrevista sostenida con el magistrado Jorge Iván Palacio y funcionarios de su despacho, quienes estaban a cargo del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. En todo caso, las opiniones que desarrollo en este escrito no comprometen a ninguno de los entrevistados. Si bien el análisis cubre los desafíos hasta 2015, algunos de ellos ya superados, se toman algunos elementos de las entrevistas para efectuar un análisis muy general y abstracto sobre los desafíos de las sentencias estructurales.

⁸ Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, véase Yamin, Alicia Ely y Parra Vera, Óscar, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, en *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010, pp. 431-459, y Yamin, Alicia Ely; Parra Vera, Óscar y Gianella, Camila, “Colombia.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

les cuyo objetivo central lo constituía desbloquear, en forma estructural, una serie de obstáculos para el acceso a la salud. Como es de esperarse, ello generó enormes desafíos, más aún si se tiene en cuenta que un importante antecedente de esta sentencia es que entre 1999 y 2008 se habían interpuesto más de 500 000 acciones de tutela relativas al derecho a la salud.⁹ Los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho de 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 de las que tenía que ocuparse persona por persona por 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.

4.1. Algunos hitos en la implementación

Para efectuar una supervisión detallada de la implementación de la sentencia, la Corte decidió crear una “Sala de Seguimiento”, conformada por un equipo de trabajo liderado por 3 magistrados de la Corte. En nueve años, la Sala de Seguimiento ha emitido decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la sentencia. La sentencia ha tenido un enorme impacto en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud. En un primer momento, para cumplir con la sentencia, el Gobierno im-

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?*, CMI-Harvard University Press, 2011. Véase 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, 2012; y Lamprea Montealegre, Everaldo, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*, Bogotá, Uniandes, 2015.

⁹ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2009.

ÓSCAR PARRA VERA

pulsó 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. Posteriormente, 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 estos 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.¹⁰

Como un importante efecto instrumental de la sentencia cabe resaltar que en estos años se ha producido un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control¹¹ 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 implementar la sentencia. La sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de

¹⁰ Auto 263, 16 de noviembre de 2012, cdo. 4.2.10.

¹¹ 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.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, a través 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 los impactos 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 de 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 varios años el gobierno ha adoptado medidas sobre unificación y actualización del POS, y estas medidas han sido analizadas en muchos autos específicos emitidos por la Corte. Por ejemplo, en el auto 105 de 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. En los últimos años, la Corte ha continuado con un nivel de indagación profundo sobre la naturaleza y alcance de las medidas de regulación en estas materias.

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 realizaran las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios, las cuales ocurrieron en 2011 y 2012. Es importante resaltar que en dicho auto 226, la Sala de Seguimiento dialogó con los desa-

ÓSCAR PARRA VERA

rrillos más importantes en el derecho internacional respecto a indicadores de derechos humanos. En particular, fue mencionada la experiencia en la materia del Relator Especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros documentos relevantes de Naciones Unidas.

La Corte ha emitido algunos pronunciamientos críticos de los procesos de actualización y unificación que se han hecho en algunos momentos. Por ejemplo, en el auto 261 de 16 de noviembre de 2012 la Corte señaló que no se habían evidenciado medidas tendentes 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.¹² Estos problemas han sido enfrentados en los últimos años por las autoridades competentes, y las medidas adoptadas han sido objeto de valoración por la Corte.

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en reformas al sistema de salud y en la ley estatutaria sobre el derecho a la salud. El Gobierno Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud y algunas de las propuestas han estado influenciadas 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.

4.2. Debates sobre la incertidumbre en relación con la información presentada por los actores

Durante entrevistas efectuadas a mediados de 2015, algunos actores señalaban como algo problemático que la Corte permaneciera demasiado tiempo sin pronunciarse sobre los informes que le presentan las partes sobre algunas de las órdenes. En este

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sala de Seguimiento a la sentencia, auto 261, T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

aspecto, cabe decir que el monitoreo de T-760 tiene problemas similares al monitoreo que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido criticado porque en algunos casos pasan meses o años sin que se emitan decisiones que evalúen la información remitida por las partes. Para ciertas instituciones puede generarse un nivel de desgaste debido a la producción de informes sin recibir respuesta o, incluso, cuando se reciben órdenes que complejizan la función pública por el hecho de que se requiere focalizar esfuerzos para responder a solicitudes puntuales efectuadas por la Corte. En algunos casos se ha criticado a la Corte por ciertos niveles de inflexibilidad en la concesión de plazos.

Por otra parte, cierta tensión ha surgido en la valoración de los informes que los grupos de interés presentan ante la Corte. Un debate tiene relación con la forma en que la Sala de Seguimiento podría haberle dado algún peso a ciertas posturas de los Grupos de Seguimiento sin contrastar la información con la postura del Gobierno en el tema respectivo o sin contrastar en general la postura del actor que suministra una postura. Este aspecto es relevante para enfatizar las diferencias entre este caso y el proceso de seguimiento a una sentencia estructural, previamente emitida, en relación con desplazamiento forzado (la famosa sentencia T-025 de 2004). Dicha sentencia se relacionaba con un tema en el que los actores involucrados no enfrentaban las enormes diferencias y asimetrías entre sí, como sí ocurre con los actores en el sistema de salud —particularmente dentro de la sociedad civil— que defienden intereses muchas veces contrapuestos —médicos, grupos de pacientes, aseguradoras, etcétera—.

Lo anterior tiene a su vez relación con los debates en torno a cómo priorizar en salud, lo cual exige valorar, como punto de partida, el tipo de intereses que manejan los participantes en el monitoreo de la implementación del fallo. Ello hace fundamental la transparencia en la información. Un debate, por ejemplo, gira en torno a las bases de datos sobre tutelas. La Defensoría del Pueblo ha utilizado la información disponible en la Corte Constitucional, pero se ha concentrado en variables muy particulares que en ocasiones no ofrecen exhaustiva información sobre cuestiones tan relevantes como la pertinencia técnica de las solici-

ÓSCAR PARRA VERA

tudes.¹³ Asimismo, se ha criticado que algunas son registradas como tutela respecto a temas POS, cuando de lo que se trata es de aspectos en los que sí se tuvo acceso a POS, pero existe debate en algunas variables del tratamiento.

En el futuro, un tema relevante para la implementación de la sentencia y la valoración del alcance de la protección judicial del derecho a la salud debería estar marcado por una discusión pública sobre la metodología y alcances de las bases de datos que vienen utilizando tanto instituciones como organizaciones y universidades. Eliminar cualquier barrera irrazonable en el acceso a las bases de datos constituye una regla ineludible para fortalecer la discusión pública en esta materia y enfrentar la complejidad derivada del uso de metodologías diferentes —pero quizás complementarias— para evaluar las razones que explican que todavía exista un uso masivo de la tutela para el acceso a la salud, a pesar de que han transcurrido más de nueve años desde la emisión de la sentencia T-760.

Cabe recordar que uno de los objetivos de la T-760 era que la tutela no sea más un mecanismo necesario de acceso a la salud y que, por ende, el número de tutelas disminuya.

4.3. Debates sobre el cierre o la interpretación amplia de algunas órdenes

Otros debates que han surgido en la implementación de sentencias nacionales e interamericanas se relacionan con la forma como se ha extendido la supervisión judicial hacia aspectos que parecieran no estar directamente ligados con las órdenes inicialmente emitidas en el fallo original.

Por ejemplo, en determinado momento se ha criticado el intento de la Corte Constitucional de evaluar el acceso efectivo a servicios más allá de la actualización y unificación de los planes,

¹³ Al respecto, una persona entrevistada en 2015 mencionó los esfuerzos por recolectar información respecto a si los jueces evaluaron el perfil socioeconómico del litigante, para ver si la persona tenía capacidad económica para cubrir la prestación con recursos propios, y si el juez había revisado la pertinencia técnica de la solicitud.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

lo cual resulta complejo, particularmente cuando se trata de hacer informes de resultados en salud de los respectivos regímenes de acceso. Ello extiende el marco de análisis inicialmente previsto en el fallo y se complejiza, aún más, si se tienen en cuenta las dificultades que puede enfrentar un Tribunal para mantener un equipo que esté solamente dedicado al seguimiento de la sentencia. La tarea de este equipo podría volverse infinita.

A pesar de que a nivel internacional y comparado algunas cortes tienen mayores incentivos para intentar cerrar las órdenes relacionadas con remedios judiciales que emiten, surgen debates sobre los escenarios donde, en la realidad, los tribunales adoptan decisiones para interpretar ampliamente las órdenes y abrirlas hacia temas no previstos.

El debate sobre la inclusión o no de la Ley Estatutaria de Salud (ley 1751 de 2015) dentro del análisis de la implementación de la T-760 adquiere especial relevancia en esta discusión. En cinco años de lo que iba su mandato hasta ese momento, el presidente Santos había radicado personalmente solo dos leyes ante el Congreso: la ley de víctimas y la Ley Estatutaria sobre el Derecho a la Salud. Ello dimensiona el valor político que se le quería dar a esta ley como un punto de partida para solucionar problemas estructurales del sistema de salud.

En términos generales, en esta ley se consagró expresamente el entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental y diversas reglas sobre su limitación. Diversos movimientos sociales, cercanos al Movimiento Nacional por la Salud y a la acción de la Secretaría de Salud durante la Alcaldía del anterior alcalde de Bogotá, veían en la Ley Estatutaria una visión de la salud radicalmente distinta al modelo neoliberal adoptado en la ley 100 de 1993. Por el contrario, desde algunas intervenciones públicas del Ministerio de Salud se observa la defensa de la Ley Estatutaria como un escenario de defensa del modelo, pues se ve en esta ley un conjunto de ajustes para corregir las imperfecciones del mercado en esta materia, y la posibilidad de impulsar el concepto de integralidad en la atención a la salud y el análisis de priorización en salud en forma adecuada.¹⁴

¹⁴ Incluso el ministro de Salud ha manifestado disenso respecto a la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de los alcances de esta Ley

ÓSCAR PARRA VERA

Quienes defienden la Ley Estatutaria como un rompimiento del modelo adoptado en 1993 defienden a su vez que la Corte Constitucional involucre en el seguimiento de la sentencia T-760 un análisis de dicha ley. En alguna medida, se ve allí el camino para que la Corte Constitucional efectuara una crítica más profunda contra el modelo de la Ley 100. Por el contrario, algunas personas entrevistadas consideran que tal tipo de análisis en el seguimiento de la T-760 desborda el objetivo central de dicho fallo, que se concentró en las principales barreras de acceso a la salud. Asimismo, desde esta perspectiva, si la Corte entrara en una crítica fuerte contra el modelo de salud, podría abrir una puerta de críticas a su legitimidad para hacerlo, e incluso, a las condiciones de posibilidad para hacer un seguimiento razonable a la implementación del fallo.

Sea cual sea la decisión que adopte la Corte Constitucional en la materia, ello constituirá un ejemplo de los desafíos en el monitoreo de sentencias estructurales.

En efecto, al momento de la emisión de la sentencia, algunos movimientos sociales manifestaron su escepticismo porque la T-760 se anclaba en el lenguaje de la Ley 100, que se denuncia como neoliberal. Lo interesante del asunto es que, paradójicamente dentro del movimiento por la salud, la sentencia haya constituido un punto de encuentro para volver a dinamizar la movilización y cómo la lucha por la Ley Estatutaria implicó un acercamiento entre grupos contrarios a la Ley 100 que no se habían acercado en el pasado —la Junta Médica, el Movimiento Nacional por la Salud, etcétera—. ¹⁵

Asimismo, corresponde debatir críticas en torno a una presunta “microgerencia” en el marco del seguimiento de la T-760.

Estatutaria, en relación con las posibles limitaciones razonables y proporcionales que puede tener el derecho a la salud.

¹⁵ Entrevistas efectuadas a Mauricio Torres y Carolina Corcho fueron especialmente relevantes para entender la complejidad y dinamismo de la discusión sobre la movilización social por la salud en Colombia y la adopción de la Ley Estatutaria del derecho a la salud. Sobre los debates específicos en torno a la movilización por la salud en Colombia, véase Torres Tovar, Mauricio, *Lucha social contra la privatización de la salud*, Documentos ocasionales, núm. 77, Bogotá, CINEP, 2012.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

Se critica en este punto la presunta utilización del seguimiento al fallo estructural como justificación para analizar la situación específica de centros de salud en las zonas más pobres de Colombia. Es previsible que surjan algunos problemas para el monitoreo el que se involucre un análisis de situaciones críticas específicas en algunas regiones o en algunos temas como parte del seguimiento de la T-760.¹⁶ Por una parte, el seguimiento de la sentencia se transformaría en un escenario poco idóneo para plantear todos los debates complejos del sistema de salud. Por otra parte, la posibilidad de cerrar la sentencia sería inviable. En entrevista con el entonces magistrado Jorge Iván Palacio y miembros de su despacho fue explicado el análisis del Hospital de Quibdó —una de las ciudades más pobres de Colombia— como un caso ilustrativo de problemas, sin que se tenga una pretensión necesariamente micro. El énfasis en dicho hospital se explicaba en el hecho de llevar varios años intervenido por el Estado y, por ello, resultar ilustrativo de las fallas del sistema. Este enfoque es muy relevante y valioso para dinamizar la implementación de la sentencia T-760, pero pueden surgir discusiones sobre la complejidad de abrir el seguimiento a muchos escenarios que resulten siendo ilustrativos de dichas fallas.

En el marco de lo que analizo en este segmento, otro desafío para la implementación de la sentencia lo constituye el hecho de que los procesos de seguimiento de sentencias enfrentan el reto del cambio en la composición de cortes y juzgados. Es posible que quien esté a cargo de la implementación tenga una visión diferente de las controversias en juego respecto al juez que emi-

¹⁶ En el auto 100 de 2014, sobre la construcción de un puesto de salud en un municipio concreto, la Sala de Seguimiento concluyó que “4. Lo expuesto sugiere que los resultados obtenidos con la política pública, *prima facie*, no son los esperados, por cuanto diferentes fuentes como los informes de las autoridades, las peticiones ciudadanas, los reportes de los medios de comunicación y la propia jurisprudencia de esta Corporación dan cuenta de casos en los que pacientes siguen siendo sometidos a una atención extemporánea, a pesar de haber transcurrido más de cinco años después de que se ordenara corregir dichas circunstancias, a través de la sentencia T-760 de 2008”. Este tipo de enfoques puede resultar problemático porque casos individuales, procesos judiciales con debates probatorios específicos e información de prensa no contrastada, sin mayor participación del Ministerio de Salud, pueden guiar el enfoque del seguimiento por encima de un debate más abierto y transparente liderado por la propia Corte.

ÓSCAR PARRA VERA

tió el fallo. El magistrado Manuel José Cepeda fue el ponente de la sentencia (2008) y el magistrado Jorge Iván Palacio estuvo a cargo de su implementación entre 2009 y 2017. En 2017 asumió como magistrado sustanciador el magistrado José Fernando Reyes Cuartas. Es de esperarse que el cambio en los magistrados sustanciadores enriquezca y dinamice el análisis, sin embargo, también involucra necesariamente nuevas visiones en torno al sentido que debe tomar la intervención judicial en casos estructurales, y nuevas visiones sobre los principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos.

5. ALGUNOS RETOS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

La insistencia de la sentencia T-760 de 2008 en que se garantice la debida participación de todos los actores relevantes e involucrados y afectados con las políticas de acceso a la salud constituye una influencia de lo que desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido como enfoque de derechos en relación con las políticas sociales. Conviene entonces precisar algunos elementos conceptuales sobre qué estamos entendiendo como participación. Desde un marco de derechos humanos, la participación debe incluir: *i.* mecanismos institucionales para asegurar que la población pueda participar; *ii.* construcción y fortalecimiento de capacidades para la participación; *iii.* mecanismos de participación en las diferentes etapas del proceso —desde la elaboración de la agenda hasta la elaboración de las herramientas de monitoreo y evaluación—, y *iv.* mecanismos de rendición de cuentas y revisión dinámica y permanente de decisiones relevantes.

Desde esta perspectiva, la participación es más que una herramienta de consulta utilizada para explorar las necesidades y opiniones de la población. La participación es un mecanismo de construcción colectiva, una herramienta democrática que permite a las sociedades debatir sobre sus valores, estructuras y hacia dónde se quieren dirigir.¹⁷ Las deficiencias que pueda tener un

¹⁷ Gianella, Camila, Parra Vera, Óscar; Yamin, Alicia Ely y Torres, Mauricio, “¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la defini-

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

proceso de participación pueden poner en riesgo la legitimidad de los resultados de la implementación de la sentencia T-760 de 2008, así como el apoyo por parte de la sociedad a la misma.

En este punto, la participación ciudadana no puede entenderse como participación individual de usuarios, clientes, consumidores de servicios de salud, en lugar de ciudadanos titulares del derecho a la salud. La opinión de “clientes” no puede tener un peso superior al de la deliberación colectiva y crítica que debe hacer la ciudadanía a través de diversas formas organizativas.¹⁸ En este punto, los ciudadanos deben contar con información para entender el alcance de las consultas, la revisión de las decisiones adoptadas y la rendición de cuentas. Ello implica que permanentemente las personas reciban documentos o material asociado a la implementación de la sentencia, cuyo contenido sea completo, pertinente, confiable y comprensible.¹⁹

La participación debe entonces ir más allá de la posibilidad que tienen los usuarios, como consumidores, de regular el trabajo de los proveedores de servicios de salud. En ocasiones ello resulta complejo, teniendo en cuenta el contexto en el que se da la relación entre el proveedor de los servicios de salud y los usuarios, donde, por regla general, el proveedor suele tener el poder del conocimiento y, por ello, mayor poder en la toma de decisiones.²⁰ En otras palabras, en el marco de la atención integral en salud se debe propender por una participación que no se refiera únicamente a relaciones individuales proveedor-usuario/

ción pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008”, en *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 1, 2009, pp. 1-13. También publicado en AA.VV, *La Sentencia T-760: alcances y limitaciones*, Cuadernos del Doctorado en Salud Pública, núm. 11, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, pp. 107-132.

¹⁸ Gianella, Camila; Parra Vera, Óscar, Yamin, Alicia Ely y Torres, Mauricio, “¿Deliberación Democrática o Mercadeo Social?...”, *cit*.

¹⁹ Estos son los criterios que ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia al valorar la información que es suministrada por instituciones tanto a dicho Tribunal como a organizaciones encargadas del monitoreo de algunos de los fallos emitidos por tal corporación.

²⁰ Entrevista a Norman Daniels, Thomas Bossert y William Hsiao, disponible en <http://www.semana.com/noticias-salud-seguridad-social/mejor-debil-del-sistema-salud-colombiano/125943.aspx>.

ÓSCAR PARRA VERA

consumidor, sino más bien a la participación de ciudadanos y comunidades en la implementación y revisión de las políticas de acceso a la salud. Es en este escenario donde resulta posible una participación que permite un diálogo democrático entre técnicos, expertos y ciudadanos.

Cabe resaltar que este modelo de participación crítica debe entenderse como un proceso constructivo permanente. Asimismo, la medición o valoración de la participación debe involucrar una narrativa, contextualizada y dialógica, en la cual se deben situar los problemas que las personas encuentran para acceder a las prestaciones en salud que les corresponden.

Retomando las características de un modelo de participación basado en el enfoque de derechos humanos, y tal como lo plantean autores como Torres, Méndez y Carmona, la participación social y el servicio a la ciudadanía pueden proyectarse en acción política organizada para empoderar a la ciudadanía, fortalecer su tejido social, con miras a construir poder para incidir efectivamente en el conjunto de decisiones públicas en salud, a favor de la resolución de las necesidades sociales y sanitarias.²¹ Esta visión sobre participación y empoderamiento es también compartida por la antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda, quien presentó su enfoque sobre participación como un mecanismo para desafiar formas de dominación que privan a las personas de agencia y autodeterminación.²² De ahí que la política de participación deba ser diferente según los contextos de cada ciudad y municipio, dependiendo de las dinámicas de articulación entre los individuos y grupos vulnerables y fortaleciendo dinámicas construidas “desde abajo”, a partir de procesos dinámicos de escucha y diálogo permanente.²³

²¹ Torres-Tovar, M., Méndez-Sandoval, I. y Carmona-Moreno, Luz Dary, “Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá”, 2015.

²² Informe ante el Consejo de Derechos Humanos, 2013.

²³ En similar sentido respecto a la participación en diversas políticas de salud, Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2016, cap. 6, “Power and Participation”, pp. 157-

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

Lo anterior no demerita la participación institucionalizada, sin embargo, le quita cierto nivel de protagonismo en algunos contextos. En efecto, en ocasiones, cuando los espacios y la forma de participación en salud están ligados a las instituciones de atención sanitaria, se limita la discusión a asuntos relacionados tan solo con la prestación de servicios de salud, sin que se logre integrar un contexto de discusión más amplio, por ejemplo, la discriminación estructural que sufren algunos grupos en diversos espacios sociales e institucionales. El impulso de participación social se verá fortalecido cuando surjan más demandas de participación en forma espontánea desde las comunidades.

Algo que debe evitarse en las tareas futuras se relaciona con lo que podría asociarse a la “participación inducida” y la “participación instrumentalizada”.²⁴ En estos escenarios se convoca a la comunidad y se esgrime su participación para legitimar decisiones que la institucionalidad ya ha tomado, sin contar efectivamente con la opinión de las comunidades. También se debe evitar la “participación sin eficacia”, es decir, aquella donde la capacidad de incidencia de las comunidades sobre la toma de decisiones es muy precaria.

Otro aspecto que merece especial atención se relaciona con la importancia de determinar hasta qué punto pueden existir problemas en los mecanismos democráticos de representación que generen una fractura entre los líderes sociales y sus bases. En otras palabras, un eventual “divorcio” entre representados y representantes que están lejos de las bases comunitarias. Lógicas clientelares, luchas entre micropoderes y afanes innecesarios o protagonismo pueden agravar aún más este tipo de situaciones.²⁵ Asimismo, en zonas donde el conflicto armado ha tenido especial impacto en aterrorizar a la población, ello impacta directamente

179; y Loewenson, R.; Laurell, A.C.; Hogstedt, C.; D’Ambruoso, L. y Shroff, Z., *Investigación-acción participativa en sistemas de salud: Una guía de métodos*, Harare, TARSC-AHPSR-WHO-IDRC Canada-EQUINET, 2014.

²⁴ Torres-Tovar, M., Méndez-Sandoval, I. y Carmona-Moreno, L. D., “Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá...”, *cit.*, y Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity...*, *cit.*

²⁵ Torres-Tovar, M. y otros, *op. cit.*

ÓSCAR PARRA VERA

en el miedo de las personas a movilizarse y, en general, ofrece más temores respecto al involucramiento en procesos de participación social.²⁶

En el caso de la participación en salud en el marco de la implementación de la sentencia T-760 de 2008, algunas críticas han surgido por la excesiva fe en la existencia de un proceso deliberativo y también por ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. En este punto, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. En particular, es relevante distinguir entre un cumplimiento nominal con la sentencia de la Corte y las estrategias para eludir su cumplimiento efectivo.

Por otra parte, algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, no se ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre los debates que podría generar la expansión de beneficios y cobertura de cara a 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. Algunos críticos consideran que durante algunos momentos de la implementación de la sentencia podría haber ocurrido ello, por ejemplo, en momentos en los que ni la llamada CRES (Comisión de Regulación en Salud) ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las

²⁶ Experiencias de participación en salud en Colombia, Guatemala y Perú son ejemplos al respecto. Véase Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity...*, cit., cap. 6, pp. 157-179.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

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 solo el modelo establecido en la ley 100, sino también qué valor le otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

6. CONCLUSIONES

En este texto he ofrecido un diálogo muy preliminar entre desarrollos importantes a nivel interamericano y nacional respecto a la implementación de decisiones judiciales. Asimismo, he aludido a ciertos niveles de eficacia de algunas decisiones en materia de derechos sociales. Como lo demuestran las experiencias analizadas, el ámbito de monitoreo o supervisión de cumplimiento tiene una vocación de conciliación que en ocasiones entra en tensión con el ámbito adjudicativo en el marco de la contención entre partes. Ello ha generado que, a través del impulso de diálogos en las fases de monitoreo, la intervención de las cortes adquiera especial dinamismo y creatividad para hacer realidad la materialización de los derechos sociales.

Sin embargo, tanto en las decisiones interamericanas como en sentencias estructurales colombianas se pueden observar complejos retos para el activismo judicial “dialogico”, puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, así como 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 cambios sociales transformadores en el campo de los derechos sociales mediante la intervención judicial.

ÓSCAR PARRA VERA

Constantemente se seguirá debatiendo sobre el modelo de gestión judicial más apropiado para enfrentar los desafíos asociados a la implementación de decisiones en derechos sociales que tengan una vocación de impacto estructural. En particular, seguirán los debates entre visiones más amplias y más restringidas sobre el alcance de las órdenes emitidas y su relación con principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos. Las cortes deben continuar su labor creativa en el impulso de un rol diligente del poder judicial para contribuir en la superación de las crisis institucionales que generan la precariedad en la materialización de los derechos sociales, sin entregar exclusivamente a los jueces la responsabilidad final por las transformaciones estructurales que se necesitan en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *La Sentencia T-760: alcances y limitaciones*, Cuadernos del Doctorado en Salud Pública, núm. 11, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.
- Corleto, Julieta di (coord.) *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Perspectivas nacionales e internacionales*, Buenos Aires, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, 2017.
- Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2009.
- Gianella, Camila, Parra Vera, Óscar; Yamin, Alicia Ely y Torres, Mauricio, “¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008”, en *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 1, 2009.
- Lamprea Montealegre, Everaldo, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*, Bogotá, Uniandes, 2015.
- Loewenson, R.; Laurell, A.C.; Hogstedt, C.; D’Ambruoso, L. y Shroff, Z., *Investigación-acción participativa en sistemas de*

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

salud: Una guía de métodos, Harare, TARSC-AHPSR-WHO-IDRC Canada-EQUINET, 2014.

Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.

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, 2012.

Torres Tovar, Mauricio, *Lucha social contra la privatización de la salud*, Documentos ocasionales núm. 77, Bogotá, CINEP, 2012.

Torres-Tovar, M., Méndez-Sandoval, I. y Carmona-Moreno, Luz Dary, “Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá”, 2015.

Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2016.

—, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Right. Can courts bring more justice to health?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

—; Parra Vera, Óscar y Gianella, Camila, “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, Mass., Harvard University Press, 2011.

ÓSCAR PARRA VERA

— y Parra Vera, Óscar, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, en *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010.