

# **El poder Judicial y las *policies* en Colombia. Un análisis del control de la Corte Constitucional en materia de salud con la sentencia T-760 de 2008**

*The Judiciary and Policies in Colombia: An Analysis of the Constitutional Court's Control in Health Issues with the Judgment T-760 of 2008*

LAURA MILENA OTERO PILONIETA\*

Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia  
lotero834@unab.edu.co

MICHELLE VIEIRA FERNANDEZ

Universidade de Brasília, Brasil  
michelle.fernandez@unb.br

DOI: <https://doi.org/10.46468/rsaap.14.1.A2>

*Esta investigación plantea como objetivos describir el proceso de control judicial ejercido por la Corte Constitucional en la política de salud en Colombia, revisar sus fundamentos y analizar sus efectos inmediatos para esa política pública. El marco teórico del trabajo remite a la judicialización de la política. La estrategia de investigación es cualitativa. Los instrumentos para llevar a cabo este análisis son la técnica de análisis de contenido, la entrevista en profundidad y fichas de contenido. Como resultados se expone que: i) el control judicial suscita cambios y arreglos político-institucionales para reducir el poder de los gobiernos en la formulación e implementación de políticas; ii) la intervención de la Corte se fundamenta en la garantía de satisfacción de derechos en el diseño, construcción, desarrollo y evaluación de políticas públicas, y el aseguramiento de la democracia; y iii) los efectos apuntan a la redefinición de las reglas de juego en la dinámica de formulación, implementación y evaluación de políticas públicas.*

## **Introducción**

¿Cómo afecta el control judicial de la Corte Constitucional a las políticas públicas de salud en Colombia? A partir de esta pregunta, el objetivo del artículo es analizar la aplicación del control judicial ejercido al derecho a la

\* Las autoras agradecen el aporte de dos evaluaciones anónimas a una versión previa de este artículo.

salud durante el periodo que va de 2008 a 2015 en Colombia, dar cuenta de los fundamentos utilizados por la Corte Constitucional para ejercerlo y mostrar los efectos de la actuación del poder judicial identificados en la dinámica de las políticas de salud.

En las sociedades modernas se han ido incluyendo diversas formas de control de la gestión pública bajo la perspectiva del concepto de *accountability*. Se establecen redes de responsabilidad y rendición de cuentas en donde “todos los agentes, privados y públicos, incluyendo los cargos más altos del régimen, están sujetos a controles apropiados y legalmente establecidos sobre la legalidad de sus actos” (O’Donnell, 2001: 43). El Estado democrático de derecho, para cumplir con la provisión de bienes públicos fundamentales y para garantizar las relaciones burocráticas y sociales, somete a todos sus integrantes a la autoridad legal de alguna institución (Rumeau, 2012). Ejemplo de ello son las agencias de balance de los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que en las constituciones se orientan a establecer equilibrios entre poderes y atribuciones (Duque, 2013). A esto se añade el control que ejercen a las políticas públicas los Tribunales Constitucionales para garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales.

En Colombia este control se realiza mediante la Corte Constitucional en diferentes casos y en ejercicio de las acciones constitucionales o del control de constitucionalidad de leyes o decretos con fuerza de ley que las contienen. Quinche y Rivera (2010) y Henao (2013) identifican como ejemplo de ello la intervención de la Corte en la política de salud desde la sentencia de tutela T-760 de 2008, la cual al reconocer la salud como derecho fundamental suscita cambios y arreglos político-institucionales en el sistema de aseguramiento.

En estos casos la Corte intervino en los procesos de formulación, implementación y verificación de políticas públicas basadas en derechos fundamentales a partir del ejercicio del control judicial. Su actuación estuvo motivada por la existencia de un vacío de poder y de un déficit de implementación y de gobernanza de las autoridades llamadas a responder, constatando una transgresión masiva de los derechos de las personas.

Así, los Tribunales Constitucionales han tomado protagonismo. Este fenómeno ha cobrado especial relevancia en los estudios sobre políticas públicas que señalan que éstas no pueden contradecir los principios y derechos fijados en la Constitución y en los fallos judiciales que inciden en otras esferas como la economía o la política, entendiendo que la protección y la garantía efectiva de los derechos no se agotan en el derecho mismo (Jiménez, 2013).

A partir de lo expuesto, esta investigación analiza la aplicación del control judicial ejercido por la Corte Constitucional al derecho a la salud en Colombia durante el periodo 2008-2015, a partir de la sentencia de tutela

T-760 de 2008. El trabajo se divide en cuatro apartados: el primero expone los aspectos teóricos de la investigación, el segundo presenta los parámetros metodológicos utilizados, el tercero da cuenta de los resultados sobre el proceso de control judicial del derecho a la salud, los fundamentos utilizados por la Corte Constitucional que inciden en las políticas de salud y los efectos de dicho control identificados en la dinámica de las políticas públicas. El cuarto apartado presenta algunas breves conclusiones.

## **1. La judicialización de las políticas públicas**

El concepto de política pública en la ciencia política ha sido abordado desde diferentes aristas. Esta investigación parte de los elementos identificados por Roth (2007), es decir, la identificación de situaciones en las cuales se pretende intervenir; la definición de objetivos que guiarán la intervención en las situaciones previamente identificadas; y la creación y el diseño de programas, acciones o medidas que tengan como propósito la consecución de los objetivos trazados con anterioridad.

Tomando estos elementos, la política pública constituye una herramienta integradora de decisiones, objetivos, programas y acciones encaminada a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. El núcleo esencial de las políticas es, por lo tanto, la solución o prevención de una situación definida como problemática a partir de un conjunto de actividades, decisiones o medidas diseñadas y/o ejecutadas por el Estado.

En este sentido, las políticas públicas obedecen a reglas de juego establecidas por las instituciones políticas y el contexto específico en el que se desarrollan (Stein *et al.*, 2006). Entre estas reglas se destacan las normas constitucionales que, a su vez, sujetan la actuación del Estado para el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 49, reconoce el derecho a la salud y prescribe las condiciones en las cuales el servicio de salud debe ser prestado por el Estado, siendo un límite claro que deben tener en cuenta las políticas públicas de salud que se formulen.

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

Los límites y márgenes de acción que imponen las normas constitucionales a las políticas públicas varían dependiendo del grado de precisión con el que un derecho sea definido (Quinche y Riviera, 2010). Sin embargo, en cualquier caso, el encargado de formular la política pública mantiene discrecionalidad para la realización de los contenidos materiales de los derechos, especialmente sobre los mecanismos a emplear o las acciones a ejecutar.

Se advierte que el propósito de las políticas públicas tendría que ser apuntar a la solución o prevención de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración de derechos fundamentales. La trayectoria peculiar de las políticas de bienestar en países periféricos, marcadas por la existencia parcial o, en muchos casos, la inexistencia de políticas eficaces (Fernandez, 2014; Carvalho, 2008; Faria, 1998), hace que el disfrute de los derechos fundamentales no alcance a una gran cantidad de personas. Así, cuando nos enfrentamos a una relativa inoperancia de los poderes ejecutivo y legislativo en la formulación e implementación de políticas y programas, gana importancia el rol del poder judicial como arena para maximización de la protección de derechos fundamentales por medio de la judicialización de la política (Fernández y Gomes Neto, 2018).

La judicialización de la política es el proceso por el cual el poder judicial pasa a tratar directamente asuntos ajenos a su competencia, es decir, asuntos que originalmente tendrían que ser tratados por el poder ejecutivo y/o el legislativo. Los tribunales actúan políticamente en tres dimensiones: “hobbesiana, smithiana y madisoniana” (Taylor, 2007: 230). Estas dimensiones representan el impacto de la actuación del poder judicial en el monopolio de la violencia ejercido por el Estado, en las normas de funcionamiento de la economía y en la relación entre los tres poderes. La injerencia del poder judicial en el proceso de las políticas públicas hace referencia, precisamente, a la dimensión madisoniana.

El poder judicial ha sido solicitado con alguna frecuencia para deliberar sobre políticas públicas contenciosas (Taylor, 2007). Los tribunales crean la capacidad propia para dibujar el curso de las políticas públicas: influyen los tipos de políticas que van a ser implementados y la forma en la que van a ser llevadas a cabo. Además, juzgan la legalidad de esas políticas a partir de sus perspectivas sobre las reglas legales existentes y las normas y tradiciones vigentes. Asimismo, han adquirido peso como un actor político que negocia y toma decisiones de política pública (Besabe, 2011).

### *1.1 La judicialización en Colombia*

La Corte Constitucional colombiana en las últimas dos décadas ha desempeñado un rol activo en la judicialización de las políticas públicas, particularmente en las políticas sociales. Sobresale como ejemplo la intervención en la crisis carcelaria, que se inició con la sentencia T-153 de 1998. El fallo advirtió una “inacción de las autoridades [que] ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y (...) no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país” (Corte Constitucional, 1998), debido al hacinamiento y a condiciones deplorables de salubridad, absolutamente inhumanas.

La Corte formuló una estrategia para superar el hacinamiento y las condiciones insalubres, ordenando al efecto: i) la formulación de una política pública de manera conjunta entre las autoridades nacionales y el legislador, ii) la elaboración por parte de las autoridades carcelarias de un plan de construcción y refacción carcelaria para mejorar las condiciones de vida en los centros de reclusión en cuatro años a partir de la sentencia, iii) el traslado y separación de los sindicados (aquellos cuya investigación penal aún no había finalizado) y los condenados, lo que también debía lograrse en esos cuatro años, y iv) investigar a los jueces a cargo de la ejecución de penas y medidas de seguridad, en el caso de que no concedieran de manera expedita la libertad condicional a los reclusos, contribuyendo así al hacinamiento (Henao, 2013).

Se trató de un control judicial con ocasión del vacío de poder por parte de las autoridades competentes, la vulneración masiva de derechos y el déficit de formulación de una política pública.

En la sentencia T-025 de 2004, la intervención del Tribunal Constitucional en el caso de los desplazados por la violencia sobresale como otro ejemplo de un caso estructural con un impacto redistributivo profundo en la protección de derechos (Uprimny y Durán, 2014). A través de esta sentencia ordena al gobierno nacional el rediseño de la política pública frente a esta población siguiendo los estándares constitucionales por ella señalados, asegurando de forma inmediata los derechos mínimos que identifica vulnerados, contemplando acciones consistentes y orientadas a satisfacer de forma progresiva los derechos plenos que reconoce a esta población y creando instancias de participación de las personas desplazadas y sus organizaciones en el diseño y ejecución de planes, programas y proyectos de la política (Corte Constitucional, 2004).

La Corte determinó retener jurisdicción a efectos de hacer seguimiento al cumplimiento de la sentencia y no delegó esta función al juez de instancia, teniendo en cuenta la magnitud de las órdenes impartidas que implica-

ban ejercer control al gobierno nacional, lo cual escapaba de las posibilidades reales de un juez diferente al alto tribunal. Esta labor se llevó a cabo mediante audiencias públicas para la rendición de cuentas y el diálogo entre los actores; y a través de autos de seguimiento en los que se evaluó la respuesta estatal, se detectaron las principales fallas, se determinaron las acciones que se debían adoptar y su contenido mínimo en procura de superar el Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI) (Uprimny y Sánchez, 2010). Se trató de un control judicial relacionado con la inadecuada e ineficaz formulación e implementación de la política, que ocasionó el desconocimiento de la Constitución y la vulneración de derechos a una población afectada por el conflicto armado.

Los anteriores ejemplos muestran el impulso que la Corte Constitucional ha dado a las políticas públicas que tradicionalmente han sido monopolio de los poderes legislativo y ejecutivo. Es visible su incidencia en la visibilización de situaciones socialmente relevantes, así como en la formulación de soluciones, en la estrategia y la ejecución de programas y en la adopción de mecanismos, produciendo cambios importantes en la sociedad (Rodríguez y Rodríguez, 2010).

En las líneas que siguen, vamos a presentar las consecuencias de la actuación de la Corte colombiana en políticas de salud a partir del vacío dejado por los otros poderes y la injerencia del poder judicial en el proceso de estas políticas por medio del derecho constitucional a la salud.

## **2. Apuntes metodológicos**

La metodología de este trabajo es de tipo cualitativa, la cual se “enfoca en comprender y profundizar los fenómenos en relación con el contexto” (Hernández, Fernández y Baptista, 2010: 364). Se busca con ella “acceder a terrenos poco explorados o ignorados, al reconocer como datos relevantes las subjetividades y los procesos sociales” (Hernández, 2016: 1). Asimismo, permite desentrañar los procesos de decisión y cambio en las políticas públicas desde la incidencia de actores y los fundamentos de su intervención.

Se selecciona como unidad de análisis el derecho a la salud, objeto de control judicial por parte de la Corte Constitucional, y como unidades de observación se adoptan la sentencia de tutela T-760 de 2008 y autos de seguimiento que inciden en las políticas de salud. La selección del derecho a la salud y de las políticas de salud obedece a la incidencia que tuvo el control judicial en el ciclo de dichas políticas para la satisfacción de derechos fundamentales y en la reforma estructural a su configuración a partir de la decisión de la Corte.

Para el análisis del control judicial de la Corte, se adopta en primer lugar y como técnica principal la revisión y el análisis documental y en virtud de la cual se realizan procedimientos orientados a la aproximación al procesamiento y a la recuperación de información contenida en documentos (Rojas, 2011; Gómez, 2011). Por lo tanto, se acude a la consulta de documentos oficiales para tener una primera aproximación a la unidad de análisis y a partir de ello reconstruir el proceso de control judicial.

En segundo lugar, se adopta la entrevista en profundidad, entendida como aquella que “escudriña la singularidad de la experiencia de los actores” (Navas, 2013: 42). Se realizaron entrevistas a cuatro funcionarios de la sala de seguimiento de la Corte Constitucional de la sentencia T-760 de 2008, a través de la cual el Tribunal ejerció el control judicial al derecho a la salud. Dos de estos entrevistados son los magistrados que estuvieron cargo de las salas y los otros dos son funcionarios de planta que realizaron el seguimiento de las sentencias. Su elección obedece a la cercanía y conocimiento del proceso de control judicial y su etapa posterior de seguimiento. Las entrevistas se llevaron a cabo en el mes de octubre de 2018.

Para el procesamiento y descripción sistemática de los datos recolectados se acude al análisis de contenido como técnica que busca “explicar y sistematizar el contenido de los mensajes comunicativos de textos, sonidos e imágenes y efectuar deducciones lógicas de conocimientos” (Andréu, 2000: 3). Esta técnica permite identificar las condiciones de producción y recepción en el contexto social de estos mensajes.

El análisis recoge las explicaciones de los entrevistados acerca de la práctica de control judicial de la Corte Constitucional sobre la política pública de salud, las cuales a su vez se agrupan en categorías analíticas, orientadas a entender los fundamentos jurídicos, políticos y de derechos humanos, así como los efectos del fenómeno objeto de estudio. Su sistematización se lleva a cabo por medio de la siguiente matriz de análisis (Cuadro 1):

**CUADRO 1**  
Matriz de análisis para las entrevistas

Fundamentos			Categorías				
			Efectos				
Políticos	Jurídicos	Otros	Directos	Instrumentales	Simbólicos	DDHH	No deseados

Fuente: Elaboración propia, adaptado de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010: 24).

Debe advertirse que los resultados están limitados a las fuentes de información consultadas (literatura especializada, documentos oficiales, sentencias y autos) y a la postura y observaciones de uno de los actores involucrados en el proceso de control judicial (la Corte). Al combinar esas diferentes fuentes se pretende un acercamiento adecuado, aunque incompleto, al objeto de estudio.

### 3. Resultados y discusión

#### *3.1. El proceso de control judicial ejercido por la Corte Constitucional en materia de salud*

Entender el control judicial ejercido por la Corte Constitucional es detenerse en i) el proceso del diseño y/o la ejecución de actividades, decisiones o medidas tomadas por el Estado para solucionar o prevenir una situación definida como problemática; ii) los “vacíos” de la acción estatal que forzaron la intervención del Tribunal; y iii) los requerimientos dados a quienes intervienen en la política pública, ubicándose respectivamente en cada etapa de formación de la política: formulación, implementación y evaluación. En líneas siguientes se describe el proceso de control del derecho a la salud.

El derecho a la salud en Colombia se constitucionalizó en los artículos 44 y 49 de la Constitución Política de 1991 como un derecho inherente a todas las personas. Inicialmente fue considerado como un derecho prestacional que garantizaba el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud a cargo del Estado. Posteriormente, y debido a las sentencias de la Corte Constitucional, se reconoció su naturaleza fundamental por interrelación con otros derechos como el derecho a la vida en relación con determinadas poblaciones (adultos mayores, desplazados, personas con capacidades diversas) y respecto de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud<sup>1</sup>. Finalmente se ha reconocido como un derecho fundamental *per se*, autónomo, exigible y justiciable mediante la acción de tutela.

Este reconocimiento jurisprudencial se condensó en la ley estatutaria de salud (Ley 1751 de 2015) en la que se consagra el derecho fundamental a la salud como irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Este derecho comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la sa-

---

<sup>1</sup> El Plan Obligatorio de Salud corresponde al paquete de servicios básicos en las áreas de recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y cubrimiento de ingresos de manera transitoria (prestaciones económicas) cuando se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o maternidad.

lud. A su vez, indica que su prestación es un servicio público esencial obligatorio y se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Las políticas públicas de salud vigentes al momento del ejercicio del control judicial por parte de la Corte Constitucional daban cuenta de cómo la prestación de estos servicios públicos en razón de un derecho fundamental se había reducido a una transacción comercial y a utilidades de las grandes Empresas Prestadora de Salud (EPS) y de prestadores privados de servicios médicos y hospitalarios. Esto dejaba en un segundo plano a la salud como derecho fundamental que se materializa en la prestación de servicios médicos, hospitalarios y de rehabilitación integrales y en igualdad de condiciones (Defensoría del Pueblo, 2017).

Las mayores afectaciones a este vital derecho se presentan en personas y en casos relacionados con “la negación a exámenes, cirugías, tratamientos y medicamentos para enfermedades consideradas de alto costo, como la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana, las quemaduras graves, las cirugías de los sistemas cardiovascular y nervioso central, la cirugía de cadera” (Molina y Cabrera, 2013: 65), entre otras vulneraciones a los derechos a la salud, que se han identificado en años de funcionamiento del modelo, y que persisten actualmente.

Se destaca que desde 2002 hasta 2008 hay un incremento en el uso del recurso de amparo, que alcanza un pico en 2008. En este año fueron interpuestas 142.957 acciones, las cuales representaron el 41,5% del total de tutelas presentadas en el país. Lo anterior equivalía a una tasa de 3,6 tutelas por cada 1.000 afiliados. Eso representa la necesidad casi generalizada de las personas a acudir ante la justicia para que les reconozca su derecho fundamental a la salud (Defensoría del Pueblo, 2017: 80).

Debido a esta crisis frente al acceso, prestación integral y financiación del servicio de salud, la Corte Constitucional intervino mediante la expedición de la sentencia T-760 de 2008<sup>2</sup> que profundizó en la problemática y señaló criterios específicos dirigidos a los actores involucrados para buscar superar las deficiencias en el Sistema General de Seguridad en Salud (SGSSS) colombiano. Esto dio cabida a un nuevo desarrollo normativo, jurisprudencial y en materia de planificación estratégica del gobierno desde la formulación de políticas públicas, las cuales tendrían como reto interpre-

<sup>2</sup> Hace falta señalar que las sentencias de tutela expedidas por la Corte Constitucional son consecuencia del ejercicio de revisión de la decisión de tutela tomada por jueces de instancia sobre derechos constitucionales (Constitución Política de 1991, Art. 241.9). En particular, la sentencia en mención se denomina estructural en la medida en que en ella se hace un esfuerzo para dar efectividad a derechos constitucionales cuando se constata la existencia de desconocimientos graves y recurrentes de tales derechos. Al respecto, ver Osuna (2015).

tar e integrar en sus preceptos los mandatos jurisprudenciales indicados en la sentencia en cuestión. Por lo tanto, esta sentencia se presenta como una decisión que en derecho constitucional se conoce como sentencia de reforma estructural, la cual pretende mudar determinada organización burocrática para armonizarla con los mandatos de la Constitución (Quinche y Rivera, 2010).

**TABLA 1**

Número de tutelas salud en Colombia entre el año 2002 y 2008

Año	Afiliados	Tutelas	Tasa de afiliados	Crecimiento de la tasa de afiliado	Tasa de crecimiento tutela
2002	24.194.854	42.734	1,8	22,5%	24,5%
2003	25.413.865	51.944	2,0	15,7%	21,6%
2004	30.040.650	72.033	2,4	17,3%	38,7%
2005	33.881.988	81.017	2,4	-0,3%	12,5%
2006	36.461.003	96.226	2,6	10,4%	18,8%
2007	38.655.698	107.238	2,8	5,1%	11,4%
2008	39.561.521	142.957	3,6	30,3%	33,3%

Fuente: Elaboración propia con base en los datos de la Defensoría del Pueblo (2017: 80).

Es importante señalar que la sentencia fue el resultado del análisis de una selección de 21 acciones de tutela interpuestas por ciudadanos a quienes se les había vulnerado el derecho a la salud y, además, por la acción interpuesta por una EPS en contra del Ministerio de la Protección Social, dirigida a solicitar a las respectivas entidades claridad en las reglas de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), por cuanto el procedimiento que existía constituía una barrera al flujo de recursos dentro del sistema de salud (Defensoría del Pueblo, 2017: 56).

La Corte halló una serie de hechos e irregularidades contra las personas por parte de los prestadores del servicio y ello la llevó a determinar, en la sentencia T-760 de 2008, que se estaba frente a un patrón sistemático de violaciones del derecho a la salud, generado por problemas estructurales de la política (Corte Constitucional, 2008a). En consecuencia, en la sentencia T-760 de 2008 se contemplaron una serie de decisiones dirigidas a las autoridades del SGSSS que ordenaban tomar las medidas necesarias para corregir las fallas de regulación identificadas por la Corte a partir del análisis de los casos concretos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional tomó en cuenta la necesidad de asegurar que en adelante las decisiones de política concernientes al sistema de salud surgieran de un diálogo permanente entre los distintos actores del sistema, generando para ello el escenario de seguimiento a través de autos

(providenciales judiciales en las que se aportan informes del cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia) y audiencias públicas para la comunicación *in situ* del gobierno, la sociedad civil y el sector privado. Para ello ordenó, entre otras medidas, la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud en la actualización del Plan Obligatorio de Salud (POS) (Parra y Yamin, 2013).

En efecto, desde la sentencia T-760 se logró “dar una transformación al sistema para poder enfrentar las irregularidades que se estaban presentando en la prestación del servicio de salud, especialmente por la institucionalización de las tutelas como mecanismo para que se prestaran los servicios que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) o Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) les negaban a los usuarios” (Jiménez, 2013: 41). Para Yamin y Parra (2009) la Corte ordenó una dramática reestructuración del sistema de salud del país.

Por otra parte, luego de la expedición de la citada jurisprudencia, una nueva reforma legislativa a la Ley n° 100 de 1993 se introduce en el sistema jurídico colombiano al expedirse la Ley n° 1393 de 2010 como un primer antecedente normativo relevante posterior a la sentencia objeto de análisis. Su finalidad consistió en definir las rentas de destinación específica para la salud, así como adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud y para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud. El foco estaba puesto en la financiación que permitiera la unificación de los planes de beneficios ordenada por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008.

Simultáneamente, en el año 2010, el gobierno nacional adoptó diferentes medidas administrativas para regular los precios de medicamentos a la población colombiana, buscando no solo cumplir el mandato de la sentencia T-760 de 2008, sino también reducir actos de corrupción que se presentaban en esta materia. En este sentido, el gobierno adoptó 4 circulares y 7 resoluciones sobre el tema, entre las cuales se destaca la Resolución n° 4377 de 2010, a través de la cual se prohibió el recobro de medicamentos de marca cuyo genérico esté incluido en el POS. Cabe resaltar, también, que el Decreto n° 4474 del 29 de noviembre de 2010 adoptó una metodología de control de precios a partir de umbrales máximos de recobro, aspecto dirigido a que los medicamentos no siguieran siendo excesivamente caros en comparación con otros países de la región.

En esta línea, la Ley n° 1438 de 2011 se enfocó en lograr la sostenibilidad financiera del sistema y cumplir con las órdenes de la Sentencia T-760 de 2008 con acciones claves como permitir la eliminación de las multas por inasistencia a citas médicas. Se impuso a las EPS un término perentorio de dos días para la resolución de solicitudes ordenadas por los médicos tratan-

tes y la creación de una junta técnica científica de pares como segunda instancia, entre otros cambios claves para el mejoramiento del sistema de salud nacional. Sin embargo, al no propiciar un profundo debate sobre los alcances de la intermediación financiera y la responsabilidad de las EPS y las grandes farmacéuticas en la crisis del sistema, la Ley n° 1438 se discutió y aprobó con una visión limitada de la crisis de la salud y su dimensión actual (Parra y Yamin, 2015: 2631).

Lo que ocurrió hasta 2011 en materia legal permitió evidenciar los esfuerzos del Estado colombiano en el cumplimiento a lo ordenado por la Sentencia T-760 de 2008. En el país se observó una significativa respuesta institucional por parte del gobierno nacional para hacer cumplir el mandato de la Corte en su sentencia, desarrollando acciones de planificación como la formulación del Documento del CONPES (Consejo Nacional de Política Económica y Social)<sup>3</sup> n° 155 del 30 de agosto de 2012, que contempla la política pública en materia farmacéutica y plantea estrategias encaminadas a mejorar el acceso, la oportunidad de dispensación, la calidad y el uso adecuado de los fármacos.

En tal sentido, la Corte Constitucional (2012b) en el Auto n° 263 valora el esfuerzo del gobierno en torno a la adopción de la política farmacéutica nacional contemplada en el Documento CONPES n° 155/2012, y advierte que sus directrices son fundamentales para la obtención de la sostenibilidad financiera del sistema. No obstante, es indispensable la efectiva materialización de las metas allí propuestas, para lo cual se requiere, además, la labor proactiva de los entes reguladores.

Luego de diversos cambios en el sistema de salud desde la sanción de la Constitución Política de 1991, los pronunciamientos de la Corte constitucional marcaron los lineamientos para la garantía, la protección y la aplicación del derecho a la salud, en esencia social y económico. Estos cambios fueron concretamente posibles con la expedición de la Ley n° 1751 de 2015 (Ley Estatutaria en Salud), que reforma la Ley n° 100 de 1993. La ley de 2015 dio un giro histórico al modelo de salud y elevó este vital derecho a la categoría de fundamental y autónomo. A continuación, se mencionan los aspectos más significativos de dicha ley.

En materia de cambios estructurales al modelo de salud, la Ley n° 1751 de 2015 introdujo en sus mandatos los lineamientos para su regulación a

---

<sup>3</sup> El CONPES es la máxima autoridad nacional de planificación y se desempeña como organismo asesor del gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión.

través de la implementación de políticas públicas o programas específicos para garantizar eficientemente este derecho a la población y dar, así, cumplimiento a mandatos como los contenidos en la sentencia T-760 de 2008. En la Ley n° 1751 de 2015, art. 5°, incisos b-c-i se requería implementar “políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho; políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos” (Congreso de la República de Colombia, 2015).

A su vez, el Decreto n° 2353 del 3 de diciembre de 2015, por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, crea el Sistema de Afiliación Transaccional y define los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y en el goce efectivo del derecho a la salud. Este decreto rediseñó la institución de la afiliación a la seguridad social en salud, plasmada en la Ley n° 100 de 1993, y sus modificaciones, partiendo de la concepción de la salud como derecho fundamental integrada en la Ley n° 1751 de 2015 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016: 86-87).

Para concluir, son notorios los cambios y arreglos político-institucionales que el control judicial suscitó: equipara a los planes del régimen subsidiado y del contributivo, da seguimiento a las EPS, elabora mecanismos que garanticen la viabilidad financiera del sistema, brinda facultades sancionatorias a autoridades administrativas supervisoras, garantiza la cobertura del sistema de aseguramiento a toda la población, entre otros.

El control judicial genera también soluciones oportunas y eficaces para superar los obstáculos y bloqueos que en materia de salud persisten, propiciando espacios de reflexión y diálogo permanente entre los actores del sistema de salud, el empoderamiento ciudadano y la participación de expertos y peritos. Así, el control que ejerce la Corte en este escenario cumple dos funciones: actúa como criterio de interpretación a la legislación existente, imponiendo sus propias preferencias sobre los resultados o aspectos de las políticas públicas; y como garante del cumplimiento de compromisos, lo que permite la sostenibilidad de las políticas públicas en el tiempo. No obstante, permanecen todavía fallas estructurales en el sistema de aseguramiento colombiano que lo aleja de satisfacer integralmente el derecho fundamental a la salud.

3.2. *Fundamentos del control judicial a la política pública de salud en la sentencia estructural T-760 de 2008*

Una vez abordado el proceso de control judicial, se auscultan los fundamentos que aduce la Corte Constitucional para justificar su intervención en la política pública de salud. Estos pueden clasificarse en jurídicos, políticos y de derechos humanos. Los fundamentos jurídicos hacen referencia a las alusiones normativas sobre competencia del juez constitucional. En la sentencia T-760 de 2008 se observa que la habilitación legal para, en principio, estudiar el caso es la acción de tutela.

En esta línea se inscriben la función de la Corte Constitucional de “revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales” (Corte Constitucional, 1991: 58), y el seguimiento al cumplimiento de sus órdenes judiciales de conformidad con el Decreto n° 2591 de 1991 reglamentario del mecanismo constitucional. Éste señala que “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza” (Corte Constitucional, 1991: 4), a partir del cual la Corte continúa con el seguimiento.

En términos similares, el funcionario de la Sala de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 explica:

“La Corte tiene encargada una función en el art. 241<sup>4</sup> y es la guarda de la supremacía de la Constitución y en desarrollo de ella la declaratoria del estado de cosas inconstitucional que habilita para que intervenga en un sector que no le corresponde porque tiene por encima de todo, el deber de garantizar el cumplimiento de la Constitución para todos los ciudadanos y respecto a esas poblaciones no hay un cumplimiento de la Constitución (...)”<sup>5</sup>.

Como fundamentos jurídicos del control judicial de la Corte se observan: i) las disposiciones normativas sobre la supremacía de la Constitución (art 4) y la función asignada al tribunal constitucional (art. 241); ii) la protección de derechos fundamentales como sustrato de la acción de tutela; y iii) el cumplimiento de obligaciones estatales prescritas en la Constitución.

<sup>4</sup> Refiere al artículo 241 de la Constitución de Colombia: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (Corte Constitucional, 1991: 58).

<sup>5</sup> Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional.

Así, un control judicial es un acto o procedimiento en virtud del cual un órgano público debidamente autorizado para ello fiscaliza una acción y omisión de otro órgano. Eso sucede para verificar el cumplimiento de la ley, los mandatos de la Constitución y que aquellas acciones se ajusten al interés público (Fernández, 1981). Sin embargo, el funcionario resalta “lo extraño” de la actuación de la Corte en este sector, señalando que tenemos una actuación del poder judicial que va más allá de lo usual, una injerencia en temas de salud.

Por su parte, los fundamentos políticos refieren al poder de la Corte Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, asegurar la democracia y proteger el efectivo goce y respeto de los derechos emitiendo órdenes judiciales de estricto cumplimiento (Boscán, 2007). Reflejan, también, la visión del Tribunal sobre la protección de derechos como parte inherente de su rol institucional (Nunes, 2009) y, por lo tanto, de sus facultades para controlar judicialmente a los actores que vulneren tales derechos. En situaciones donde los cauces normales de la política han sido interrumpidos, como en este caso debido a un gobierno que no atiende a sus ciudadanos para la protección de sus derechos y estos no logran una respuesta del mismo, la Corte entiende que puede intervenir para dar impulso y hacer exigibles tales demandas.

Lo anterior es la expresión del principio liberal de *checks and balances* (Kugler y Rosenthal, 2000), o de frenos y contrapesos, en virtud del cual la Corte trata de controlar el exceso de poder en el gobierno por no cumplir los mandatos constitucionales de protección y satisfacción de derechos. Pero, adicionalmente, se trata del ejercicio del poder de veto que el Tribunal Constitucional posee cuando “las acciones u omisiones del gobierno son vulneratorias de la Carta y con la finalidad de detenerlas (...) de allí la razón de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional y del seguimiento verificando el goce efectivo de derechos” (Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional).

Estos fundamentos políticos esbozados por la Corte son a su vez expresión del fenómeno de judicialización de las políticas públicas, según el cual la intervención de la Corte permite a los ciudadanos apelar y usar las facultades coactivas del poder judicial para proteger sus derechos, por lo que también es una forma particular de participación política ciudadana en democracia (Zemans, 1983).

En el caso de estudio, y como a su vez advierten Gianella, Parra, Yamin y Torres, “la sentencia (...) señaló ciertos principios para asegurar que en su implementación se garantice la participación de diferentes sectores de la sociedad-comunidad científica, organizaciones de usuarios, grupos vulnerables” (2010: 125). Ello llevó a la participación ciudadana para la defensa

de sus intereses durante el proceso adelantado por la Corte. Este seguimiento generó, además, espacios de interlocución e incidencia de las organizaciones civiles y con ello “se empoderó a las organizaciones ciudadanas y al usuario olvidado” (Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional).

Se reconoce el rol de la Corte como un actor relevante para i) impulsar coactivamente la acción estatal, para garantizar la vigencia del régimen democrático, y el cumplimiento de los mandatos constitucionales de protección de derechos; ii) censurar las fallas, deficiencias y excesos de poder del gobierno en la desatención a la población o el diseño de un sistema de aseguramiento inequitativo; y iii) generar espacios de participación ciudadana. Por lo tanto, la Corte es un actor político y de políticas.

Este último aspecto da cuenta de una actuación de la Corte Constitucional como *policy-maker* en el sentido de que a través del control judicial se crean reglas y pautas de forzoso cumplimiento por parte del Gobierno para la reformulación y ajuste de la política pública, así como para la realización de seguimientos al cumplimiento de lo ordenado y la valuación de los resultados obtenidos. De acuerdo con Rodríguez y Rodríguez la Corte “impulsa el diseño, la ejecución y la evaluación de nuevas políticas, que incluye un largo y sofisticado proceso de construcción de indicadores de avance o retroceso en la garantía de derechos” (2010: 192).

Los fundamentos de los derechos humanos se identifican en el marco de análisis de la Corte para evaluar la idoneidad de las políticas públicas respecto de la satisfacción y goce de tales derechos. Para la Corte, en la sentencia T-760 de 2008, se aduce que la desigualdad entre las coberturas de los regímenes contributivo y subsidiado junto con las fallas sistémicas de regulación (Yámin, Parra y Gianella, 2013) implicaban la prolongación de las privaciones y limitaciones del derecho humano a la salud de las personas.

Con ello, se exponía el sustento convencional de la intervención de la Corte en la política pública de salud y la declaración judicial del desconocimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado. Como explica la funcionaria entrevistada: “era inevitable no intervenir cuando el gobierno desatiende, el Congreso no controla, no hay voluntad gubernamental y el modelo de aseguramiento es inequitativo” (Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional).

Se desprende de ello que la visión del control judicial con fundamento en la salvaguarda de derechos humanos es el discurso legitimador para la Corte de su intervención en las políticas públicas y en la emisión de órdenes directas y de estricto cumplimiento a los actores estatales de reforma estructural. Asimismo, soporta el proceso de seguimiento en la medida en que refuerza la justiciabilidad de los derechos al asegurar el cumplimiento del

fallo judicial para la superación del estado grave y sistemático de vulneración; todo lo cual demuestra una judicialización de la política.

De conformidad con lo expuesto, los fundamentos jurídicos del control judicial descansan en la tutela de derechos, la función del juez constitucional y el cumplimiento de los mandatos legales; los fundamentos políticos se soportan en el aseguramiento de la democracia, la existencia de vacíos de poder por parte del ejecutivo y la transgresión de normas constitucionales; y los fundamentos en derechos humanos responden a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

**CUADRO 2**  
Fundamentos del control judicial de políticas públicas de salud

<b>Fundamentos jurídicos</b>	<b>Fundamentos políticos</b>		<b>Otros</b>
Tutela derechos	<i>Checks and balances</i>	<i>Policy-maker</i>	DDHH
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Alusiones normativas sobre competencia del juez constitucional (Art. 241 C.P. y Decreto 2591 de 1991).</li> <li>• Vigencia a los contenidos de la carta de derechos (Cap. I Derechos fundamentales) y dar cumplimiento a los mandatos legales (Ley 100 de 1993).</li> <li>• Guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Art. 241).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Asegurar la democracia.</li> <li>• Existencia de prácticas y bloqueos institucionales que se traducían en vacíos de poder por parte del gobierno nacional.</li> <li>• Controlar el exceso de poder en el Gobierno para no cumplir los mandatos constitucionales de protección y satisfacción de derechos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Colaboración armónica entre las distintas ramas del poder.</li> <li>• Ejercicio del poder de veto que el tribunal constitucional posee cuando las acciones u omisiones del gobierno son vulneratorias de la Carta.</li> <li>• Impulsar coactivamente la acción estatal.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Idoneidad de las políticas públicas respecto de la satisfacción y goce de derechos.</li> <li>• Obligaciones internacionales asumidas por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.</li> <li>• Desatención, incompetencia y falta de capacidad institucional del Estado lo cual entraba en contradicción con los mandatos constitucionales.</li> <li>• Única capaz de lograr que las políticas públicas se ajusten a la satisfacción de derechos.</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia.

El objetivo originario de la intervención de la Corte en el diseño, construcción, desarrollo y evaluación de políticas públicas es corregir y evitar el distanciamiento entre las políticas públicas y la satisfacción de derechos, y reducir el exceso de poder del gobierno en la formulación e implementación de políticas, generando espacios de participación y asegurando la vigencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo que sucede es una injerencia de la Corte Constitucional en las atribuciones de los otros poderes, sobre todo del Ejecutivo.

### *3.3 Efectos del control judicial ejercido por la Corte Constitucional a las políticas públicas de salud*

Como último aspecto a abordar se exponen los efectos del control judicial estudiado en la dinámica de las políticas públicas. Se puede clasificar los efectos en directos, instrumentales, simbólicos, en materia de derechos humanos y efectos no deseados.

En la primera categoría se incluyen aquellos cambios producidos directamente por la sentencia estructural o los primeros periodos de seguimiento. Son cambios que han modificado directamente la manera de formular y/o implementar las políticas públicas de salud. Así, entre estos cambios, se identifican: “carta de derechos y deberes, ley estatutaria, recursos adicionales para el sostenimiento del ADRES [Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud], control de precio en los medicamentos, ranking de desempeño de EPS e IPS, POS unificado y la actualización del manual de procedimientos e intervenciones del POS-MAPIPO [Manual de Actividades, Procedimientos, Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud]” (Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional).

Se pueden constatar los cambios señalados en la Circular n° 03 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (2013), en la cual se contempló la metodología para la aplicación del régimen de control directo de precios para los medicamentos que se comercializan en el territorio nacional y se dispusieron sanciones por omitir los precios fijados. De igual forma, el Acuerdo n° 019 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud actualizó el manual de procedimientos e intervenciones del Plan Obligatorio de Salud a las necesidades en salud existentes. También en la Circular Conjunta Externa n° 016 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social encontramos resultados de la intervención del poder judicial. La referida Circular ordena disponer en la página web de cada EPS la carta de derechos y deberes del afiliado y del paciente en el sistema general de seguridad social en salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013a) y su entrega obligatoria a los nuevos afiliados.

Además, la expedición por parte de la Comisión de Regulación en Salud de los Acuerdos que unificaron el POS, descarta la entrega diferencial de los servicios de salud por el régimen de afiliación (subsidiado y contributivo), siendo estos: i) Acuerdo n° 04 de 2009, para los niños de 0 a 12 años; ii) Acuerdo n° 011 de 2010, para los niños y adolescentes menores de 18 años; iii) Acuerdo n° 027 de 2011, para los adultos de 60 y más años; y iv) Acuerdo n° 32 de 2012, para los adultos entre 18 y 59 años (Corte Constitucional, 2012a).

Adicionalmente, el Acuerdo n° 20, del 29 de diciembre de 2010, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social “aprueba someter a consulta de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de la comunidad médico-científica y de la ciudadanía en general unas inclusiones en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013b).

En la segunda categoría están incluidos aquellos efectos que representan cambios institucionales o de rediseño estructural de políticas públicas, como la creación de la Administradora de Recursos del SGSSS-ADRES<sup>6</sup>, la implementación de la Política de Atención Integral en Salud (PAIS) para la generación de mejores condiciones de la salud de la población, la utilización de MIPRES<sup>7</sup>, el establecimiento de la Comisión de Regulación en Salud y la asignación de función jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud (Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional).

En la tercera categoría se encuentran los efectos simbólicos que versan sobre los cambios en las percepciones y lógicas de los actores sobre el problema público. Son el reconocimiento del derecho fundamental a la salud, el propósito de universalización del sistema de aseguramiento en salud, la equidad en la satisfacción del derecho y el impulso a un gobierno que no tomaría medidas si la Corte no lo ordenara (Entrevista – funcionario de la Corte Constitucional). Se ha consolidado la idea de que la salud es un derecho, y no una graciosa concesión de las autoridades o una mercancía como cualquiera (Uprimny y Duran, 2014).

Igualmente, el proceso de seguimiento y las audiencias públicas han renovado los modos de pensar las relaciones tensas entre el poder judicial y la democracia (Gargarella, 2014), manteniendo en la agenda pública la discusión sobre el derecho a la salud y el sistema de salud en Colombia por parte de los diferentes actores.

---

<sup>6</sup> Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección, creada con el fin de garantizar el adecuado flujo de los recursos y los respectivos controles.

<sup>7</sup> La sigla MIPRES es un acrónimo de la expresión ‘mi prescripción’. Es una herramienta tecnológica con la cual el profesional de la salud tratante puede prescribir sin necesidad de autorizaciones ni trámites adicionales.

Así, por ejemplo, en junio del 2009 la Comisión Séptima del Senado de la República organizó el “Foro FOSYGA [Fondo de Solidaridad y Garantía]: La Hora de las Cuentas Claras”. Además, algunos congresistas han utilizado la sentencia como referencia para impulsar control político al Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Salud, como en el caso del Foro “La Sentencia T-760 y el Futuro de la Salud en Colombia”, organizado el 18 de mayo de 2009 por el Senador Jorge Enrique Robledo. Desde la sociedad civil, el gremio de las empresas aseguradoras ha organizado algunos seminarios para discutir la sentencia, y las organizaciones de la sociedad civil, las universidades y usuarios han organizado algunas mesas de discusión (Gianella, Parra, Yamin y Torres, 2010: 124).

A su vez, tenemos efectos no deseados a partir de la actuación de la Corte Constitucional. Identificamos los siguientes: el desgaste de los ciudadanos, las instituciones obligadas a cumplir decisiones que desarreglan el diseño de las políticas públicas y el ejercicio de un control judicial por la misma Corte que se extiende en el tiempo y que, si bien muestra resultados, no logra combatir graves falencias en la política pública de salud y, por lo tanto, se enfrenta con una constante vulneración de derechos. Nunes (2009) afirma que las acciones del Tribunal Constitucional han impactado en el proceso de formulación de políticas. Los colombianos han recurrido cada vez más a los tribunales y al mecanismo de tutela para la protección de su derecho a la salud, y las decisiones judiciales han ampliado constantemente el alcance de ese derecho. Eso llevó al desarrollo de una jurisprudencia progresiva que ha creado una serie de problemas fiscales para el Estado. La afectación por parte de las sentencias, pero principalmente de los autos de seguimiento a los ciclos normales de diseño e implementación de las políticas públicas, sucede de forma ajena a los planes del Ejecutivo y aumenta los costos de transacción. Los esfuerzos adelantados por las entidades gubernamentales en aspectos puntuales de la política pública pueden ser inútiles ante parámetros adicionales que la Corte formule producto de un auto de seguimiento.

Otros resultados no deseados son: escenarios de participación ineficaces en los cuales las propuestas generadas por los usuarios no son siempre acogidas e incluso son ignoradas, nuevas prácticas inconstitucionales como la dilatación en el acceso a servicios sanitarios especializados, bloqueos institucionales relativos a la desarticulación de las entidades del sistema de salud para la atención oportuna y limitaciones del Tribunal constitucional para el seguimiento permanente de las órdenes dadas ocasionadas por la limitación de funcionarios y la congestión judicial.

Los efectos del control judicial ejercido por la Corte Constitucional en la política de salud dan cuenta de la posibilidad de provocar la respuesta

gubernamental frente a los problemas públicos sin solución. Además, el juez constitucional, en este proceso, actúa como agente política para la satisfacción de los derechos en una clara demostración de judicialización de la política. A pesar de ello, el ejercicio del control judicial resulta decisivo al permitir el ajuste de las políticas públicas a los derechos humanos, provocar el cambio institucional necesario, evidenciar situaciones de crisis y redefinir las reglas de juego a los *policy-makers*. Sin embargo, como afirman Yamin, Parra y Gianella (2013), en ausencia de una legislatura representativa, un gobierno capaz y diligente en la ejecución de políticas públicas vinculadas con la salud, y movimientos sociales sólidos que le exijan al gobierno rendir cuenta de la implementación de las medidas, la jurisprudencia progresiva emanada de la Corte no se traduce de manera efectiva en el goce real de los derechos vinculados con la salud por parte del conjunto de la población, y sobre todo de los más vulnerables.

### CUADRO 3

#### Efectos del control judicial en las políticas públicas de salud

Efectos				
Directos	Instrumentales	Simbólicos	DDHH	No deseados
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Carta de derechos y deberes</li> <li>• Ley estatutaria</li> <li>• Recursos adicionales para el sostenimiento del ADRES</li> <li>• Control de precio en los medicamentos</li> <li>• Ranking de desempeño de EPS e IPS</li> <li>• POS unificado</li> <li>• Manual de procedimientos e intervenciones del POS-MAPIPO-actualizado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Creación de la Administradora de Recursos del SGSSS-ADRES</li> <li>• Implementación de la Política de Atención Integral en Salud (PAIS);</li> <li>• Utilización de MIPRES</li> <li>• Establecimiento de la Comisión de Regulación en Salud</li> <li>• Asignación de función jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reconocimiento del derecho fundamental a la salud</li> <li>• Universalización del sistema de aseguramiento en salud</li> <li>• Equidad en la satisfacción del derecho</li> <li>• Impulso a un Gobierno que no tomaría medidas si la Corte no lo ordenara</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inclusión del enfoque de derechos para las políticas públicas</li> <li>• Exigibilidad judicial</li> <li>• Protección integral e inclusión de principios</li> <li>• Enfoque diferencial</li> <li>• Evaluación y medición indicadores goce efectivo de derechos</li> <li>• Pasaje del paradigma de jurídico-económico a la satisfacción de derechos humanos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desgaste de los ciudadanos, las instituciones obligadas a cumplir y la propia Corte por el ejercicio de un control judicial que se extiende en el tiempo</li> <li>• Afectación por parte de las sentencias pero principalmente de los autos de seguimiento a los ciclos normales de diseño e implementación de las políticas públicas, por cuanto que se expiden sin atender dichos términos y aumentando los costos de transacción</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia.

## Conclusiones

En muchas democracias, los tribunales moldean, de alguna manera, el escenario político. Frente a la relativa inoperancia de los demás poderes públicos, el poder judicial asume un rol importante en las democracias contemporáneas a la hora de maximizar resultados de políticas sociales.

A partir del análisis de los efectos del control judicial ejercido por la Corte Constitucional a políticas de salud en Colombia, puede afirmarse que el control judicial suscitó cambios y arreglos político-institucionales para reducir el poder del gobierno en la formulación e implementación de políticas que incumplían los derechos de la población y amenazaban la vigencia del ordenamiento democrático, con sustento en el poder de veto que posee la Corte Constitucional en su función de contrapeso. Así, la Justicia trata de corregir el distanciamiento entre las políticas públicas y la satisfacción de derechos fundamentales a través de sentencias estructurales que establecen redes de responsabilidad, acciones a ejecutar y seguimiento de dichas políticas.

Adicionalmente, sobresalen dos funciones del control judicial: como criterio de interpretación a la legislación existente y de derrotero para los ajustes y cambios a las políticas públicas; y como canal de expresión y representación ante la anormalidad del cauce de la política en el que el gobierno no atiende a sus ciudadanos ni son promovidos sus intereses por parte de los otros poderes. Asimismo, los fundamentos identificados dan cuenta de la intervención de la Corte para la garantía de satisfacción de derechos en el diseño, construcción, desarrollo y evaluación de políticas públicas; y de los efectos visibilizados que apuntan al cambio institucional y a la redefinición de las reglas de juego de la función de formulación e implementación de políticas.

Sin embargo, en ese escenario, debe reconocerse que la salud, que depende de la organización de políticas públicas, es parte de un contexto de escasez, que exige opciones técnicas y decisiones políticas. Esas elecciones permiten el ejercicio del derecho a la salud, en sus dimensiones formal y material. Bajo esa perspectiva, sería importante mensurar las consecuencias de las acciones de la Corte en las políticas de salud desarrolladas por el Ejecutivo. Esa es una agenda abierta de investigación.

El control constitucional se convierte en una herramienta de movilización de los poderes por parte de la ciudadanía. No obstante, éste es limitado y disruptivo de la dinámica democrática por lo que no logra plenamente la satisfacción de las demandas públicas y de los derechos conculcados. Además, no genera automáticamente resultados satisfactorios, pues las disposiciones con mayor rigurosidad y detalle terminan siendo incumplibles ante

las dificultades técnicas y presupuestales que no fueron estudiadas el momento de ser impartidas en la sentencia.

El escenario de seguimiento, si bien se convierte en un espacio dialógico en el que los diferentes actores intervienen y participan expresando sus preferencias, conserva la formalidad de proceso judicial y en consecuencia de pugna de intereses, de controversia entre demandante y demandado, de control en el acceso a la justicia.

Muchas preguntas sobre la judicialización de las políticas de salud, el rol de la Corte colombiana y los porqués de su actuación no han tenido una respuesta en esta investigación. Algunos temas quedan señalados y abiertos a partir de este estudio: las causas sistémicas del control judicial; el impacto del control judicial en la actuación de los otros poderes; las consecuencias del cambio de rol de la Corte Constitucional para el sistema político o para las políticas públicas a largo plazo; y el rol de este tribunal en el proceso de otras políticas sectoriales.

## Referencias bibliográficas

- Andréu, J. (2000). Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada. *Fundación Centro Estudios Andaluces*, 10 (2), 1-34.
- Aristizábal Ramírez, J. L. y J. A. Villegas Muriel (2010). *Análisis de la formulación de la política pública para víctimas de desplazamiento forzado en la fase de retorno en Santiago de Cali: el caso del plan integral único (PIU) 2009*. Trabajo de grado. Cali: Universidad del Valle.
- Basabe, S. (2011). *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).
- Boscán, G. (2007). El poder político de los tribunales constitucionales y su incidencia sobre la calidad de la democracia. El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. *Cuestiones Jurídicas*, 1 (1), 81-142.
- Carvalho, J. M. (2008). *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Duque, J. (2013). Accountability y gestión pública el papel del control y la rendición de cuentas en la gestión de lo público. *Revista Ciencias Estratégicas*, 22 (30), 225-242.
- Faria, C. A. P. (1998). Uma genealogia das teorias e modelos do Estado de Bem-Estar Social. *Boletim Bibliográfico de Ciências Sociais*, 46 (2), 41-65.
- Fernández, M. V. (2014). *La ciudadanía incompleta: Derechos económicos y sociales en la periferia urbana de Brasil*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Fernández, E. (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

- Fernández, M. y J. M. W. Gomes Neto (2018). Judicialização, policy e modelos formais explicativos: uma proposta para compreender as decisões Judiciais em matéria de políticas públicas. *Revista Estudos Sociológicos*, 23 (45), 39-57.
- Gargarella, R. (2014). “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En Gargarella, R. (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 119-158.
- Gianella, C., S. Gloppen y E. Fosse (2013). Giving Effect to Children’s Right to Health in Colombia? Analysing the Implementation of Court Decisions Ordering Health System Reform. *Journal of Human Rights Practice*, 5 (1).
- Gianella, C., O. Parra, A. Yamin y M. Torres (2010). “¿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 Malagón, R. y otros (2010). *La sentencia T-760: alcances y limitaciones*. Cuadernos del Doctorado, 11, Universidad Nacional de Colombia.
- Gómez, L. (2011). Un espacio para la investigación documental. *Revista Vanguardia Psicológica*, 1 (2), 226-233.
- Henao, J. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista Economía Institucional*, 15 (29), 67-102.
- Hernández, R., C. Fernández y P. Baptista (2010). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Editorial McGrawHill.
- Hernández, A. (2016). La metodología cualitativa y su importancia en el análisis de políticas públicas. *REDPOL*, 8, 1-17.
- Jiménez, W. (2013). Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. *Revista Republicana*, 14, 111-130.
- Jiménez Esguerra, N.C. (2013). *Análisis del sistema de salud colombiano desde la perspectiva de la nueva gerencia pública*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Kugler, M. y H. Rosenthal (2000). *Checks and Balances: an assessment of the institutional separation of political powers in Colombia*. Bogotá: FEDESARROLLO.
- López Daza, G. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. *Cuestiones constitucionales*, 24, 169-193.
- Molina Marín, G. y G. A. Cabrera Arana (2013). *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Morales, D. (2012). Corte Constitucional y cambios en la Política Pública de Atención a la Población Desplazada por la violencia. Una mirada al activismo judicial desde el enfoque Institucional. *Con-Texto*, 38, 55-86.
- Nunes, R. (2009). *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health* (Tesis doctoral). Texas: Department of Government, University of Texas.
- O’Donnell, G. (2001). La irrenunciabilidad del Estado de Derecho. *Revista Instituciones y Desarrollo*, 8 y 9, 43-82.

- Osuna, N. (2015). "Las sentencias estructurales: tres ejemplos en Colombia". En Bazán, V. (Ed). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Parra, O. y A. Yamin (2013). "La sentencia t-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica". En *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo I. Argentina: Ed. AbeledoPerrot S.A.
- Parra, O. y A. Yamin (2015). *La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Pisarello, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta.
- Quinche, M., y J. Riviera (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*. 59 (121), 113-138.
- Rodríguez, G. y D. Rodríguez (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Rojas, I. (2011). Elementos para el diseño de técnicas de investigación: una propuesta de definiciones y procedimientos en la investigación científica. *Tiempo de Educar*, 12 (24), 277-297.
- Roth, A. (2007). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Rumeau, D. (2012). El control civil de las políticas públicas de defensa: un modelo de análisis basado en la teoría del principal-agente. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21 (2), 129-151.
- Stein, E., M. Tommasi, K. Echabarría y M. Payne (2006). *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*. Washington D. C.: Inter-American Bank Development.
- Taylor, M. (2007). O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Dados – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 50 (2), 229-257.
- Uprimny, R. (2007). "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria". En Pérez, L., C. Rodríguez y R. Uprimny (Eds.), *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad de Justicia e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico.
- Uprimny, R. y Durán, J. (2014). Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. *CEPAL - Serie Políticas Sociales N° 197*.
- Uprimny, R. y Sánchez, N. (2010). "Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por parte de la Corte Constitucional Colombiana". En Abramovich, V. y L. Pautassi (Comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.

- Yamin, A., O. Parra y C. Gianella (2013). "Colombia: la protección judicial del derecho a la salud. ¿Una promesa difícil de cumplir?". En Yamin, A. y S. Gloppen, *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Zemans, F. (1983). Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System. *American Political Science Review*, 77 (3), 690-703.

## Documentos oficiales

- Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (2013). *Circular Conjunta No. 003/2013*. Bogotá, Colombia.
- Comisión de Regulación en Salud (2011). *Informe técnico para la Comisión De Regulación en Salud, Subdirección Técnica UAE – CRES*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (2015). *Ley 1751*. Bogotá, Colombia.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (2012). *Política Farmacéutica Nacional*. Departamento de Planeación Nacional. Bogotá, Colombia.
- Constitución Política (1991). Bogotá: Sexta Ed. Legis.
- Corte Constitucional (2012a). *Auto N° 045 de 2012*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2012b). *Auto N°263 de 2012*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2011). *Auto N°219 de 2011*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2010). *Auto N°385 de 2010*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2009a). *Auto N°004 de 2009*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2009b). *Auto N°005 de 2009*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2009c). *Auto N°006 de 2009*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2009d). *Auto N°008 de 2009*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2008a). *Sentencia T-760 de 2008*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2008b). *Auto N°092 de 2008*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2008c). *Auto N°251 de 2008*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2008d). *Auto N°116 de 2008*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2006). *Auto 018 de 2006*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2005). *Auto 176 de 2005*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2004). *Sentencia T-025 de 2004*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (1998). *Sentencia T-153 de 1998*. Exp. T-137.001. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia.
- Defensoría del Pueblo (2017). *La Tutela y el Derecho a la Salud: Análisis periodo 2016*. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2012). *ABC de la Unificación del POS*. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2013a). *Carta de derechos y deberes del afiliado y del paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la carta de desempeño de las EPS*. Bogotá, Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social (2013b). Seguimiento Sentencia T-760 de 2008. Bogotá, Colombia [En línea]. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/PRESENTACION%20CONTRALORIA-%20COMUNIC.pdf>. [Acceso el 18 de septiembre de 2019].

Ministerio de Salud y Protección Social (2016). *Política de Atención Integral en Salud: “Un sistema de salud al servicio de la gente”*. Bogotá, Colombia.

### **Palabras clave**

judicialización de la política — control judicial — políticas públicas — políticas de salud — Colombia

### **Keywords**

Judicialization of politics — judicial control — policy — health policies — Colombia

### **Abstract**

This research aims to describe the process of judicial control exercised by the Constitutional Court in public health policy in Colombia, review its foundations and investigate its immediate effects in this policy. We develop this research from the framework of judicialization of politics, the parameters of qualitative research, the technique of content analysis and instruments like in-depth interview and content sheets. The results show that: i) judicial control raises political-institutional changes and arrangements to reduce the power of governments in formulation and implementation of policies; ii) the intervention of the Court is based on the guarantee of satisfaction of rights in the design, construction, development and evaluation of public policies and the assurance of democracy; and iii) the effects of the Constitutional Court actions are the redefinition of the rules of the game in the dynamics of formulation, implementation and evaluation of public policies.