

**EL CHOQUE ENTRE JUECES Y GOBIERNO: SU INFLUENCIA EN LA
JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA**

KAROLINA BAQUERO PUERTA

DIRECTOR: RENÉ URUEÑA

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO

BOGOTÁ

2016

RESUMEN

La judicialización de la política es un fenómeno cada vez más frecuente en las democracias contemporáneas, producto de la significativa participación de los jueces en asuntos de la cotidianidad política, social y económica de los Estados. En Colombia un ejemplo de esta práctica, es el derecho a la salud cuya definición ha estado en manos de la Corte Constitucional. En virtud de lo anterior, el objetivo del presente trabajo es explorar una de las causas que alienta el litigio en esta materia; de esta forma, a partir del análisis de decisiones y disposiciones tanto de la Corte Constitucional como del Ejecutivo, esta investigación demuestra que la posición del Gobierno colombiano acerca del rol que debe desempeñar el Estado respecto al derecho a la salud, atiende a postulados propios del liberalismo clásico que se contraponen a la visión garantista y marcadamente social de la Corte Constitucional, favoreciendo la judicialización de este derecho. En este sentido, mientras las gestiones del Gobierno en materia de salud han apuntado a la garantía formal del derecho y la priorización de su costo fiscal a la hora de regularlo; la Corte Constitucional se ha centrado en determinar su alcance a partir de su reconocimiento como fundamental, y en definir las obligaciones que tiene el Estado colombiano en el contexto del modelo social adoptado por el constituyente. Como resultado de esta divergencia de lecturas hay un empoderamiento judicial y un cambio en la apreciación de los ciudadanos respecto al rol de los jueces, que los habitúa al litigio como forma para acceder a servicios de salud. A la luz de este estudio se concluye que la permanente crisis del sector salud en Colombia refleja la incapacidad de la judicialización para brindar un remedio profundo en la materia, y la falta de espacios de reflexión en los que se puedan conciliar las posiciones del Gobierno y de los Jueces, y estudiar la posibilidad de una reforma estructural al sistema.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO A LA SALUD	5
1.1 La judicialización de la política como tendencia global	5
<i>1.1.1 La judicialización de la política y su efecto en la dinámica de los partidos políticos</i>	7
<i>1.1.2. La judicialización de la política como una estrategia de las élites: Juristocracy</i>	9
1.2 La judicialización de la política: el caso colombiano	10
1.3 La judicialización del derecho a la salud	14
CAPITULO 2. LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA	19
2.1 El Sistema de Seguridad Social en Salud a partir de la Constitución Política de 1991	19
2.2 Etapas de la judicialización del derecho a la salud en Colombia	22
<i>2.2.1 Primera Etapa: La construcción jurisprudencial del alcance del Derecho a la Salud</i>	22
<i>2.2.2 Segunda Etapa: Judicialización en ascenso y la emisión de la Sentencia T-760 de 2008 en medio de un sistema en crisis.</i>	25
<i>2.2.3 Tercera Etapa: La perpetuación del litigio y de la crisis del derecho a la salud en Colombia</i>	31
2.3 Las lecturas liberales del Gobierno Nacional respecto al derecho a la salud	33
<i>2.3.1 Enfatiza en la cobertura</i>	34
<i>2.3.2 Confía en el mercado</i>	35
<i>2.3.3 Privilegia su faceta prestacional</i>	37
CAPITULO 3. EFECTOS DEL CHOQUE DE POSTURAS ENTRE GOBIERNO Y JUECES EN EL LITIGIO EN SALUD EN COLOMBIA	41
3.1 Concede poder y protagonismo a los jueces constitucionales	41
3.2 Proyecta una imagen de fragmentación aguda entre los poderes públicos	42

3.3 Propicia un cambio de paradigma en los roles tradicionales de las ramas del poder público al tiempo que naturaliza el litigio	44
3.4 Prolonga el litigio por la falta de cambios significativos en el sistema	45
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51

INTRODUCCIÓN

La judicialización de la política es un tema que ha ocupado a un gran número de teóricos. La preocupación por la participación cada vez mayor de los jueces en esferas que tradicionalmente correspondían a otras instituciones del Estado ha sido objeto de múltiples investigaciones, a través de las cuales se analizan situaciones particulares y se busca establecer sus determinantes. Resulta importante para este debate, la inserción en las democracias contemporáneas de la función del control judicial de las leyes a través de la creación de los tribunales constitucionales, y el cambio que generó en la habitual percepción que se tenía de los jueces, quienes eran considerados simples voceros de los contenidos legislativos. Todo esto se ha reflejado en el posicionamiento de los funcionarios judiciales como agentes determinantes en las decisiones trascendentales de una determinada comunidad política.

En el caso colombiano, el cambio constitucional ocurrido en 1991 y con él, la creación de la Corte Constitucional (la Corte, o el Tribunal Constitucional), ha ocasionado una transformación en los actores, a partir de la cual los jueces constitucionales son muy importantes en la definición de los asuntos políticos y sociales del país. Así mismo, la frecuencia con la que los ciudadanos acuden a ellos para reclamar la protección de sus derechos ha aumentado ostensiblemente, en particular respecto de algunos, como es el caso del derecho a la salud, lo cual permite hablar por consiguiente de su judicialización.

En atención a lo anterior, el presente trabajo tratará el tema de la judicialización del derecho a la salud en Colombia, a partir de las lecturas que hacen dos importantes actores del sistema respecto de la fórmula de Estado contemplada en la Carta Política de 1991; estos son, la Justicia Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional y el Gobierno Nacional, conformado a su vez por una serie de instituciones vinculadas al sector salud. Con base en tal análisis se demostrará que algunas de las medidas formuladas en asuntos de salud por el Ejecutivo se sustentan en concepciones de tipo liberal, que colisionan de manera frecuente

con las decisiones de carácter liberal-social que la Corte Constitucional emite al respecto, e inciden en el aumento del litigio en la materia.

Tal afirmación tiene sustento en dos situaciones: por un lado, en la jurisprudencia abiertamente garantista de la Corte Constitucional, con la cual ha definido el concepto y alcance del derecho a la salud en Colombia a la luz de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho, al punto de establecerlo como fundamental; en el hecho que ha sido la justicia constitucional quien ha tenido que hacer frente al gran número de reclamos de los usuarios del sistema de salud, precisando las condiciones en que deben suministrarse sus servicios; y en la emisión de decisiones con impacto generalizado que buscan atender problemáticas de tipo estructural para afrontar la crisis en la atención sanitaria. Por otra parte, en que el Gobierno Nacional a través de sus instituciones y particularmente de su iniciativa legislativa, ha tomado decisiones que reflejan una visión liberal clásica del Estado; prueba de ello es que se ha centrado en la garantía formal del derecho priorizando en su cobertura más que en su acceso efectivo; ha omitido cualquier tipo de intervención en el sistema exponiendo un derecho social y recientemente de carácter fundamental, a las leyes del mercado; y adicionalmente, ha evadido la regulación de aspectos sustanciales como la conveniencia del actual Sistema de Seguridad Social en Salud en un contexto constitucional de corte social, limitándose a atender sólo el costo fiscal de la atención en salud.

Con base en la descripción de estas posturas, se sostendrá que las mismas impulsan la judicialización del derecho a la salud pues han fortalecido a la Corte Constitucional, quien debe entrar a llenar los espacios dejados por la falta de regulación, control y vigilancia que de acuerdo a la Carta Política de 1991, correspondían al Ejecutivo y que han posicionado a la acción de tutela como la única alternativa posible para asegurar la garantía del derecho a la salud. Correlativamente ha ocasionado una división basada en la impopularidad de una de las ramas, y ha naturalizado el litigio al insertarlo como un trámite más, habitual y necesario para lograr acceder a servicios de salud. Dicha práctica ha alterado los roles de las ramas del poder público al generar en los usuarios, la percepción de que el uso de

herramientas judiciales en asuntos de salud lejos de ser una alternativa excepcional, hace parte del andamiaje administrativo del sistema, cuando en realidad tal competencia está en cabeza de entidades adscritas al Poder Ejecutivo. De este análisis se concluirá que si bien la judicialización en derecho a la salud ha contribuido significativamente en la definición y amparo del derecho; su efecto es paliativo, pues no va más allá de la curación momentánea de un sistema en crisis; por lo tanto, esta problemática ofrece una oportunidad para un diálogo constitucional que conlleve a la revisión de la viabilidad del sistema bajo un contexto que exige una perspectiva social.

Metodológicamente la investigación parte de la evaluación teórica del concepto judicialización como base para analizar lo ocurrido en el caso colombiano. Dicho estudio comprende de forma particular, la revisión del estado actual del debate en torno al litigio en derecho a la salud en otros contextos, y permite establecer qué factores se han identificado hasta ahora como determinantes de sus altos índices. El estudio posterior comprende la revisión de las medidas tomadas por la Corte a través de su jurisprudencia y los momentos clave en que se ha desarrollado, con el fin de obtener datos de cuál ha sido su tendencia y comportamiento en materia de salud y por tanto, su incidencia en su judicialización; así mismo, se revisarán algunas disposiciones en las que el Gobierno Nacional ha intervenido en materia de salud, a la luz de postulados liberales, con el objetivo de identificar puntos de coincidencia con esta postura filosófica. Lo anterior permite evaluar la conducta de los actores en el proceso de judicialización y de esta manera poder ofrecer algunas aproximaciones respecto a la forma en que han contribuido al aumento del litigio del derecho a la salud en Colombia.

Para tal efecto, el trabajo está organizado de la siguiente forma: en el primer capítulo se presentarán algunos antecedentes teóricos respecto a la judicialización de la política como un fenómeno global; se explorarán las posibles causas de la existencia de tal fenómeno en Colombia; y posteriormente se hará una breve descripción de la judicialización del derecho a la salud en otros contextos, así como el estado actual del debate al respecto. En el segundo capítulo, previo a una breve descripción de la estructura del sistema de salud

colombiano, se estudiará cómo se ha dado el proceso de judicialización del derecho a la salud, a través de la presentación de una serie de etapas en las que se expondrá la línea jurisprudencial que la Corte ha mantenido al respecto; se detallarán los puntos más relevantes de la Sentencia T-760 de 2008, como pieza notable para esclarecer las causas y connotaciones de la crisis de la salud en Colombia, y por tanto su excesivo litigio; y se expondrá brevemente la situación actual de este derecho en el país; finalmente, se establecerán las razones por las cuales algunas medidas tomadas por el Gobierno Nacional obedecen a tendencias de corte liberal clásico. En el tercer capítulo, se presentarán los efectos que genera el choque entre el Tribunal Constitucional y el Ejecutivo que incentivan la judicialización del derecho a la salud en el caso colombiano, y se cerrará con algunas conclusiones respecto de los hallazgos encontrados.

CAPÍTULO 1. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO A LA SALUD

1.1 La judicialización de la política como tendencia global

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en Europa fueron creados los llamados Tribunales Constitucionales, encargados de garantizar que las leyes se ajustaran a los preceptos contenidos en las Constituciones.¹ A partir del surgimiento de estos, los jueces, tradicionalmente asociados como meros instrumentos que pronuncian las palabras de las leyes,² asumieron la función de ejercer el control de constitucionalidad de las normas, lo que les otorgó indudablemente un protagonismo que antes no tenían y que ha sido determinante en la construcción de los escenarios jurídicos contemporáneos.

Si bien la función del control judicial de las leyes existía desde 1942 en países como Estados Unidos, Noruega y México (en éste último mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma e inaplicación de la misma, respecto de una situación individual), fue posteriormente, a mediados del siglo XX, que esta práctica se replicó en más de 80 países influenciados por el llamado nuevo constitucionalismo.³ El efecto de este cambio en el rol que históricamente habían desempeñado los jueces, ha sido objeto de múltiples estudios que buscan no sólo determinar las razones que originaron esta nueva perspectiva, sino analizar el efecto que genera en los Estados que la han adoptado.⁴

En particular, una de las principales preocupaciones de los teóricos en la materia, se refiere a lo que se ha denominado la “judicialización de la política” fenómeno a través del cual hay

¹ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. En: FAVOREU Louis y OTROS: Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599.

² MONTESQUIEU. Del Espíritu de las leyes. Barcelona. Tecnos. 1987. p. 120.

³ MOURE, Daniel. Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004). Pp. 286. En: Irecensions, Booknotes. McGill Law Journal, 2005, Vol. 50. p. 459.

⁴ Tal es el caso de Patrizia Pederzoli, Carlo Guarneri y Ran Hirsch cuyos trabajos exponen la dinámica en la que opera la judicialización en algunos países, como se analizará más adelante.

una expansión del territorio de los jueces en la determinación de los resultados de las políticas públicas mediante la revisión administrativa, el rediseño de los límites burocráticos entre el Estado y otros órganos, y la jurisprudencia relativa a derechos.⁵ En este sentido, hay una evidente incursión de las Cortes en asuntos que usualmente correspondían a otras esferas del poder como el ejecutivo o el legislativo, con múltiples efectos en las actuales democracias.

Las causas generales que propician dicho fenómeno de acuerdo a Ferejohn son dos, las cuales sintetiza en dos hipótesis, la de la fragmentación y la de los derechos.⁶ La primera, hace referencia a la “fragmentación” del poder al interior de las ramas del poder, que limita su capacidad legislativa y hace que la gente deba recurrir a otras instituciones que les ofrezcan soluciones, tal es el caso de los tribunales judiciales.⁷ La segunda, está vinculada a la creciente protección de derechos y libertades personales por parte de los tribunales judiciales, situación que generó la disminución de la oposición hacia la expansión de sus poderes.⁸

En lo relativo a la protección de derechos por parte de los jueces como causa de la judicialización de la política, Sweet sostiene que los tribunales constitucionales europeos tienen la capacidad de dominar la política aun más que en Estados Unidos debido a que cuentan con cartas de derechos más amplias,⁹ lo que supone que existe una relación entre disposiciones constitucionales ricas en derechos y el mayor nivel de intervención judicial de trascendencia política. En similar forma, Ferejohn argumenta que el uso de la

⁵ HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. The Oxford Handbook of Political Science [online]. 2013. [Citado 10 Octubre 2016] Disponible en internet: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013?print=pdf>

⁶ FERREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. [Online]. 2002, vol. 45, No. 184, [Citado 10 octubre 2016], pp. 20-21. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmspsys/article/view/48330/43441>

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

⁹ SWEET, Alec Stone. Governing with judges: constitutional politics in Europe. Oxford University Press, 2000, pp. 232. Citado por: FRIEDMAN, Leslie. Law & society review. From democracy to juristocracy? Law & Society review [online]. 2004, p.12, [Citado 10 Octubre 2016]. Disponible en : http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=schmooze_papers

jurisprudencia relativa a derechos humanos en los Estados europeos otorga a los jueces un mayor alcance para cuestionar las leyes.¹⁰

De esta manera, dentro del proceso de judicialización de la política resultan determinantes tanto las razones que conllevan a los sectores políticos a tomar en consideración la posición que pueda asumir la rama judicial,¹¹ particularmente los que encuentran en esta una solución jurídica viable y accesible a sus necesidades; como las disposiciones referidas a derechos que se consagren en las cartas políticas o que se adopten a través de instrumentos internacionales, lo cual puede significar una invitación a legislar.¹²

Ahora, la conveniencia o no de la considerable participación de los jueces en ámbitos políticos ha sido objeto de algunas investigaciones, las cuales cuestionan sus orígenes y obtienen importantes conclusiones, que si bien son el producto del estudio de la labor judicial en escenarios estatales específicos, demuestran algunas problemáticas generadas como consecuencia de dicho fenómeno. A continuación se presentan dos de ellas:

1.1.1 La judicialización de la política y su efecto en la dinámica de los partidos políticos

Un primer análisis respecto al resultado generado por la participación judicial en controversias políticas proviene de la investigación realizada por Carlo Guarneri y Patrizia Pederzoli quienes concluyen que hay un incremento del uso del poder judicial para intervenir de forma decisiva en la alteración del equilibrio partidista.¹³ Tal afirmación surge

¹⁰ FERREJOHN, Ob. Cit., pp. 15 y 16.

¹¹ *Ibíd.*, p.14.

¹² En este sentido, Sweet sostiene que la invitación a legislar dada a los jueces a través de las amplias cartas de derechos se fortalece por el formato de revisión judicial continental. FRIEDMAN, Leslie. Law & society review. From democracy to juristocracy? Law & Society review [online]. 2004, p.13, [Citado 10 Octubre 2016]. Disponible en: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=schmooze_papers

¹³ *Ibíd.*, p. 8.

del análisis de países tales como Italia, España, Portugal y Francia,¹⁴ en los cuales hay una fuerte tendencia a la politización de las Cortes mediante el uso de la función judicial por parte de los partidos políticos o facciones de estos, para eliminar a los opositores políticos señalándolos de ser culpables de prácticas corruptas; este fenómeno está relacionado con la prevalencia de gobiernos divididos en contraste con gobiernos unificados con una clara mayoría política a través de los poderes legislativo y ejecutivo.¹⁵

Bajo esta perspectiva, la tendencia a llevar a los estrados judiciales controversias políticas encuentra explicación en la combinación de las variaciones en el balance partidista legislativo y las de las instituciones políticas, particularmente las de reclutamiento y promoción de jueces.¹⁶ El análisis de la judicialización de la política desde esta óptica otorga un especial énfasis a la naturaleza de los sistemas políticos, particularmente a la forma como se promueven a los jueces lo cual permite tener una mejor comprensión acerca del grado de independencia y audacia de los funcionarios judiciales.¹⁷

Como puede observarse, las conclusiones a las que llegan estos académicos a partir del estudio de los cuatro Estados analizados, se centran en la existencia de una fuerte influencia de la politización de los tribunales en el equilibrio de los partidos políticos, y deja un poco de lado los efectos políticos de las decisiones que pueden tomar los tribunales mediante la aplicación de leyes vagas o muy generales o los que se derivan de la revisión judicial de las leyes a través del juicio de constitucionalidad.¹⁸

¹⁴ El análisis de los autores involucra países como Estados Unidos, Inglaterra, Gales, Alemania, Portugal, Italia y España. *Ibíd.*, p. 2.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 6.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 2 y 3.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 26

¹⁸ *Ibíd.*, p. 8

1.1.2. La judicialización de la política como una estrategia de las élites: Juristocracy

Por su parte, el otro eje del debate en torno a la judicialización de la política enfatiza en las causas y los efectos del control judicial de las leyes en las democracias contemporáneas. Como es el caso de Ran Hirschl, quien se refiere a que existe una tendencia en el mundo hacia lo que él denomina “Juristocracy”. Esta conclusión inicial del autor surge de un minucioso estudio de los Tribunales Supremos de Israel, Nueva Zelanda, la República de Sudáfrica y Canadá.¹⁹

Los principales propósitos del autor son, por una parte, comprender qué fuerzas políticas movieron a los países a modificar sus constituciones y de esta manera, empoderar a los jueces a rechazar leyes dictadas democráticamente, en países que no estaban atrapados en situaciones de transición (por ejemplo, no tenían la necesidad de desarrollar una constitución post-colonial o post-dictatorial); y por otra, analizar las consecuencias que se derivan del control judicial de las leyes.²⁰

Hirschl sostiene que la tendencia global hacia el empoderamiento judicial mediante la constitucionalización, debe ser entendido como parte de un proceso a gran escala a través del cual las élites hegemónicas transfieren cada vez más el poder para la formulación de las políticas públicas de ámbitos mayoritarios, a órganos políticos profesionales y semiautónomos, con el fin de separar sus preferencias políticas de las vicisitudes de la política democrática.²¹

En este orden de ideas, el balance respecto a la favorabilidad del empoderamiento judicial mediante las nuevas tendencias constitucionales, no es tan positivo para Hirschl en tanto su análisis sugiere que la función judicial es usada de manera estratégica por sectores elitistas.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 19.

²⁰ *Ibíd.*, p. 19

²¹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins consequences of the new constitutionalism*. Estados Unidos. Harvard University Press. 2004, p. 16.

Sin embargo, también es destacable que su trabajo se basó en el estudio comparativo entre los orígenes y efectos del fenómeno mencionado en sólo cuatro países (las cuatro excolonias británicas), por lo que su alcance en la construcción de una conclusión general, aunque resulta sumamente valioso, no representa una visión global del tema.

1.2 La judicialización de la política: el caso colombiano

Tras la anterior descripción acerca del impacto que ha tenido la judicialización de la política en otros contextos, producto de los estudios que se han realizado al respecto; es importante conocer la forma en que este fenómeno ha operado en Colombia, los factores que han determinado su desarrollo, y los resultados que el mismo ha tenido en el escenario jurídico, político y social del país. Lo anterior, con el fin de obtener una mejor comprensión de sus características y los efectos que ha generado en el caso colombiano.

Los orígenes de la judicialización de la política en Colombia, pueden encontrarse en los cambios y reformas constitucionales ocurridos en América Latina a partir de mediados de la década de los años ochenta y particularmente de los noventa.²² Con estos surgió un nuevo constitucionalismo de tipo aspiracional, con una profunda matriz igualitaria, cuyos propósitos fueron acentuar la democracia, combatir la inequidad y la exclusión social y de género.²³ En este nuevo escenario jurídico también aparecen los tribunales constitucionales en algunos países de la región. Como en el caso de Colombia, en donde en 1991 se promulgó una nueva Constitución Política y con ella se creó la Corte Constitucional.

Dentro de las principales labores de la Corte están la de conocer del control de constitucionalidad de las leyes, y la revisión eventual de las decisiones emitidas por los

²² Como ejemplos de cambios de constitución, Uprimny cita a Brasil en 1998, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009. En cuanto a reformas, menciona a Argentina en 1994, México en 1992 y Costa Rica en 198. En: UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En: RODRIGUEZ, César (Coord.): El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p. 109.

²³ *Ibíd.*, p. 12.

jueces de todo el país respecto de acciones de tutela.²⁴ La función del control de constitucionalidad de las normas no es novedosa en Colombia pues desde 1910 ya era realizada por la Corte Suprema de Justicia a través de su sala constitucional.²⁵ Sin embargo, la acción de tutela sí constituyó un nuevo mecanismo del que no disponía la Carta Política de 1886, y ha permitido un amplio desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, desde su creación, la Corte Constitucional colombiana ha tenido un fuerte protagonismo en el país producto de su jurisprudencia garantista e interdisciplinaria, su defensa de los derechos y su trabajo por definir y determinar el alcance de las garantías constitucionales contempladas en la carta, al punto que ha sido catalogada como una de las más progresistas del mundo.²⁶ Según Uprimny, la causa de este activismo obedece a dos tipos de elementos, unos que él denomina jurídico-institucionales y que se refieren principalmente a que los diseños procesales de la justicia constitucional le dan a la Corte Constitucional un acceso fácil, a bajo costo, y amplios poderes.²⁷ Y por otra parte, los político-estructurales, concretamente la “crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales y de los partidos de oposición”.²⁸ Sostiene el autor que ese debilitamiento de los instrumentos de representación política son bastante profundos en el caso colombiano y justifica el papel protagónico de la Corte, en la medida en que en

²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Gaceta No. 116 de 20 de julio de 1991. Segunda Edición Corregida. Artículo 241, [Online] Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

²⁵ Tal facultad fue otorgada mediante el Acto Legislativo 03 de 1910, artículo 41 en el cual se estableció: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las funciones que le confieren ésta y la leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”. En: COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Acto Legislativo 03. (31, octubre, 1910). Reformatorio de la Constitución. Diario Oficial. Bogotá, D.C., año XLVI. No. 14131. p. 3.

²⁶ PARRA-VERA, Oscar y YAMIN, Alicia. La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. En: CLÉRICO, Laura: Salud: sobre desigualdades y derechos. Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot, [online] 2013, [Citado 10 de Octubre de 2016], p. 2593. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>

²⁷ UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA, Mauricio. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En: DE SOUSA, Boaventura y GARCIA, Mauricio. (Edits.) Emancipación social y violencia en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2004. pp. 472 y 473.

²⁸ *Ibíd.*, p. 473.

muchos casos no ocasiona un enfrentamiento entre ésta y los demás poderes, sino que entra a llenar los vacíos que estos dejan, haciendo que su intervención resulte legítima ante determinados sectores de población pues encuentran en ella un poder que actúa ágilmente.²⁹

Los anteriores factores han facilitado el fortalecimiento del rol judicial en asuntos que anteriormente no eran de su competencia, y evidencian la presencia de una fuerte judicialización de la política, fenómeno que no sólo implica ese traslado a los jueces de asuntos tradicionalmente resueltos por medios políticos, sino que propicia que los actores sociales hagan sus reclamos en términos jurídicos y judiciales.³⁰ Esta situación es bastante notoria en el caso colombiano, pues hay un gran empoderamiento en materia de instrumentos y lenguaje judicial por parte de diversos sectores sociales lo que impulsa al aumento de la judicialización.

Adicionalmente, existen algunos asuntos en Colombia en los cuales, los jueces constitucionales han podido encontrar oportunidades de intervención y por tanto se han generado mayores niveles de litigio.³¹ Así sucede con la judicialización de la política económica a través de la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC o Derechos sociales), los cuales han tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de la Corte³² quien a través de sus fallos de tutela ha ido precisando el alcance y contenido de muchos derechos como la salud, y a su vez mediante providencias

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia. Casos, potencialidades y riesgos. Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, [online], 2007, No. 6, Año 4. [Citado 10 de Octubre de 2016], pp. 53 y 54. Disponible en : http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf

³¹ Al respecto, Uprimny presenta 5 ejemplos de judicialización de la política en Colombia: “(i) la lucha contra la corrupción política y por la transformación de las prácticas políticas; (ii) el control a los excesos gubernamentales, en especial en los estados de excepción; (iii) la protección de grupos minoritarios y de la autonomía individual; (iv) la protección de poblaciones estigmatizadas o en situaciones de debilidad manifiesta y, por último, pero no por ello menos importante; (v) el manejo de la política económica, debido a la protección judicial de los derechos sociales.” *Ibíd.*, p. 54.

³² *Ibíd.*, p. 58.

emitidas en el marco de su función de control de constitucionalidad ha incidido significativamente en asuntos económicos.³³

Sin embargo, el hecho que la Corte Constitucional asuma un papel tan protagónico en asuntos relativos a derechos sociales y que involucran temáticas económicas, también ha generado rechazo por algunos sectores de la opinión pública, para quienes tal situación resulta problemática. Al analizar las diversas posiciones teóricas respecto al papel del Estado y la distribución de recursos a la luz de la Carta Política de 1991, Alviar distingue entre dos tipos de teóricos; los que defienden el modelo de Estado que enfatiza en lo “social”,³⁴ y los que entienden como correcta la lectura que resalta el liberalismo clásico contenido en la Carta.³⁵ Estos últimos corresponden a un grupo de economistas cuya crítica a la Corte puede resumirse en los siguientes puntos: i) la falta de conocimientos económicos y de administración pública de los magistrados; ii) la ignorancia respecto a las restricciones presupuestales a la hora de tomar decisiones; y iii) la inseguridad jurídica generada por la posibilidad de que una norma sea declarada inexecutable por el alto tribunal.³⁶

Además la crítica sugiere que los jueces no están legítimamente habilitados para intervenir en asuntos económicos. Al respecto sostiene Clavijo que *“la Corte debería aplicar criterios más conservadores (parsimoniosos) en materia de alteración de las prácticas y procedimientos económicos, pues los resultados de dichos arreglos son complejos de anticipar y cuando quiera que ellos se deban alterar es mejor que ello lo haga el Congreso de la República.”*³⁷ En igual sentido, Kalmanovitz asegura que la intervención de la Corte en materia de impuestos *“Disloca entonces el equilibrio entre los poderes, anarquiza su*

³³ Un ejemplo de estas decisiones fue la Sentencia C- 766 de 2003, en la cual el Tribunal declaró inexecutable el artículo 116 de la ley 788 de 2002 que fijaba el Impuesto de Valor Agregado (IVA) a productos de primera necesidad.

³⁴ Dentro de estos se encuentran Rodrigo Uprimny, César Rodríguez, Mauricio García y la propia Corte Constitucional. ALVIAR, Helena. ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho? Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes, 2009, No. 22, p. 6.

³⁵ *Ibíd.*, p. 5 y 6.

³⁶ *Ibíd.*, p. 6.

³⁷ CLAVIJO, Sergio. Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes. Revista de Derecho Público. Ediciones Uniandes. 2001, No. 12, p. 58.

asignación y usurpa a favor de la rama judicial funciones de gasto público que son exclusivas de los órganos elegidos democráticamente.”³⁸ En cuanto a las providencias relativas a derechos sociales, estas tampoco escapan a la crítica, pues para Kalmanovitz mediante las decisiones de la Corte en temáticas como derecho a la salud entre otras, el tribunal “induce a la mala asignación de muy escasos recursos públicos”.³⁹

Bajo los anteriores presupuestos, la judicialización de la política es una situación de gran significación para la opinión pública en Colombia; la combinación de factores como la debilidad de las instituciones junto con la existencia de un Tribunal Constitucional con un perfil marcadamente social y garantista, han llevado a manos de los jueces el poder de decidir en una variedad de asuntos de gran trascendencia en el país lo que fortalece su rol y hace que algunos sectores cuestionen la legitimidad de su intervención, particularmente en temas de carácter económico.

1.3 La judicialización del derecho a la salud

Habiendo revisado algunos aspectos relevantes que han caracterizado la judicialización de la política en algunos países, y puntualmente el caso colombiano, es pertinente siguiendo el objetivo del presente trabajo, conocer cuál ha sido el debate teórico de la judicialización en materia de DESC, y particularmente, en derecho a la salud.

Históricamente los Derechos Civiles y Políticos han sido diferenciados de los Derechos Sociales. Durante el Siglo XIX los primeros, fueron reconocidos constitucionalmente mientras que en el caso de los segundos, su aparición fue en la Constitución de 1917 de la Revolución Socialista Rusa y en los desarrollos constitucionales posteriores a la Primera Guerra Mundial.⁴⁰ Así mismo, su consagración también se ha dado separadamente, los

³⁸KALMANOVITZ, Salomón. Consecuencias económicas de la Corte Constitucional. Revista Consigna. Publicaciones Consigna. 2000. Año XXIV, No. 466, IV Trimestre del 2000, p. 21.

³⁹ *Ibíd.*, p. 17.

⁴⁰ VENTURA, Manuel. Ventura, M. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH [online]. 2004, Vol. 40, p. 88. [Citado 10 Octubre 2016] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>

Derechos Civiles y Políticos se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los DESC en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creando una separación artificial de los mismos.⁴¹

Dicha división ideológica se fue reduciendo a partir del fin de la guerra fría, lo que ha generado el resurgimiento de los derechos sociales.⁴² Tal es el caso del derecho a la salud, cuya actual importancia puede ser explicada a partir de algunos factores dentro de los cuales se destacan, las críticas por parte del movimiento internacional de Derechos Humanos en torno al componente social que los Derechos Civiles y Políticos ignoran; el creciente avance tecnológico que se ha desarrollado de forma paralela a la implementación de medidas de corte neoliberal que buscan privatizar los servicios de salud; y la presencia de un constitucionalismo transformador en regiones como Sudáfrica y América Latina que hacen justiciable el derecho a la salud.⁴³

Sin embargo, los niveles de cobertura y satisfacción del mismo, dependen en gran medida del tipo de regulación que se le ha dado, sea constitucional, legal o de facto, y de los sistemas adoptados por cada Estado.⁴⁴ Así, por ejemplo, en algunos países la asistencia sanitaria es financiada mediante recursos públicos; otros operan a través de la llamada competencia regulada, como en el caso de Colombia, en donde se busca una cobertura universal usando las contribuciones obligatorias de los empleados y empleadores; y otros lo hacen con un sistema mixto, en el que a pesar de contar con la prestación del servicio público, este es muy limitado y por lo tanto, las empresas privadas juegan un papel importante.⁴⁵

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen (Eds.). *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*. [online] Nueva York: Cambridge University press, 2014, p. 2. Disponible en: <https://www-cambridge-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/core/books/the-right-to-health-at-the-publicprivate-divide/54DA511FF2BAA7834C6B30ABD714210D>

⁴³ *Ibíd.*, pp. 2, 3 y 4.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 5 y 6

Estas formas diversas por medio de las cuales se aborda la salud en cada contexto, propicia que su proceso de judicialización varíe considerablemente de un país a otro, pues va a depender de una serie de variables estructurales, políticas e inclusive institucionales que facilitan o dificultan las posibilidades de litigio. Así por ejemplo, como se mencionó antes en el caso colombiano, la existencia de mecanismos de reclamación judicial de bajo costo es un factor que favorece el litigio; por el contrario en países como Canadá su acceso exige contar con recursos económicos, y no está orientado a asuntos de asignación de recursos por parte del Gobierno.⁴⁶

En igual sentido, los temores respecto a la cesión de poderes hacia los organismos judiciales y el modelo de Estado adoptado en algunos países también puede influenciar en los mayores o menores índices de litigio. En el caso de Reino Unido, los litigios han sido eficaces para solucionar quejas cotidianas pero no para hacer frente a desafíos a largo plazo como por ejemplo, la prevención de enfermedades evitables.⁴⁷ De hecho, allí subsiste una preocupación respecto a las consecuencias que el papel político que puedan asumir los jueces afecte la legitimidad de las instituciones democráticas.⁴⁸ En Suecia a su vez, hay una notable reticencia al litigio producto de la creencia en la democracia como la mejor forma en que puede realizarse el Estado de Bienestar, además de una fuerte preocupación por parte del gobierno por la pérdida de control del gasto público.⁴⁹

⁴⁶ FLOOD, Colleen. Litigating Health Rights in Canada. En: GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen. *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*. [online] Nueva York: Cambridge University press, 2014, p. 106. Disponible en: <https://www-cambridge-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/core/books/the-right-to-health-at-the-publicprivate-divide/54DA511FF2BAA7834C6B30ABD714210D>

⁴⁷ NEWDICK, Christopher. Promoting Access and Equity in Health. En: GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen. *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*. [online] Nueva York: Cambridge University press, 2014, p. 128. Disponible en: <https://www-cambridge-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/core/books/the-right-to-health-at-the-publicprivate-divide/54DA511FF2BAA7834C6B30ABD714210D>

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 125.

⁴⁹ LIND, Anna-Sara. The Right in Health in Sweden. En: GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen. *The right to health at the public/private divide: a global comparative study*. [online] Nueva York: Cambridge University press, 2014, p. 77. Disponible en: <https://www-cambridge-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/core/books/the-right-to-health-at-the-publicprivate-divide/54DA511FF2BAA7834C6B30ABD714210D>

Por otra parte, Sudáfrica es quizá un buen ejemplo del uso del derecho constitucional más allá del litigio, para fortalecer el acceso a servicios de salud en condiciones de equidad. En este país a través del afianzamiento del derecho constitucional no sólo se ha logrado impactar en la motivación de la legislación y la política en la búsqueda de condiciones más equitativas entre el sector privado y público, sino que se ha conseguido hacer del acceso universal a la atención sanitaria, una obligación constitucional.⁵⁰

Sin embargo, independientemente de los presupuestos que implican que en determinados contextos los niveles de judicialización del derecho a la salud sea superior en relación a otros y las variables que influyen en tal situación, una de las preguntas que ha ocupado a los teóricos recientemente es si la judicialización del derecho a la salud contribuye realmente a lograr condiciones de mayor equidad o si por el contrario, profundiza las desigualdades.⁵¹ Este cuestionamiento obedece a las distintas formas en que el proceso de judicialización ha sido afrontado en diferentes países y el efecto que el mismo tiene en el acceso y manejo de los recursos de la salud.

En este orden de ideas, el estado actual del debate en relación a la judicialización de la salud se ha centrado en que el carácter individual del litigio puede generar en determinados contextos un efecto en la asignación equitativa de los recursos dentro del sistema de salud y desestabilizar así la asignación de recursos públicos en perjuicio de los más vulnerables.⁵² Tal supuesto surge a partir de ciertas condiciones, entre otras, las consecuencias que el acceso a fármacos y servicios a determinada población genera en la atención preventiva y primaria de grupos menos favorecidos; el hecho que en algunos casos la jurisprudencia puede no estar representando a la población más pobre; y en que muchos tribunales se

⁵⁰ FORMAN, Lisa y Singh, Jerome. The Role of Rights and Litigation in Assuring More Equitable Access to Health Care in South Africa. En: GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen. The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study. [online] Nueva York: Cambridge University press, 2014, pp. 317 y 318. Disponible en: <https://www-cambridge-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/core/books/the-right-to-health-at-the-publicprivate-divide/54DA511FF2BAA7834C6B30ABD714210D>

⁵¹ GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen (Eds.), Ob. Cit. p. 1.

⁵² *Ibíd.*, p. 13 y 14.

centran en litigios de carácter privado y se cuidan mucho de interferir con los poderes legislativo y ejecutivo.⁵³

⁵³ *Ibíd.*, p. 13-16.

CAPITULO 2. LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Lo anteriormente expuesto otorga una mejor comprensión acerca de la judicialización de la política como figura presente en las democracias contemporáneas y a su vez como parte de la vida política del Estado colombiano; esto último a consecuencia de la coexistencia de una serie de factores de tipo institucional y de las transformaciones constitucionales surgidas a partir de la Constitución Política de 1991. Así mismo, muestra el gran protagonismo que actualmente tienen los Derechos Sociales, y en el caso del derecho a la salud, cómo la heterogeneidad de los sistemas políticos, de sus regulaciones y de la forma en que se asume el litigio en esta temática en cada Estado hace que los efectos del mismo sean dispares. Además permite entender que bajo algunos contextos, la judicialización de la atención sanitaria puede no estar ayudando a reducir los niveles de desigualdad en su acceso y en especial, en la destinación de los fondos dispuestos para tal fin.

En ese orden de ideas, teniendo claros los elementos, los debates teóricos y principalmente las conclusiones a las que algunos autores han llegado a partir del estudio la judicialización en casos concretos; a continuación, previo a una breve descripción del funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, se presentará el desarrollo del litigio en derecho a la salud en Colombia. Para tal efecto, se hará énfasis en los dos actores centrales que interesan al presente trabajo; por una parte la Corte Constitucional y su jurisprudencia de corte social; y por otra, el Gobierno Nacional y sus medidas de influencia liberal clásica.

2.1 El Sistema de Seguridad Social en Salud a partir de la Constitución Política de 1991

Con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, la prestación del servicio de salud en Colombia se caracterizaba por su fragmentación, baja cobertura, desigualdad, mala

financiación y corporatismo.⁵⁴ Se trataba de un sistema cuya cobertura no superaba el 25% de la población, basado en la diferenciación de estatus de sus afiliados,⁵⁵ en el cual determinados sectores gozaban de algunos beneficios vedados para el resto de la población,⁵⁶ y que para la época de la promulgación de la ley 100 de 1993, estaba en quiebra.⁵⁷

El cambio en el sistema de salud colombiano inició con la Constitución Política de 1991, la cual contempló en sus artículos 48 y 49, los derechos a la seguridad social y a la salud respectivamente. Adicionalmente, en cumplimiento de dichas disposiciones constitucionales, la ley 100 de 1993 reguló el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolló sus fundamentos y determinó su dirección, organización y funcionamiento.⁵⁸

Esta norma cambió la forma en que se prestaba el servicio de salud en el país hasta el momento, y sentó las bases sobre las cuales se estableció el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, a partir de un modelo de aseguramiento de servicios de salud, dividido en dos regímenes según la capacidad económica del usuario, esto es, el contributivo y el subsidiado. Los inscritos al régimen contributivo, son quienes cuentan con un ingreso para aportar al sistema una cotización, y los afiliados al régimen subsidiado los que no tienen capacidad de pago suficiente para hacerlo.⁵⁹ La reforma hizo obligatoria la afiliación al

⁵⁴ Estas características propias del sistema anterior a la ley 100 de 1993 son analizadas con una serie de factores que incidieron en la construcción del actual sistema de salud en Colombia en: LAMPREA, Everaldo. Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas. Bogotá. Ediciones Uniandes. 2011. p.11.

⁵⁵ ⁵⁵ LAMPREA, Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991 – 2014). Cit., p. 61.

⁵⁶ Lamprea ejemplifica este tipo de privilegios al señalar que en el caso de los funcionarios públicos afiliados a Cajanal, la edad de retiro estaba en 50 y 55 años para mujeres y hombres respectivamente, es decir 10 años menos que la de los empleados del ISS. LAMPREA, Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas. cit., pp. 10 y 11.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 9.

⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 41.148.

⁵⁹ Adicionalmente, la ley 100 de 1993 contempla la participación en el sistema de personas “vinculadas”, que son aquellas que no cuentan con capacidad de pago y no hacen parte del régimen subsidiado, pero que tienen

sistema a través de una entidad promotora de salud (EPS), la cual puede ser pública o privada y es escogida libremente por el usuario.

La contribución en el caso de los afiliados al régimen contributivo equivale al 12.5% del Ingreso Base de Cotización (IBC); para el caso de los trabajadores dependientes, un porcentaje de este valor (8.5%), es asumido por el empleador. El pago de las cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo se hace a las EPS quienes deben garantizar la prestación del servicio de salud a través de un paquete de servicios denominado Plan de Beneficios. Por su parte, los afiliados al régimen subsidiado son identificados mediante la encuesta del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para los Programas Sociales (SISBÉN), y sus recursos provienen del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), este último también creado por la ley 100 de 1993 con el propósito de garantizar la compensación entre las personas de diferentes ingresos y cofinanciar subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables.

El sistema de salud planteado de esta forma a través de la ley 100 de 1993 se dirigía principalmente a contrarrestar las situaciones que este enfrentaba con anterioridad. Su objetivo era liberar a los individuos de un sistema monopolizado e ineficiente, trasladándolos a un nuevo arreglo institucional donde pudieran ser tomadores racionales de sus decisiones y en los cuales la elección que los usuarios pudieran hacer entre prestadores y públicos y privados de salud generaría un espiral ascendente de calidad y eficiencia.⁶⁰ Sin embargo, la situación del derecho a la salud en Colombia, a casi 23 años después de la reforma de la ley 100, muestra un gran nivel de judicialización que evidencia la existencia de una serie de impedimentos que no permiten el acceso directo a determinados servicios de salud, y cuyo logro sólo es posible a través de la acción de tutela.

derecho a recibir atención en salud en instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado mientras logran ser beneficiarias del mismo.

⁶⁰ LAMPREA, Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas. Cit., p. 70.

2.2 Etapas de la judicialización del derecho a la salud en Colombia

Más allá de la existencia de la regulación que tanto el constituyente como el legislador han desarrollado en torno al derecho a la salud, es innegable que su concepto y alcance lo ha determinado la Corte Constitucional principalmente a través de la resolución de casos individuales en fallos de tutela, y mediante el control de constitucionalidad de las normas que lo regulan, en el marco de su competencia. En este sentido, las razones del rol asumido por la Corte en su jurisprudencia sobre derecho a la salud coinciden con las causas que han fortalecido la judicialización de otros ámbitos políticos en Colombia; esto es, el hecho que la Carta Política de 1991 centrara la legitimidad democrática del Estado en la protección de los derechos fundamentales, y la designación de la Corte Constitucional como órgano legítimo para interpretar de forma expansiva y antiformalista el catálogo de derechos de la Carta.⁶¹ Ahora bien, a grandes rasgos el proceso de judicialización del derecho a la salud en Colombia puede resumirse en tres etapas:

2.2.1 Primera Etapa: La construcción jurisprudencial del alcance del Derecho a la Salud

Como punto de partida en la construcción jurisprudencial del derecho a la salud, es destacable la importancia que la Corte Constitucional otorga al cambio que se le hizo a la fórmula de Estado de derecho a través de la Constitución Política de 1991, al agregársele el término “social”⁶² y la relevancia que en este nuevo escenario tienen los jueces constitucionales. En una de sus primeras providencias, la sentencia T-406 de 1992, la Corte señala que en virtud de este tránsito hacia el Estado Constitucional Democrático, el texto legal pierde la importancia sacramental que se le daba al ser el producto de la voluntad del pueblo, y en cambio surge una mayor preocupación por la justicia material y por soluciones que atiendan a lo particular de los hechos.⁶³

⁶¹ LAMPREA, Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991 – 2014). Cit., p. 5 y 6.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

⁶³ *Ibíd.*

Bajo esta perspectiva, cobra mucha relevancia el rol de los jueces en relación con las demás ramas del poder público, en tanto los funcionarios judiciales pueden ser instrumentos de presión frente al legislador afectando la dinámica de la separación de poderes al punto que el espacio de decisión de estos últimos se vea invadido si no atiende sus responsabilidades legislativas.⁶⁴ Pero además, en el marco de la nueva fórmula de Estado adoptada por la Carta de 1991, hay una mutua y necesaria interacción entre los DESC y los derechos civiles políticos, según la cual sin la mínima satisfacción de los primeros sería imposible la efectividad de los segundos.⁶⁵

En cuanto al desarrollo jurisprudencial del derecho a la Salud, inicialmente partió de la llamada *tesis de la conexidad*, según la cual este no era en sí mismo un derecho fundamental autónomo, pero era susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela por su conexidad con derechos como la vida y la integridad de la persona. Dicha conexidad tenía como base una concepción amplia del derecho a la vida que involucraba la existencia en condiciones dignas.⁶⁶

Esta tesis se fundamentaba en la distinción entre Derechos Civiles y Políticos por una parte, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales por otra, estos últimos considerados de segunda generación o prestacionales, en tanto se entendía que su cumplimiento se encontraba sujeto a una acción legislativa o administrativa, mientras que los primeros sí eran exigibles por vía de acción de tutela.⁶⁷ Lo anterior suponía que para el amparo efectivo de un derecho prestacional como el derecho a la salud, era necesario demostrar un vínculo inescindible entre este y un derecho fundamental.⁶⁸

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 395 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 016 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁸ *Ibíd.*

Bajo esta postura la Corte contemplaba el derecho a la salud como prestacional, sin embargo, poco a poco fue matizando esta posición. Un primer momento fue través del análisis de afectaciones del derecho a la salud de grupos específicos de población, mediante los cuales fue ampliando su interpretación otorgándole el carácter de fundamental cuando se tratara de sujetos de especial protección constitucional. Tal es el caso de los adultos mayores, cuya especial vulnerabilidad y por tanto conexión con derechos como la vida y la dignidad humana, llevó al tribunal en 2001 a establecer que el derecho a la salud en estos casos se consideraba fundamental y autónomo.⁶⁹

De manera posterior en la sentencia T-016 de 2007 la Corte reconsidera su interpretación respecto a la falta de carácter fundamental de los llamados derechos prestacionales. En dicha providencia el Tribunal se refiere a que todos los derechos son fundamentales en tanto se conectan directamente con los valores que el constituyente quiso proteger, independientemente de cómo se hacen efectivos en la práctica. También señala que esto en un escenario de escasos recursos demanda su racionalización, y por tanto obliga a que la exigibilidad por la vía de la acción de tutela de derechos como la salud por su gran connotación prestacional deba ser condicionada, aunque ya no desde la tesis de la conexidad.⁷⁰

En este orden de ideas, la Corte señala que procede la acción de tutela en materia de derecho a la salud, cuando su desconocimiento: *“(i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”*⁷¹

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 1081 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 016 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 016 de 2007. Cit.

Las providencias citadas reflejan que a pesar de que se condiciona la exigibilidad del derecho a la salud, hay una tendencia por parte de la Corte Constitucional hacia el establecimiento de su fundamentalidad. De igual forma, la protección brindada a través de los fallos judiciales de la Corte impacta en el número de solicitudes de amparo presentados durante este período; así, a manera de ejemplo para el año 2008 se presentaron en el país 142.957 tutelas por derecho a la salud, es decir casi siete veces más que el total de las presentadas en 1999, año en el cual hubo 21.301 solicitudes de amparo por este mismo derecho.⁷²

2.2.3 Segunda Etapa: Judicialización en ascenso y la emisión de la Sentencia T-760 de 2008 en medio de un sistema en crisis

Bajo las circunstancias antes expuestas, en 2008 se dio un cambio significativo en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, a través de una emblemática sentencia: la T-760. Esta providencia, ampliamente difundida, estableció de manera expresa que el derecho a la salud es de carácter fundamental y autónomo. Además a través de ella se tomaron una serie de decisiones de mayor impacto en razón a la crisis en materia de salud que para la época afrontaba el país, y cuyo efecto se vio reflejado en el aumento de la presentación de acciones de tutela por este derecho.

La sentencia T-760 fue proferida el 31 de Julio de 2008 por la Corte Constitucional colombiana, producto de la acumulación de 22 acciones de tutela formuladas frente a situaciones similares en torno al derecho a la salud. Los casos involucraban una problemática transversal: la falta de acceso a servicios de salud. En la sentencia, el Tribunal Constitucional justifica su decisión de acumular estos procesos por dos razones: la primera, para tener una visión más comprensiva sobre las dificultades que condujeron en esa época a los usuarios del servicio de salud a recurrir a la justicia constitucional con el fin de lograr la satisfacción de sus derechos, aunado al incremento de las tutelas por derecho a

⁷² COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. La tutela del derecho a la salud. Período 2006 – 2008. (2009). Bogotá. p. 30.

la salud, las cuales constituían la mayoría del total de acciones presentadas en el país; la segunda, porque permitió a la Corte el estudio de las distintas facetas de este derecho así como de las características y consolidación de las reglas constitucionales que lo definen, en especial en lo que se refiere a su acceso.⁷³

Los casos acumulados involucraron a grandes rasgos los siguientes temas:

- i) La negación de servicios por parte de las EPS por no encontrarse incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), o por no cancelar pagos moderadores en situaciones de incapacidad económica.
- ii) La negación de la autorización de servicios no incluidos en el POS frente a un niño o niña cuyo responsable no contaba con capacidad económica.
- iii) Situaciones en donde la EPS se negaba a suministrar servicios o medicamentos porque la orden médica que los autorizaba no era emitida por un médico adscrito a la EPS a pesar de que el especialista en la materia venía tratando al paciente.
- iv) La negación de incapacidades médicas por no haberse pagado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en la fecha establecida.
- v) La interrupción de tratamientos médicos por falta de pago de los aportes de una persona desempleada.
- vi) Restricciones respecto a traslados de EPS por haber en el núcleo familiar del afiliado, una persona con una enfermedad catastrófica.
- vii) Falta de respuestas a derechos de petición en los cuales se buscaba superar obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud.
- viii) Interpretaciones restrictivas del POS por parte de las EPS, entendiendo excluidos los insumos no mencionados de manera expresa en este.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

En todas estas situaciones la Corte determinó que se vulneró el derecho a la salud, y en sus decisiones reiteró su jurisprudencia respecto a casos individuales ya adelantados por el Tribunal. Sin embargo, la importancia de la decisión radica precisamente en que no se limitó a emitir órdenes respecto a los casos acumulados, sino que hubo un pronunciamiento frente a las fallas del sistema de salud en Colombia y se establecieron disposiciones con un impacto generalizado,⁷⁴ en un momento en el que “la tutela era utilizada como una ‘válvula de escape’ para aquellos colombianos que sufrían la falta de acceso a prestaciones e intervenciones por parte de un sistema que había sido incapaz de producir una adecuada regulación”.⁷⁵

Es por lo anterior, que más allá del incremento en el número de acciones de tutela por derecho a la salud que llegaron a la Corte para su revisión durante el año 2007 y 2008, resulta pertinente revisar las condiciones reales del sistema de salud colombiano identificadas por la Corte Constitucional, que incidieron en el aumento de las mismas y en la construcción de un fallo cuyas órdenes trascendieron los casos particulares objeto de la decisión.

En este sentido, Uprimny identifica las “fallas regulatorias” en el sistema de salud en Colombia, que pueden extraerse de la sentencia T-760 de 2008 y que dan cuenta de la situación crítica que afrontaba el país en materia de salud para el momento en que se emitió la providencia.⁷⁶

- i) La existencia de un POS indefinido y poco participativo que impone barreras y cargas elevadas al usuario al mantener una incertidumbre respecto a la cobertura asegurada.⁷⁷ Sobre este punto es importante mencionar que nueve de las veintidós tutelas revisadas por la Corte se referían a una interpretación

⁷⁴ UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Diana. Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. Observatorio de la Seguridad Social. 2008, vol. 18, p. 12.

⁷⁵ PARRA-VERA y YAMIN. Ob. Cit., p. 2591.

⁷⁶ UPRIMNY Y RODRIGUEZ. Ob. Cit. p. 13.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 13.

restrictiva del POS, a través de la cual se entendían excluidos los servicios que no estuvieran contemplados de manera expresa en éste y por tanto, eran recobrados ante el FOSYGA una vez ordenados por el juez de tutela.⁷⁸

- ii) La discriminación que hace el POS al mantener un plan para el régimen contributivo (POS) y otro para el subsidiado (POS-S). Esto ya había sido declarado constitucional por la Corte,⁷⁹ por lo que la Sentencia T-760 de 2008 se refiere a la falta de previsión para superar la desigualdad entre el plan subsidiado y contributivo luego de 15 años de haberse promulgado la ley 100 de 1993.⁸⁰
- iii) La falta de cobertura universal del sistema de salud pues el Tribunal Constitucional evidenció que este no está acorde al principio de universalidad.⁸¹
- iv) La demora en los recobros y en el pago de los servicios por parte del FOSYGA cuando las EPS han suministrado un servicio que no se encuentra contemplado en el POS, poniendo en riesgo la sostenibilidad del sistema y el acceso a los servicios cuando estos se requieran con necesidad.⁸²
- v) El uso de la acción de tutela para lograr el acceso a los servicios, lo cual no es profundizado por la Corte.⁸³
- vi) La situación de desconocimiento de la población de sus derechos como pacientes y el desempeño de las EPS.⁸⁴

A grandes rasgos, estas fallas sintetizan las dificultades que aquejaban en 2008 el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia. En respuesta a estas, la providencia contempló medidas estructurales que como la misma sentencia señala, se enmarcan dentro de lo establecido por la Constitución Política de 1991 y lo regulado por la ley 100 de 1993.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-760 de 2008. Ob. Cit.

⁷⁹ Al respecto el tribunal se refirió a que “si bien es constitucional que democráticamente se establezca un trato diferencial en el goce efectivo del derecho a la salud entre aquellos que contribuyen al Sistema de Salud y aquellos que son beneficiarios por solidaridad, en razón a las capacidades financieras y administrativas de la sociedad y del Estado, éste ha de ser temporal.” *Ibíd.*

⁸⁰ UPRIMNY Y RODRÍGUEZ. Ob. Cit., p. 13.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 14.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

Así mismo, éstas órdenes se dirigen a órganos legalmente competentes para tomar medidas y superar las fallas de regulación que originaron la desprotección del derecho a la salud y la proliferación de acciones de tutela por este derecho.⁸⁵

Ahora bien, a partir del análisis de las fallas de regulación presentes en los casos acumulados y la crisis existente en ese momento, la Corte concluye que subyace por parte del Gobierno colombiano una violación a las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Tanto los hallazgos como las órdenes impartidas por el Tribunal Constitucional, pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- i) Hay una desprotección del Estado colombiano en materia del derecho a la salud, debido a la incertidumbre que genera la falta de claridad respecto a lo que sí está incluido en el POS y lo que no. Esto supone para los usuarios del sistema cargas, barreras y la necesidad de agotar trámites administrativos y judiciales para lograr un acceso efectivo a servicios de salud. Por lo tanto, se ordena a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la revisión integral del POS con la participación de la comunidad médica y de los usuarios así como la revisión periódica y la rendición de informes a órganos de control.
- ii) El Estado no protege el derecho a la salud al permitir que la mayoría de violaciones a este derecho constituyan situaciones recurrentes de obstaculización al acceso a servicios ya financiados pues hacen parte del POS. En este sentido, se ordena al Ministerio de Salud que haga lo propio con el fin de que las EPS envíen a la Comisión de Regulación en Salud informes respecto a las razones que sustentan las negativas de servicios médicos.
- iii) El Estado colombiano ha desconocido el derecho a la salud de los usuarios del régimen subsidiado de salud al no haber establecido a la fecha de la providencia, programas y cronogramas para avanzar en superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo. La Corte ordena a la Comisión de Regulación en

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-760 de 2008. Ob. Cit.

Salud la adopción de un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen subsidiado y contributivo.

- iv) El Estado desconoce el derecho a la salud al no haber establecido de forma clara un procedimiento para lograr un acceso efectivo a servicios de salud distintos a medicamentos. La Corte le ordena a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para la autorización de servicios diferentes a medicamentos tanto POS como No-POS, y mientras tanto que se apliquen las reglas vigentes para garantizar que se sometan los trámites al Comité Técnico Científico de las EPS, y se tengan en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional.
- v) Respecto a los servicios que no están incluidos en el POS y su garantía a personas sin capacidad económica, la Corte se refiere a que si no existe un flujo adecuado que garantice el acceso a los servicios de salud requeridos con necesidad y que no estén incluidos en el POS, se está obstaculizando el acceso a los servicios. Para atender tal situación, la Corte emite órdenes tendientes a que no se supedite la ejecutoria de los fallos de tutela a la eventual revisión de la Corte; se adopte un plan de contingencia con el fin de lograr el pago de los recobros atrasados y así garantizar la prestación de los servicios de salud oportuna y efectivamente; y finalmente que se realicen gestiones para corregir la fallas en el sistema de financiación de los servicios médicos no cubiertos por el POS.
- vi) Además el Tribunal Constitucional ordenó que se debía garantizar por parte del Ministerio de Salud, la entrega a los pacientes de una carta de derechos y una de desempeño.

Sin lugar a dudas, con esta providencia se marca un importante precedente en la materia que también da cuenta de cómo se ha venido provocando la judicialización de la salud en Colombia, pues ante la falta de medidas por parte del Gobierno Nacional, tuvo el Tribunal Constitucional que entrar a intervenir. Precisamente con el fin de verificar el cumplimiento

de estas órdenes, la Corte Constitucional estableció una Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 a través de la cual ha buscado supervisar las medidas ordenadas.

2.2.3 Tercera Etapa: La perpetuación del litigio y de la crisis del derecho a la salud en Colombia

Como se ha señalado hasta ahora, si bien la sentencia T-760 de 2008 significó un importante avance en la necesidad de ejercer mayor control y vigilancia al sector salud en Colombia, su relevancia es aun mayor pues fue capaz de identificar de manera precisa las fallas regulatorias y de supervisión que aquejan el sistema y de esta manera pudo emitir órdenes de carácter estructural. Sin embargo, algunas situaciones muestran que la crisis del sistema subsisten y el litigio en derecho a la salud se ha perpetuado.

En primer lugar, en lo que se refiere al cumplimiento de la sentencia T-760, la Sala Especial de Seguimiento en su último auto (A411 de 2015) deja en evidencia que luego de 7 años de haberse emitido la providencia, las medidas hasta ahora implementadas no han permitido superar siquiera en sus ingredientes más elementales, las deficiencias regulatorias identificadas por la Corte.⁸⁶

En dicho auto, el Tribunal se refirió al estado de cumplimiento de la orden décimo novena del fallo,⁸⁷ su análisis involucró aspectos como la persistencia del uso de la acción de tutela

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008. Auto A411 del 16 de septiembre de 2015.

⁸⁷ La orden Décimo Novena de la Sentencia T-760 de 2008 dispuso lo siguiente: “Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique: (i) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuáles no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico.

El primer informe deberá ser enviado el 1 de febrero de 2009. Copia del mismo deberá ser remitida a la Corte Constitucional antes de la misma fecha.”

para acceder a servicios que inclusive se encuentran dentro del Plan de Beneficios, y las fallas en las medidas hasta ahora tomadas para controlar el sistema, en tanto no evitan la imposición de obstáculos injustificados, ni sancionan las conductas graves de las autoridades. De esta manera, la Corte deja claro que no se ha superado la falla estructural que dio origen a la imposición de la orden décimo novena, pues continúa la sistemática interposición de acciones de tutela que reclaman los servicios de salud, constituyendo para 2013 la cuarta parte del total de las presentadas en el país.

En este orden de ideas, el Tribunal pone en evidencia que continúan las fallas del sistema y la falta de cumplimiento por parte de las autoridades responsables. Sus conclusiones obtienen mayor sustento al revisar las cifras de las acciones de tutela en el país; así, para el año 2008 en el cual se profirió la sentencia, se presentaron alrededor de 142.957 acciones de tutela por derecho a la salud en el país, cifra que si bien disminuyó durante los años 2009 (100.490) y 2010 (94.502), según el informe de la Defensoría del Pueblo sobre tutela y derecho a la salud, en 2014 correspondió a 118.281, lo cual indica que ha aumentado.⁸⁸ Este incremento paulatino de las acciones de tutela por derecho a la salud a lo largo de 6 años desde 2008, demuestra que el litigio por este derecho sigue siendo una alternativa de frecuente uso en Colombia. De hecho, demuestra la persistencia de una crisis en el sistema, incapaz de cubrir su acceso efectivo como se esperaba.

Así mismo, la marcada tendencia a la búsqueda de soluciones a través del litigio del derecho a la salud, también se ha confirmado con la presentación de solicitudes de intervención ante Organismos Internacionales. Como ocurrió en 2015 cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) impuso medidas cautelares al Estado colombiano con el fin de que garantizara el acceso a un tratamiento médico adecuado y acorde a lo dispuesto por la Organización Panamericana de Salud (OPS) a una paciente.⁸⁹

⁸⁸ COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014. (2014). Bogotá D.C. Imprenta Nacional de Colombia. p. 86.

⁸⁹ Es el caso de una paciente de Epidermólisis Ampollosa Diatrófica quien a pesar de contar con el amparo de una acción de tutela a su favor, no logró el acceso efectivo a un diagnóstico claro, así como el tratamiento para su enfermedad. En tal situación, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 25 del Reglamento de

De igual forma, en 2016 se solicitó a la CIDH que pida al Estado colombiano información respecto al cumplimiento de sus obligaciones en materia de salud, dicha petición se respalda en la ausencia de una política de Estado en materia de salud acorde a lo exigido por el sistema interamericano, los problemas estructurales de las normas que regulan la salud en Colombia, la inequidad del sistema y la falta de control y vigilancia por parte de las autoridades estatales.⁹⁰

2.3 Las lecturas liberales del Gobierno Nacional respecto al derecho a la salud

Una vez presentado el contexto jurisprudencial a través del cual se ha desarrollado el derecho a la salud en Colombia, conviene analizar algunas medidas tomadas en materia de salud por el segundo actor objeto de esta investigación, esto es, el Gobierno Nacional. Dichas disposiciones del ejecutivo se estudiarán a la luz de los preceptos defendidos por el liberalismo clásico con el fin de identificar su visión relativa al derecho a la salud, que contrasta con las de corte social del Tribunal Constitucional.

Como punto de partida para el examen que se pretende, se entenderá por liberalismo una postura filosófica que describe una concepción del individuo, sus valores y una serie de postulados relativos a cómo debe funcionar el gobierno, la economía y el derecho.⁹¹ Su centro está en el individuo y en el logro de sus libertades individuales, por lo que se caracteriza por la defensa de la libertad de mercado, la protección de los derechos de propiedad, y la mínima intervención del Estado, quien bajo los presupuestos de la libertad de las leyes de oferta y demanda debe centrar su preocupación exclusivamente en brindar a todos los individuos las mismas oportunidades de acumulación.⁹²

la CIDH atendiendo a la gravedad, urgencia y reparabilidad, dicho organismo emitió órdenes en el marco de las medidas cautelares para las que está facultado.

⁹⁰ REVISTA SEMANA. La crisis de la salud llega a la CIDH. [online]. Bogotá. 11 Mayo, 2016. [Citado 10 Octubre 2016] Disponible en: <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/tesis-de-la-salud-llega-a-la-cidh/473154>

⁹¹ ALVIAR, Ob. Cit., p. 8.

⁹² ALVIAR, Helena. Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina. Propuesta para un análisis distributivo. Bogotá. Editorial Temis. 2008, pp. 10 y 11.

También será relevante su creencia en la igualdad de los seres humanos y la prohibición de establecer diferencias en su valoración; su visión universalista de los individuos, en tanto traslada a un segundo plano la diferenciación por razones culturales o de otra índole; su pretensión de corrección en cuanto cree en el mejoramiento y corregibilidad de las instituciones; su reconocimiento de determinadas libertades civiles; y el establecimiento claro de un sistema de división de poderes y de un sistema de frenos y contrapesos.⁹³ Bajo la anterior descripción a continuación se analizarán algunas posturas del Gobierno frente al derecho a la salud que evidencian sus tendencias liberales:

2.3.1 Enfatiza en la cobertura

Tal como se describió antes, uno de los grandes retos de la reforma a la salud de 1993 fue lograr mayores índices de cobertura en salud, la cual no superaba la cuarta parte de la población, por lo que dentro de sus principales modificaciones estuvo hacer obligatoria la afiliación al sistema de salud y de esta forma elevar los índices de cobertura. De acuerdo a las cifras presentadas por el Ministerio de Salud, en 2015 el porcentaje de cobertura nacional en salud fue del 96.7% con un total de 46.091.008 de afiliados en ambos regímenes.⁹⁴

Aunque las anteriores cifras reflejan unos altos índices de cobertura de servicios de salud, contrastan enormemente con la elevada judicialización del derecho expuesta en líneas anteriores y con los porcentajes de acceso al mismo, entendido este último como “la disponibilidad de recursos médicos donde y cuando las personas los necesitan”.⁹⁵ De esta manera, según las cifras presentadas por la Encuesta Nacional de Calidad de Vida

⁹³ ALVIAR, ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho? Cit., p. 8.

⁹⁴ MINISTERIO DE SALUD. Informe al Congreso de la República 2014-2015. Sector Administrativo de Salud y Protección Social. Bogotá. Agosto, 2015. [Citado 10 Octubre 2016], p.19. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/informe-congreso-2014-2015.pdf>

⁹⁵ ADAY, Lu Ann y ANDERSEN, Ronald. A Framework for the Study of Access to Medical Care. Health Services Research, 1974, vol. 9, No. 3, p. 208. Citado por: AYALA, Jhorland. La salud en Colombia: más cobertura pero menos acceso. Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) [online], 2014, Vol. 204, p. 11.

correspondientes a los años 1997 y 2012, hubo una reducción del acceso a servicios de salud del 79.1 % al 75% ⁹⁶ respectivamente.

A pesar de que son muchos los factores que inciden en el acceso a servicios de salud, una mirada general a estas cifras refleja que el hecho de contar con altos niveles de cobertura del servicio no ha representado un mayor acceso al mismo; tal percepción se fortalece si se tiene en cuenta el elevado número de acciones de tutela en las que los afiliados al sistema reclaman la prestación de determinados servicios.

En este orden de ideas, la cobertura que el Gobierno Nacional pregona del derecho a la salud, obedece sólo a niveles de aseguramiento de los ciudadanos en uno u otro régimen, pero no a los criterios de disponibilidad que exige el acceso a este. En este sentido, aunque bien podría sugerirse que la perspectiva del Gobierno sólo responde a la pretensión de universalidad implantada por la ley 100 de 1993 que se propuso como uno de sus grandes ejes el aumento de cobertura, también es cierto que subsiste una deficiencia por parte del Ejecutivo, que continúa centrando su foco de atención en el aseguramiento como garantía formal de acceso, desconociendo las barreras que el mismo sistema impone a la satisfacción efectiva del derecho. Bajo estas circunstancias, prevalece para el Gobierno la consideración de otorgar unos mínimos de atención que desconocen el componente social de la fórmula de Estado adoptada por el constituyente y reiterada incansablemente por la Corte Constitucional.

2.3.2 Confía en el mercado

A pesar de que dentro de los propósitos del modelo de competencia regulada adoptada por la reforma de 1993 no se contemplaba la autorregulación del mercado, y por el contrario en esta se resaltó la importancia de entidades como el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y el Ministerio de Salud, en

⁹⁶ Estas cifras fueron tomadas de AYALA, Jhorland. Ob. Cit., p. 16.

Colombia el sistema de salud ha carecido por mucho tiempo de intervención Estatal,⁹⁷ como se evidenció en la Sentencia T-760 de 2008.

En tal sentido, las obligaciones de organizar, dirigir, regular, establecer políticas, vigilar y controlar contempladas en el artículo 49 de la Carta Política, no fueron asumidas por el Estado en cabeza del Gobierno Nacional, lo que se reflejó en la falta de definición de un POS claro; la negación por parte de las EPS de servicios que estaban incluidos en este; las irregularidades y demoras en el proceso del pago de los recobros realizados al FOSYGA por servicios no incluidos en el POS; y la ausencia de gestión alguna tendiente a la igualación de los planes subsidiado y contributivo. En su lugar, el Estado se mantuvo como simple espectador del sistema dejando en manos de las EPS, en gran proporción de índole privada, el suministro del servicio de salud atendiendo a las leyes del mercado y a fines lucrativos.

Esta pasividad del Gobierno Nacional al limitarse a ser un simple espectador del sistema constituye no sólo una errada interpretación del modelo adoptado por la ley 100 de 1993, sino que además atiende a ideales de corte liberal que sugieren la mínima intervención del Estado y el favorecimiento de las libertades de oferta y demanda de servicios. Además muestra un Estado limitado a satisfacer unas condiciones básicas de cubrimiento, que en materia de salud antepone el concepto de servicio al de derecho y lo somete a que se rija por las leyes del mercado.

De igual forma, políticas como la desregulación de los precios de medicamentos llevadas a cabo en 2006,⁹⁸ reflejan acciones por parte del Gobierno Nacional dirigidas abstenerse de intervenir y facilitar espacios para el establecimiento de monopolios en torno a un derecho de carácter social y fundamental, restándole importancia a tal connotación y por su parte, mostrando su visión como un simple bien susceptible de ser expuesto al mercado.

⁹⁷ LAMPREA, Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas. Cit., p. 144.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 129.

2.3.3 Privilegia su faceta prestacional

A diferencia de los Derechos Civiles y Políticos nacidos de teorías liberales clásicas que buscan la protección del individuo del poder del Estado, los Derechos Sociales surgieron de una influencia socialista que persigue que dicho poder debe usarse para la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y culturales básicas de los hombres y mujeres.⁹⁹ De esta manera, como se expuso en líneas anteriores, los DESC han sido tradicionalmente separados de los Derechos Civiles y Políticos, al argumentarse que los primeros representan para los Estados obligaciones positivas. Tal distinción se centra en que mientras los Derechos Civiles y Políticos solo imponen una obligación de abstenerse de violarlos por cualquier acción u omisión, los Derechos Sociales exigen el suministro de mecanismos para la satisfacción de necesidades sociales, económicas y culturales de los ciudadanos.¹⁰⁰

No obstante, esta característica de acuerdo a Holmes y Sunstein no es exclusiva de los Derechos Sociales. Por el contrario, estos autores sostienen que todos los derechos son positivos ya que representan un costo para el Estado, en tanto “presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar”.¹⁰¹ Por tal razón, ambos se entienden como positivos y por tanto generadores de gasto público. Esta interpretación respecto a las facetas positivas y negativas de los derechos fue compartida por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, al considerar que el término prestacional no corresponde a la condición de un derecho sino a una de las dimensiones del mismo, como sucede con el derecho a la salud. Sin embargo, a pesar del énfasis que da la Corte a su carácter de fundamental, su visión difiere de la del Ejecutivo quien de manera reiterada antepone el costo fiscal a la satisfacción de este derecho.

Lo anterior se explica en la dificultad del Gobierno Nacional a través de su facultad de iniciativa legislativa, para propiciar la expedición de normas que regulen las fallas

⁹⁹ VENTURA, Ob. Cit., p. 89.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 88.

¹⁰¹ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass. El costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p.64.

estructurales que tiene el sistema o que consoliden la fundamentalidad del derecho como el caso de la ley estatutaria, cuya promulgación se dio 7 años después del reconocimiento de su carácter fundamental por parte de la Corte Constitucional; y en contraste, su constante participación en disposiciones legales cuyo acento está en la regulación o modificación de aspectos económicos del sistema.

Así, en contraposición a lo ordenado por la Corte Constitucional, respecto a la necesidad de regular las fallas estructurales que aquejaban el sistema, un año después de la sentencia T-760 de 2008 el Gobierno Nacional decide expedir el Decreto 4975 de 2009¹⁰² y declarar el estado de emergencia social en el país argumentando el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de medicamentos no incluidos en el POS, y la falta de cálculo de los mismos por la ley 100 de 1993. Lo anterior, a juicio del ejecutivo, constituía una amenaza para el sistema y para lograr el goce efectivo del derecho a la salud. El Decreto presentaba cifras alarmantes respecto al déficit ocasionado por la prestación del servicio de salud y el inminente agotamiento de los recursos del FOSYGA.

Adicionalmente, se expidieron diez decretos encaminados a la obtención de recursos para financiar el sistema y asumir los costos de los servicios no incluidos en el POS. Dentro de ellos, el Decreto 128 de 2010 contemplaba la creación de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud, órganos de carácter administrativo a los cuales el Gobierno asignaría la función de determinar la procedencia o no de la autorización de prestaciones excluidas del POS y prescritas por el médico tratante. Su propósito era limitar el uso de la acción de tutela para acceder a estos servicios, además facultaba al Comité para realizar un estudio de capacidad económica a partir del cual se ofrecerían facilidades de pago y hasta el uso de los recursos ahorrados por concepto de cesantías, con el fin de que los usuarios pudieran costear determinados servicios excluidos del POS.

¹⁰² El artículo 215 de la Constitución Política de 1991 faculta al Gobierno Nacional para la expedición de decretos con fuerza de ley cuyo propósito sea conjurar la crisis que generó dicho estado.

Aunque estas disposiciones fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en sede de control de constitucionalidad a través de la sentencia C-252 de 2010,¹⁰³ su expedición refleja que el mensaje dado por la Corte Constitucional, en una providencia que como se ha mencionado trascendía de la simple resolución de un asunto individual, no fue entendido por el Gobierno Nacional sino que al contrario su respuesta apuntó a la disminución de los índices de tutela y el gasto generado por el reconocimiento de servicios no incluidos en el POS, anteponiendo el factor fiscal a la fundamentalidad del derecho.

La fuerte prevalencia dada a los costos que genera el sistema, contrasta con la necesidad de regulación de los problemas estructurales del mismo, y que recientemente había identificado la Corte Constitucional. De esta manera, la lectura que hace el Ejecutivo de la crisis de la salud del país se centra en su deber de garantizar unos mínimos, limitando su obligación a proveer de forma escasa y limitada lo estrictamente esencial. Esta postura es asimilable a la visión liberal según la cual prerrogativas como el derecho a la salud tienen un carácter social susceptible de ser solicitado por los ciudadanos, más no exigido.¹⁰⁴

Los posteriores desarrollos legislativos no distan mucho de esta perspectiva pues persisten en priorizar la cobertura de aseguramiento, respondiendo solo a una garantía formal del derecho como se explicó antes, y en asignar funciones sobre la procedencia de los servicios no incluidos en el POS a las EPS y a la Superintendencia de Salud, como en el caso de la ley 1438 de 2011 que de cierta forma replica los Comités Técnicos de Prestaciones

¹⁰³ En dicha providencia la Corte señaló que aunque la situación expuesta por el Gobierno Nacional y que sustentaba la declaratoria del Estado de emergencia económica era grave, la misma no era inminente como lo exige la sentencia C-135 de 2009, sino que por el contrario se trataba de situaciones ya conocidas por el ejecutivo, de carácter previsible y que venían presentándose desde aproximadamente una década para la época en que se profirió la sentencia. Así por ejemplo en lo que se refiere a la problemática de los servicios no POS, manifestó el Tribunal Constitucional que este era un tema en el que no se había definido una política pública ‘oportuna y profunda’.” consideró que la documentación aportada por el Gobierno para el examen de constitucionalidad no resultó suficiente y señaló que aunque no era de su competencia pronunciarse respecto a asuntos de fondo en torno al Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia, la problemática relativa a servicios no POS fue originada por la ley 100 de 1993 la cual no estableció una “regulación integral al respecto”. De esta manera, la Corte dejó sin efectos las disposiciones expedidas por el presidente de la República y consecuentemente los decretos que en virtud del estado de emergencia habían sido promulgados.

¹⁰⁴ ALVAREZ, Luz Stella. El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral. [Online]. Revista Panamericana de Salud Pública. 2005, No. 18, p. 130. Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v18n2/27145.pdf>

Excepcionales en Salud creados por los Decretos de Emergencia Económica de 2010, o el Proyecto de ley 210 de 2013¹⁰⁵ que no fue aprobado en el Congreso y que aunque suponía una reforma al sistema, apuntaba principalmente a la forma de distribución y manejo de recursos, pero no planteaba un cambio significativo respecto al modelo formulado mediante la ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, si bien el Ejecutivo ha regulado el derecho a la salud, esto no ha influido en la creación de una política pública efectiva. Tal fenómeno obedece, como se mostró antes, a que el eje central de discusión y de regulación por parte del Gobierno Nacional responde al freno de los costos, desplazando una revisión juiciosa respecto al carácter fundamental del derecho.

¹⁰⁵ Este proyecto legislativo buscaba una reforma a la salud a través de una ley ordinaria. Dentro de sus principales modificaciones contemplaba la creación de una entidad que unificaría la afiliación, el recaudo y giro de los recursos destinados a servicios de salud.

CAPITULO 3. EFECTOS DEL CHOQUE DE POSTURAS ENTRE GOBIERNO Y JUECES EN EL LITIGIO EN SALUD EN COLOMBIA

Una vez presentados los aspectos más sobresalientes de la profunda judicialización del derecho a la salud en Colombia, y en particular el análisis de las medidas tanto de la Corte Constitucional como del Gobierno Nacional en relación a este derecho. A continuación se expondrá que a pesar de la existencia de factores jurídicos-institucionales y político-estructurales que han determinado los altos niveles de judicialización de la política en Colombia; el contraste entre la visión de corte social del Tribunal Constitucional y las tendencias liberales del Ejecutivo también favorece el litigio en esta materia. En este sentido, el choque de las posiciones entre el Gobierno y la Justicia Constitucional estimula la judicialización de la salud en Colombia por las siguientes razones:

3.1 Concede poder y protagonismo a los jueces constitucionales

Como se ha sostenido hasta ahora, existen prácticas del Gobierno Nacional que han contribuido a la restricción del derecho a la salud respondiendo a ideales liberales que contrarían los de la Corte. Bajo tal argumento, el Gobierno Nacional desconoce el componente social contemplado en la Carta Política, i) al enfatizar en la cobertura más que en la determinación de políticas que trasciendan de ser remiendos al sistema y conlleven a replantearse si se ajusta o no a lo dispuesto en la Constitución; ii) al haber permanecido inmóvil respecto a la vigilancia del sistema y permitir que factores económicos definieran los contenidos del derecho; y, iii) al basarse en sus costos antes que en su carácter fundamental y en las deficiencias del sistema, al momento de plantearse normas sobre la materia.

Por otro lado, el nuevo constitucionalismo implantado por la Carta Política de 1991 adoptó un modelo liberal-social a partir de principios democráticos que suponen la intervención del Estado en la garantía reforzada de un conjunto amplio de derechos. Por lo tanto, la diferencia entre el Tribunal y el Ejecutivo generaron un empoderamiento del primero, pues

la falta de un rol activo en la regulación y vigilancia del sistema de salud abrió espacios para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en la materia. Al respecto, Lamprea señala que fue la rama judicial quien tuvo que absorber el golpe de millones de usuarios del sistema que solicitaban el acceso a servicios de salud,¹⁰⁶ pues era la única autoridad en la que encontraban una respuesta a sus peticiones.

Dos factores cobran relevancia en este punto, por un lado la pasividad estatal al no comprender su rol en el modelo de competencia regulada implantando en 1993; y por otro, la marcada visión liberal, social e intervencionista de la Corte. En primer lugar, como bien se expuso antes, los presupuestos bajo los cuales se fundó el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia no suponían una visión liberal clásica de *laissez faire*,¹⁰⁷ esto es, de dejar a la suerte de las leyes del mercado la prestación del servicio a la salud, más aun cuando el mismo sistema contemplaba el aseguramiento subsidiado de una parte de la población carente de recursos; fue el Ejecutivo el que malentendió el modelo y evadió su responsabilidad de intervención. En segundo lugar, los ideales neoconstitucionales en los que se cimentó la adopción de la Constitución de 1991 fueron captados en su totalidad por los magistrados de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, de la confluencia de dichos factores hubo un espacio que se cedió, aquél otorgado por la ley 100 de 1993 al Gobierno, y que en el nuevo escenario constitucional de 1991 resultaba aun borroso para el Ejecutivo, pero claro para la Corte Constitucional que entendió que debía definirlo y por tanto se apropió del mismo.

3.2 Proyecta una imagen de fragmentación aguda entre los poderes públicos

Si bien existen factores institucionales ya señalados en anteriores capítulos que facilitan el acceso de los ciudadanos a la protección de los jueces, como el caso de la informalidad de la acción de tutela; la visión garantista de la Corte Constitucional en Colombia ha

¹⁰⁶ LAMPREA, Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas. Cit., p. 121.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p.144.

empoderado a los usuarios del sistema, en contraste con las opciones que las autoridades administrativas pueden ofrecerles.

De esta manera, las interpretaciones de la Corte Constitucional llegan a los sectores sociales que requieren soluciones de acceso a la salud y calan de forma tal que logran que los ciudadanos se familiaricen con la filosofía social del Tribunal y planteen sus reclamos en términos judiciales. En este sentido, hay un proceso en el que la población se hace consciente de sus derechos, y llenan el contenido de los mismos a partir de lo que los jueces han definido al respecto como resultado del principio democrático del Estado Social de Derecho.

Tal empoderamiento es positivo en tanto responde a los postulados democráticos y de participación del constituyente. Sin embargo, dado que como se ha expuesto hasta ahora la visión del ejecutivo tiende a restringir lo social, la articulación entre ambas ramas se rompe y se generan escenarios de “buenos y malos”. Esto se refleja en un notorio desprestigio de una rama y el correlativo fortalecimiento de la otra. Un ejemplo de este tipo de efectos fue el ocasionado por la declaración del Estado de Emergencia Social de 2010 ya mencionado, pues además de la fuerte movilización de diferentes sectores de la población, hubo un descenso en la popularidad del Gobierno de turno,¹⁰⁸ lo que permite suponer que los presupuestos constitucionales validados por la Corte se han transmitido a determinados sectores sociales propiciando su empoderamiento. Bajo esta perspectiva, es comprensible que se privilegie el uso de mecanismos judiciales de fácil acceso como forma de defensa a las barreras que propicia el Gobierno mismo.

Por lo anterior, un enfoque limitado del derecho a la salud reflejado en la prevalencia del concepto de servicio por parte de las autoridades de la Rama Ejecutiva, frente a la reiteración hecha por la Corte de los deberes que en el marco del Estado Social de Derecho tienen estas respecto a los ciudadanos, supone un diálogo entre las ramas del poder público en el cual la Corte Constitucional le recuerda al Poder Ejecutivo cuál es su función bajo esa

¹⁰⁸ LAMPREA, Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991 – 2014). Cit., p. 95.

fórmula social. En el marco de este, el Tribunal reafirma su autoridad en virtud de la premisa de ser el intérprete legítimo de la Constitución.

3.3 Propicia un cambio de paradigma en los roles tradicionales de las ramas del poder público al tiempo que naturaliza el litigio

La visión garantista de la Corte versus la lectura restrictiva de lo social por parte del Gobierno, propician que ante los ciudadanos el litigio se naturalice, de tal manera que a falta de una estructura administrativa adecuada que garantice el acceso a servicios de salud, la rama judicial se convierte en un eslabón más dentro de la cadena de trámites para reclamar un servicio de salud. De esta forma, los jueces constitucionales pasaron a constituir una instancia dentro del procedimiento administrativo entre EPS y usuarios para el reclamo de medicamentos o servicios. Esta situación parte de la percepción en los usuarios de dos posturas, una limitante (instituciones del Gobierno) y otra abiertamente proteccionista (Corte Constitucional), que los obliga a recurrir y validar la segunda, al tiempo que otorga mayor margen de poder a los jueces.¹⁰⁹

Se comprende mejor este argumento al contrastar el elevado nivel de litigio del derecho a la salud, en comparación con las pocas solicitudes a la Superintendencia de Salud. Así, mientras en 2011 el número de acciones de tutela presentadas por derecho a la salud fue de 105.947,¹¹⁰ la Superintendencia de Salud, organismo encargado de la vigilancia y con funciones jurisdiccionales para resolver controversias entre las entidades prestadoras del servicio y los usuarios del sistema, recibió sólo 99 solicitudes.¹¹¹

¹⁰⁹ Al respecto debe tenerse en cuenta que una parte de la interpretación de la corte ha señalado que las competencias de la Superintendencia en cuenta respecto a sus facultades de intervención en asuntos relativos al Plan Obligatorio de salud o prestaciones excluidas de este no excluye la juez de tutela respecto a la decisión de casos concretos. UPRIMNY, Rodrigo y DURÁN, Juanita. Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2014, p.10.

¹¹⁰ COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. La tutela del derecho a la salud. Período 2011. (2012). Bogotá. P. 93.

¹¹¹ UPRIMNY, Rodrigo y DURÁN, Juanita. Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. Cit., p. 10.

De esta forma, la falta de intervención del Gobierno Nacional en el control del funcionamiento del sector salud ha propiciado en sus usuarios una falta de reconocimiento como una autoridad con función de control en el mismo. Esta situación a su vez ha fortalecido el rol de los jueces como parte del proceso desde dos ángulos: primero, al consolidarlos como autoridad legítima en la definición de lo que conciben como derecho a la salud; y segundo, al naturalizarlos como una instancia más y en muchos casos obligada, dentro del trámite administrativo para su acceso.

3.4 Prolonga el litigio por la falta de cambios significativos en el sistema

Desde 2013 se han venido promoviendo algunos cambios alrededor del derecho a la salud en Colombia, surgiendo nuevas tendencias en la gestión del Ejecutivo en relación con este. Por tal circunstancia, es destacable el hecho que siete años después de haberse emitido la sentencia T-760 de 2008 que definía como fundamental y autónomo el derecho a la salud en Colombia, en sustitución de la línea jurisprudencial que garantizaba su fundamentalidad en conexión con otros derechos, se expidió la ley estatutaria que lo reguló como tal. Cabe resaltar que los intentos legislativos de este tipo datan de 2005;¹¹² sin embargo, sólo hasta 2013 un proyecto de ley presentado con mensaje de urgencia por el Gobierno Nacional llegó a feliz término.

Así mismo, son destacables las intervenciones por parte del Ministerio de Salud en materia de regulación de medicamentos, en contraste con las políticas de desregulación emitidas con anterioridad, y el hecho que se haya establecido desde 2011 que la actualización de la lista del Plan de Beneficios debe hacerse cada dos años, y que efectivamente se está llevando a cabo.

¹¹² Desde 2005, con el Proyecto de Ley Estatutaria 01 que planteaba la figura de la acción de tutela social, se había intentado legislar sobre el asunto. Así mismo, previo a la expedición de la Ley 1751 de 2015, se presentaron ante el Congreso los Proyectos de ley 48 de 2012 (Senado), 59 de 2012 (Cámara), 105 de 2012 (Senado) y 112 de 2012 (Senado), todos tendientes a regular mediante una disposición estatutaria el Derecho a la salud.

En lo que se refiere a la ley estatutaria, esta sin duda alguna es un logro porque: i) constituye la primera regulación en torno a la definición de este derecho, a iniciativa del Gobierno Nacional, además de ser la primera ley estatutaria en regular un derecho fundamental; ii) ratifica lo desarrollado por los jueces constitucionales sobre el derecho a la salud; y iii) agrupa una serie de estándares internacionales en la materia, como producto del trabajo de la Corte Constitucional a partir de los mismos.

Sin embargo, la sola consagración normativa de los estándares internacionales y jurisprudenciales de la Corte Constitucional no representa por sí sola un cambio de la perspectiva restringida del Estado Social de Derecho hasta ahora demostrada por el Gobierno. Por el contrario, puede representar dos situaciones: en primer lugar, aunque significa un gran avance hacia la conciliación de sus posturas por parte del Gobierno y la Corte en tanto avala legislativamente los preceptos de esta última, puede continuar centrándose en la limitación del derecho y del poder del Tribunal;¹¹³ en segundo lugar, es posible que obedezca a una práctica frecuente en Colombia de llevar muchas garantías a la ley pero no establecer mecanismos para hacerlas efectivas.

Adicionalmente, sigue faltando una mirada estructural al sistema pues los proyectos legislativos hasta ahora radicados ante el Congreso no se han enfocado en una revisión profunda del sistema. En este sentido, el Proyecto de Ley Ordinaria 210 de 2013 de salud propuesto por el Gobierno Nacional simultáneamente al de ley estatutaria, planteaba una serie de cambios desde una visión basada en los costos y el manejo de los fondos, a través de la creación de un órgano que unificaba el recaudo y la distribución de los recursos, y cambios formales en la denominación de las EPS, pero no representaba una transformación trascendental al funcionamiento del mismo. Llama la atención que a pesar de que el intento

¹¹³ En este sentido, es importante tomar en consideración lo manifestado ante el Congreso por Ministro de Salud, mientras se debatía el proyecto de ley estatutaria. En tal ocasión el funcionario enfatizó en que si bien el derecho a la salud es un derecho fundamental, también tiene la connotación de prestacional, por lo que la definición del núcleo fundamental del mismo permitirá delimitar el alcance de la responsabilidad del Estado, de tal manera que se pueda evitar que su definición sea realizada a través de la resolución de casos particulares. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acta de Comisión. Gaceta No. 623, agosto, 15, 2013. Intervención del Ministro de Salud, Alejandro Gaviria Uribe, p. 7.

legislativo no fue aprobado en su oportunidad en el Congreso de la República, la propuesta que el proyecto contenía sobre centralizar en un solo órgano el manejo de los recursos, fue introducida posteriormente a través del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018, aprobado a través de la ley 1753 de 2015.¹¹⁴ Lo anterior refleja que el énfasis parece seguir estando en lo económico y evade concentrarse en temas como la viabilidad del sistema tal como está planteado.

Por lo anterior, sin pretender negarle la importancia a los avances legislativos tales como la ley estatutaria de salud o los referidos a la regulación de medicamentos; el énfasis que continúa dando el Ejecutivo al manejo y asignación de los recursos, eludiendo la revisión de la estructura del sistema y de las fallas advertidas por la Corte Constitucional, aunado a la persistencia de la crisis del derecho como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, es un factor que contribuye a la prolongación del litigio.

¹¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1753. (9, junio, 2015). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Artículo 66. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2145. No. 49538.

CONCLUSIONES

Aunque son múltiples los determinantes de los altos niveles de litigio en derecho a la salud en Colombia, a través de este trabajo se buscó estudiar dicha problemática desde el conflicto entre las lecturas del Gobierno Nacional y de la Corte Constitucional respecto al papel del Estado frente a este derecho y su incidencia en su judicialización. Así, independientemente de la viabilidad o no del actual Sistema de Seguridad Social en Salud a la luz de la Constitución Política de 1991, el enfoque a través del cual se han enfrentado sus deficiencias tanto por el Ejecutivo como por los Jueces Constitucionales, ha apuntado a caminos diferentes que a la larga facilitan que los canales judiciales sean los más usados como única alternativa capaz de asumir la resolución de los conflictos que el mismo ofrece.

De esta manera, la visión eminentemente social e intervencionista de la Corte producto de la interpretación de una carta rica en derechos, pugna con el enfoque basado en la garantía formal del derecho a la salud, trastornando la percepción que hoy se tiene de los roles del Estado, ocasionando cambios tácitos en ellos y el aumento del litigio. De igual forma, el hecho que a través de algunas de las acciones del Gobierno se otorgue mayor prelación a los gastos que genera este derecho, eludiendo la discusión respecto a la revisión de la estructura misma y la forma como ha venido operando el sistema, riñe permanentemente con los postulados constitucionales que defiende la Corte, conecta a los sectores sociales con el lenguaje judicial, y naturaliza el litigio al insertarlo como paso obligado en el proceso para su satisfacción.

Es indudable que la intervención de la justicia constitucional en la defensa de derechos sociales como la salud, ha contribuido a avanzar en su definición y reconocimiento, en principio legal, de los compromisos que el Estado colombiano adquirió a través de la adopción de la Carta de 1991 y de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Adicionalmente, ha permitido que miles de personas hayan logrado acceder a servicios de salud a través del uso de la acción de tutela, e inclusive ha evitado que el Gobierno Nacional use mecanismos poco

idóneos para regular, con cierto grado de arbitrariedad, asuntos que merecen mucho más detenimiento y especialmente participación democrática.

Sin embargo, una conclusión importante que se puede obtener de este trabajo es que a pesar de algunos avances logrados mediante el litigio, la judicialización del derecho a la salud en Colombia sólo ha podido ofrecer medidas de carácter paliativo, que no han logrado remediar su estado de permanente crisis. Una de las razones, como se exploró en la investigación, es el conflicto entre las posturas del Gobierno Nacional y la Corte Constitucional en cuanto al rol que el Estado debe asumir en el asunto, que impide un espacio de consenso que obligue a una mirada objetiva por parte de ambas esferas del poder público y constituya un verdadero diálogo entre estas instituciones.

En este sentido, a pesar de que son destacables los esfuerzos de la Corte Constitucional de establecer una Sala Especial de Seguimiento para la sentencia T-760 de 2008; como se expuso en el segundo capítulo de este trabajo, la respuesta por parte del Ejecutivo al cumplimiento de determinadas órdenes no ha sido satisfactoria. Tal situación permite suponer dos situaciones: i) la permanencia de una relación de cierta forma vertical, a partir de la cual la Corte Constitucional le recuerda de forma constante al Ejecutivo, cuales son las obligaciones que la Carta Política de 1991 le ha asignado frente al derecho a la salud; y, ii) la falta de escenarios de participación que incentiven el diálogo entre estas ramas del poder público, en especial, a la ejecutiva y la judicial que han sido objeto de este estudio.

Por lo anterior, valdría la pena repensar la problemática de los altos niveles de litigio en salud en Colombia a partir de las herramientas que ofrece el constitucionalismo dialógico.¹¹⁵ A través de este se vincularían no solamente a Jueces y Gobierno como actores principales en juego, sino que involucraría la participación de algunos sectores sociales, como grupos de usuarios del sistema, profesionales de la salud, o sectores de la opinión pública como expertos en economía, los cuales mediante un diálogo inclusivo

¹¹⁵ Al respecto ver: GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En: GARGARELLA, Roberto (Comp.). Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2014. pp. 119-158.

puedan generar un espacio de reflexión que permita revisar las bases de la estructura del Sistema de Seguridad Social en Salud y determinar su viabilidad a la luz de la fórmula de Estado Social de Derecho desarrollada por el constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

ADAY, Lu Ann y ANDERSEN, Ronald. A Framework for the Study of Access to Medical Care. *Health Services Research*, 1974, vol. 9, No. 3, p. 208. Citado por: AYALA, Jhorland. La salud en Colombia: más cobertura pero menos acceso. [online], Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER), 2014, Vol. 204, 34pp.

ALVAREZ, Luz Stella. El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral. [Online]. *Revista Panamericana de Salud Pública*. 2005, No. 18, pp. 129 – 135. Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v18n2/27145.pdf>

ALVIAR, Helena. ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho? *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes. 2009, No. 22, p. 1-17.

ALVIAR, Helena. Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina. Propuesta para un análisis distributivo. Bogotá. Editorial Temis. 2008. 118 pp.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. En: FAVOREU Louis y OTROS: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. pp. 599-662.

CLAVIJO, Sergio. Fallos y fallas económicas de las altas cortes. *Revista de Derecho Público*. Ediciones Uniandes. 2001, No. 12, pp. 27-66.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acta de Comisión. Gaceta No. 623, agosto, 15, 2013. Intervención del Ministro de Salud, Alejandro Gaviria Uribe, p. 7.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*. Bogotá, D.C., 1993. No. 41.148.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1753. (9, junio, 2015). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. *Diario Oficial*. Bogotá, D.C., 2145. No. 49538.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Gaceta No. 116 de 20 de julio de 1991. Segunda Edición Corregida. [Online] Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. La tutela del derecho a la salud. Período 2006 – 2008. (2009). Bogotá. pp. 104.

COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. La tutela del derecho a la salud. Período 2011. (2012). Bogotá. pp. 171.

COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014. (2014). Bogotá D.C. Imprenta Nacional de Colombia. pp. 181.

COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Acto Legislativo 03. (31, octubre, 1910). Reformatorio de la Constitución. Diario Oficial. Bogotá, D.C., año XLVI. No. 14131. p. 3

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008. Auto A411 del 16 de septiembre de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 016 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 016 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 1081 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 395 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. [Online]. 2002, vol. 45, No. 184, [Citado 10 octubre 2016], pp. 13-49. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmspys/article/view/48330/43441>

FRIEDMAN, Leslie. *Law & society review. From democracy to juristocracy?* *Law & Society review* [online]. 2004, [Citado 10 Octubre 2016]. Disponible en : http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=schmooze_papers

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2014. pp. 119-158.

GROSS, Aeyal y FLOOD, Colleen (Eds.). *The right to health at the public/private divide: a global comparative study*. [online] Nueva York: Cambridge University press, 2014, pp. 492. Disponible en: <https://www-cambridge->

org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/core/books/the-right-to-health-at-the-publicprivate-divide/54DA511FF2BAA7834C6B30ABD714210D

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. *The Oxford Handbook of Political Science* [online]. 2013. [Citado 10 Octubre 2016] Disponible: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013?print=pdf>

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins consequences of the new constitutionalism*. Estados Unidos. Harvard University Press. 2004. 286p.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass. *El costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, 262pp.

KALMANOVITZ, Salomón. Consecuencias económicas de la Corte Constitucional. *Revista Consigna*. Publicaciones Consigna. 2000. Año XXIV, No. 466, IV Trimestre del 2000. pp. 16-31.

LAMPREA, Everaldo. *Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas*. Bogotá. Ediciones Uniandes. 2011. 166pp.

LAMPREA, Everaldo. *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991 – 2014)*. Bogotá. Ediciones Uniandes. 2015. 144pp.

MINISTERIO DE SALUD. *Informe al Congreso de la República 2014-2015. Sector Administrativo de Salud y Protección Social*. Bogotá. Agosto, 2015. [Citado 10 Octubre 2016], 194 pp. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/informe-congreso-2014-2015.pdf>

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las leyes*. Barcelona. Tecnos. 1987. 480pp.

MOURE, Daniel. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004). Pp. 286. En: *Irecensions, Booknotes*. McGill Law Journal, 2005, Vol. 50. p. 459-464.

PARRA-VERA, Oscar y YAMIN, Alicia. La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. En: CLÉRICO, Laura: *Salud: sobre desigualdades y derechos*. Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot, [online] 2013, [Citado 10 de Octubre de 2016] pp. 2591-2649. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>

REVISTA SEMANA. *La crisis de la salud llega a la CIDH*. [online]. Bogotá. 11 Mayo, 2016. [Citado 10 Octubre 2016] Disponible en: <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/crisis-de-la-salud-llega-a-la-cidh/473154>

UPRIMNY, Rodrigo y DURÁN, Juanita. Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2014. pp. 69

UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA, Mauricio. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En: DE SOUSA, Boaventura y GARCIA, Mauricio. (Edits.) Emancipación social y violencia en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2004. pp. 463-514.

UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Diana. Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. Observatorio de la Seguridad Social7. 2008, vol. 18, p. 12-16.

UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia. Casos, potencialidades y riesgos. Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos. [online]. 2007, No. 6, Año 4. [Citado 10 de Octubre de 2016], pp. 52-69. Disponible en : http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En: RODRIGUEZ, César (Coord.): El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. pp. 426.

VENTURA, Manuel. Ventura, M. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH [online]. 2004, Vol. 40, pp. 87-131. [Citado 10 Octubre 2016] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>