

# La Intervención del Juez en la Realización de Políticas Públicas: Una interpretación del fenómeno a partir del Derecho a la Salud

Helber Mauricio Sandoval Cumbe<sup>1</sup>

helmasacu@hotmail.com

Artículo recibido: 12/04/2010 Aprobado: 03/06/2010

## RESUMEN

El presente artículo intenta demostrar la intervención de los jueces de la república en la realización de políticas públicas, en especial en materia del derecho a la salud en Colombia. Pero en términos específicos, la colaboración armónica de los poderes constitucionales imprimen la necesidad de este fenómeno, especialmente en aquellos casos en que los derechos y garantías se ven comprometidos, como consecuencia de la inacción de las autoridades a las que normativamente se ha asignado la competencia para su satisfacción.

## PALABRAS CLAVE

Intervención Judicial, Políticas Públicas, Derecho a la Salud, Colombia, Colaboración armónica.

## ABSTRAC

This article attempts to demonstrate the involvement of judges of the republic in public policy making, especially regarding the right to health in Colombia. But in specific terms, the harmonious cooperation of the constitutional powers the need to print this phenomenon, especially in those cases where the rights and interests are compromised as a result of the inaction of the authorities which has been allocated normatively competition for your satisfaction.

## KEYWORDS

Judicial intervention, public policy, Right to Health, Judicial intervention.

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Neiva, especialista en Derecho penal y ciencias criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Candidato a Magister en Derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Estudio especial Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Externado de Colombia, Docente de tiempo completo por concurso de la Universidad Surcolombiana de Neiva y Coordinador del área de Derecho penal, profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Neiva, Director del Grupo de Investigaciones "Nova Iuris" de la Universidad Cooperativa, miembro del grupo de investigación "Nuevas Visiones del Derecho" de la Universidad Surcolombiana. Director del Centro de Investigaciones de la Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Neiva. Director de la Revista Ale Kuma.

## PROBLEMA JURÍDICO:

¿Conforme el pronunciamiento expuesto en la sentencia C 760 de 2008, puede sostenerse que a pesar de las competencias normativamente asignadas a la Administración pública en materia de garantía del derecho a la salud, el juez se ha convertido en un ejecutor subsidiario de políticas públicas en tal materia?

### 1. **A MANERA DE INTRODUCCIÓN. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.**

No es menos cierto que en momentos tan caóticos de la vida nacional, saltan a la vista realidades que resucitan las discusiones de antaño acerca del papel del Estado, de la institucionalidad y sobre todo de los límites de los poderes constitucionalmente instituidos. Y tal vez sea la misma práctica, con su lento e imperceptible avance, la que obliga considerar fenómenos que en el mismo escenario, permiten identificar protagonistas sociales cada vez más notorios por el alcance de las decisiones que con fuerza de autoridad adoptan, lo que lleva a tenerles como verdaderos moldeadores del tráfico social.

Superada la radical disputa entre las tesis que a comienzos del pasado siglo enfrentaban a KELSEN y SCHMIT (Bernal, 2007, p. 31), en su común esfuerzo por demostrar, cada uno desde su perspectiva, las bondades y riesgos de la jurisdicción constitucional en tanto judicializar la política o politizar la justicia, hoy resulta claro que más importante que dar la razón a uno u otro, es fijar los mojonos que han de separar la intervención judicial de las decisiones políticas, haciendo compatible su existencia con el carácter democrático del Estado (Bernal, 2007, p. 33), más aún, considerando que la labor de los tribunales constitucionales se contrae esencialmente a la guarda del texto constitucional, como intérprete autorizado.<sup>2</sup>

Y es que cuando menos en la actualidad nuestra y ante todo a partir de las decisiones de la Corte Constitucional en sede de tutela, resultaría necio desconocer que muchas de las barreras antes presentes en materia de acceso a garantías y prestaciones a cargo del Estado, se han eliminado, no por la intervención espontánea de éste y sus instituciones, sino precisamente por virtud de una orden judicial que ante la omisión de la autoridad administrativa, su temor y en general, su falta de accionar, adopta medidas, de los más variados contenidos, para lograr la eficacia de la garantía protegida constitucionalmente.

Empero, el escenario no es del todo pacífico. Aquella intervención y titularidad que ha ganado la autoridad judicial, lograda tal vez de modo involuntario, ha llevado a cuestionarse ahora más que nunca, acerca de las fronteras del poder del juez, sobre todo en el ámbito constitucional en el que se ha venido acercando evidentemente al marco de competencias de las autoridades, cuya acción u omisión dió lugar a su misma intervención, tornándolo sin duda en un hacedor o co-creador de políticas públicas.

En principio, parece tratarse de una cuestión connatural a la misma dinámica que comportó la adopción del modelo propio del Estado Social de Derecho, conforme la cual, el abandono de la estricta noción legalista del ordenamiento jurídico para dar paso a un derecho mucho más dúctil y soportado en premisas generales (esta vez constitucionales) que se enriquece con la concreción de reglas aplicables a casos particulares con los cuales se invierte el esquema para dosificar esas reglas y establecer supuestos unificantes, ha conducido a la preeminencia del poder judicial y en general de los órganos de control, que en síntesis, se encargan de evaluar *ex post*, la validez y eficacia de un acto, emitiendo un juicio final y determinante, a partir del cual se juzga como ajustado o disonante constitucionalmente el actuar público.

En efecto, si bien se aprecia, la entrada en juego del

<sup>2</sup> Para nuestro medio así lo tiene previsto el artículo 241 de la Constitución Política.

derecho y más aún, de las autoridades judiciales como entes en quienes descansa el poder coercitivo del Estado para ser aplicado a aquellos casos y personas que no han permitido una realización directa del derecho, las más de las veces resulta siendo subsidiaria, consecuente a un acto irregular. Empero, ya llegado el extremo, cuando la acumulación de circunstancias anormales alcanza tal punto que se crea un conflicto por el que esto irregular parece ser la regla general en medio de una marcadísima disfuncionalidad social, aparece el juez para dictar medidas o determinar el antídoto que puede conjurar la crisis de eficacia del sistema jurídico.<sup>3</sup>

Como se anticipó, el ámbito de operancia de la acción de tutela es insoslayablemente el más prolijo y propicio a este tipo de situaciones. Se trata de un mecanismo ágil por el que buscando la protección de derechos fundamentales, cuando quiera que estos sean amenazados o vulnerados por la conducta de una autoridad que regularmente es pública, se faculta al juez constitucional -que por cierto lo son todos-, para adoptar *cualquier medida*<sup>4</sup> y así prevenir el daño, conjurar la amenaza, hacer cesar la agresión o incluso para reparar el daño causado. De ello se sigue que con tan amplio margen de maniobrabilidad, puede la autoridad judicial utilizar cualquier instrumento para que sin

desbordar el ordenamiento jurídico, se obtenga el fin de protección especial propuesto, aún a expensas de la entrada en la órbita de actuación de otra autoridad que en no pocos casos omite su realización (obrar que usualmente da pertinencia a la acción) y que voluntariamente no asume, por la aún arraigada tendencia normativista del obrar administrativo y la errática creencia del sometimiento de la Administración al principio de legalidad sin interpretarlo como derivado del respeto a la eficacia de la misma Constitución.

Disfuncionalidades más sutiles como aquellas que derivan del temor de ser sujeto de múltiples acciones que aunque infundadas, comprometen el ejercicio del servidor público, la radicación de las funciones de ordenación de gasto y representación de las entidades públicas en cargos ocupados por funcionarios de libre nombramiento y remoción, cuya permanencia en los mismos les impide adoptar decisiones temporalmente sostenibles y en general, las enormes contradicciones del sistema, han impedido que la eficacia de la acción de la rama “ejecutiva” se refleje en actos de beneficio social y consecuentemente, individual para los ciudadanos.

Pero éste sombrío esquema, sin duda coyuntural, posee raíces mucho más profundas. No hay duda que, de un lado, el legislador es, la más de las

<sup>3</sup> Es justamente este tipo de contextos los que han sido definidos por la jurisprudencia como estados de cosas inconstitucionales. En Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, la Corte Constitucional, ocupándose del fenómeno del desplazamiento, de los derechos de la población en tal situación y de los deberes incumplidos del Estado como fuente de su generación, concretó el término, estableciendo las condiciones bajo las cuales puede considerarse su presencia: “...Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial....”.

<sup>4</sup> “Artículo 7. Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. *Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado...* (Resaltos adicionados).

veces, ajeno a ésta dinámica, su intervención, tan solo general, está lejos de dar solución a casos concretos que son al fin de cuentas los que tocan con la actividad del juez y permite correlativamente evaluar el papel operativo del ejecutivo; y, de otro, parece también clara la marcada tendencia al rezago en que han caído las autoridades administrativas a la hora de asimilar el nuevo modelo jurídico – político de Estado, que exige mayor eficacia, enorme compromiso social y una efectiva remoción de las barreras que crea el exceso de rigorismo a la hora de hacer reales los postulados de servicio a la comunidad que se encuentran expuestos en la misma Carta Política.

Tal parece que las autoridades administrativas se encuentran hoy, antes que desplazadas por las autoridades judiciales, a la zaga de sus decisiones, en espera de su autorización, a la expectativa de un antecedente judicial permisivo que justifique una actuación “revolucionaria” que constitucional y que autónomamente habría podido adoptar<sup>5</sup> pero que no se efectuó, precisamente por los temores a los que antes se aludió y que sin duda se soportan en reales consecuencias personales e individuales que gracias al mayor compromiso de los servidores públicos como ejecutores de la labor pública, adquieren un margen de responsabilidad mucho más amplio e incluso severo, que se ha convertido de modo infortunado, en un obstáculo ocasional a la hora de avanzar en la adopción de la medida.

De cualquier forma, lo cierto es que interpretando adecuadamente el mismo artículo 113 de la Carta Política, si bien son tres (03) las ramas del poder público, cada una de las cuales posee un marco de competencias separado, también lo es que si el mismo constituyente dispuso que colaborarían armónicamente, el punto de encuentro y común de éstas y los demás órganos del Estado, se

encuentra en el cumplimiento de los fines que aquel tiene señalados en el mismo texto Constitucional.

Bajo esta óptica, no debe ser entonces motivo de alarma, que por conducto judicial se ordenen actuaciones que usualmente hemos visto radicadas en cabeza de autoridades perteneciente a la rama ejecutiva pues antes que estarse ante el reinado de los jueces, se está ante la solución de necesidades cuya satisfacción corresponden al Estado en general y que cumple principal o subsidiariamente a través de los diferentes órganos que la conforman, uno de los cuales es precisamente el judicial.

Así es que sostener por ejemplo que por vía de las acciones de tutela se está patrocinando la usurpación de las labores del ejecutivo por las autoridades judiciales, es tanto como desconocer que toda decisión judicial encarna un mandato de acción u omisión con efectos jurídicos en el sujeto destinatario, el que siendo una entidad pública, habrá de acatar, so pena de hacerse acreedor a las sanciones correspondientes. No se debe olvidar que en la práctica toda decisión judicial, pero especialmente aquellas en las que el destinatario es una autoridad pública, implica su puesta en marcha a efectos de reconocer un derecho declarado, restablecer un derecho conculcado, dejar sin efectos un acto administrativo y en general, sugerir un mandato de actuación que espontáneamente no se ha podido hacer efectivo.

Acaso podría decirse que tan solo a partir del ejercicio de la acción de tutela, las autoridades judiciales han adoptado decisiones y medidas que comportan consecuentes órdenes de acción u omisión para una autoridad pública?. Cómo desconocer que la declaratoria de responsabilidad del Estado por vía del ejercicio de una acción de

<sup>5</sup> En efecto, sobre la excepción de inconstitucionalidad, cuyo sustento se encuentra entre otras normas, en el artículo 4 de la Constitución Política, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, ha dicho nuestro máximo tribunal Constitucional “...Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares “salvo norma expresa en contrario” como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4º de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6º de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones”. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

reparación directa y la erogación económica en que normalmente se define una sentencia de ésta naturaleza, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo e incluso el consecuente restablecimiento del derecho en las acciones de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, traen consigo la adopción de medidas administrativas, presupuestales y en general jurídicas que la mayoría de las ocasiones no son esperadas por las autoridades o en general, implican medidas intempestivas?. Es precisamente por ello que no debe atemorizar el que hoy, vía de tutela, todo juez y ya no de modo exclusivo el juez natural de la administración, sea quien ordene medidas de carácter administrativo para satisfacer el objeto de éstas acciones que como mecanismo expedito, protege derechos subjetivos especiales, esto es, garantías fundamentales, cuyo núcleo esencial y vinculación amerita una orden inmediata.

## **2. LA INJERENCIA JUDICIAL: UNA REALIDAD NO ADMITIDA**

Un caso que ha patentizado el controvertido tema de la injerencia del juez en decisiones administrativas y en las políticas públicas, es el que se presenta en materia de derechos laborales. En verdad, en materia de salarios y prestaciones sociales, aunque en forma minoritaria, se han venido escuchando importantes voces al interior de la Corte, que ya advertían de ésta intervención judicial, mediante algunos salvamentos de votos que clamaban por evitar la influencia directa del poder judicial en decisiones de carácter administrativo y especialmente presupuestal, resaltando lo indebido de proteger derechos a costa del sacrificio de las limitaciones económicas de las entidades públicas.

Con autoría del magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y en salvamento de voto a la sentencia T-606 de 1999, se hizo una importante reflexión acerca de la orden de pago de salarios en mora, como una medida necesaria aunque inconsulta con otras realidades evidentes que limitan el accionar público, pero que colocadas en una balanza, dan mayor peso a la garantía

fundamental: No hay duda que tolerar el pago de salarios y prestaciones vitales y móviles a los trabajadores, conforme el flujo de recursos, antes que ordenar de forma inmediata el cumplimiento de éstas obligaciones, otorgaría una patente de corso a las Administraciones públicas, para resguardarse en las difíciles y usuales condiciones económicas de los entes a su cargo, en perjuicio de los trabajadores. Así se expresó el magistrado:

*“... Señalo que el restablecimiento del derecho - consecuencia del reconocimiento de una determinada violación de derechos fundamentales -, cuando quiera que dependa de la obtención de recursos presupuestales, en un período de aguda escasez de recursos, no debe ignorar este hecho. De lo contrario, se impondrá a la autoridad una carga exorbitante que se sabe no va a poder ser cumplida. La Corte Constitucional no puede dejar de advertir la injusticia que entraña colocar a los alcaldes del país ad portas de un desacato judicial, sancionado con la pérdida de la libertad en los casos en los que no ha sido posible arbitrar los fondos para ejecutar las órdenes judiciales de tutela. No resulta infrecuente que la endémica falta de recursos para atender los pagos, sea ajena a la actual administración y que para conjurarla se deban necesariamente cumplir procedimientos que no dependen exclusivamente del sujeto pasivo de la tutela. En estas condiciones, la falta de ponderación de la correcta orden de restablecimiento de los derechos conculcados, puede conducir en la práctica a la virtual imposición del arresto por deudas, no obstante la prohibición constitucional en ese sentido...”*

Ya más adelante con total franqueza, desnuda la realidad que antes señalábamos en torno a que ha sido justamente la inoperancia e ineficacia de la normatividad y su ejecutor directo, la que ha conducido a que los jueces adopten medidas enteramente administrativas que la misma Carta Política prevé como prestaciones de obligatorio acatamiento a cargo del Estado y que le han convertido, también por ésta vía, en ejecutores subsidiarios de políticas públicas:

*“... no es justo que en un Estado Social de Derecho, los derechos laborales ciertos de los trabajadores de bajos ingresos sólo puedan ser ejecutados después de varios años, sin importar lo que esta excesiva dilación representa en términos de sufrimiento y padecimiento físico y espiritual. Debe ser, sin embargo, una solución temporal. La jurisdicción constitucional convertida por necesidad y fuerza de las cosas en jurisdicción de pagos, es un exabrupto que sólo lo explica la circunstancia de que por ahora parece ser el único paliativo a una injusticia mayor...” (C.Const. Su – 995/99)*

Tan insular es aquella tendencia que al mismo interior del alto tribunal reconocía los riesgos de la judicialización de las políticas públicas que en una reciente investigación (Guzmán, 2009), adelantada por un magistrado auxiliar de la misma Corte para determinar si efectivamente la vociferada injerencia tenía respaldo en las decisiones del máximo órgano de justicia constitucional, concluyó, en medio de un complejo ejercicio explicativo, que no era así, no obstante las evidencias que en contrario se desprenden de los supuestos de análisis utilizados. Se analizaron allí las órdenes de tutela adoptadas por la Corte Constitucional, determinando el detalle de sus características, alcance y los efectos de los mandatos impartidos para establecer si se daban los supuestos que durante el agitado bienio 2003-2004, motivaron las propuestas de reforma a la acción de tutela, a saber, **a.** La relación entre las órdenes del juez de tutela y la competencia de las autoridades destinatarias del mandato por él impartido; **b.** Los efectos presupuestales macroeconómicos de las órdenes de tutela; y **c.** La dificultad de cumplimiento de las órdenes impartidas por el juez de tutela. En concreto y como se recuerda, dichas iniciativas se justificaban a partir de las siguientes consideraciones:

*“...De la mayor importancia resulta limitar el ejercicio de la tutela a los derechos fundamentales, como fue la intención inequívoca del constituyente de 1991. Su*

*extensión, por la vía doctrinaria de la conexidad de los derechos fundamentales con otros a los que el Constituyente no les dio ese carácter, ha significado, ni más ni menos, que los jueces asuman facultades administrativas, de la mayor significación. En muchos lugares del país han terminado los jueces suplantando a los alcaldes, comprometiendo la tarea de los gobernadores y no pocas veces la competencia del Presidente de la República y del Gobierno Nacional. Mediante la tutela se han impartido órdenes que comprometen la estructura presupuestal de las entidades administrativas y muchas que obligan a lo imposible, contra preceptos elementales del derecho. Tolerar que sean los jueces los que dispongan la construcción de hospitales, o de cárceles o de vías, o de alcantarillados o de acueductos, es trastocar todo el sistema constitucional y convertirlos, de administradores de justicia, en partes esenciales del poder ejecutivo....”*

Aunque el universo estudiado a tal efecto pareciere insignificante,<sup>6</sup> debe aclararse -como lo expuso su mismo autor-, que tan sólo se tocaron las sentencias unificadoras emitidas durante el periodo 1992-2003, decisiones que como se sabe, recogen toda una temática problemática para dispensar una solución común, de forma que su contenido arrojó una aproximación bastante confiable a la respuesta al problema investigado.

En suma y desde su particular punto de vista, concluyó el estudio, incluso en su inicial presentación, que *“...Los riesgos implícitos en una reforma descuidada y ligera del régimen constitucional de la tutela son, como se verá, mayores que las supuestas fallas del sistema que la propuesta de acto legislativo pretende resolver (Guzmán, 2009, p. 910).* Previa las conclusiones ya presagiadas, se explicó que los criterios para distinguir entre aquellos eventos en que el juez ha incursionado en el territorio de la “co-administración” y aquellos en que actúa dentro del marco de sus competencias jurisdiccionales, eran

<sup>6</sup> En efecto, se analizaron 300 sentencias de tutela en las cuales se concedió el amparo, de 6455 sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional para el periodo 1992-2002, de las que valga aclarar, en 3744 casos se había concedido, lo que significa que la muestra estudiada equivalía al 8% de éste último universo total.

estrictamente sustanciales:

*“... quien examina el alcance de las decisiones judiciales en materia de tutela para verificar la irrupción del juez constitucional en la órbita funcional de otras autoridades, debe establecer si al impartir la orden, el juez constitucional está obrando dentro del margen de su propia competencia como garante de la integridad de la Constitución y de los derechos fundamentales frente a las actuaciones de otras autoridades (1), o si está ejerciendo directa y materialmente la competencia reservada a la autoridad administrativa destinataria de su orden, adoptando –el juez- decisiones de administración, es decir de asignación de recursos limitados al logro de determinadas finalidades (2)...”.*

Pues bien, el estudio, que para efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado fijó diferentes niveles de incidencia,<sup>7</sup> terminó por sostener, para lo que resulta de nuestro interés, que aquella preocupación que motivaba principalmente la promoción de las reformas al texto de la acción de tutela, en tanto garantizarse la separación de poderes y la no incidencia de los jueces en la órbita de actuación de otras autoridades, arrojó que en el 71% de las 300 decisiones estudiadas, se impartieron órdenes a autoridades, porcentaje dentro del cual el nivel de incidencia, según lo antes expuesto, se situó en el cuarto escaño, esto es, **la incidencia fue puntual**, emitiéndose una orden **para que fuesen ellas mismas las que adoptaran un remedio específico al asunto** (Guzmán, 2009, p.1089). También se concluyó que tan solo en 16 de los 300 pronunciamientos, la Corte impartió órdenes en las cuales adoptaba directamente el remedio a que hubiere lugar, agregando que sólo cuando se demostró que las autoridades habían incurrido en actos lesivos a los derechos fundamentales, les ordenó que efectuaran determinadas actuaciones cuyo contenido

determinó la misma Corporación, justamente por tratarse de situaciones en las cuales se estaba ante la protección de bienes jurídico-constitucionales de mayor entidad, de lo que se sigue que en concepto de aquel autor, la Corte había sido absolutamente respetuosa de las decisiones administrativas, los excesos invasivos eran excepcionales pero igualmente necesarios y, finalmente, se estaba andando por los senderos de la separación de poderes.

### 3. LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A LA SALUD

Hechas las precisiones que anteceden, debe reconocerse, de otro lado, que es en materia de salud en donde se hace más evidente el complejo escenario que constituye el objeto de ésta disertación. Tal vez por su mismo carácter prestacional -a cargo del Estado-, por los matices de tratamiento con que progresivamente se ha venido tratando esta garantía inicialmente social o finalmente por ser cuantitativamente la mayor fuente de decisiones judiciales en vía de tutela, es este derecho el que ha puesto de presente el amplio poder del juez constitucional y la vinculación de la judicatura con políticas públicas en la materia.

A efectos de desnudar la situación particular en la materia, se emprendió el análisis de la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 (Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326), con ponencia del Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, por la cual se resolvieron una serie de acciones de tutela acumuladas, en todas las cuales se acudió a la vía judicial para obtener la satisfacción de esta garantía, por problemas que iban desde el acceso efectivo al sistema de salud

<sup>7</sup> Así, se clasificó como primer nivel de incidencia o incidencia mínima, aquel en el que el fallo es declarativo de una violación de derechos; segundo nivel de incidencia o incidencia leve, aquel en el que se emite una orden abstracta de remediar la violación de los derechos; tercer nivel de incidencia o incidencia moderada, cuando se emitió una orden de remediar la violación según criterios propios; cuarto nivel de incidencia o incidencia puntual, cuando la orden de adopción da un remedio específico; y, quinto nivel de incidencia o ejercicio directo, cuando el juez adopta directamente el remedio. (Guzmán, 2009, p. 918).

hasta la financiación de los servicios médicos no POS.

De hecho, la motivación que llevó a la acumulación de tan alto número de expedientes y el sentido de la decisión y órdenes finalmente impartidas, fue resumido por la misma Corte, anticipando, para lo que importa a nuestra disertación, que ello obedecía a la ineficacia de los actores del sistema y lo indispensable de conjurar esta evidente crisis:

*“... Estos problemas han llevado a que la mayor proporción de acciones de tutela que se presentan en el país versen sobre el derecho a la salud, sin que las órdenes que ha impartido la Corte, caso por caso, así como todos los jueces del país, hayan conducido a la superación de tales problemas. En realidad, los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela. No obstante, en los últimos años se han adoptado medidas importantes cuya trascendencia e impacto aún no son apreciables, como se resalta más adelante en esta sentencia...”*  
(Resaltos nuestros)

El problema jurídico general del cual se ocupó la Corte en ésta oportunidad, se explicitó en los siguientes términos: *¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo?* Anticipando la afirmativa respuesta a este cuestionamiento, se indicó que las órdenes que se impartirán, enmarcadas dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993, permitirían superar las fallas de la regulación que se habían traducido en una desprotección del derecho a la salud, evidente en las acciones de tutela que se presentaban cada vez con mayor frecuencia desde hace varios años.

Tal vez lo importante de la decisión está en sostener, con base en decisiones anteriores, que en estos casos, más allá de estarse simplemente ante situaciones aisladas, se trataba de problemas estructurales a cuya solución deben concurrir los diferentes órganos del Estado, entre ellos, la misma rama legislativa. Así entonces, para justificar su intervención, no dudó la Corte en señalar la inacción de las autoridades obligadas, manifestando que por esta razón, su intervención resultaba más necesaria para corregir la omisión de los obligados que no cumplieron su deber de actuar:

*“... Se pregunta entonces la Sala si basta la protección caso por caso o sí, ante un patrón de violación de los derechos, como sucede en este caso con la salud, debe la Sala tomar decisiones que apunten a que los órganos competentes también superen las fallas en la regulación, que han llevado a que se constaten los irrespetos a este derecho en repetidas ocasiones.”*

*Como lo muestran las circunstancias descritas hasta ahora y las que se analizarán a lo largo de este capítulo, limitarse a resolver los casos concretos ha resultado insuficiente, por lo que, en concordancia con las implicaciones que se derivan del derecho a la salud como un derecho fundamental, en la presente sentencia se adoptarán además de las decisiones para resolver los casos concretos, diferentes medidas encaminadas a que los órganos encargados de regular el sistema de salud corrijan las fallas en la regulación, así como los obstáculos que resultan de la aplicación de la regulación existente, que afectan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de los usuarios. Estas órdenes atinentes a las fallas en la regulación se desprenden de los problemas revelados por los casos concretos estudiados en este proceso...”*(Resaltos adicionados)

Nótese entonces que en este evento, a diferencia de los que usualmente ocupan la intervención competencial de este tribunal, no se contenta con



desatar los casos particulares y en sede de tutela, simplemente surtir el trámite de revisión,<sup>8</sup> sino que adicionalmente y lo que resulta llamativo, es que considera que así, proceder de nuevo sería alimentar el estado irregular de vulneraciones que se vienen dando, sin dar solución al caos, a través de medidas que aunque excedan el efecto inter partes de sus decisiones, operen para todos los casos futuros y más allá de ello, se adopten verdaderas políticas de Estado para hacer efectivo el derecho a la salud, tan sensiblemente afectado por la dinámica viciosa en que ha terminado el sistema.

Y es que a partir de esta persuasiva reflexión y la cruel descripción de las evidentes y penosas eventualidades en que se había caído según los casos tratados, no era de esperarse menos. En efecto, en cita 401 de aquel fallo (T-760 de 2008), reconoce la Corte que el aumento en el número de acciones de tutelas relativas a esta garantía (la salud), se ha convertido en “...*un asunto primordial para los jueces de tutela del país...*”, de lo que se sigue que si efectivamente el número de litigios judiciales crecía paulatinamente y el ideal de convivencia social indicaba que la intervención judicial es tan sólo subsidiaria; algo estaba ocurriendo al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reflejaba una divergencia entre lo reglado y lo que ocurría en realidad, siendo indispensable, ante la indolencia de las autoridades y en especial de los actores mismos de aquel escenario, adoptar medidas definitivas que enervaran a futuro el flagelo.

Y es que en principio y como es naturalmente explicable, el libre ejercicio del derecho a acceder por vía de tutela al órgano judicial para obtener pronunciamiento sobre el litigio que toca con intereses individuales, terminó siendo cómplice de aquel aumento denodado de amparos

constitucionales por vía de este derecho, el que sin duda supera con creces las incoadas para garantizar otro tipo de derechos.

En efecto, en aquel mismo pie de página (C. Const. C – 018/93), sostuvo la Corte que el número de tutelas por cada diez mil afiliados pasó de 9.7 en 1999, a 23.7 en 2005, lo que reflejaba un acrecimiento significativo del número de acciones ejercidas, las que generaron, consecuentemente, la obligación de decidir las y en no pocos casos, de amparar el derecho tutelado por tratarse de copiosas facetas de la misma violación, de forma que a partir de éste análisis, antes que cuestionar la intervención del juez, quien por lo demás no podría inhibirse de hacerlo, ha de consultarse las verdaderas causas de este fenómeno coyuntural, las que se hallarían en el asunto litigioso que a ello dio origen y que en términos muy generales –y tal vez arbitrarios– se encuentra en la disonancia entre la regulación prestacional de la normatividad y su eficacia real o como lo manifestó con cierto arrojo la misma Corte: “... *Ante este patrón de desconocimiento de los derechos recurrentemente protegidos por sentencias de tutela, las autoridades de regulación, han omitido adoptar las decisiones indispensables para atacar estas causas estructurales de la violación del derecho fundamental a la salud, lo cual ha derivado en una desprotección del derecho fundamental a la salud....*”.

Bajo estas premisas que justifican la injerencia develada del juez constitucional en este escenario, termina entonces la Corte en un verdadero dilema: de un lado, reconoce que existe un estado de cosas irregular, prolongado y hasta patrocinado por los actores del sistema, el cual idealmente no habría de ser el objeto de tratamiento del juez, pero, a continuación, señala que no puede detenerse en lamentar esta crítica situación sin ejercer

<sup>8</sup> El que según lo manifestó la misma Corte Constitucional en sentencia C-018 del 25 de enero de 1993 (Ref. Procesos acumulados N° D-043, D-050, D-095, D-100, D-122 y D-128) con ponencia del Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos artículo del Decreto 2591 de 1991 y concretamente contra el artículo 34, acerca de la revisión a decisiones de tutela, en nada le autoriza o faculta para impartir órdenes generales como lo hecho allí, pues su alcance, según lo expresado en dicha decisión, tiene expresos límites: “(...) *la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y su carácter paradigmático, que con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias....*”.

una intervención protagónica que a la larga y a posteriori, haga cesar este caos, aunque ello signifique una orden para la toma de medidas con contenidos incluso patrimoniales:

*“... Frente a aquellas facetas del derecho a la salud que, son prestacionales y además progresivas, se justifica, en muchos casos, la imposibilidad de exigir judicialmente el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del derecho constitucional. Sin embargo, bajo el argumento de la progresividad tampoco puede ampararse la inacción prolongada de la administración en la adopción de políticas públicas dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho...”*  
(Resaltos no originales)

Todo ello, aunque para concluir la justificación de las significativas medidas adoptadas, cierra la Corte diciendo: *“...En cada oportunidad se describirá el problema estructural y la situación actual para luego identificar el remedio constitucional idóneo, respetando las competencias y el experticio de las autoridades de regulación del sector salud....”*

A partir de todo este marco de justificación y ya en el capítulo 6 de la decisión, se asumen las órdenes impartidas, previa verificación de los casos particulares tratados, dentro de un patrón de violaciones al derecho a la salud, disponiendo en consecuencia la medidas que a bien se tuvo explicitar, en todos los casos, *“para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud”*, así: *“...6.1.*

*Órdenes relacionadas con los planes de beneficios/6.1.1. Medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y actualización periódica de los mismos/6.1.2. Unificación del Plan de Beneficios. Unificación inmediata en el caso de niños. Diseño de un programa y cronograma en el caso de adultos/6.1.3. Ampliación de las competencias del CTC para que también se pronuncie sobre solicitudes de servicios médicos diferentes a medicamentos en cualquiera de los regímenes/6.1.4. Medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS/6.2 Órdenes relacionadas con el derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga o las entidades territoriales/6.2.1. Orden para agilizar la ejecución de las sentencias de tutela/6.2.2. Orden relativa a la adopción de un plan de contingencia/6.2.3. Orden de corregir las trabas en el sistema de recobros/6.3. Órdenes para proteger el derecho a la información en salud; carta de derechos y carta de desempeño/6.4. Órdenes sobre cobertura universal....”*

Con fundamento en lo anterior y ya en la parte resolutive, se revocan doce (12) decisiones de jueces de instancia, al tiempo que se confirmaron diecinueve (19), de aquellas sometidas a revisión en aquel trámite, siguiéndose a la emisión de sendas órdenes, quince (15) en total, en todas las cuales el pasivo es uno o varios órganos de la rama ejecutiva, con mandatos perentorios e incluso edificantes de políticas administrativas, así:

| <b>CARÁCTER Y DESCRIPCIÓN</b>   | <b>DESTINATARIO (S)</b>  |
|---|--|
| Adoptar medidas para superar fallas   | Ministerio de la Protección Social<br>Comisión de Regulación en Salud y<br>Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud |
| Actualización integral del POS  | Comisión de Regulación en Salud y en subsidio<br>Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud                           |
| Actualización periódica una vez al año del POS  | Comisión de Regulación en Salud y en subsidio<br>Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud                           |
| Adoptar medidas que garanticen envío de informe trimestral de las E.P.S. relativo a servicios prestados y negados   | Ministerio de la Protección Social   |
| Adoptar medidas para identificar las EPS y las IPS que reiteran en no autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad | Ministerio de la Protección Social y<br>Superintendencia Nacional de Salud   |
| Unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado  | Comisión de Regulación en Salud  |
| Adoptar un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado            | Comisión de Regulación en Salud  |
| Adoptar la regulación del trámite interno para que los médicos autoricen directamente servicios de salud y medicamentos NO POS  | Comisión de Regulación en Salud  |
| Adoptar medidas para agilizar y asegurar el flujo de recursos por recobro de las EPS ante el Fosyga   | Ministerio de la Protección Social y<br>Administrador fiduciario del Fosyga  |
| Adoptar procedimientos para la práctica de los servicios de salud autorizados en una decisión de tutela   | Administrador Fiduciario del Fosyga  |
| Diseñar un plan de contingencia para la regulación de las relaciones en cuanto a flujo de recursos  | Ministerio de la Protección Social y<br>Administrador Fiduciario del Fosyga  |
| Adoptar medidas para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente  | Ministerio de Protección Social  |
| Adoptar medidas para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, se entregue cierta información a la persona                           | Ministerio de la Protección Social   |
| Adoptar medidas para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por Ley -antes de enero de 2010- | Ministerio de Protección Social  |
| Presentar anualmente un informe a la Corte, la Procuraduría y la Defensoría, sobre el número de tutelas en salud por estos temas y explicarlo si no hay reducción.    | Ministerio de Protección Social  |

Como se observa, en la gran mayoría de eventos se trata de órdenes relativas a procedimientos internos, por supuesto propios del ámbito de competencias de cada ente requerido. Empero, bien apreciadas algunas de ellas, como aquella por la que ordena al Ministerio de la Protección Social “...Adoptar medidas para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–”, se traducen en evidentes intervenciones en una política pública, confeccionada por el legislador<sup>9</sup> y en la práctica no efectivizada por el encargado de su garantía, el Estado, la rama ejecutiva y concretamente el Ministerio de la Protección Social. Y qué no decir de aquellas en las que se ordenan actualizar el Plan Obligatorio de Salud y más aún, de las que se adoptan para garantizar el flujo de recursos entre las E.P.S. y el Fosyga, en las que los intereses económicos del estado resultan siempre comprometidos.

Y es que no siendo suficiente la gama de mandatos impartidos, la Corte llega al punto de presagiar los favorables resultados que se obtendrán del cumplimiento de sus mandatos, traducidos en la reducción futura y progresiva de acciones de tutela para amparar tales derechos, como indicador de la eficacia de las políticas en la materia, ordenando al Ministerio de la Protección Social, llevar el registro estadístico de las mismas:

*“... Así, la reducción del número de acciones de tutela invocadas para que sean los jueces los que resuelvan los problemas jurídicos recurrentes de acceso a los servicios de salud analizados en esta sentencia, es uno de los resultados que pueden indicar el cumplimiento de las órdenes de esta sentencia atinentes a las fallas en la regulación. Por esta razón, sin perjuicio de la autonomía de las autoridades del sector para diseñar y aplicar los indicadores que a su juicio sean más adecuados, la Corte ordenará al Ministerio de Protección Social que informe a esta Sala, así como a la Procuraduría*

*General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, sobre el número de acciones de tutela interpuestas con el fin de proteger el derecho a la salud, específicamente en lo concerniente a los problemas jurídicos descritos en la presente providencia. Con el tiempo, si las medidas que adopten los órganos de regulación son idóneas, las personas no se verán obligadas a acudir a la acción de tutela y la proporción de ésta se reducirá....”*

Con todo, no hay duda que en algunos casos, lo que motivó la intervención de la Corte fue precisamente la irregular confección del sistema que motivaba en buena parte los sucesos de vulneración, eventos en los que resultaba, cuando menos materialmente necesaria la intervención judicial para conjurar esta crisis: “... En otras palabras, la entidad que negaba las autorizaciones de los medicamentos autorizados por una persona y luego era condenada a garantizar su suministro mediante una acción de tutela, podía recobrar el 100% del valor del medicamento no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, mientras que las entidades que autorizaban el suministro de un medicamento a un persona, sólo podían recobrar el 50% de su valor, o la diferencia entre éste y el valor de un medicamento homólogo contemplado dentro del Plan Obligatorio, según fuera el caso. Esta regulación era pues, un claro incentivo a que las entidades encargadas de garantizar la prestación de servicios de salud negaran los medicamentos requeridos, propiciaran la interposición de acciones de tutela en su contra vvy pudieran así, recobrar la totalidad del valor autorizado y no sólo una parte del mismo....”.

En síntesis y para concluir éste apartado, puede decirse que la envergadura de la garantía constitucional objeto de protección en aquella decisión y sobre la cual se viene hablando, arroja una parcial visión de un fenómeno mucho más amplio y desafortunadamente usual en nuestra realidad: la carta política ha consagrado una serie de derechos a manera de mandatos de

<sup>9</sup> En efecto, el artículo 9 de la Ley 1122 del 09 de enero de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, dispuso de modo expreso que el Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del SISBEN de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema.

optimización y a veces, contentivos de obligaciones atinentes al Estado, las que por referir a todos los habitantes del territorio, resultan en la práctica irrealizables en toda su dimensión, de un lado, ante la precariedad de recursos para atenderles materialmente y, de otro, ante la dificultad que existe para que las autoridades encargadas de hacerles efectivos, promuevan las medidas operativas reales para que el beneficiario acceda a las prestaciones debidas, todo lo cual ha justificado e incluso legitimado la presencia del juez constitucional como abanderado de la causa para ordenar, bajo el apremio de las medidas en sus manos, la realización de tales garantías.

No es pues una intervención usurpadora del juez en las políticas públicas, sino más bien, el resultado de una disfuncionalidad del Sistema que en busca de hacer reales los mandatos de protección y eficacia de los derechos bajo la égida del Estado Social de derecho, debe abordar con decisión, la realización de los ideales expuestos en la Constitución y la Ley para que sus contenidos no sean letra muerta y a la zaga de las decisiones judiciales individuales o unificadoras, se disminuya lentamente el espacio que existe entre la consagración de aquellos derechos –especialmente los sociales- y su aplicación práctica, entendiendo que la injerencia, aunque antes negada, existe, es evidente e incluso, ha de reiterarse legítima, de forma que lo cuestionable, en una realidad tan particular como la nuestra, tal vez no sea esta intervención, sino la rigidez o alcance interpretativo que ha de dársele al paradigma de la “separación de poderes”.

## CONCLUSIÓN

El escenario que se acaba de describir, propio de una sola de las garantías de carácter social y prestacionales que por vía de tutela ya ha

alcanzado estándares de fundamental, y consecuentemente, ha generado un esquema de intervención judicial determinante y hasta necesario, muestra con claridad que la intervención del juez en el diseño, planeación y ejecución de políticas públicas es una realidad innegable. Sostener hoy por hoy y sobre todo en sede de acciones constitucionales, que el juez es simplemente un operador jurídico sería, al lado de una lacerante ofensa a la vanidad personal de quienes como tal ejercen, otorgarle un mezquino calificativo que evidentemente desconocería realidades sociales fluctuantes que se muestran más que contrarias a esa idea.

Es muy seguro que aquello a reevaluar, por fuerza del desarrollo social, de la madurez humana y hasta del mismo tiempo, sea precisamente la interpretación del término “separación de poderes”. No debe olvidarse que aquella noción fue principalmente fruto de un momento histórico en el que el principio de legalidad surgió como una garantía para los derechos de las personas y un límite al poder del Rey, en quien antes se concentraban las funciones de emitir mandatos generales, ejecutarlos y reprimir coercitivamente por su incumplimiento, haciéndose indispensable separar esas funciones para su autocontrol.

Fue también para aquel periodo cuando los grandes teóricos iluministas, luego del incuestionable avance que se obtuvo con el principio de legalidad, concibieron la labor judicial como un simple ejercicio silogístico que nada de aporte personal e interpretativo podía tener, dados los riesgos que entrañaba la interpretación judicial en tanto trasladar la arbitrariedad a otro titular y ser claro el sentido de la norma, al fin de cuentas emanada del soberano pueblo.<sup>10</sup> Nadie dudaría hoy en calificar como superado aquel tiempo y la

<sup>10</sup> En su libro “De los delitos y de las penas”, Cesar Beccaria, uno de los más connotados autores de esta época, sostenía: “...Cuarta consecuencia. Ni tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces del orden criminal, por la misma razón de que no son legisladores. Los jueces no han recibido las leyes de nuestros antiguos padres como una tradición doméstica y un testamento que sólo dejase a la posteridad el cuidado de obedecerlo; sino que le reciben de la sociedad viva, o del soberano que la representa como depositario legítimo del resultado actual de la voluntad de todos; es decir, que las reciben no como obligaciones de un juramento antiguo, nulo porque ligaba voluntades aun inexistentes, e inícuo, porque reducía a los hombres desde el estado de sociedad al de rebaño, sino como efectos de un juramento, tácito o expreso; hecho por las voluntades reunidas de los súbditos vivos al soberano, como vínculos necesarios para refrenar y regir el fermento interior de los intereses particulares....” BECCARIA, CESAR. De los delitos y de las penas. Presentación de Chantal López y Omar Cortés. Biblioteca Virtual Antorcha. En [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/beccaria/indice.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/indice.html), consultado el 01 de junio de 2009.

limitadísima concepción del poder del juez, cada vez más protagónico como creador de derecho, de la jurisprudencia como fuente y de lo cada vez más estrecho de los límites entre el papel de la ley, la orden administrativa y la decisión judicial.

Pero hay algo más. El asunto toca también con una generalizada falta de eficacia del derecho o mejor, con la ausencia de realización espontánea de su contenido en cabeza del poder ejecutivo, situación que no es de reciente ocurrencia, sino que obedece a cierto contexto social más bien de antaño, con el que desafortunadamente ha convivido y del cual se alimenta nuestro sistema jurídico:

*“... Ahora bien, el déficit de maniobra política de los gobiernos propicia dos prácticas jurídicas interrelacionadas y ampliamente utilizadas en América Latina (Santos y García Villegas, 2000: Cap. 1). La primera de ellas, consiste en el uso simbólico de los discursos legales y la segunda, en la introducción de excepciones constitucionales. Ambos fenómenos tienen un sentido institucional contrapuesto y parecen reflejar la despreocupación institucional por la eficacia jurídica instrumental, en el primer caso y el autoritarismo jurídico, en el segundo. Veamos ambos en más detalle.*

*Mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos latinoamericanos, mientras menos operante es la democracia representativa, más necesidad tienen los gobiernos de recurrir al derecho para responder a las demandas sociales. En estas circunstancias de precariedad hegemónica y de ausencia de partidos políticos con arraigo social, la producción de derecho pasa a ser un sustituto del sistema político al instaurar una cierta comunicación entre el Estado y sus asociados. Dicho en otros términos, el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas, que un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas dá lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un*

*escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política. El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado se intenta compensar parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación...”(García, 2009)*

Como se ve, todo parece indicar que la condena a soportar este tipo de cuestionamientos acerca de la injerencia más o menos marcada del juez en las decisiones de los demás órganos del Estado es irredimible y habrá que tratar de morigerar la discusión y abordarle más bien como una realidad necesaria en países como el nuestro en el que las limitaciones económicas y precariedad de condiciones de bienestar social y vida digna, obligan el que sea tan solo por vía coercitiva y si se quiere provocada, como se forje la garantía de prestaciones sociales constitucionalmente establecidas y a cargo principalmente de la misma Administración Pública.

No hay duda que se está ante una marcada injerencia de los jueces en políticas públicas, de lo que se sigue que no es cierto, como se afirmaba en el estudio inicialmente citado que pocos eran los casos en los que la Corte había fijado correctivos directos. Es una realidad la intervención, tal vez inobjetable, de las autoridades judiciales en éstos ámbitos del poder, pero si a ello se ha llegado, como efectivamente se comprobó, por la dejadez de las autoridades administrativas, lo que resta es retomar aquel protagonismo y abandonar el soterrado criterio legalista que aún rige el obrar administrativo, para abordar el tratamiento directo de las situaciones sociales, a partir de criterios enteramente constitucionales y realizables que eviten la litigiosidad y que como se pretende por la Corte Constitucional, muestren una reducción en el número de amparos judiciales impetrados, que al fin de cuentas no son más que una réplica a la inacción del Estado.

Urge sí, la optimización de los escenarios constitucionales en sede administrativa, la sensibilización de la Administración Pública en torno a la reinterpretación de sus funciones, sus cometidos y sus fines. No es constitucionalmente admisible que mientras que se trabaja -aunque en eventos contadísimos-, desde el Congreso por adecuar las estructuras legales a la misma Carta Política y los jueces pretendan acercar el frío postulado normativo al ciudadano, la Administración Pública en cabeza del ejecutivo, hacedora de todo el ejercicio operativo de realización del bienestar común, se mantenga a la expectativa de las órdenes de los restantes órganos del Estado para actuar, con todo y el caos institucional que ello genera, invirtiendo hoy más que antes, un buen cúmulo de tiempo y recursos en su defensa judicial frente a acciones por ésta causa, antes que recomponer su dinámica y aprovecharles para conjurar los defectos

estructurales que a ello da lugar y que se constituyen en su verdadero sentido fundante.

La colaboración armónica de los poderes constitucionalmente establecidos está llamada y exige reformular el postulado de la separación de los mismos para que entonces y como consecuencia, el término “injerencia de los jueces en materia de políticas públicas” pase de ser un alarmante llamado que clama por su evitación, para tenerle como un necesario fenómeno de “concurrency del juez en materia de políticas públicas”, especialmente en aquellos casos en que los derechos y garantías más preciados de los asociados –como el derecho a la salud- se ven comprometidos por la inacción de las autoridades a las que normativamente se ha asignado la competencia para su satisfacción.

## BIBLIOGRAFÍA

BECARIA, CESAR. De los delitos y de las penas. Presentación de Chantal López y Omar Cortés. Biblioteca Virtual Antorcha. En [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/beccaria/indice.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/indice.html), consultado el 01 de junio de 2009.

BERNAL PULIDO, CARLOS. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. Notas preliminares para la caracterización del derecho en América latina. Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos. En [http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio\\_garc%C3%ADa\\_villegas.htm](http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm), consultado el 21 de abril de 2009.

GUZMAN DUQUE, FEDERICO, Órdenes de tutela. Separación de poderes, costos económicos. En Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia, Directores del proyecto, MANUEL JOSÉ CEPEDA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Coordinador General ALEXEI JULIO ESTRADA. Bogotá, 2009.

KELSEN, HANS. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Madrid, Tecnos, 1995. En: BERNAL PULIDO, CARLOS. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

## **Jurisprudencia**

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-018 del 25 de enero de 1993 M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-606 del 19 de agosto de 1999. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU - 995 del 09 de diciembre de 1999. M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 025 del 22 de enero de 2004. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.