

El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia

Estructural litigation in health: a comparative study based on cases from South Africa, Argentina, India and Colombia

Luisa F. Cano B¹.

¹ Abogada Universidad de Antioquia, Magíster en Gobierno y Asuntos Públicos, estudiante Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: luisafcano@gmail.com

Recibido: 26 de febrero de 2014. Aprobado: 25 de junio de 2014. Publicado: 01 de febrero de 2015

Cano LF. El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia. Rev. Fac. Nac. Salud Pública. 2015; 33(1):111-120.

Resumen

La creciente judicialización del derecho a la salud ha llevado a indagar por las condiciones que propician que la intervención de los tribunales constitucionales en la materia sea exitosa. **Objetivo:** identificar los factores asociados con el éxito del litigio estructural en salud, particularmente cuando involucra órdenes generales y complejas. **Metodología:** Para ello se recurre a cuatro procesos judiciales adelantados en Sudáfrica, Argentina, India y Colombia en los que la garantía de la salud ha sido mediada, de una u otra forma, por el poder judicial. Los casos son analizados a partir del método comparativo propuesto por Charles Ragin, en el cual las variables independientes o explicativas son los factores que determinan la mayor

probabilidad de éxito del caso. **Resultados:** la investigación adopta el punto de vista según el cual el litigio estructural en salud es exitoso si produce cuatro de los efectos explicados por César Rodríguez y Diana Rodríguez: efecto de desbloqueo, efecto de Políticas Públicas, efecto social y efecto deliberativo. La comparación de estos procesos de judicialización de la salud en distintos contextos, permite arribar a aprendizajes para la garantía de este derecho en Colombia. -----**Palabras clave:** litigio estructural, Tribunal Constitucional, derecho a la salud, estudio comparativo, mecanismos de seguimiento.

Abstract

The rise of health legalization has led to explore the conditions that produce a successful intervention of constitutional courts in this field. Objective: the purpose of this research is to identify factors associated with the success of the structural litigation in health, particularly when it involves general and complex orders. **Methodology:** this topic was analyzed in four judicial proceedings in South Africa, Argentina, India and Colombia where health guarantee has been mediated, in one way or another, by the judiciary. The cases are discussed using the comparative method proposed by Charles Ragin, in which the independent or explanatory variables are the factors

that determine the highest probability of success of the case. **Results:** the research adopts the point of view that structural litigation in health is successful if it produces four effects explained by Cesar Rodriguez and Diana Rodriguez: unlocking effect, public policy effect, social impact and deliberative effect. The comparison of these processes in different contexts, allows arriving to new learnings in order to guarantee this right in Colombia. -----**Keywords:** structural litigation, Constitutional Court, the right to health, comparative study, monitoring mechanisms.

Introducción

El aumento del litigio estructural en derechos sociales, como el derecho a la salud*, ha llevado a preguntarse por las condiciones de éxito de su “judicialización” [1], es decir, a indagar por los factores que propician que la intervención de los tribunales constitucionales en materia social tenga impactos positivos y que se supere el punto ciego de las sentencias estructurales: su implementación [2].

Si bien la justiciabilidad de los derechos no es un problema que pueda ser estudiado o planteado genéricamente debido a las características propias de cada país en lo legal y lo político, cada nueva investigación brinda elementos de juicio para aprender de otras experiencias y retomar argumentos y estrategias pensadas en otras latitudes.

En efecto, en los últimos años en el caso norteamericano, se ha pasado del litigio de interés público, en el que prevalecían los remedios tipo comando y control de la burocracia, hacia un tipo de “intervención judicial experimental” [3] basada en la negociación, la continua revisión del desempeño gubernamental y la transparencia. Tales estrategias, también son conocidas como litigio estratégico o de alto impacto, debido a las consecuencias generales que se derivan de los procesos basados en casos estructurales en los que el órgano judicial ordena adoptar Políticas Públicas que cuenten con presupuesto y planeación de las autoridades públicas, asunto que ha generado todo tipo de críticas por la falta de competencia y conocimiento de los jueces.

El propósito de esta investigación es identificar los factores asociados con el éxito del litigio estructural en salud. Para ello se recurre a cuatro procesos judiciales adelantados en Sudáfrica, Argentina, India y Colombia en los que la garantía de la salud ha sido mediada, de una u otra forma, por el poder judicial. Estos casos fueron seleccionados atendiendo a varios criterios que son explicados en el acápite metodológico del escrito.

La selección del derecho a la salud dentro de la amplia gama de derechos económicos y sociales que han sido judicializados en el país, obedece, en primer lugar, a que a nivel global Colombia presenta el más alto índice de casos de salud per cápita‡ [4]. En segundo lugar, buena parte de los casos sobre judicialización de

los derechos sociales en otros países, principalmente del Sur Global, se refieren al derecho a la salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta que guía la investigación, y a la cual pretende responder este escrito, es ¿Qué combinación de condiciones causales facilitan el éxito del litigio estructural en salud?

Metodología

La investigación utiliza el método comparativo propuesto por Charles Ragin cuyo propósito es examinar patrones de parecidos y diferencias entre un número moderado de casos comparables entre sí [5], por tanto, permite observar la diversidad y acercarse al conjunto de posibles combinaciones que determinan cierto resultado.

En esta investigación los casos son comparables porque pertenecen a la categoría “litigio estructural en salud”. Su estudio permitirá conocer cuál combinación de características llevaron al éxito de la estrategia judicial de protección del derecho a la salud. En este punto se presenta el diseño metodológico de la investigación así como la caracterización de los casos elegidos para el análisis.

El método comparativo

Este procedimiento se usa para estudiar configuraciones, entendiendo por tal las combinaciones específicas de atributos que son comunes a un número de casos. Este enfoque permite que existan varias combinaciones de condiciones causales (variables independientes o explicativas), que generen el mismo resultado general. El resultado que nos interesa en esta investigación es si el litigio es exitoso o, al menos, medianamente exitoso.

La formulación de la relación es la siguiente: el litigio estructural en salud será exitoso, medianamente exitoso o no exitoso (variable dependiente), dependiendo de un conjunto de atributos que están presentes en cada caso (en este caso ocho variables explicativas) y cuya combinación es la que nos interesa conocer.

La investigación adopta el punto de vista según el cual el litigio estructural es “exitoso” teniendo en cuenta los efectos que causa. En este caso, si produce cuatro de los efectos explicados por César Rodríguez y Diana Rodríguez§ [6]: efecto de desbloqueo, efecto de Políticas Públicas, efecto social y efecto deliberativo. El caso será

* En Colombia la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo. La doctrina de la Corte ha apuntado a reconocer que todos los derechos tienen una faceta que implica abstenciones y otra que implica planeación, acciones y presupuesto por parte del Estado (Corte Constitucional, Sentencia T-133/06. M.P. Humberto Sierra Porto). Esta discusión, sin embargo, desborda el objetivo de esta investigación, por lo cual, para efectos comparativos y, teniendo en cuenta la literatura que la respalda, me refiero al derecho a la salud como derecho social, más por sus consecuencias que por su naturaleza que, como se dijo, en Colombia es fundamental.

† La Judicialización es el proceso del litigio en materia de políticas públicas que consta de cuatro etapas: movilización legal, decisión judicial, respuesta burocrática y seguimiento al litigio.

‡ En el año 2008 se registraron aproximadamente 3289 demandas de salud por cada millón de habitantes, mientras que la misma cifra para Brasil es de 206, para Argentina 29 y para Sudáfrica e India 0,3 y 0,2 respectivamente.

§ Se trata de efectos que se producen por judicializar los problemas sociales y pueden ser instrumentales, simbólicos, directos e indirectos.

“medianamente exitoso” si se producen sólo los dos primeros efectos, es decir, se desbloquea la autoridad o institución que ha permanecido pasiva frente al problema y se le ordena cumplir o diseñar una Política Pública al respecto. Sin embargo, es medianamente exitoso si las órdenes impartidas no logran materializarse en el bienestar de los afectados (efecto social) ni se generan espacios de deliberación y participación ciudadana (efecto deliberativo). El caso será “no exitoso” si sólo se logra la protección buscada en el caso concreto sin implicaciones estructurales.

Operacionalización de la variable dependiente

Variable dependiente (Y)

El resultado del litigio estructural en salud. Se trata de una variable categórica que puede adoptar tres valores: exitoso, medianamente exitoso o no exitoso

a) *Exitoso (E)*: la sentencia otorga razón a los demandantes + el caso promueve (u ordena) cambios estructurales (normativos o de Política Pública) más allá de los beneficiarios directos del proceso [efectos de desbloqueo y de Políticas Públicas] + La implementación efectiva de las medidas adoptadas, como consecuencia de la decisión judicial, protege de manera general el derecho a la salud de los afectados [efecto social] + El caso propicia espacios de deliberación y motiva la organización social para incidir en el tema [deliberativo]

b) *Medianamente exitoso (mE)*: la sentencia otorga razón a los demandantes + el caso promueve (u ordena) cambios estructurales (normativos o de Política Pública) más allá de los beneficiarios directos del proceso [efectos de desbloqueo y de Políticas Públicas]

c) *No exitoso (~E)*: el caso tiene como resultado la protección del derecho a la salud sólo en el caso concreto

Variables explicativas (x)

Todas las variables se transformaron a variables dicotómicas para usar el método comparativo

a) Demandante individual o colectivo: La demanda fue interpuesta por una colectividad= 1; La demanda fue interpuesta por un individuo= 0

b) Demandante organizativo: La demanda fue interpuesta por una organización social preexistente al litigio= 1; En caso contrario= 0

c) Mecanismos de seguimiento: Si hubo= 1; En caso contrario= 0

d) Tipo de mecanismos de seguimiento:

-Audiencias públicas (Si= 1, No= 0)

-Autos (Si= 1, No= 0)

-Llamar a expertos (Si= 1, No= 0)

-Petición de información (Si= 1, No= 0)

e) Tipo de decisión judicial:

-Invalida políticas públicas con base en estándares internacionales (Si= 1, No= 0)

-Ordena implementar Políticas Públicas existentes (Si= 1, No= 0)

-Ordena definir Políticas Públicas ante su ausencia (Si= 1, No= 0)

-Reconfigura aspectos de las Políticas Públicas como extender el alcance y los beneficiarios (Si= 1, No= 0)

-Ordena reformular el procedimiento de elaboración o implementación de la Política Pública (Si= 1, No= 0)

-Organizaciones sociales: La implementación de la orden está acompañada de organizaciones sociales activistas en el tema= 1; En caso contrario= 0

-Intervención del ejecutivo en la elección de los magistrados: Si= 1; No= 0

-La sentencia responde a un problema sistemático y generalizado: Si=1; No=0

En la parte final del escrito se presentan las combinaciones más relevantes que conducen al resultado exitoso o medianamente exitoso del litigio.

Los casos seleccionados

Los casos o unidades de análisis (*n*) corresponden a sentencias en materia de salud con su correspondiente proceso de implementación. Se buscó que cada proceso de judicialización reuniera tres características:

a) La sentencia protege el derecho a la salud y tiene consecuencias más allá del caso concreto. Por un lado, no se consideraron casos en los cuales se niega este derecho y, por el otro, las sentencias elegidas tienen alguna significancia estructural, es decir, trascienden el litigio concreto y se refieren al problema general que le subyace.

b) Los casos involucran un amplio espectro de actores (como medios de comunicación y organizaciones sociales) y no sólo al demandante y al demandado en cada proceso.

c) El caso está documentado en literatura especializada. La investigación usó principalmente fuentes documentales, razón por la cual se prefirieron los casos que estuvieran ampliamente documentados y que tuvieran mayor visibilidad en cada país.

En primer lugar, el caso sudafricano proviene de la sentencia *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign (TAC)* [7] promulgada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el año 2002 y cuyo propósito era el suministro de Nevirapina, medicamento para evitar la transmisión vertical del virus del VIH de madre a hijo, que para el año 2000 alcanzaba la cifra de ochenta mil niños infectados. La organización de la sociedad civil TAC, en compañía de otras organizaciones, interpusieron una aplicación ante la alta corte de Pretoria en la cual se alegaba, por un lado, que el Estado había prohibido la administración de la Nevirapina en hospitales públicos, cuya eficacia estaba comprobada para reducir el riesgo de transmisión y, por otro lado, se demandaba la acción oportuna del Estado para poner en funcionamiento un programa nacional para la prevención de la transmisión vertical del VIH [8].

El gobierno alegó en su defensa la falta de recursos y su incapacidad para poner en funcionamiento un programa integral de tal naturaleza así como la falta de seguridad y eficacia de la Nevirapina para prevenir el VIH-Sida. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la violación del derecho de acceso a los servicios de salud y concedió la razón a TAC. En tal sentido ordenó el suministro del medicamento, cuando fuera pertinente médicamente y ampliar la asesoría sobre su uso en el sector público de la salud.

El segundo caso es el fallo *Viceconte vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)* del año 1998, en el cual se protegió el derecho a la salud de todas las personas que vivían en una zona afectada por la fiebre hemorrágica argentina, conocida también como “mal de rastrojos” o virus Junín, ordenando la producción y suministro de la vacuna Candid 1 efectiva en un 95% contra esta enfermedad. La demandante, quien vivía en la zona afectada por la enfermedad, interpuso una acción de amparo bajo el acompañamiento del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) [9]. Se argumentó que más de tres millones de personas se encontraban en riesgo potencial de padecer la enfermedad por lo cual se trataba de un derecho a la Salud Pública de incidencia colectiva. La acción fue rechazada en primera instancia porque el gobierno ya había dispuesto presupuesto para el desarrollo de la vacuna pero no había cumplido con el cronograma para su fabricación. En apelación la Cámara Contencioso Administrativa Federal de Argentina concedió la razón a la demandante y ordenó al Gobierno cumplir estrictamente el cronograma para desarrollar la vacuna Candid 1.

En tercer lugar, el caso de la India es la sentencia *Voluntary Health Association of Punjab (VHA) vs. Union of India*. La demanda interpuesta fue una *Writ Petition Civil* como una modalidad de PIL (*Public Interest Litigation*) ante la Suprema Corte solicitando el acceso libre y equitativo al tratamiento antirretroviral para personas con VIH-Sida. El Estado se negaba a soportar tal tratamiento por ser “prohibitivamente costoso” debido a que la mayor parte de personas infectadas en la India pertenecían a los estratos más bajos de la población. La petición fue fallada por la Suprema Corte de la India en el año 2003 y encontró que tal omisión violaba el derecho a la igualdad y a la vida [10].

Por último, el caso colombiano está representado por la sentencia T-760 de 2008. En esta providencia la Corte Constitucional acumula la revisión de 22 tutelas relativas al derecho a la salud y, además de proteger los derechos involucrados en cada caso, analiza los problemas del sistema de salud en Colombia y emite un total de 35

disposiciones dentro de las cuales se encuentran órdenes complejas [11]** a distintas autoridades que se deben ejecutar en la etapa de implementación de la sentencia.

Resultados

Los resultados del análisis se presentan de acuerdo a las siguientes categorías que, a su vez, recogen las ocho variables independientes mencionadas anteriormente.

Contexto previo a las decisiones

En este punto se exploran dos asuntos. Por un lado, si los casos estudiados fueron impulsados por un actor individual o por un grupo u organización social y, por otro lado, si la sentencia responde a un problema sistemático y generalizado. En tres de los cuatro casos el demandante es colectivo y se trata de una organización social existente con anterioridad al litigio. Sólo en Colombia no se presenta esta situación. Veamos.

La petición de la provisión de Nevirapina, para prevenir la transmisión vertical del VIH-Sida en Sudáfrica, fue impulsada por la Organización Treatment Action Campaign (TAC), creada desde 1998 y cuyo objetivo principal ha sido incrementar el acceso al tratamiento, cuidado y servicios médicos para las personas viviendo con VIH-Sida.

En cuanto al tipo de problema enfrentado, en el año 2002, cuando se presenta la petición, cerca de cinco millones de personas, entre niños y adultos, vivían con VIH-Sida en ese país, provocando 260.000 muertes anuales y una tasa de prevalencia en adultos del 17,7%, por lo que se trataba de una situación generalizada con graves consecuencias para un amplio rango de la población más vulnerable [12].

En Argentina, si bien es una demandante individual quien interpone la acción de amparo, se trata de una acción que, por su naturaleza, solicita la protección colectiva de un grupo de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por la escasez de la vacuna contra la fiebre hemorrágica. Por lo anterior, se considera que el demandante es colectivo.

De otro lado, el tipo de problema que enfrenta el caso argentino es igualmente sistemático y de gran impacto. La enfermedad se produce como una epidemia estacional desde 1958, especialmente en áreas rurales. Los casos aumentaron registrando una leve disminución cuando se crea la vacuna en 1991. Sin embargo, en 1996, sólo en el primer semestre, hubo setenta casos y tres muertes a causa de la fiebre y 3'500.000 personas se encontraban en riesgo de contraer la enfermedad [13].

** Las órdenes complejas son aquéllas que se presentan generalmente en casos estructurales caracterizados por 1) afectar un gran número de personas que demandan la protección de sus derechos, 2) implicar múltiples agencias del gobierno por ser responsables de las fallas de Políticas Públicas que contribuyen a la violación de tales derechos y, 3) por involucrar remedios estructurales.

El caso de la India, por su parte, es iniciado por la *Human Rights Law Network* a través de la *Voluntary Health Association of Punjab* (VHAP). Además de esa organización, otras entidades habían presentado demandas por el mismo asunto ante la Suprema Corte, solicitando el suministro del tratamiento contra el VIH-Sida en hospitales del gobierno. La *Voluntary Health Association* es una organización sin ánimo de lucro fundada en 1970 y está representada en 27 Estados de la India. Su objetivo es velar por la garantía del derecho a la salud.

El objeto de la demanda, en este caso, tenía una dimensión estructural teniendo en cuenta el alto número de personas afectadas y el acceso restringido a los medicamentos. Se estima que para 2003, año de la sentencia, más de dos millones de personas estaban infectadas con este virus que causó cerca de 180.000 muertes ese año [14]. Sin embargo, hasta 2004 la acción gubernamental frente a esa enfermedad se limitaba a la prevención, pues el Estado no asumía los gastos del tratamiento con antirretrovirales. Además de la infraestructura y del acceso universal al medicamento, la demanda solicitaba entrenar al personal médico y proporcionar suplementos nutricionales a los pacientes [15].

Por último, el caso colombiano no es interpuesto por una colectividad ni existe una organización social involucrada en el diseño de la demanda como en las sentencias previas. Lo anterior sugiere un mayor activismo del órgano judicial quien formuló las órdenes estructurales sin que fueran expresamente solicitadas en las demandas individuales acumuladas. En efecto, la sentencia T-760 de 2008 es una revisión de 22 acciones de tutela acumuladas, en las cuales, de manera individual, los accionantes formulan peticiones particulares para la protección de su derecho a la salud^{††}. Por ello, la primera parte de la sentencia se ocupa del problema estructural del sistema de salud en Colombia, mientras la segunda analiza caso por caso la situación de cada peticionario.

En lo que sí coincide con los otros casos, es en la naturaleza general y sistemática del problema que queda en evidencia con el proceso judicial. De hecho, materialmente equivale a una declaración de estado de cosas inconstitucional a pesar de que la Corte no hizo uso explícito de esta figura. En efecto, “de los 3’321.457 acciones de tutela que los colombianos han interpuesto desde 1992 para invocar la protección de sus derechos fundamentales, 764.267, una cuarta parte del total, han estado relacionadas con la solicitud de servicios de salud” [16]. Para la Corte la gravedad del problema tiene

que ver con una falla en la regulación del sistema de protección del derecho a la salud.

Así las cosas, pareciera que existe mayor probabilidad de que el litigio sea exitoso si existe un colectivo organizado que lo apoye, a no ser que el órgano judicial asuma el liderazgo del caso, deje en evidencia la gravedad del problema y establezca las prioridades y plazos que debe seguir el gobierno para responder a éste, tal como ocurre en el caso colombiano.

El tipo de decisión judicial

- De acuerdo con la tarea que cumplan, Abramovich define cinco tipos de decisiones judiciales: 1) Invalida Políticas Públicas con base en estándares internacionales;
- Ordena implementar Políticas Públicas existentes;
- Ordena definir Políticas Públicas ante su ausencia;
- Reconfigura aspectos de la Política Pública como extender el alcance y el número de beneficiarios;
- Ordena reformular el procedimiento de elaboración o implementación de la Política Pública [17].

La sentencia del caso TAC en Sudáfrica puede ubicarse en el tipo 3 en la medida en que ordena la provisión del medicamento para las madres con VIH para evitar la transmisión a sus hijos, medida inexistente hasta entonces.

En el caso argentino, las órdenes emanadas de la sentencia se refieren a cumplir estrictamente un cronograma para el desarrollo de la vacuna Candid 1 que ya había sido previamente diseñado por el gobierno pero que no se había respetado, por lo cual cuando el laboratorio extranjero que producía la vacuna agotó sus existencias, se terminó el acceso a la misma. Así mismo, solicita respuesta de la autoridad demandada y el seguimiento de esta orden por parte del Defensor del Pueblo. Por lo anterior, esta providencia se ubica en los tipos 2 y 5 es decir, ordena implementar una decisión gubernamental ya existente y ordena rendir cuentas sobre el proceso de creación y provisión de la vacuna y su vigilancia por parte de la Defensoría en la etapa de implementación de la medida [18].

La sentencia de la India, por su parte, corresponde al tipo 3, es decir, ordena a la autoridad gubernamental definir un conjunto de medidas que no existían previamente, con el objetivo de garantizar los derechos de las personas viviendo con VIH-Sida. Prueba de esto es que hasta el año 2004 estas personas no recibían ningún tratamiento gratuito. En octubre de 2003 la Suprema Corte exhortó al Gobierno a garantizar el acceso universal al tratamiento. Pocos meses después

^{††} La Corte acumula los casos teniendo en cuenta la unidad temática entre ellos. En la misma sentencia indica que tiene dos propósitos al acumularlos: uno, tener una muestra lo más comprensiva posible del tipo de problemas que han llevado a acudir a la justicia constitucional para obtener la satisfacción de este derecho y dos, analizar distintas facetas del derecho a la salud para tener una visión en conjunto. Sentencia T-760 de 2008, M.P. M.J. Cepeda, p. 4.

el Gobierno de la India inició la política para proveer el medicamento gratuito para cien mil personas en los seis estados con la mayor prevalencia del virus y se comprometió a aumentar su cobertura.

La sentencia colombiana dicta numerosas órdenes para corregir lo que la Corte Constitucional denomina “fallas de regulación”. Las órdenes se relacionan, entre otros temas, con los planes de beneficios, el flujo de recursos para financiar la salud, la libertad de escogencia y la cobertura universal. Así mismo, precisa como indicador de cumplimiento de las órdenes de la sentencia la reducción del número de acciones de tutela para proteger el derecho a la salud.

La cantidad y variedad de órdenes involucradas hace que se cumplan los cinco tipos de decisiones mencionadas. Cumple el tipo 1 debido a que, de manera reiterada cita las obligaciones internacionales del Estado colombiano en la materia; el tipo 2 en tanto señala obligaciones como precisar el contenido de los planes de salud ya existentes así como asegurar recursos para que funcione el sistema. Encaja, así mismo, en el tipo de sentencia 3 porque establece obligaciones que implica el diseño de nuevas acciones; por ejemplo ordena adoptar un programa para la unificación gradual y sostenible de los regímenes contributivo y subsidiado. Sin embargo, la Corte es cautelosa y dicta órdenes generales que no llegan a definir el contenido de las nuevas medidas.

También corresponde al tipo 4 porque obliga a que se actualicen los planes de salud, ampliar la competencia de los Comités Técnico Científicos, entre otras modificaciones particulares al sistema. Y, finalmente, ordena reformular el procedimiento de elaboración o implementación de la Política Pública, es decir, cumple la función 5. Por ejemplo, ordena que la actualización de los planes de salud cuente con la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud y que la Comisión de Regulación en Salud envíe anualmente un informe a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General. La Corte también dispuso que el Ministerio informe a las autoridades de control y a la misma Corte sobre el funcionamiento de las Empresas Prestadoras de Salud y sobre el avance general de las órdenes.

Los mecanismos de seguimiento de la sentencia en la etapa de implementación

Los llamados fallos estructurales se caracterizan por indicar, de forma muy general, la responsabilidad del ejecutivo para responder a la problemática de salud en cada caso. Sin embargo, los detalles de las medidas que se deben adoptar, los plazos, las condiciones de ejecución y el presupuesto, son asuntos que excederían las facultades de los tribunales, por lo cual se precisan con posterioridad a la sentencia. Para el análisis de esta etapa interesa conocer si el fallo tiene mecanismos

de seguimiento y, en caso positivo, a qué tipo de seguimiento se refiere.

El caso de Sudáfrica no tuvo seguimiento alguno. Pese a que en el caso iniciado por TAC el Tribunal Constitucional estableció órdenes perentorias para el Estado, el órgano judicial no ejerció una jurisdicción de seguimiento como los demandantes le habían pedido que hiciera porque consideró que no existían razones para creer que el Gobierno no respetaría y ejecutaría sus órdenes. Sin embargo, una vez emitida la sentencia, no se notó voluntad política para poner en práctica las decisiones del Tribunal Constitucional. Esta falta de seguimiento ha llevado a los expertos a señalar que “el Tribunal debería superar su reticencia a ejercer su jurisdicción de seguimiento con el fin de facilitar las reformas estructurales a largo plazo que se requieren para dar cumplimiento a los derechos socioeconómicos” [19].

Por lo anterior, fue de nuevo la organización TAC quien inició acciones para presionar la obediencia de las órdenes. Enviaron cartas, celebraron reuniones, interpusieron una queja ante la Comisión de Derechos Humanos sudafricana y presentaron una demanda por desacato contra el ministro de salud por tal incumplimiento. En respuesta a estas acciones y a la sentencia, el gobierno adoptó un programa para la prevención de la transmisión vertical.

En segundo lugar, en Argentina el órgano judicial ordenó al Estado adoptar las medidas para asegurar la producción de la vacuna y estableció el seguimiento para su verificación. En tal sentido,

Fijó un mecanismo de seguimiento para darle cumplimiento a la sentencia, que consistió en audiencias públicas, citaciones personales del ministro de salud, intervención de la Defensoría del Pueblo, deberes de información sobre la marcha de las obras del laboratorio para la fabricación de la vacuna y luego del proceso de validación científica y hasta compromisos presupuestarios anuales para asegurar fondos para las obras y la implementación de las obligaciones fijadas [20].

Este proceso de ejecución de la sentencia duró diez años hasta cumplir todas las etapas del desarrollo de la vacuna y llegar a las campañas de vacunación.

En el caso de India, el Tribunal Supremo dio órdenes pidiendo al Gobierno que presentara un informe del plan que se proponía aplicar para facilitar el acceso al tratamiento antirretroviral. En respuesta a esta orden y a la presión de actores nacionales e internacionales, el Gobierno anunció una nueva política en 2003. Aunque los primeros años mostraron progreso, el acceso a los medicamentos no es todavía universal. En 2005 varias personas viviendo con VIH-Sida firmaron una declaración juramentada que fue enviada al Tribunal para una audiencia que se celebraría en agosto de 2006 como parte del proceso de litigio. En esta declaración indicaban la urgente necesidad de los antirretrovirales

y advertían la negativa de muchas autoridades para permitirles el acceso gratuito a estos medicamentos.

El Tribunal pidió explicación del asunto al Gobierno Central puesto que, para ese momento, al menos cinco millones de personas requerían el tratamiento y sólo lo recibían 32.000. El Gobierno respondió con una serie de propuestas y compromisos. En 2008 la *National AIDS Control Organization* (NACO) y el Ministerio de Salud presentaron una lista de compromisos que fueron aprobados por el Tribunal Supremo quien solicitó informes de los avances en la materia. La participación de organizaciones de la sociedad civil ha sido fundamental en este proceso de seguimiento que todavía continúa.

Finalmente, el caso colombiano reúne una variedad de medidas de seguimiento que, aunque resultan débiles frente a otras experiencias de litigio estructural en el país —como es el caso de la sentencia T-025 de 2004 que protege la población en situación de desplazamiento—, van más allá de lo dispuesto en los otros tres casos que se incluyeron en este análisis.

En 2009 la Corte Constitucional creó una Sala Especial de Seguimiento, compuesta por tres magistrados que se encarga de emitir los comunicados y autos relacionados con el seguimiento a la implementación de las órdenes de la sentencia. Este proceso ha previsto la realización de audiencias públicas, la expedición de autos —que van desde la citación al Ministro y a las autoridades regulatorias hasta la declaración del incumplimiento de los avances previstos—, la solicitud de informes técnicos a grupos de expertos en el tema de salud y el llamamiento a rendir cuentas a las autoridades. La Corte ha expedido autos específicos^{**} por cada una de las 16 órdenes estructurales que contiene la sentencia pero, como ya se dijo, la complejidad del tema y, posiblemente la diversidad de criterios entre los actores que hacen parte del proceso, ha llevado a que el seguimiento produzca pocos resultados.

Los actores presentes en la etapa de implementación

En los cuatro casos estudiados hubo intervención de actores sociales en la etapa de implementación de las órdenes judiciales. En Sudáfrica, la TAC inició el litigio y acompañó con distintas acciones la implementación de la sentencia, más aun en ausencia de seguimiento por parte del Tribunal Constitucional. El caso argentino, si bien es iniciado por una persona que habitaba la zona afectada por el mal de rastrojos, recibió acompañamiento del CELS, organización que estuvo presente en el desarrollo de la vacuna.

En la India, el incremento del número de demandas judiciales de grupos de la sociedad civil en materia

social, ha exigido al Tribunal ser innovador y entablar diálogos con el Gobierno. En efecto, la *Voluntary Health Association of Punjab* inició su estrategia de litigio de interés público en el tema de VIH-Sida pero la petición de 2003 sólo fue el comienzo de varias batallas por el acceso a los medicamentos. La presión social también estuvo presente en este caso [21].

Por último, en Colombia distintas organizaciones de la sociedad civil, asociaciones médicas, académicos, ligas de usuarios, entre otras, han hecho parte, de alguna u otra manera, del proceso de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008. Pese a que no han faltado los desacuerdos entre los actores intervinientes y el cumplimiento no ha sido preciso, este litigio ha dado lugar a discusiones profundas sobre la salud en Colombia y a nuevas propuestas de reformas estructurales al sistema.

La relación entre el Tribunal Constitucional y el Ejecutivo

En los cuatro países estudiados el gobierno tiene algún nivel de incidencia en la elección de los miembros de los Tribunales Constitucionales. El Tribunal de Sudáfrica tiene once miembros, su presidente y su vicepresidente son nombrados por el Presidente del país luego de consultar con la Comisión del Servicio Judicial y los líderes de los partidos de la Asamblea Nacional, el resto de miembros son nombrados por el Presidente atendiendo al procedimiento establecido por la Constitución de 1996. En Argentina los magistrados de la Corte Suprema son nombrados por el Presidente de la Nación de acuerdo con el Senado. En India, igualmente, son nombrados por el Presidente luego de consultar con los miembros de la Suprema Corte y, en Colombia, los nueve magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de ternas enviadas por tres autoridades distintas: el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por ende, el Presidente tiene la facultad de tener a tres de los magistrados de la Corte Constitucional.

Discusión

En esta última parte se presenta la comparación de los casos con el propósito de conocer cuáles son las combinaciones de condiciones causales que dan origen a litigios en salud exitosos o, al menos, medianamente exitosos.

El caso TAC de Sudáfrica clasifica como medianamente exitoso porque la sentencia otorga razón a los demandantes, en la medida en que se ordena la disponibilidad del medicamento para prevenir la transmisión vertical del VIH y promueve cambios

^{**} Los autos específicos están disponibles en el siguiente enlace: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/AutosEspecificos.php>

estructurales. Cumple los efectos de desbloqueo y de políticas públicas pero no clasifica como exitoso debido a que no genera espacios de deliberación ni se logra un efectivo acatamiento de las órdenes que conduzcan a la protección generalizada de la salud como consecuencia del fallo (efecto social).

Pese a que la Constitución sudafricana reconoce los Derechos Sociales, Económicos y Culturales como derechos exigibles ante los tribunales, el Tribunal se ha restringido en su activismo en la materia porque si bien ha revisado la razonabilidad de las políticas para su protección, no ha monitoreado el cumplimiento de sus propias órdenes.

El caso de India es, igualmente, medianamente exitoso. El efecto legal de la sentencia no se reflejó en la efectividad de los derechos para 770.000 personas viviendo con VIH-Sida de la población más pobre del país. Para terminar de agravar la situación, su acceso a los medicamentos fue bloqueado por el gobierno. Sólo 10.255 pacientes se habían incorporado al programa del gobierno en julio de 2005 [22]. Este caso no cumple con el efecto social ni el deliberativo, más bien se aprecia el trabajo solitario de la organización *Voluntary Health Association of Punjab* (VHAP) en este tema.

El caso colombiano también puede entenderse como medianamente exitoso. Logra desbloquear el sistema de salud colombiano e impulsa la revisión de sus problemas más profundos. Sin embargo, pese a que la implementación tiene seguimiento y se han generado espacios de diálogo, varios expertos coinciden en que la deliberación ha sido insuficiente y en que la Corte Constitucional no ha asumido el liderazgo del proceso de seguimiento como sí lo ha hecho en el caso de la población desplazada [23]^{§§}. Si bien la intención de la Corte fue buena, en la medida en que evidenció una lista de problemas del sistema (acceso, equidad, mecanismos de solución de conflictos), se quedó corta en crear dispositivos eficaces para hacerle seguimiento. Podría decirse que la Corte se ha mantenido en gran parte pasiva y no ha logrado promover una fuerte participación ciudadana.

Finalmente, el único caso de los analizados que podría considerarse exitoso, por cumplir los cuatro efectos, es el argentino. La sentencia ordena cambios estructurales —en la medida en que dispone seguir estrictamente el cronograma para el diseño de la vacuna— (efecto desbloqueo y de Políticas Públicas). Las medidas adoptadas protegen de manera general el derecho a la salud de los afectados

(efecto social) y, finalmente, el caso propicia espacios de deliberación y motiva la organización social para incidir en el tema (efecto deliberativo).

Veamos coincidencias. Tres casos (Sudáfrica, India y Argentina), se caracterizan por tener demandante colectivo y organizativo. Así mismo, tres de ellos (India, Argentina y Colombia) tienen mecanismos de seguimiento y coinciden en dos tipos de estos: celebrar reuniones o audiencias y solicitar información a las autoridades o llamarlas a rendir cuentas.

Todos los procesos de judicialización analizados coinciden en tres condiciones causales: cuentan con organizaciones sociales que participan de algún modo en la implementación de las órdenes, el ejecutivo interviene de alguna manera en el nombramiento o elección de los integrantes de cuerpo judicial que dio origen a la sentencia y, por último, los cuatro fallos responden a un problema de naturaleza general y sistemática.

Por último, el tipo de orden también parece relevante. El único caso exitoso se caracteriza, a diferencia de los demás, por ordenar una Política Pública existente en lugar de disponer nuevas medidas. Esto coincide con los hallazgos de Gauri y Brinks quienes demuestran, en un estudio comparado, que será más efectiva la protección de los derechos económicos y sociales en tanto se cuente con infraestructura previa para la ejecución de las órdenes judiciales y el gobierno no tenga que empezar de cero^{***}.

Quedan varios aprendizajes para Colombia. Según lo señalado, el litigio estructural en salud tendrá mayor probabilidad de ser exitoso si reúne las siguientes condiciones:

- Responde a una problemática que afecta a un alto número de personas, generalmente en situación de vulnerabilidad, y quienes difícilmente lograrían la protección de su derecho por fuera del ámbito judicial.
- El órgano judicial ordena implementar políticas públicas existentes en lugar de disponer la creación de nuevas medidas.
- Cuenta con el acompañamiento de organizaciones sociales que presionen a las autoridades en la etapa de ejecución de las órdenes del fallo. Como indica Yamin [24] los tribunales constitucionales no operan en el vacío sino que dependen de aliados para la implementación amplia de sus decisiones. Una de las principales lecciones que deja esta

^{§§} Rodríguez Garavito, C. indica que en esta sentencia se da la combinación derechos fuertes, remedios moderados, monitoreo débil, impacto moderado. Mientras que la T-025-2004 sería derechos fuertes, remedios moderados, monitoreo fuerte e impacto alto. No obstante lo anterior, la tasa de crecimiento anual de las tutelas en salud, indicador que señaló la Corte como evidencia del cumplimiento de las órdenes, parece estarse cumpliendo. Entre 2008 y 2009 la caída del número de tutelas en salud fue de cerca del 30% y entre 2009 y 2010 fue de un 6% adicional.

^{***} Estos autores concluyen que son importantes algunas precondiciones para que funcione la “legalización” o judicialización de los derechos económicos y sociales: independencia judicial, movilización legal, apoyo político y social a las Cortes y una estructura de Política Pública existente.

comparación es la importancia de fortalecer las organizaciones sociales dedicadas al tema de salud y de orientar su trabajo hacia objetivos más específicos, como el trabajo con personas que sufren determinadas enfermedades de alto costo, tal como ocurre, principalmente, en los casos de Sudáfrica y la India.

- El órgano judicial adopta medidas de seguimiento, fuertes y permanentes, de las órdenes de la sentencia, para lo cual resulta fundamental la participación de expertos y afectados.

El estudio permite concluir que la protección judicial de la salud no implica necesariamente que los jueces usurpen el poder de los órganos democráticos porque, de hecho, ellos solos pueden hacer muy poco para su garantía, por lo cual su intervención arroja mejores resultados cuando los procesos judiciales cuentan con amplio apoyo político y social y cuando se presentan como un “nuevo lugar” para la deliberación y la inclusión de los afectados en el diseño de Políticas Públicas, es decir, cuando se trata de un “activismo dialógico” de los Tribunales [25].

En efecto, la mayor contribución de la Corte Constitucional colombiana en el tema de salud, más allá de la protección individual de este derecho a millones de personas, ha sido propiciar el diálogo entre distintos actores relacionados con el tema. Sin embargo, la descoordinación, la desconfianza y las posiciones extremas respecto al modelo de salud, han opacado los avances del seguimiento a las órdenes producidas en el caso estudiado.

Al respecto, dos retos claros para la academia y las organizaciones sociales en el corto plazo son, por un lado, producir información basada en estudios empíricos sobre metodologías para evaluar los impactos del litigio salud y, por otro lado, fortalecer la organización sectorial y descentralizada e impulsar acciones concretas —en lugar de críticas generales— para lograr mayor visibilidad en la reestructuración del complejo sistema de salud colombiano. Impulsar la organización social, además, tendría efectos positivos como canalizar las demandas individuales al poder judicial, vigilar los riesgos de corrupción y clientelismo en la salud y reforzar la legitimidad de las decisiones de las Cortes cuando toman decisiones con implicaciones económicas estructurales como en los casos estudiados.

Esta recomendación cobra mayor relevancia considerando la reciente reforma introducida al artículo 334 de la Constitución que establece el principio de la sostenibilidad fiscal y la posibilidad de que el gobierno, o el Ministerio Público, presenten un incidente de impacto fiscal para frenar los efectos de este tipo de sentencias,

medida que podría limitar la protección judicial de derechos sociales como el derecho a la salud^{†††}.

La complejidad de los problemas que enfrenta la protección del derecho a la salud en Colombia amerita, entonces, ir más allá de las alabanzas o las críticas al protagonismo judicial. Requiere explorar arreglos institucionales que faciliten una mayor coordinación y participación de la sociedad civil y canalizar la organización social hacia la exigencia del compromiso gubernamental con la protección general de este derecho.

Referencias

- 1 Brinks D, Gauri G. A new policy landscape: legalizing social and economic rights in the developing world. En: Brinks D. y Gauri G. (Eds.) *Courting Social Justice*. New York: Cambridge, 2008.
- 2 Rodríguez C. Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social. En: Langford M. (Ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Ed.; 2013.
- 3 Sabel Ch, Simon W. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*. vol. 117 núm. 4; 2004. p. 1015-1101.
- 4 Rodríguez C. Epílogo: Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En: Langford M. (Ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Ed., 2013.
- 5 Ragin Ch. La construcción de la investigación social: Introducción a los métodos y su diversidad. Bogotá: Universidad de los Andes, 2007.
- 6 Rodríguez C, Rodríguez D. Cortes y cambio social. *Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- 7 Expediente SA 721 (CC), del 5 julio de 2002, [acceso 3 de mayo de 2013]. Disponible en: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/thecourt/history.htm#cases>
- 8 Berger J. Litigation for social justice in post-apartheid South Africa: A focus on Health and Education. En: Brinks D, Gauri G. *Courting Social Justice*, New York: Cambridge; 2008. p 38-98.
- 9 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) [Internet] Amparo colectivo por derecho a la salud, [acceso 26 de enero de 2014]. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/documentos/?info=detalleDoc&ids=3&lang=es&ss=&idc=601>
- 10 Muralidhar S. India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales. En: Langford, M. (Ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Ed., 2013.
- 11 Rodríguez C. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America, *Texas Law Review*. vol. 89 núm. 7; 2001.
- 12 Geffen N. What do South Africa's AIDS statistics mean? A TAC briefing paper [Internet], [acceso 20 de febrero de 2014] Disponible en: <http://www.tac.org.za/content/aids-statistics-explained>
- 13 Red de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) [Internet], [acceso 23 de abril de 2013]. Disponible en <http://www.escr-net.org/docs/i/397065>

††† Congreso de la República, Ley 1695 de 2013. “Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

- 14 National AIDS control organization (NACO), Ministry of Health & Family Welfare, Government of India [Internet] [acceso 26 de enero de 2014], Disponible en <http://www.nacoonline.org/NACO>
- 15 Human Rights Law Network [Internet]. Docket: Voluntary Health Association of Punjab (VHAP) vs. The Union of India and others, [acceso 20 de febrero de 2014] Disponible en: <http://www.hrln.org/hrln/hiv-aids/pils-a-cases/205-docket-voluntary-health-association-of-punjab-vhap-vs-the-union-of-india-and-others.html#ixzz2TK9LgcVk>.
- 16 Revista Semana [Internet] Cada cinco minutos hay una tutela en el sector de la salud, 04 de agosto de 2012 [acceso 23 de abril de 2013]. Disponible en http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/salud/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12096201.html.
- 17 Abramovich V. La revisión judicial de las políticas sociales. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2009.
- 18 Courtis C. Argentina: Algunas señales prometedoras. En: Langford M. (Ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Ed., 2013.
- 19 Liebenberg S. Sudáfrica: El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una Constitución transformadora. En: Langford M. (Ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Ed.; 2013. p. 178.
- 20 Abramovich V, Pautassi L. El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina, *Salud Colectiva*. vol. 4 núm. 3; 2008. p. 271.
- 21 Jain D, Stephens R. The Struggle for Access to Treatment for HIV/AIDS in India, New Delhi: Human Rights Law Network, 2008.
- 22 Shankar S, Mehta P. Courts and socioeconomic rights in India. En: Brinks D, Gauri G. (Eds.) *Courting Social Justice*. New York: Cambridge, 2008.
- 23 Rodríguez C. La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones. En: Bernal O, Gutiérrez C. (compiladores). *La Salud en Colombia: Logros, retos y recomendaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.
- 24 Yamin A. Poder, sufrimiento y los tribunales. Reflexiones acerca de la promoción de los derechos de la salud por la vía de la judicialización. En: Yamin A, Gloppen S. (Coordinadoras). *La lucha por los derechos de la salud*. Buenos Aires: Siglo XXI Ed., 2013.
- 25 Rodríguez C, Rodríguez D. Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia; 2010. p. 55.