



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

## ESCUELA DE POSGRADO

**Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional**

### **SENTENCIAS ESTRUCTURALES Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en  
política jurisdiccional

Autora:

**MÓNICA LILIANA BARRIGA PÉREZ**

Asesora:

**Dra. CARMEN BEATRIZ VELAZCO RAMOS**

Lima - Perú, 2014

A mi hija Julieta,

A mi esposo,

A mis padres

Por su apoyo y amor incondicional.



## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

#### Capítulo 1: LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

1.1. CONTENIDO, ALCANCE Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.....	10
1.1.1. Obligaciones negativas y positivas de los derechos humanos .....	14
1.1.2. Mecanismos procesales y/o judiciales para garantizar su protección .....	23
1.2. ANÁLISIS COMPARADO SOBRE LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD .....	30
1.2.1. Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos .....	32
A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	32
B) Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	42
C) Sistema Regional Africano de Derechos Humanos.....	53
1.2.2. Experiencia comparada en países de la región .....	58
A) Argentina .....	58
B) Brasil .....	60
C) Colombia .....	64
1.3. EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	76

#### Capítulo 2: LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	85
2.2. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES: EXPERIENCIA COLOMBIANA .....	88
2.2.1. Definición .....	92
2.2.2. Desarrollo jurisprudencial.....	93
A) Primera etapa: Surgimiento (1997 .....	93
B) Segunda etapa: Consolidación (1998-1999.....	97
C) Tercera etapa: Fortalecimiento (2004-2008).....	102
2.3. RELACIÓN ENTRE EL <i>ECI</i> Y LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES .....	114
2.4. EFECTOS DE LA EMISIÓN DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES .....	134
2.4.1. Transformación socio-jurídica .....	136
2.4.2. Fortalecimiento de la Democracia Deliberativa .....	139

### Capítulo 3: SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN EL PERÚ Y LA PROTECCION EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD

3.1. EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHO HUMANOS.....	144
3.1.1. El juez y la democracia .....	148
3.1.2. Las herramientas con que cuentan los jueces para generar cambios sociales .....	156
3.1.3. El rol del juez en las políticas públicas .....	158
3.2. SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN EL PERÚ .....	165
3.2.1. Caso VIH-SIDA (STC-2945-2003-AA/TC, STC-2016-2004-AA/TC .....	166
3.2.2. Caso acceso a la información CNM (STC- STC-2579-2003 HD/TC.....	173
3.2.3. Caso pago de subsidios a docentes (STC-3149-2004 AC/TC).....	182
3.2.4. Caso contaminación por plomo – La Oroya (STC-2002 – 2006 PC/TC) .....	187
3.2.5. Caso salud mental detenidos del INPE (STC-03426-2008-PHC/TC) .....	202
3.3. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD .....	215
CONCLUSIONES .....	222
BIBLIOGRAFÍA	

## ABREVIATURAS

AOE:	Anticonceptivo Oral de Emergencia
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CESCR:	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sigla en inglés)
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNM:	Consejo Nacional de la Magistratura
DESC:	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIGESA:	Dirección General de Salud Ambiental
ECI:	Estado de Cosas Inconstitucional
EPS:	Entidad Promotora de Salud
FOSYGA:	Fonda de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguros y Salud
INPE:	Instituto Nacional Penitenciario del Perú
INPEC:	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia
JNE:	Jurado Nacional de Elecciones del Perú
OEA:	Organización de Estados Americanos
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONPE:	Oficina Nacional de Procesos Electorales del Perú
PAMA:	Programa de Adecuación y Manejo Ambiental
PIDESC:	Pacta Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
POS:	Plan Obligatorio de Salud (Colombia)
POSS:	Plan Obligatorio Subsidiado de Salud (Colombia)
RENIEC:	Registro Nacional de Identificación y del Estado Civil del Perú
SRADH:	Sistema Regional Africano de Derechos Humanos
SU:	Sentencia de Unificación (Corte Constitucional de Colombia)
TC:	Tribunal Constitucional del Perú
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación surge como una motivación respecto al papel cada vez más activo de las Cortes y Tribunales Constitucionales en América Latina en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Es innegable el rol protagónico que viene desempeñado el juez constitucional en el Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, aunado a la conciencia ciudadana de acudir, cada día más, a la jurisdicción constitucional para solicitar la tutela de sus derechos y materializar las garantías constitucionales. Auge que no solo corresponde a la protección de los derechos civiles y políticos, sino que en las últimas dos décadas se ha ampliado notablemente a favor de los derechos sociales.

Paradójicamente, ante la labor activa de los jueces constitucionales también nos encontramos con otra realidad, que consiste en la insatisfacción de las necesidades básicas de buena parte de las sociedades latinoamericanas. Insatisfacción que se traduce en desprotección de los derechos humanos, principalmente de los derechos sociales, como son: salud, saneamiento básico, vivienda, educación, entre otros. Pues, no es fácil armonizar la protección efectiva de los derechos humanos con la compleja realidad social y los escasos recursos estatales que se destinan a su protección. Además, en algunos casos nos encontramos ante situaciones de desarticulación institucional, inaplicación o ausencia de reglamentación y/o de políticas públicas, insuficiente apropiación presupuestal y trabas burocráticas que afectan sustancialmente el disfrute de los derechos humanos.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia creó el concepto de *Estado de Cosas Inconstitucional* y emitió sentencias estructurales como un mecanismo mediante el cual, el

máximo órgano constitucional soluciona un problema sistémico de funcionamiento estatal y protege los derechos humanos de los ciudadanos. Ante la ausencia de una respuesta estatal efectiva le ordena a las entidades competentes la elaboración inmediata de una estrategia que solucione integralmente el problema identificado. Además, de acercar a los ciudadanos y a las diferentes autoridades para generar un diálogo armónico, en el entendido de que la solución no depende de una sola institución o funcionario, sino de la intervención de múltiples entidades y de diversos actores sociales.

Atendiendo a esta experiencia, nos surge la siguiente interrogante ¿el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo el modelo colombiano, ha emitido sentencias estructurales para asegurar la protección efectiva del derecho a la salud?

De acuerdo con lo anterior, el objetivo principal del presente trabajo de investigación es determinar si el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo el modelo colombiano, ha emitido sentencias estructurales para asegurar la protección efectiva del derecho a la salud. Consideramos, como hipótesis de trabajo, que el TC, tomando como antecedente la experiencia de la Corte Constitucional Colombiana, ha emitido sentencias estructurales en temas relacionados con el derecho a la salud, y en general con los derechos humanos, para lograr su protección efectiva.

Para alcanzar nuestro objetivo utilizamos una metodología teórico-dogmática, partiendo de una revisión bibliográfica exhaustiva para, posteriormente, centrarnos en el desarrollo jurisprudencial de las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional del Perú con el fin de comprobar nuestra hipótesis. El trabajo está estructurado en un esquema analítico-deductivo que desarrolla un estudio diferenciado de los conceptos básicos de la presente investigación –a saber, la protección del derecho a la salud y las sentencias estructurales según el modelo colombiano– con el fin de profundizar en la relación entre ambos conceptos, aplicados a la realidad peruana.

Para comprobar nuestra hipótesis, hemos dividido el presente trabajo de investigación en tres capítulos:

En el primer capítulo determinaremos el contenido, alcance y exigibilidad del derecho fundamental a la salud en el ordenamiento jurídico peruano. Además, realizaremos un análisis comparado sobre la exigibilidad judicial del derecho a la salud en los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos y de algunos países sudamericanos. Finalizaremos con un análisis detallado del reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución Política del Perú y los parámetros de exigibilidad señalados por TC, con el fin de establecer la exigibilidad del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico peruano.

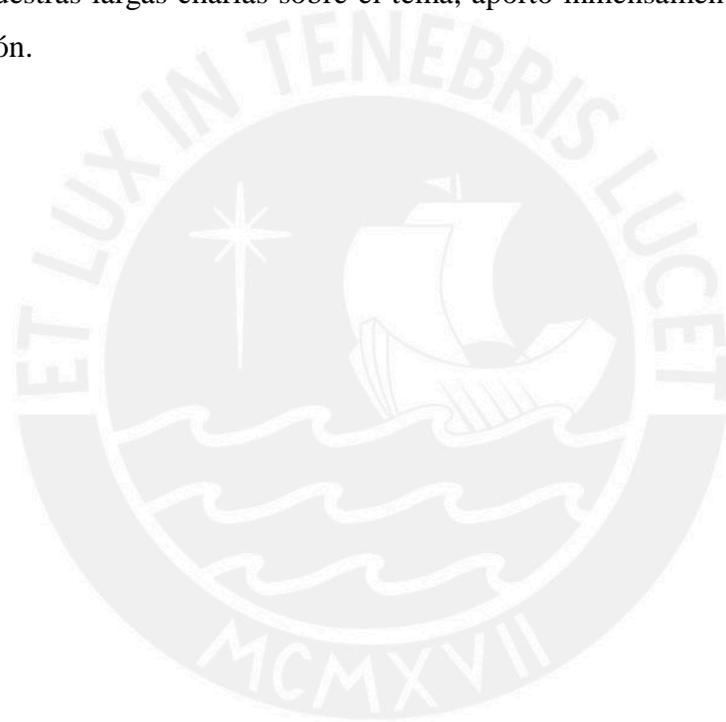
En el segundo capítulo analizaremos las sentencias estructurales emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, a partir de un análisis jurisprudencial; y evidenciaremos la relación que existe entre las sentencias estructurales y el *Estado de Cosas Inconstitucional -ECI-*, con el fin de identificar los antecedentes históricos, los fundamentos jurídicos y los efectos que producen este tipo de sentencias.

En el tercer capítulo analizaremos las sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú, centrandó nuestra atención en los pronunciamientos sobre el derecho a la salud, sin dejar de analizar los demás pronunciamientos estructurales. Asimismo, identificaremos el cumplimiento de las órdenes emitidas por el TC, con el fin de determinar si la emisión de las sentencias estructurales contribuye a la protección del derecho a la salud en el Perú.

Dentro de las limitaciones que encontramos está el escaso material doctrinario acerca de las sentencias estructurales ya que, como es una figura jurídico-procesal de creación jurisprudencial, el mayor análisis y desarrollo lo encontramos en la jurisprudencia de los países que han utilizado este tipo de sentencias. Por lo tanto, como las sentencias estructurales son novedosas y de reciente utilización por parte de los altos tribunales

constitucionales de América Latina, (v. gr. Perú y Colombia) es un mecanismo jurídico en construcción y constante desarrollo.

Finalmente, le agradezco a mi asesora Carmen Beatriz Velazco Ramos por sus acertadas sugerencias y comentarios, así como por el gran apoyo metodológico que me brindo para lograr estructurar el presente trabajo de investigación. También, le agradezco a Heber Joel Campos Bernal, quien además de ser mi compañero de vida, con sus pertinentes comentarios y nuestras largas charlas sobre el tema, aportó inmensamente en el desarrollo de la investigación.



## CAPITULO 1

### LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

#### 1.1. CONTENIDO, ALCANCE Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Para establecer cuál es la exigibilidad del derecho a la salud, primero debemos identificar su contenido y alcance, y posteriormente determinar los mecanismos judiciales con los que cuenta a nivel nacional e internacional para lograr su protección efectiva. Así, encontramos que existen innumerables instrumentos internacionales que reconocen el Derecho a la Salud, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 25, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación, artículo 5, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, artículo 12, la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10. La regulación más exhaustiva la realiza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), que reconoce en el artículo 12 el derecho que tienen todas las personas a

disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>1</sup>, estableciendo la obligación de los Estados parte de promover el respeto y disfrute efectivo de todos los derechos humanos, especialmente los consagrados en el PIDESC.

Es necesario resaltar que la lista de instrumentos internacionales no se agota aquí, pues existe gran variedad de convenciones y protocolos regionales que también reconocen el derecho a la salud, esto sin contar que la mayoría de los Estados consagran en sus Constituciones y ordenamientos internos la protección y goce del derecho a la salud.

Sin embargo, no es fácil establecer una única definición del derecho a la salud, ya que su contenido es variado, amplio y complejo, e involucra diversas aristas que se deben considerar en el momento de su aplicación y protección. Por tal razón, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CESCR-, que es el órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDESC en los Estados Parte, señaló en la Observación General N° 14 (2000), las cuestiones sustantivas sobre la aplicación del artículo 12, señalando que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales, que a su vez se encuentran interrelacionados:

a) *Disponibilidad.* Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal

---

<sup>1</sup>Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario

científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Como podemos apreciar, el derecho a la salud es muy amplio e involucra una interrelación con otros derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, para lograr una satisfacción óptima y una protección efectiva. En este contexto podemos afirmar que el derecho a la salud es un derecho humano, catalogado tradicionalmente como un derecho económico, social y cultural, que por su vínculo indisoluble con el disfrute de otros derechos humanos es considerado un derecho fundamental para todos los ciudadanos<sup>2</sup>. No se agota en la posibilidad de estar libre de enfermedades o afecciones, siguiendo los parámetros de la Organización Mundial de la Salud – OMS-, sino que es *un estado completo de bienestar físico, mental y social*, que de acuerdo con el PIESC comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. Por lo tanto, involucra acciones positivas y negativas por parte del Estado para lograr la mayor cobertura posible, accesibilidad, asequibilidad, adecuada infraestructura, personal médico capacitado, equipos en buen estado y un servicio de calidad (efectivo y eficiente).

Así, después de esbozar el contenido y alcance del derecho a la salud vamos a entrar a analizar la exigibilidad judicial de este derecho, pues si bien es cierto, en la doctrina de los años 70's y 80's<sup>3</sup> se planteó el paradigma de la exigibilidad de los derechos sociales, como disposiciones programáticas carentes de mecanismo judiciales que obligaran al Estado y/o particulares al cumplimiento efectivo de los DESC. En los últimos veinte años el escenario ha ido cambiando para sostener que existen mecanismos judiciales que garanticen su protección y exigibilidad, apoyados en el reconocimiento expreso que realizan los tratados

---

<sup>2</sup> Observación General N° 14 emitida el 11 de agosto de 2000, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Ver: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

<sup>3</sup> HAYEK, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad: El espejismo de la justicia social*. Madrid: Unión Editorial, vol.2, cap. 9, 1979. Nikken, Pedro. "El concepto de derechos humanos". En IIDH. Estudios básicos de derechos humanos I. San José, Costa Rica. 1994.

internacionales y en el activismo judicial de varios Tribunal Internacionales y Nacionales en pro de la garantía y disfrute de los derechos sociales.<sup>4</sup>

Entre los principales argumentos que se exponen para negar la exigibilidad de los DESC encontramos: i) La distinción entre obligaciones negativas y positivas de los derechos humanos, para centrar la discusión en la disponibilidad presupuestal de cada Estado, y ii) La ausencia de mecanismos procesales y judiciales adecuados para garantizar su protección, atribuyendo que existe una invasión antidemocrática del juez constitucional.

### 1.1.1. Obligaciones negativas y positivas de los derechos humanos

Respecto a este primer argumento es necesario resaltar que surge de la comparación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, afirmando que la primer categoría de derechos generan exclusivamente obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado y, por el contrario, la segunda categoría de derechos se caracterizan por generar obligaciones positivas o de acción por parte del Estado. Por lo tanto, los derechos civiles y políticos son plenamente exigibles al Estado, porque no requieren de su intervención para garantizar su disfrute a todos los ciudadanos, así su protección radica en la no intervención estatal, por ejemplo: la libertad de expresión, la libertad de locomoción o tránsito, el derecho a elegir y ser elegido, el derecho a la propiedad, etc.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2006. LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá DC: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

<sup>5</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002, pp. 21 y ss.

En contraste, los DESC son derechos que requieren de acciones o prestaciones para su protección y disfrute por parte del Estado hacia los ciudadanos, y como toda acción del Estado implica gastos, y no puede obligársele al Estado a que emprenda programas, estrategias o políticas públicas que garanticen su real y efectivo disfrute. Por eso autores como Hayek, Friedrich, Giovanni Sartori y Danilo Zolo afirman que debería hablarse del derecho a la salud, derecho, a la educación, al trabajo en un sentido figurado o metafórico, pero no con un contenido jurídico, pues son aspiraciones a las cuales algún día pretende llegar el Estado que las consagra normativamente.<sup>6</sup>

Sin embargo, autores como Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, Christian Courtis y Víctor Abramovich, sostienen que no existe una diferencia sustancial entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, ya que, las dos categorías de derechos llevan implícitas obligaciones negativas y positivas por parte del Estado. En este sentido, el catalogo o clasificación de los derechos humanos consiste en una diferencia de grado dependiendo del cúmulo de obligaciones que más caracterizan un derecho y, por lo tanto, tiene un valor histórico u ordenatorio, pero no determina su grado de exigibilidad. Al respecto Víctor Abramovich y Christian Courtis señalan:

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina <<derechos-prestación>>. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente.  
[...]

---

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli. "Prólogo". En ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002, pp. 9 y ss. NINO, Carlos. *Sobre los derechos sociales, en Derechos Sociales y Derechos de las minorías*. México: Porrúa, 2001, pp. 211 y ss.

Si, como venimos sosteniendo, la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales no puede fundarse sobre argumentos de orden lógico-deóntico, ni sobre la presencia o ausencia de características tales como la exigibilidad judicial, cabe preguntarse entonces si mantener la distinción tiene algún sentido, o bien, dicho de otro modo, si existe algún factor que permita justificar la distinción. En nuestra opinión, la distinción sólo es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas, o matrices políticos-ideológicos diferentes de regulación jurídica, y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivizados los diversos derechos.<sup>7</sup>

De esta forma, todos los derechos humanos implican abstenciones y acciones del Estado, en el sentido que la garantía efectiva de los derechos requiere que existan instituciones, mecanismos y funcionarios públicos mediante los cuales se puede sancionar la intromisión o inacción injusta del Estado, así como, el cumplimiento de los límites y de las acciones que deben emprender tanto el Estado como los particulares para la protección de los derechos. Por lo tanto, la distinción tradicional de los tipos o generaciones de los derechos humanos corresponde a un momento histórico en el que fueron reconocidos, pero no corresponde a la exigibilidad de los mismos ante el Estado, ya que los derechos sociales están en el mismo nivel de garantía y exigibilidad constitucional que los derechos individuales.

Con el fin de aclarar el anterior planteamiento, podemos remitirnos a ejemplos concretos que nos ayuden a dilucidar la doble connotación –negativa y positiva- que tienen todos los derechos humanos. Pensemos en el derecho a la propiedad (reconocido como derecho civil y político), para garantizar la protección de este derecho no basta con la simple abstención del Estado en no interferir en los bienes de los ciudadanos, sino, que se requiere de instituciones estatales que registren, vigilen y protejan los bienes privados de los ciudadanos, como es: un Registro Público de bienes inmuebles, servicios de catastro, fijación y control sobre la zonificación y uso del suelo (Alcaldías Municipales), la presencia de la Policía Nacional, etc. Además, se requiere de funcionarios públicos que emprendan

---

<sup>7</sup> Op cit. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, pp. 25 y 47.

acciones para proteger la propiedad privada de la intromisión ilegal de terceros o del propio Estado, y ante las cuales se puede solicitar la protección de su derecho en caso de ser vulnerado, todo esto se traduce en erogación estatal, y por lo tanto, no sería factible afirmar que los derechos civiles y políticos no implican gastos<sup>8</sup>.

Esta relación entre las acciones, instituciones y funcionarios públicos que emplea el Estado en la protección de los derechos civiles y políticos podría realizarse con cada uno de los derechos enlistados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Por ejemplo, analicemos los derechos políticos, específicamente el derecho a elegir y ser elegido, artículo 23 numeral 1, inciso b) de la CADH<sup>9</sup>, que establece la posibilidad de que todos los ciudadanos acudan a las urnas para escoger a sus representantes y autoridades, para lo cual se requiere de: instituciones públicas que organicen y vigilen los procesos electorales, que se habiliten a los participantes, es decir, los ciudadanos que pueden ejercer este derecho y los partidos políticos que cumplen con las disposiciones normativas para participar del proceso democrático, la elaboración de cédulas o tarjetones electorales, capacitar a las personas que están en las mesas de votación, contar con un padrón actualizado de votantes, realizar el conteo de votos, entre otros aspectos indispensables para ejercer el derecho al voto de todos los ciudadanos, todo lo cual, innegablemente se traduce en gastos.

---

<sup>8</sup>Ver estos y otros ejemplos en HOLMES, Stephen, y SUNSTEIN, Cass. *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002.

<sup>9</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos, consagra lo siguiente: Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En el caso peruano las entidades estatales encargadas de realizar las funciones antes señaladas son el JNE, ONPE y RENIEC<sup>10</sup>, que actúan con autonomía, con presupuestos independientes y mantienen relaciones de coordinación entre sí. El proceso de elecciones presidenciales del año 2001 en el Perú, en primera vuelta presidencial y parlamentaria costó 43 millones de dólares, y en la segunda vuelta presidencial el valor fue de 27 millones de dólares<sup>11</sup>. El proceso electoral de revocatoria de la Alcaldesa de Lima, la señora Susana Villarán, costó S/. 69.000.000<sup>12</sup> y las elecciones complementarias de regidores constaron S/. 100.000.000<sup>13</sup>. Lo anterior no quiere decir que no debe invertirse el dinero público en los procesos electorales, todo lo contrario, es el costo democrático de garantizar efectivamente los derechos políticos a todos los ciudadanos. Pero, también nos deja claro, que la garantía de los derechos civiles y políticos implica gastos, y por lo tanto, su protección y garantía requiere de disponibilidad presupuestal, que en algunos casos, como la revocatoria, no se encontraban previamente presupuestados. En este sentido, no es posible sostener que los DESC no son exigibles, porque requieren de disponibilidad presupuestal e involucran gastos, pues como hemos anotado la protección efectiva de todos los derechos humanos necesitan de recursos estatales. Así:

---

<sup>10</sup> El Sistema Electoral Peruano está conformado por tres entidades públicas: Jurado Nacional de Elecciones (JNE), encargado de fiscalizar la legalidad de los procesos electorales y de administrar justicia electoral. Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), dedicada a planificar, organizar y ejecutar los procesos electorales, incluido su presupuesto, velar por el respeto de la voluntad popular y promover la libre participación. Registro Nacional de Identificación y del Estado Civil (RENIEC), encargado de preparar y actualizar el padrón electoral en coordinación con la ONPE. (Constitución Política del Perú, artículos del 176° – 187°).

<sup>11</sup> TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *La democracia tiene un costo: hacer elecciones*. Oficina Nacional de Procesos Electorales –ONPE, pp. 160, pie de página N° 4. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2013. Ver link: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/DA44F090B9402DC1052575A60078F4B7/\\$FILE/1hacer.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/DA44F090B9402DC1052575A60078F4B7/$FILE/1hacer.pdf)

<sup>12</sup> La República. *ONPE: Consulta de Revocatoria en Lima costará s/. 69 millones*. Fecha de publicación: 30 de Octubre de 2012. Fecha de consulta: 30 de Septiembre de 2013. Ver link: <http://www.larepublica.pe/30-10-2012/onpe-consulta-de-revocatoria-en-lima-costara-s-69-millones>

<sup>13</sup> El Comercio. *Elecciones complementarias en Lima costarán cerca de s/. 100 millones*. Fecha de Publicación: 15 de Agosto de 2013. Fecha de consulta: 30 de Septiembre de 2013. Ver link: <http://elcomercio.pe/actualidad/1617851/noticia-elecciones-complementarias-lima-costaran-cerca-100-millones>

El problema de la escasez de recursos no es que estos lo sean, sino que el Estado no haya explicitado cuáles son sus prioridades frente a la escasez. La protección del derecho a la vivienda puede ser prioritario y agotar todos los recursos existentes y, viceversa, puede serlo y no agotar todos los recursos. El papel que le toca cumplir al juez constitucional es discriminar precisamente cuándo y por qué la protección de un derecho (a secas) es más relevante que otro y, en esa medida, evaluar si los recursos del Estado son suficientes para ello o no. Si vamos a aceptar que la escasez es un elemento que se debe tomar en cuenta, lo menos que podemos pedirle al juez constitucional [y al Gobierno en general, Ministros, Legisladores, etc.] es que nos diga por qué en unos casos sí está dispuesto a aceptar la erogación de recursos por parte del Estado y por qué en otros no.<sup>14</sup>

Entonces nos preguntamos, ¿la garantía y exigibilidad de los derechos realmente depende del nivel de gastos? ¿Partimos de un reconocimiento netamente económico para organizar los principios constitucionales que deben regir nuestra sociedad? Considero que no, que la discusión jurídica debe ir más allá, si bien es cierto que todos los Estados requieren de un presupuesto para poder ejecutar sus políticas públicas, el tema económico no puede ser la excusa para el reconocimiento de unos derechos sobre otros, ni para desproteger o vulnerar cierto tipo de derechos. Al respecto Stephen Holmes y Cass Sunstein afirman:

Quienes censuran los derechos al bienestar porque cuestan dinero no deberían dar por sentado que los derechos de propiedad deben ser totalmente salvaguardados, dado que el contraste convencional entre los derechos de bienestar, que son sólo aspiraciones, y los de propiedad limitados tampoco sobrevivirían a ningún escrutinio exhaustivo. Nuestra libertad de toda interferencia gubernamental depende del presupuesto tanto como nuestro derecho a la asistencia pública. Ambas libertades deben ser interpretadas. Ambas son impuestas por funcionarios públicos que apoyados por dineros públicos, tienen un margen discrecional bastante amplio para interpretarlas y protegerlas. [...] Todos los derechos son vagos por la simple razón de que tiene costos y, por lo tanto, nunca pueden estar perfecta o completamente protegidos.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> CAMPOS, Heber Joel. ¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho –PUCP, Cuaderno de Trabajo del CICAJ N°4, PUCP. 2013, pp. 24.

<sup>15</sup> HOLMES, Stephen, y SUNSTEIN, Cass. *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 142 y 143.

La protección de los derechos, bien sea sociales o individuales, requiere de acciones negativas y positivas del Estado para ser garantizados a todos los ciudadanos, es decir, requieren de recursos. Además, el reconocimiento internacional y constitucional que realiza cada Estado genera la exigibilidad de los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los particulares, ya que, una vez consagrados cuentan con los mecanismos de protección internos e internacionales. Por lo tanto, las acciones y omisiones de los Estados serán evaluadas de acuerdo con los parámetros internacionales que se han fijado para su protección, respecto al derecho de la salud el CDESCR estableció que:

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.<sup>16</sup>

Como podemos observar, la protección del derecho a la salud implica obligaciones tanto negativas como positivas por parte de los Estados. Negativas, como el deber de respetar el disfrute del derecho a la salud de todos los ciudadanos, sin intromisión del Estado, y positivas, como el deber de proteger este derecho, adoptando las medidas necesarias para su protección y evitar la interferencia de terceros. También, se impone la obligación de cumplir con las medidas legislativas, administrativas, judiciales y presupuestarias para otorgar plena efectividad al derecho a la salud. Entonces, solo dos de las tres obligaciones impuestas a los Estados, implica –en mayor o menor medida– realizar una erogación presupuestal de los recursos públicos, tal como sucedería con la protección de los derechos

---

<sup>16</sup> Observación General N° 14 emitida el 11 de agosto de 2000, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Ver link en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

individuales, pues a partir de su consagración en el ordenamiento jurídico, se hace exigible este derecho para materializar su protección.

Adicionalmente, la Observación General N°14 (2000), fijó algunas de las *obligaciones básicas*<sup>17</sup>, que se encuentran incluidas dentro de los niveles esenciales del derecho a la salud, cuyo cumplimiento no puede ser diferido, así como algunas de las *obligaciones prioritarias*<sup>18</sup>. En cuanto al incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, el Comité advierte que debe distinguirse entre la renuencia del Estado para cumplir, pues no está dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que dispone para otorgar efectividad al derecho a la salud y; por otro lado, la incapacidad para cumplir con alguna de las obligaciones, entendida como la limitación de recursos con que cuenta el Estado, caso

---

<sup>17</sup> Al respecto se incluyen: “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.” Observación General N°14 (2000).

<sup>18</sup> Al respecto se incluyen: “a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad; c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades; e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.”

en el cual, deberá justificar que ha utilizado todos los recursos disponibles para satisfacer las obligaciones básicas que son inderogables<sup>19</sup>.

Teniendo en cuenta, que la protección y garantía de los derechos humanos implica el deber de realizar la asignación presupuestal de los recursos estatales destinados para su materialización y real disfrute de los ciudadanos, en un contexto en el cual los recursos son escasos o limitados, entonces ¿De qué depende la distribución de recursos estatales para garantizar unos derechos sobre otros? Considero que la decisión de consagrar normativamente los derechos, implementar políticas públicas de protección y generar acciones o mecanismos que garanticen el disfrute de unos derechos sobre otros, depende básicamente de la voluntad política del propio Estado, pues, cada Estado establece mediante sus órganos de poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) cuáles son los principios y derechos constitucionales que desea proteger, es decir, “si todos los derechos tienen costos, entonces nos guste o no, la política es una carta de triunfo”, como sostiene el aforismo del científico político B. Guy Peter (1991, p.3), que nos recuerda el papel inevitable de la decisión política en la creación del presupuesto público”<sup>20</sup>.

De esta forma, la voluntad política del Estado, expresada a través de sus órganos de poder, se constituye en la forma como se disponen los recursos suficientes para la protección y disfrute de los derechos humanos, consecuentemente, es la forma mediante la cual se decide qué derechos proteger y cuáles no. Por esa razón, se concentra la ejecución del presupuesto en la creación de instituciones u organizaciones que permitan el acceso de los ciudadanos al disfrute de determinados derechos, o la creación de acciones judiciales que permitan que los ciudadanos le exijan al Estado su protección en caso de una amenaza

---

<sup>19</sup> Observación General N° 14 emitida el 11 de agosto de 2000, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Ver link en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

<sup>20</sup> HOLMES, Stephen, y SUNSTEIN, Cass. *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 145.

inminente. Siendo así, debemos hacer hincapié en la protección del derecho a la salud, pues vislumbrando la problemática social, los órganos del Estado deberán tomar acciones para garantizar su protección efectiva, ya que, como hemos expresado, la protección de los derechos no depende de la categoría doctrinaria a la que pertenezca ni a la disponibilidad presupuestal, sino de la voluntad política del Estado en su reconocimiento y protección.

### 1.1.2. Mecanismos procesales y/o judiciales para garantizar su protección

Otra de las objeciones tradicionales que se ha expresado para restarle exigibilidad a los derechos sociales, corresponde a la ausencia de mecanismos procesales y/o judiciales adecuados para garantizar su protección, pues doctrinariamente, se ha sostenido que los DESC no pueden ser objeto de exigibilidad judicial porque son simplemente aspiraciones o medidas programáticas, que carecen de obligaciones concretas por parte del Estado, es decir, son disposiciones abiertas que necesitan de un grado de materialización estimable, siendo esta característica la que torna a los derechos sociales en no susceptibles de recibir tutela judicial.<sup>21</sup> Sin embargo, como explicamos anteriormente, los derechos sociales son derechos concretos, exigibles y realizables al igual que los derechos civiles y políticos, pues, la existencia de obligaciones negativas y positivas son características que comparten todos los derechos humanos y no son solamente atribuibles a los derechos económicos, sociales y culturales.

Además, es necesario aclarar que la obligación de cumplimiento progresivo del Estado para lograr la plena efectividad de los DESC, no significa que carezcan de mecanismos o herramientas judiciales para lograr la efectiva adopción de medidas públicas por parte del Estado. Como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 3 (1990), los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar la protección de los DESC dentro de un plazo razonable, y dichas medidas

---

<sup>21</sup>ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002, pp. 117 – 121.

pueden ser legislativas, judiciales, administrativas, financieras, educacional y sociales, esto quiere decir, que el propio PIDESC ha contemplado la exigibilidad judicial de los DESC, señalando dentro de las obligaciones del Estado la de adoptar medidas que permitan que los ciudadanos acudan directamente ante los tribunales nacionales a solicitar la protección de sus derechos. Al respecto se indicó literalmente lo siguiente:

Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados.

Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

[...]

Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”.

[...]

Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. [...] El Comité desearía que se le informase hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables (es decir, que pueden ser invocados ante los tribunales.)<sup>22</sup>

Adicionalmente, vale la pena resaltar que los Tribunales y los propios ciudadanos han venido coadyuvando a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, utilizando estrategias procesales para acceder a la administración de justicia, y los jueces por su parte, han admitido las demandas para desarrollar líneas jurisprudenciales que respaldan la protección y garantía de estos derechos. De esta forma, pueden identificarse dos tipos de estrategias procesales para lograr la protección judicial de los DESC, la “exigibilidad directa, es decir, aquellas en las que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la

---

<sup>22</sup> Observación General N° 3 (1990), La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1, Artículo 2 del Pacto), ver en link:

[http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3](http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3)

invocación directa de un derecho económico, social o cultural, de las estrategias de exigibilidad indirecta, es decir aquellas en las que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto”<sup>23</sup>.

Respecto a los mecanismos de exigibilidad directa encontramos las acciones judiciales creadas mediante reforma constitucional o disposición legal para la protección de los derechos sociales y/o colectivos, o utilizando las acciones judiciales existentes se admite la posibilidad de invocar la protección directa de los DESC. Por otro lado, los mecanismos de exigibilidad indirecta, que se ha adoptado en la mayoría de los Tribunales Constitucionales, consiste en lograr la protección de los derechos sociales, invocando su vínculo o conexión con un derecho civil o político, utilizando las acciones judiciales existentes para ampliar su protección, v. gr. se invoca la vulneración del derecho a la vida, la integridad física, la libertad, la igualdad, para lograr la protección del derecho a la salud, la educación o el trabajo.

Recordemos el caso emblemático de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Brown vs Broad and Education NHS*, en el cual se invocó la vulneración del derecho a la igualdad, para lograr la protección del derecho a una educación de calidad, sin discriminación por motivos de raza, es decir, educación de calidad para los blancos y para los afroamericanos, eliminando diferencias en los programas educativos, sistemas de calificaciones, salarios de los maestros, infraestructura de las escuelas, entre otros factores que afectaban los servicios de educación, fundados en argumentos discriminatorios<sup>24</sup>. También, podemos señalar las sentencias del Tribunal Constitucional Español, en las cuales se ha amparado la protección del derecho a la salud cuando está en peligro la integridad física del accionante<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002, pp. 132.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 171.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional de España. STC 119/2001, sobre contaminación auditiva. STC 5/2002, VIH - SIDA. STC 62/2007 y STC 160/2007 sobre riesgos de salud de trabajadores.

Asimismo, podemos indicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana entre los años 1992 - 2000, en los cuales se tuteló el derecho a la salud por su conexidad con otros derechos, especialmente con el derecho a la vida<sup>26</sup>.

También, se ha hecho referencia a la ausencia de mecanismos procesales adecuados, en el sentido de que no existen acciones en el derecho internacional y en el derecho constitucional de incidencia colectiva, lo cual genera problemas de legitimación activa, probatorios y de acatamiento de las sentencias. Se señala que, no es posible concretar la vulneración específica del Estado frente a un ciudadano determinado, pues los derechos sociales son garantías normativas de todos los ciudadanos, y, por lo tanto, es difícil identificar quién es el sujeto que puede pedir u obligar al Estado, o establecer cuáles son los grupos que deben ser objeto de protección efectiva de un derecho social y cuáles no<sup>27</sup>.

A pesar de que debemos reconocer que existen pocos mecanismos procesales que se ajusten adecuadamente a la protección de los derechos sociales, eso no es óbice para pretender postergar su protección. Por el contrario, nos evidencia una realidad según la cual la mayoría de mecanismos procesales y acciones judiciales se encuentran diseñadas para la protección de los derechos civiles y políticos, pero nada impide implementar mecanismos procesales idóneos, que se ajusten a las necesidades de exigibilidad de los derechos sociales y a los efectos colectivos que podría generar su reconocimiento. Tal como se ha venido implementando en varios países latinoamericanos, en los cuales se dotó de mecanismos judiciales a los ciudadanos y/o colectividades para que acudan a la administración de justicia y logren la protección efectiva de sus derechos humanos. En Colombia se consagraron las acciones populares y de grupo en la Constitución de 1991<sup>28</sup>, también se

---

<sup>26</sup> Ver las siguientes sentencias T-505/92, T-271/95, SU-645/97, T-366/99, T-398/99, T-849/01, entre otras.

<sup>27</sup> Op cit. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, pp. 168 y ss.

<sup>28</sup> Constitución Política de Colombia, "Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza

emitieron sentencias estructurales o *structural remedies* por parte de la Corte Constitucional Colombiana<sup>29</sup>. En Argentina el amparo colectivo, objeto de una evolución jurisprudencial, se incorporó constitucionalmente en la reforma de 1994<sup>30</sup>, y en Brasil se desarrolló la denominada acción civil pública<sup>31</sup>. También, podemos señalar procesos similares en otras latitudes, como son las *class actions*<sup>32</sup> en Estados Unidos, las sentencias sobre derechos sociales de la Corte Suprema de la India y de la Corte Constitucional de Sudáfrica, entre otros ejemplos relevantes que han surgido mediante avances jurisprudenciales o reformas normativas.

---

que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”. Acciones constitucionales, que posteriormente fueron reguladas por la Ley 472 de 1998.

<sup>29</sup> Las sentencias estructurales o *structural remedies* son aquellas que intentan solucionar una vulneración masiva de derechos humanos, caracterizadas por la multiplicidad de partes, tanto por parte de los beneficiados, como de las autoridades políticas involucradas en la búsqueda e implementación de la solución correspondiente. Entre los casos emblemáticos se encuentra la sentencia T-025 de 2004, en la cual se amparo los derechos constitucionales a la población víctima de desplazamiento forzado interno y la sentencia T-760 de 2008 sobre la protección del Derecho a la Salud.

<sup>30</sup> Constitución Nacional de la República de Argentina, “Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. [...]”

<sup>31</sup> GIDI, Antonio. Class Action y “amparo colectivo” in Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Fecha de consulta 23 de septiembre de 2013. Ver link: [www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc](http://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc)

<sup>32</sup> Las *class actions* son mecanismos procesales utilizados por grupos amplios o masivos de individuos, unidos por intereses jurídicos comunes y defienden judicialmente sus derechos. Regulado en Estados Unidos por *The Federal Rules of Civil Procedure, rule 23 and 28 U.S.C.A.* Para ampliar información TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Class Action. Una solución al acceso a la justicia*. Fecha de consulta 24 de septiembre de 2013. Ver link: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/58/art/art7.pdf>

Adicionalmente, si bien los derechos sociales benefician a toda una comunidad, ello no implica que un sujeto determinado no pueda solicitar la protección de su derecho, pues, lo hace directamente en nombre propio e indirectamente en nombre de toda la sociedad, ya que, si ese derecho es garantizado, se abre la posibilidad para que otros ciudadanos que se encuentran desprotegidos puedan acudir ante la administración de justicia para su protección, siguiendo los pronunciamientos judiciales precedentes.

Al mismo tiempo, los efectos de las decisiones judiciales pueden ir más allá, como es el caso de las sentencias estructurales, en las cuales se identifica la necesidad de implementar medidas adecuadas –medidas administrativas, legislativas, presupuestales y/o políticas públicas- que protejan efectivamente los derechos humanos masivamente vulnerados, evitando que los ciudadanos que no fueron parte en el proceso judicial, pero que hacen parte de la colectividad afectada, se vean en la necesidad de acudir posteriormente a la administración de justicia para la protección efectiva de sus derechos, tal es el caso de la sentencia T-025 de 2004 sobre la población desplazada en Colombia, ya que, los efectos de la sentencia cubren a toda la colectividad y las medidas adoptadas repercuten en pro de sus derechos. Además, podríamos mencionar que en algunos casos, las medidas adoptadas son mucho más amplias y terminan beneficiando a toda la sociedad en su conjunto, *v. gr.* La reestructuración del Sistema Nacional de Salud, sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia.

Por otro lado, se ha criticado la exigibilidad de los derechos sociales, atribuyendo que cuando el juez constitucional realiza el reconocimiento de un derecho social y ordena su protección efectiva, estaría realizando una invasión antidemocrática en las otras ramas del poder.<sup>33</sup> No obstante, como analizaremos con mayor detenimiento en el capítulos 3 del

---

<sup>33</sup> ATRIA, Fernando. *¿Existen los derechos sociales?* Fecha de consulta: 22 de octubre de 2013. Ver link: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf>. También BARACK, Aharon. *The judge in a Democracy*. Nueva Jersey: Princeton University Press. 2006.

presente trabajo de investigación, consideramos que el juez es un actor principal en la garantía y disfrute de los derechos humanos, además, de cumplir el rol generador de cambios sociales, pues mediante la decisión de casos concretos se logra hacer eco en el Estado, para visibilizar la necesidad de implementar más o mejores políticas públicas que coadyuvan en la protección efectiva de un derecho determinado.

En este contexto, no habría una intromisión antidemocrática en el poder legislativo y ejecutivo, sino, la necesidad de establecer canales adecuados de comunicación y armonía entre las diferentes ramas del poder. Pues, solo con una comunicación fluida y efectiva se sumaran voluntades para lograr la protección real de los derechos humanos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales-. Asimismo, el juez se constituye en un canal de comunicación entre los ciudadanos y el Estado, fortaleciendo la democracia participativa, faceta que desarrollaremos más adelante en el segundo capítulo.

Finalmente, como veíamos en párrafos anteriores la consagración y protección de un derecho depende de la voluntad política del Estado, reflejada en las decisiones de sus autoridades y funcionarios públicos, por tal razón, es necesario fortalecer los mecanismos de participación activa de los ciudadanos para que puedan impulsar la protección de sus propios derechos, mediante la participación institucional y extrainstitucional en la configuración y alcance de los derechos, como afirma Gerardo Pisarello “[...] la exigibilidad de los derechos sociales como auténticos derechos disponibles, y no como simples concesiones paternalistas y revocables, dependen, más allá de las técnicas institucionales dispuestas para su protección, de la participación y la lucha de sus propios destinatarios.”<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> PISARELLO, Gerardo. “*Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”*”. En COURTIS, Christian. Desde Otra Mirada. Buenos Aires: Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 176.

## 1.2. ANALISIS COMPARADO SOBRE LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD

En el presente subcapítulo se evidenciará el desarrollo jurisprudencial que se viene forjando en varios lugares del mundo en la protección efectiva de los derechos sociales, específicamente sobre el derecho a la salud. Teniendo en cuenta, que el desarrollo jurisprudencial es bastante amplio voy a referirme a los pronunciamientos más relevantes sobre el derecho a la salud de los tres organismos regionales de protección de derechos humanos, como son: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y el Sistema Regional Africano de Derechos Humanos (SRADH). Posteriormente haré referencia a los Tribunales Constitucionales más activos en Sur América, como son: Colombia, Argentina y Brasil, además, por la similitud socio-económica y jurídica con el Perú.

No obstante, conviene señalar que la exigibilidad judicial de los derechos sociales no se ha dado como un fenómeno aislado en los países que vamos a analizar, sino que es una tendencia jurídica que se presenta en varios países, como: Sudáfrica, India, los países del Sur de Asia, Canadá, Estados Unidos, el Reino Unido, entre otros, claro está, con mayor o menor intensidad, pero como un tema vigente y progresivo a nivel jurisprudencial. Como señala Malcolm Langford:

En dos décadas. Los derechos sociales han dejado de estar en un segundo plano y en los márgenes del discurso y de la jurisprudencia sobre derechos humanos para reclamar cada vez con más fuerza una posición importante en la sociedad.  
[...]

Aunque la jurisprudencia sobre derechos sociales es incipiente, se puede observar su presencia en los sistemas de derecho civil continental y de common law anglosajón, en países desarrollados y en vías de desarrollo, y en distintos grupos internacionales regionales.  
[...]

Desde finales de la década de los años ochenta, el volumen de la jurisprudencia sobre derechos sociales ha crecido enormemente. Esa mayor actividad se puede observar especialmente en los países que experimentaron revoluciones

democráticas en esa época (en América Latina, Europa del Este y Sudáfrica), y también en países que se vieron influidos directamente por la experiencia de la India, especialmente otros países del sur de Asia. Varios países occidentales, en particular Canadá, Reino Unido y Hungría, han tenido una jurisprudencia de sentido variable sobre los derechos sociales, aunque por diferentes razones. Los comités institucionales de los tratados interamericanos, africanos, europeos y de las Naciones Unidas, e incluso el Tribunal Internacional de Justicia, deciden hoy en día más casos relativos a los derechos sociales.<sup>35</sup>

El reconocimiento jurisprudencial de los DESC y su litigio exitoso viene en aumento, y como señala Malcom Langford se manifiesta su avance principalmente en países que durante los años 80's y 90's tuvieron cambios democráticos y constitucionales -América Latina, Europa del Este y Sudáfrica-. Podemos observar en América Latina la promulgación de nuevas constituciones, entre los años mencionados, en Brasil 1988, Colombia 1991, Perú 1993, y la reforma constitucional de Argentina en 1994. La otra causa por la que se ha logrado la innovación de diversos mecanismos judiciales en las regiones mencionadas, es relativa a las condiciones socio-económicas y culturales de estos países, ya que se requería mayor intervención judicial para desbloquear las trabas burocráticas y la ausencia de políticas públicas que garantizaran el real disfrute de los derechos sociales. En ese contexto los jueces desarrollaron mecanismos alternativos e innovadores para garantizar los derechos humanos de los ciudadanos, pues, las herramientas jurídicas tradicionales en muchos casos eran insuficientes, lo que coadyuvó al desarrollo de líneas jurisprudenciales sólidas a favor de la protección de los derechos sociales, ya que, sin la intervención judicial, en varios de estos países, la garantía de los derechos sociales seguiría siendo una utopía.

A continuación, realizaremos una mención de los fallos más relevantes en materia del derecho a la salud de los tres Organismos Regionales Internacionales de Protección de

---

<sup>35</sup> LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 45, 46 y 50.

Derechos Humanos: TEDH, CIDH, SRADH. Posteriormente, pasaremos a estudiar con mayor detenimiento el desarrollo jurisprudencial en Colombia, Argentina y Brasil.

### 1.2.1. Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos

#### A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque, en un principio pueda parecer una incongruencia hablar del TEDH y de los DESC, porque, este tipo de derechos no se encuentran contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no lo es, pues si bien es cierto, es escasa la jurisprudencia sobre el reconocimiento de derechos sociales, sí existen casos en los cuales el TEDH ha analizado el alcance y protección de los derechos humanos de contenido económico, social y cultural, a partir de su relación con la vulneración del catálogo de derechos contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>36</sup>.

El TEDH ha afirmado que no existe una separación tajante entre los derechos civiles y políticos y los DESC, desde el pronunciamiento del caso *Airey vs Ireland* de 1979. Abordado el conocimiento de los DESC desde la perspectiva que no existe una diferencia excluyente o tajante entre las diversas categorías de derechos humanos – civiles, políticos, sociales, económicos y culturales-, pues lo trascendental es la protección y reparación de los derechos humanos. Al respecto juristas como Luke Clements y Alan Simmons han señalado:

A la hora de analizar el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a los derechos económicos, es necesario comenzar rechazando una

---

<sup>36</sup> El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su catálogo de derechos consagra el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a un proceso equitativo, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, entre otras libertades y garantías (Titulo I, artículo 2 – 18), lo cual ha llevado a identificar el Convenio como un tratado únicamente de derechos civiles y políticos, pues no existe una referencia o reconocimiento expreso de los DESC.

categorización excesivamente simplista: la que entiende los derechos bien como económicos y sociales, o bien como civiles y políticos. Esa división sería completamente artificial. Simplemente no es posible diferenciar entre derechos mediante esa clasificación, salvo de manera muy laxa. No hay ninguna línea clara que separe los derechos en esas dos categorías diferenciadas, y no existe ninguna justificación racional, y aceptablemente pragmática, que justifique esa división.

El Tribunal de Estrasburgo ha rechazado, para su crédito, el argumento de que el Convenio Europeo de Derecho Humanos es un tratado que se refiere únicamente a los derechos civiles y políticos. [...] <sup>37</sup>

Sin embargo, es necesario resaltar que el TEDH ha sido cauto a la hora de referirse a los derechos sociales, constituyéndose en la excepción, pues sus sentencias versan sobre los derechos explícitamente reconocidos en el Convenio, aunque en algunos casos “ha llegado a “crear” algunos nuevos derechos aparentemente no previstos de forma expresa en el Convenio, como la protección frente a la contaminación acústica o por olores, o la identidad sexual”<sup>38</sup>.

Un mecanismo utilizado por el TEDH para abordar el tema de los DESC, ha sido la doctrina sobre “el margen de discrecionalidad o apreciación” según la cual, cada Estado tiene un marco o margen de apreciación amplio en el cual puede establecer las leyes, reglas y/o políticas públicas que considere adecuadas para la protección de los derechos, de acuerdo con su nivel de desarrollo y teniendo en cuenta que los recursos públicos son escasos o limitados.<sup>39</sup> Consecuentemente, no existe un parámetro general aplicable a todos los Estados parte, sino que dependerá del caso concreto, de acuerdo con la aplicación de la

---

<sup>37</sup> CLEMENTS, Luke y SIMMONS, Alan. *El tribunal Europeo de Derechos Humanos: Malestar Receptivo*. En LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 591.

<sup>38</sup> DÍAZ REVORIO, Javier Francisco. “Hacia una Jurisdicción Supranacional de los Derechos Humanos en Europa: Luces y sombras en la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En URIBE ÁLAZTE, E. y CARRASCO, P.J. *Tendencias actuales de la justicia constitucional en el mundo*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 7.

<sup>39</sup> TEDH, caso *Powell and Rayner v. The United Kingdom*, sentencia de 21 de febrero de 1990. También caso *Tremblay v. France*, sentencia de 11 de septiembre de 2007. Entre otros.

doctrina del margen de discrecionalidad, el Estado cuenta con diversos mecanismos y grados de protección de los derechos humanos, sin embargo, el margen de discrecionalidad nacional va acompañado del seguimiento judicial europeo<sup>40</sup>.

No obstante, el TEDH ha analizado los casos relativos al derecho a la salud, vinculándolos en la mayoría de los casos con la vulneración del derecho a la vida (artículo 2) y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3) o vinculándolos con la vulneración al derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8), ya que la Convención no contempla expresamente la protección al derecho a la salud.

Un primer pronunciamiento importante relacionado con los derechos a la vivienda y a la salud es el caso *Moldovan and Others v. Romania*, en el cual se analizó un episodio violento y de discriminación que ocurrió en el pueblo de Hadareni en el año de 1993, donde se produjo una riña entre algunos aldeanos y tres jóvenes pertenecientes a la cultura “roma o romaní”, uno de los jóvenes apuñaló a un aldeano, lo cual desató una conmoción social. Los jóvenes fueron perseguidos, golpeados y asesinados por la multitud, posteriormente, incendiaron las casas de las familias romaníes, en los días siguientes golpearon en la calle a los miembros de esta cultura y continuaron incendiando las casas romaníes de los habitantes del pueblo, todo con la aquiescencia de los miembros de la fuerza pública, ya que incluso se sostenía que los propios policías agitaban a la multitud a continuar con los destrozos.

En total 14 familias fueron expulsadas del pueblo, las cuales quedaron sumidas en la pobreza absoluta. Abandonaron o perdieron en el incendio todos sus bienes, viéndose obligados a vivir en condiciones infrahumanas, durmiendo a la intemperie, en gallineros, establos, etc. Algunos de los demandantes intentaron retornar al pueblo, en el cual fueron objeto de nuevas agresiones y actos de discriminación. El TEDH declaró la continua

---

<sup>40</sup> Op cit. CLEMENTS, Luke y Simmons, Alan, pp. 592.

vulneración del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar), indicando que las autoridades rumanas no habían actuado para detener o reparar la vulneración de los derechos humanos de los demandantes, además, el Estado no había reconstruido la mayoría de las casas y las que reparó eran inhabitables.

Asimismo, señaló que los demandantes habían vivido durante los últimos 10 años en condiciones inhumanas y degradantes (artículo 3) que afectaron su salud y bienestar, aunado al largo periodo de duración de la investigación en la jurisdicción nacional, sometidos a actos de discriminación de la población y de las propias autoridades, vulnerando su derecho a un proceso equitativo (artículo 6). Toda esta situación afectó la dignidad humana de los demandantes y despertó sentimientos de humillación y degradación<sup>41</sup>.

Un segundo pronunciamiento sobre el derecho a la salud, es el caso *López Ostra v. España*, sentencia del 9 de diciembre de 1994, en el cual una familia residente en la ciudad de Lorca (Murcia) interpuso la demanda contra el Estado Español por encontrarse afectada, al igual que el resto de los residentes del barrio, por las actividades de una planta depuradora de aguas y residuos de las industrias de curtidos de cuero, instalada a pocos metros de su domicilio. Las actividades de la planta producían ruidos constantes, olores pestilentes y emisión de gases, situación que generaba problemas medio ambientales y afecciones a la salud de todos los habitantes del sector, especialmente a la hija menor de la familia López Ostra.

Aunque la planta fue paralizada parcialmente y el ayuntamiento evacuó a los residentes del sector durante tres meses, reubicándolos en otro lugar, una vez retornaron a su domicilio la emisión constante de olores nauseabundos, los trastornos de salud y demás molestias los llevó a cambiar de domicilio y abandonar definitivamente su apartamento. Los

---

<sup>41</sup> TEDH, caso *Moldovan and Others v. Romania*, sentencia de 12 de julio de 2005.

demandantes argumentaron la vulneración del artículo 8 de la Convención (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes). Al respecto el TEDH señaló que la emanación de sulfuro de hidrógeno procedente de la planta superaban los niveles permitidos, poniendo en riesgo la salud de los habitantes del sector y deteriorando su calidad de vida. Por la tanto, esta situación afectaba el bienestar y la salud de las personas, perjudicando la vida privada y familiar y las privaba del disfrute de su domicilio (artículo 8), aunque no podía considerarse como un trato inhumano ni degradante.

Igualmente, resaltó la necesidad del actuar estatal en la protección efectiva de los derechos humanos, ya que estableció la obligación positiva al Estado de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los individuos evitando la injerencia de las autoridades públicas en su domicilio, comprendiendo que debe haber un justo equilibrio entre los intereses del individuo y la sociedad. Situación en la cual el Estado goza del referido margen de apreciación, pero de acuerdo con el TEDH en el presente caso, el Estado Español no logró mantener el justo equilibrio entre el bienestar económico de la ciudad de Lorca y el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los demandantes.<sup>42</sup>

Otro caso relevante es *Calvelli and Ciglio v. Italy*, en la cual una pareja de italianos acusaron de negligencia médica al médico gineco-obstetra por la muerte de su hijo recién nacido, pues el bebé presentaba síndrome post-asfíxia, problemas respiratorios y neurológicos debido a la posición adoptada durante el nacimiento, y después de dos días en cuidados intensivos el bebé murió. Los demandantes alegaban la vulneración al derecho a la vida (artículo 2) y un proceso equitativo (artículo 6). El Tribunal Europeo resaltó que la vida es uno de los pilares fundamentales del Convenio y uno de los valores en una sociedad democrática, por lo tanto, es deber del Estado –entendida como una acción positiva– establecer regulaciones y/o reglamentos rigurosos aplicables a los hospitales y clínicas,

---

<sup>42</sup> TEDH, caso *López Ostra v. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994.

públicos y privados, para que adopten las medidas apropiadas para proteger la vida de los pacientes. Además, de contar con un sistema judicial independiente y efectivo que determine la responsabilidad del personal médico que causa la muerte a sus pacientes<sup>43</sup>. A pesar, que en el presente caso no se accedió a las peticiones de los demandantes, es importante tener en cuenta las obligaciones mínimas establecidas a los Estados sobre regulación médica.

Asimismo, encontramos pronunciamientos sobre el deber Estatal de proteger la salud física y mental de las personas privadas de la libertad. Al respecto se indicó en la sentencia *McGlinchey and Others v. The United Kingdom* que los Estados deben asegurar a las personas que se encuentran detenidas condiciones acordes con su dignidad humana, brindando la asistencia médica necesaria, para garantizar que la salud y el bienestar sea el adecuado, con el fin de evitar sufrimientos o condiciones carcelarias que generen tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). Además, reiteró que los tratos inhumanos o degradantes deben ser analizados dependiendo las circunstancias del caso, como es la duración de la condena, los efectos físicos y psicológicos, y en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima<sup>44</sup>.

En el caso concreto se condenó al Reino Unido a pagar la reparación civil de los familiares (madre e hijos) de Judith McGlinchey, porque las autoridades penitenciarias no le brindaron la atención médica necesaria y oportuna para contrarrestar el vómito severo originado por los síntomas de abstinencia a la heroína ni le suministraron los medicamentos para controlar el asma, enfermedad de la que sufría la detenida, lo cual, desencadenó un cuadro médico de anemia, deshidratación severa y un paro cardíaco que terminó con su vida. Por tal razón, el TEDH afirmó que las autoridades penitenciarias sometieron a McGlinchey a tratos inhumanos y degradantes mientras estuvo detenida, ya que, no le

---

<sup>43</sup> TEDH, caso *Calvelli and Ciglio v. Italy*, sentencia de 17 de enero de 2002.

<sup>44</sup> TEDH, caso *McGlinchey and Others v. The United Kingdom*, sentencia de 29 de Julio de 2003; caso *Aerts v. Belgium*, sentencia de 30 Julio 1998; caso *Tekin v. Turkey*, sentencia del 9 Junio 1998.

suministraron los medicamentos apropiados ni la transfirieron oportunamente al hospital para recibir el tratamiento médico necesario que no podía brindársele en la prisión.

Otras sentencias relevantes son el caso de un prisionero inglés que padecía de esquizofrenia y se suicidó en la celda de aislamiento, mientras cumplía un castigo, situación que consideró el TEDH vulneraba el artículo 3 (Prohibición de tratos degradantes e inhumanos), ya que las autoridades penitenciarias no dictaminaron previamente el estado mental y psiquiátrico del recluso, con el fin brindarle el tratamiento médico adecuado para su enfermedad mental, que aunado al castigo impuesto lo llevaron a quitarse la vida<sup>45</sup>. En la sentencia *Aerts v. Belgium*, se analizaron las condiciones del área psiquiátrica de la prisión Belga, señalando que se deben garantizar condiciones mínimas y adecuadas para lograr un tratamiento eficaz de los prisioneros que padecen de enfermedades mentales, asimismo, se indicó que las instalaciones carcelarias deben ser acordes con los estándares éticos y humanitarios, con el fin de evitar que el periodo de detención constituya un riesgo de deterioro de la salud mental de los internos<sup>46</sup>.

Finalmente, quisiera hacer referencia a una sentencia controversial, la cual tiene precedentes contradictorios, ya que el TEDH señaló que deportar al demandante que sufría de VIH-SIDA a su país de origen (St Kitts en el Caribe), después de cumplir parte de su condena por tráfico de drogas, constituía un trato degradante e inhumano, pues lo condenaba a pasar el resto de sus días de vida en condiciones de sufrimiento y dolor, porque la prisión de la isla no contaba con la infraestructura, personal médico ni medicinas disponibles para continuar con el tratamiento médico necesario, sumado, a las precarias condiciones sanitarias de la isla podría afectar sustancialmente su estado de salud. Además, el demandante no tenía ningún familiar cercano en aquel país que se encargara de su

---

<sup>45</sup> TEDH, caso *Keenan v. The United Kingdom*, sentencia de 3 de abril de 2001.

<sup>46</sup> TEDH, caso *Aerts v. Belgium*, sentencia de 30 Julio 1998.

cuidado. Por lo tanto, la muerte del demandante no solo iba a ser más acelerada, sino también en condiciones que podrían ser inhumanas y degradantes<sup>47</sup>.

Por otro lado, es importante resaltar que no todos los países parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos sometidos a la jurisdicción del TEDH consagran el reconocimiento expreso de los derechos económicos, sociales y culturales en las respectivas constituciones nacionales, lo cual dificulta la aplicación de estándares iguales de protección, garantía y disfrute de los derechos sociales en cada jurisdicción nacional. Así, la jurisprudencia del TEDH ha sido cauta a la hora de establecer parámetros de aplicación general, sujetando la evaluación del caso a las condiciones locales de cada Estado parte.

Por tal razón, la Unión Europea viene contemplado la posibilidad de adoptar una Constitución común, denominada la *Constitución para Europa*, que consagra un catálogo de derechos fundamentales, entre ellos algunos DESC, como son: el derecho a la educación (artículo II-74), condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo II-91), seguridad social y ayuda social (artículo II-94), protección a la salud (artículo II-95), entre otros<sup>48</sup>. No obstante, “si bien la Carta de los derechos fundamentales fue aprobada en el año 2000, no se le reconoció en ese momento alcance jurídico. La incorporación de su texto al tratado por el que se establece una Constitución para Europa en 2004 debería haber dotado a la Carta del máximo rango jurídico, pero el abandono de la constitución antes de su entrada en vigor frustró esa expectativa”<sup>49</sup>. Por lo tanto, actualmente no existe un texto constitucional común, aplicable a todos los Estados parte de la Unión Europea, que ayude a establecer

---

<sup>47</sup> TEDH, caso *D. v. The United Kingdom*, sentencia de 2 mayo de 1997.

<sup>48</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, publicado el 16 de diciembre de 2004. Fecha de consulta: 18 de Noviembre de 2013. Ver Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:ES:PDF>

<sup>49</sup> DÍAZ REVORIO, Javier Francisco. “Hacia una Jurisdicción Supranacional de los Derechos Humanos en Europa: Luces y sombras en la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En URIBE ÁLAZTE, E. y CARRASCO, P.J. Tendencias actuales de la justicia constitucional en el mundo. México: Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 9.

estándares generales de realización y disfrute de los derechos humanos (entre los cuales incluimos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), ni mucho menos parámetros objetivos aplicables a los demás países que se encuentran sometidos a la jurisdicción del TEDH y que no hacen parte de la Unión Europea<sup>50</sup>.

Sin embargo, si hablamos de derechos humanos universales, aplicables a todos los seres humanos, su realización no debería estar sujeta al reconocimiento en cada texto constitucional, pero, como señala Francisco Díaz Revorio la internacionalización de los derechos se encuentra vinculada desde su origen al concepto de Estado Constitucional, lo cual limita su aplicación universal, al respecto afirmó que:

No deja de resultar en cierto sentido paradójico que los derechos que dieron en llamarse “universales” y predicarse de “todos los hombres” nacieran vinculados a concretos estados y a sus constituciones. En efecto, si bien el iusnaturalismo racionalista que subyace en las primeras declaraciones tiende a la universalización de los derechos y su vinculación a todo ser humano con independencia de su nacionalidad, la relación de esas declaraciones con el origen de nuevos estados (independencia americana) o con estados que rompían con el anterior modelo absolutista (revolución francesa) hizo que los derechos se vinculasen en su origen con los diferentes estados-nación.

Por eso, cuando se habla de internacionalización de los derechos hay que ser conscientes de que la Historia de éstos (en el sentido moderno del término) es relativamente breve y se ha iniciado en tiempos recientes, vinculándose en su origen a los conceptos de Estado y Constitución (o, si se prefiere, al Estado Constitucional).<sup>51</sup>

Así, la posibilidad de establecer una constitución común contribuiría a la labor del TEDH en el desarrollo de parámetros jurisprudenciales generales y estándares mínimos de protección, garantía y real disfrute de los derechos humanos. Somos conscientes que la sola consagración constitucional no es suficiente para alcanzar los niveles deseados de

---

<sup>50</sup> La Unión Europea cuenta con 27 Estados miembros y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha sido ratificado por 47 Estados, los cuales se encuentran sometidos a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>51</sup> Op cit. DÍAZ REVORIO, Javier Francisco, pp. 2.

protección y garantía, sino que es necesario emprender acciones legislativas, políticas públicas, entre otros mecanismos estatales que materialicen los derechos en la vida de los ciudadanos.

Además, es preocupante el reciente informe de la PJ Morgan sobre la situación económica y política de la Unión Europa, titulado “The Euro area adjustment: about halfway there” pues se plantea como solución para la integración y la estabilidad económica de la Unión Europa la posibilidad de reestructurar la Constitución de los Estados que consagran derechos de contenido económico, social y cultural, aludiendo que los sistemas políticos de la periferia (Portugal, España, Italia y Grecia) contienen elementos comunes como: gobiernos débiles, estados centrales débiles en relación con la regiones, protección constitucional a los derechos laborales, derecho a la huelga o la protesta, sistemas de construcción de consensos, entre otros “obstáculos” que reseña<sup>52</sup>. Argumentos que consideramos no ayudan al establecimiento de un sistema universal de protección de derechos humanos, pero lo más grave, que de llegar a concretarse pueden significar un retroceso en el desarrollo y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, vulnerando el principio de progresividad o prohibición de regresividad en la protección de los DESC.

Por último, se estaría eliminando *las cartas de triunfo de los ciudadanos frente al Estado*, como ha calificado Ronald Dworkin el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, para desproteger o negar las garantías constitucionales en las cuales ya habían avanzado algunos países europeos. Igualmente, la implementación de la referida medida terminaría igualando en mínimos y no en máximos los derechos y los niveles de calidad de vida de los ciudadanos. Y de esto ser así, no sería extraño que en años posteriores se llegará a contemplar una mayor demanda de protección internacional ante el TEDH en materia de

---

<sup>52</sup> JP MORGAN, *The Euro area adjustment: about halfway there*, Europe Economic Research. pp. 12. Fecha de Publicación: 28 de Mayo de 2013. Fecha de consulta: 18 de Noviembre de 2013. Ver link: <http://www.legrandsoir.info/IMG/pdf/jpm-the-euro-area-adjustment--about-halfway-there.pdf>

DESC, pues si las jurisdicciones nacionales no garantizan la protección de los derechos humanos –específicamente los derechos económicos, sociales y culturales– de sus ciudadanos, no significa que los problemas sociales desaparezcan de forma automática, contrariamente pueden incrementarse, necesitando mayor participación judicial y de instancias internacionales para solucionarlos, como viene sucediendo en India, África y América Latina.

## **B) Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es una institución judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos (OEA), que desempeña dos tipos de funciones; una contenciosa y otra consultiva, siendo su principal función aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, en la actualidad es competente para aplicar en el procedimiento contencioso, normas de cuatro tratados de derechos humanos, como son: la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador de 1988, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer de 1994<sup>53</sup>. Por lo tanto, respecto al reconocimiento expreso de los derechos sociales debemos remitirnos a la Convención Americana (artículo 26) y al Protocolo de San Salvador (que enlista la protección de los DESC, entre ellos el derecho a la salud en el artículo 10).

La Convención Americana enuncia los derechos protegidos en dos capítulos: el capítulo II sobre los derechos civiles y políticos (artículos del 3 al 25) y el capítulo III sobre los

---

<sup>53</sup> MELISH, Tara. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los Derechos Humanos”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 539 -541.

derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26) estableciendo el desarrollo progresivo de estos últimos derechos. Sin embargo, en el desarrollo jurisprudencial la CIDH ha protegido los derechos sociales interpretando de manera amplia los derechos contemplados en el capítulo II, sin hacer referencia expresa a la vulneración del artículo 26<sup>54</sup>. Pues, la CIDH ha optado por la interpretación de la interdependencia de los derechos humanos, resaltando la relación entre los derechos civiles y los derechos sociales, para lograr la protección de los DESC.

Adicionalmente, el Protocolo de San Salvador, que consagra un catálogo amplio de DESC, limita la capacidad contenciosa de la CIDH solo a las violaciones directas realizadas por el Estado contra la libertad sindical y al derecho a la educación. Según se contempla en el artículo 19.6, solo pueden presentarse demandas particulares por vulneraciones producidas por la “acción del Estado”, contra el artículo 8.1 (libertad sindical) y del artículo 13 (derecho a la educación), restringiendo la competencia contenciosa de la CIDH solamente a los derechos mencionados y a las violaciones estatales por acción, sin contemplar las vulneraciones producidas por omisión estatal. Por tal razón, el Protocolo de San Salvador ha sido contemplado como un parámetro de interpretación, como señala Tara Melish, porque las disposiciones sustantivas del Protocolo han ayudado a la CIDH a desarrollar su interpretación sobre el alcance y el contenido de las normas de los capítulos II y III de la Convención Americana, conforme al mandato interpretativo del artículo 29.b

---

<sup>54</sup> Existe solo un caso en el cual la Comisión señaló la vulneración del artículo 26 de la Convención Americana, el caso *Milton García Fajardo y otros vs Nicaragua*, del 11 de octubre de 2001, Informe de Fondo N° 100/01, que versaba sobre la vulneración de la libertad sindical y el derecho al trabajo. El otro caso que podemos señalar es el caso *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs Salvador*, en el cual se emitió Informe de Admisibilidad por la posible vulneración del artículo 26, específicamente por vulneración del derecho a la salud de un grupo de pacientes con VIH/SIDA, pero en el Informe de Fondo N° 27/09 la Comisión desestimó las peticiones, declarando que no existía vulneración del artículo 26. Actualmente, en el caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros vs Venezuela*, que versa sobre la vulneración al derecho a la seguridad social de los trabajadores de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa, la Comisión emitió Informe de Admisibilidad por vulneración del Artículo 26 de la Convención Americana, pero aún está pendiente de pronunciamiento de fondo.

de la Convención, ya que, no pueden invocarse directamente en procedimientos contenciosos ante la CIDH por carecer de competencia<sup>55</sup>. En el mismo sentido Elizabeth Salmón señaló que:

De acuerdo con la normativa del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana no tiene competencia directa para conocer la violación de los DESC contenidos en la Declaración Americana ni en el Protocolo de San Salvador, salvo en los casos de los derechos a la educación y libertad sindical ya antes mencionados. No obstante, en la práctica no se ha cerrado la puerta de entrada a los DESC sino que, por el contrario, se ha generado una serie de pronunciamientos que configuran una línea jurisprudencial en el tema. En efecto, La Corte interamericana ha implementado una verdadera interpretación “social” de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana, que sirve tanto para dotarlos de contenido, como para responder a una serie de demandas individuales en las que están inmersos los DESC. De este modo, se ha generado en este ámbito una jurisprudencia sostenida que abunda en esa alianza y que no solo ha servido para evitar los límites materiales que la Convención Americana establece, sino también como una forma de dar respuesta a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.<sup>56</sup>

De acuerdo con lo expresado, la CIDH ha desarrollado una interpretación de interdependencia de los derechos humanos, dejando de lado las limitaciones formales o materiales que establecen los capítulos de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, para dar paso a una interpretación social de los derechos, pues como señaló el juez Rodrigo Piza Escalante, la división de los capítulos y su correspondiente titulación - entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales-, es un reflejo de la época de división ideológica en la que se redactó, pero no obedece a diferencias jurídicas entre derechos.<sup>57</sup> Por lo tanto, la división interna de los capítulos de la Convención Americana, no es un obstáculo para la aplicación y protección de los DESC.

---

<sup>55</sup> Op cit. MELISH, Tara, pp. 544 y 545.

<sup>56</sup> SALMÓN, Elizabeth. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. Lima:Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Primera Edición, 2010, pp. 66.

<sup>57</sup> Opinión Consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Salvamento de voto de Rodrigo Piza Escalante.

En particular, las sentencias proferidas por la CIDH sobre el derecho a la salud no son abundantes, pero el número de casos relacionados con la protección de los DESC cada día es mayor. Encontramos pronunciamientos sobre el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y a la tierra, entre otros. Es pertinente resaltar, que la protección de la mayoría de estos derechos surge de una interpretación amplia de los derechos señalados en el capítulo II de la Convención Americana, v. gr. el derecho a la salud se deslinda del derecho a la vida digna, el cual incluye también el acceso a agua potable, alimentación, vivienda y educación. Así, la CIDH ha indicado que los derechos económicos, sociales y culturales se derivan de la dignidad humana de los seres humanos y todos son derechos inalienables del individuo. Tal como se señala a continuación:

En efecto, los veintitrés artículos de la Convención identificados como “derechos protegidos” proporcionan a la Corte numerosas herramientas para la protección jurisdiccional de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. A su vez, el preámbulo de la Convención reconoce la obligación de proteger todos los derechos y recuerda la incorporación más general de los derechos sociales al régimen regional de derechos humanos de 1967. La Corte ha afirmado que: [...] los derechos económicos, sociales y culturales tienen la misma sustancia que los derechos políticos y civiles. Todos derivan de la dignidad esencial del hombre, todos son derechos inalienables del individuo, y todos deben promoverse, garantizarse y protegerse nacional, regional y globalmente.<sup>58</sup>

A continuación vamos a realizar una breve mención sobre algunas de las decisiones más importantes de la CIDH en materia de protección del derecho a la salud y, posteriormente, enunciaremos los tipos de medidas cautelares que ha decretado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para lograr la protección urgente del derecho a la salud, con el fin de evidenciar como la Corte y la Comisión han desarrollado mecanismos jurídicos y procesales para proteger el derecho a la salud, como derecho exigible.

---

<sup>58</sup> MELISH, Tara. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los Derechos Humanos”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 542.

Dentro de las decisiones de CIDH más relevantes en materia del derecho a la salud encontramos el caso *Instituto de Reeducción del menor vs Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, también conocido como el caso Pachito López, en el cual la Corte comprobó que después de los tres incendios del Instituto de reeducación, que produjeron el cierre definitivo del mismo, en cuyos siniestros murieron varios de los menores y otros resultaron lesionados, existía un alto grado de desprotección de los derechos humanos de los menores reclusos en dicho Instituto. Se señaló que las condiciones de hacinamiento, insalubridad, ausencia de tratamientos o atención médica acorde con las necesidades especiales de los internos -que sufrían enfermedades mentales y/o problemas de adicciones-, falta de infraestructura adecuada para los internos con discapacidades físicas, insuficientes guardias carcelarios y sin capacitación adecuada, afectaban el derecho a la educación y el derecho a la salud, como atributos esenciales de una vida digna, generando una violación al artículo 4 (derecho a la vida) y al artículo 5 (derecho a la integridad personal). Resaltando que:

158. El derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana<sup>59</sup>.  
[...]

161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social<sup>60</sup>. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de

<sup>59</sup> CIDH, caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*; caso *19 Comerciantes*; caso *Myrna Mack Chang*.

<sup>60</sup> Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida.<sup>61</sup>

Asimismo, la CIDH señaló que es una obligación del Estado proveer condiciones de vida digna a todas las personas recluidas - niños y adultos- y en el caso especial de los menores de edad el Estado asume la posición especial de garante y debe tomar las medidas adecuadas para preservar el principio del interés superior del niño, contemplado en el artículo 19 de la Convención Americana. Por lo tanto, la situación excepcional de encontrarse privado de la libertad no extingue ni restringe el derecho humano a tener una vida digna y a desarrollar un proyecto de vida, lo cual incluye primordialmente, contar con servicios de salud y educación adecuados.

Otro pronunciamiento importante respecto al reconocimiento expreso del derecho a la salud es el caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005. Este consistía en la afeción de los derechos humanos de una comunidad indígena que había sido desplazada de sus tierras ancestrales, desde el año de 1986 y, desde 1996 vivían al borde de una autopista adyacente a su territorio ancestral en condiciones de miseria, carentes de alimentos, vivienda, prestaciones de salud, situación que habría cobrado la vida de varios de los miembros de la comunidad, principalmente niños y ancianos. Los líderes indígenas reclamaron administrativamente la posesión de sus tierras, no obstante, un juez local les prohibió el ingreso a su territorio. Posteriormente, el Estado declaró el “estado de emergencia”, pero no adoptó las medidas necesarias para contrarrestar la lesión a los derechos humanos de la comunidad indígena, en este contexto, la Corte declaró que la situación de vulnerabilidad de la comunidad fue generada por la propia omisión y negligencia estatal en el desarrollo de políticas públicas de salud, condiciones mínimas de salubridad, alimentación y vivienda, lo cual vulnera directamente el derecho a

---

<sup>61</sup> CIDH, caso *Instituto de Reeducación del menor vs Paraguay*; caso *Niños de la Calle*; y la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

una vida digna. Además, señaló que:

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

[...]

167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.<sup>62</sup>

En este contexto, se le otorga gran preponderancia al derecho a la salud, como mecanismo estrechamente ligado para obtener el disfrute de los otros derechos humanos, en especial para vivir en condiciones dignas, derecho protegido en el artículo 4 de la Convención Americana, y que implica obligaciones positivas (desarrollar políticas públicas de protección y acceso a la salud, sistemas de vacunación, etc.), y también obligaciones negativas (que consiste en no afectar el estado de salud de las personas y/o no restringir el desarrollo de su derecho). En el mismo sentido, encontramos otro pronunciamiento sobre la comunidad indígena *Xákmok kásek vs Paraguay*, en esta sentencia la CIDH fue más allá, estableciendo umbrales internacionales que debe respetar cada Estado para garantizar los derechos humanos, sobre el derecho a la salud afirmó que:

208. El Tribunal reconoce los avances realizados por el Estado. No obstante, las medidas adoptadas a partir del Decreto No. 1830 de 2009 se caracterizan por ser temporales y transitorias. Además, el Estado no ha garantizado la accesibilidad

---

<sup>62</sup> CIDH, caso *Yakye axa vs Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005.

física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y, de la prueba aportada, no se evidencia acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales.

[...]

301. De conformidad con las conclusiones expuestas en el Capítulo VII relativo al artículo 4 de la Convención Americana, la Corte dispone que mientras se entrega el territorio tradicional, o en su caso las tierras alternativas, a los miembros de la Comunidad, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, periódica y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas y ancianos, acompañada de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres; c) atención médica especial a las mujeres que se encuentren embarazadas, tanto antes del parto como durante los primeros meses después de éste, así como al recién nacido; d) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes para asegurar una alimentación adecuada; e) instalación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en el asentamiento de la Comunidad, [...]. Para tales efectos, el Estado deberá realizar las consultas que sean necesarias a los miembros de la Comunidad.<sup>63</sup>

De esta forma, se estableció que la obligación de los Estados no sólo consistía en disponer de centros de salud abiertos en general, sino, que deberían ser accesibles física y geográficamente a la Comunidad protegida o en estado de vulnerabilidad, lo cual significa que es necesario que los centros de salud estén contruidos a distancias razonables para la atención médica de la comunidad, es decir, sean cercanos a los asentamientos humanos, pueblos, ciudades, entre otros. Por tal razón, la CIDH estableció que debía construirse un centro de salud en el lugar donde habitaba la comunidad o se otorgara el transporte necesario; también, se debía dotar de medicinas e insumos suficientes para brindar una atención médica adecuada. Además, el Estado debía elaborar un estudio que le permitiera elaborar una política pública adecuada para la prestación de bienes y servicios básicos a la comunidad, de forma periódica y respetuosa de los usos y costumbres de la comunidad indígena.

---

<sup>63</sup> CIDH, caso *Xákmok kásek vs Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010.

Adicionalmente, nos vamos a referir al caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, en el cual la CIDH reconoció la protección del derecho a la salud física y mental, especialmente de las personas con discapacidad, como elemento esencial para disfrutar de una vida digna. El señor Ximenes Lopes que padecía de discapacidad mental, fue objeto de tratados inhumanos y degradantes, que lo llevaron a la muerte mientras se encontraba internado en la Casa de Reposo Guararapes, centro psiquiátrico privado que operaba dentro del marco del Sistema Público de Salud o Sistema Único de Salud de Brasil, señalando que es responsabilidad del Estado controlar y fiscalizar a los particulares para evitar que vulneren los derechos humanos de los demás ciudadanos. Señalando que:

85. La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [...] Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. [...] Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.

[...]

89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.<sup>64</sup>

En este sentido, es claro que la CIDH estableció el deber de vigilar y regular por parte del Estado a las instituciones públicas y privadas, para que respeten los parámetros

---

<sup>64</sup> CIDH, caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia del 4 julio de 2006.

internacionales de protección de los derechos humanos, sin que pueda el Estado evadir su responsabilidad ante los ciudadanos bajo el argumento que la prestación del servicio público fundamental, como es la salud, es prestado por terceros. Por el contrario, el Estado tiene la obligación de prevenir que los terceros afecten o interfieran en el goce efectivo de los derechos humanos de los ciudadanos, en especial el de aquellos que se encuentran en estado de debilidad o vulnerabilidad, como son las personas con discapacidad, los niños y los ancianos.

Asimismo, se señaló que los Estados tienen el deber de asegurar a las personas con discapacidad mental una atención médica eficaz. “La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales”<sup>65</sup>. Indicando los cuidados mínimos y las condiciones de internación dignas, el uso de la sujeción (acción que restringe el movimiento o toma de decisiones de los pacientes), el deber de cuidado de las personas con discapacidad, el deber del Estado de regular y fiscalizar las instituciones que prestan los servicios de salud, el deber de investigar y sancionar a los responsables de las lesiones a los derechos humanos<sup>66</sup>.

Por otro lado, también, es importante señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha decretado medidas cautelares como mecanismo para proteger el derecho a la salud de los peticionarios. Las medidas cautelares concedidas por la Comisión se pueden agrupar en tres tipos: (i) para proteger el derecho a la salud de los supervivientes de agresiones que corren el riesgo de sufrir nuevas agresiones cuando intentan acceder a los servicios médicos, garantizando el acceso a los centros de salud, transporte, medicamentos

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, párrafo 128.

<sup>66</sup> En el mismo sentido podemos citar: CIDH, caso *Albán Cornejo y otros vs Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, en la cual se reiteró la obligación del Estado de regular y supervisar la prestación de los servicios de salud, de las entidades públicas y privadas.

y equipos médicos, entre otros; (ii) para responder urgentemente al suministro inapropiado de cuidados de salud en instalaciones de detención, tanto cárceles como hospitales psiquiátricos, ordenado el suministro de medicamentos, tratamientos y exámenes médicos, eliminación de prácticas de aislamiento, entre otras; (iii) para suministrar directamente servicios médicos, cuando existen amenazas graves y urgentes de sufrir daños irreparables a la vida, la integridad y a la salud, este tipo de medidas cautelares han sido las más controversiales, pero el número ha ido aumentando progresivamente<sup>67</sup> (v. gr. personas con VIH-SIDA).

Finalmente, debemos resaltar que en la región la CIDH goza de gran prestigio por las decisiones progresistas y protectora de los derechos humanos. Además, de la influencia de sus opiniones consultivas y de la vinculatoriedad de sus sentencias en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados parte. En el estudio que realizó Tara Melish, señaló que “los índices de cumplimiento con las indemnizaciones ordenadas por la Corte tienen a ser bastante buenas; las órdenes de la Corte que implican modificaciones legislativas o de normas administrativas, las tasas son de buenas a aceptables; de las órdenes de la Corte que piden hacer investigaciones serias e imponer sanciones a los declarados responsables de derechos humanos, marcadamente pobres”<sup>68</sup>. Por lo tanto, el cumplimiento de las sentencias de la CIDH es aceptable, pues los Estados parte se comprometen a cumplir las sentencias emitidas, además, la CIDH podrá supervisar y vigilar el pleno cumplimiento de sus decisiones y, aunque, quedan aspectos por fortalecer para lograr el cumplimiento

---

<sup>67</sup> MELISH, Tara. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: La defensa de los derechos sociales mediante demandas basadas en casos particulares”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 533 - 535.

<sup>68</sup> MELISH, Tara. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los Derechos Humanos”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, p. de página N° 6. pp. 540.

integral de las sentencias emitidas por este órgano supranacional, es innegable que son un referente jurisprudencial para las jurisdicciones internas de los países de la región.

### **C) Sistema Regional Africano de Derechos Humanos**

El Sistema Regional Africano de Derechos Humanos –SRADH–, es el tercer sistema regional de derechos humanos del mundo, creado en 1981, posterior al sistema europeo e interamericano. Una de las principales características de este sistema consiste en el reconocimiento expreso de los derechos económicos, sociales y culturales en los mismos niveles de protección y exigibilidad que los derechos civiles y políticos. Por lo tanto, la Carta Africana de Derechos Humanos establece la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, señalando en el preámbulo que “los derechos civiles y políticos no se pueden disociar de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción ni en su universalidad y que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es una garantía para el goce de los derechos civiles y políticos”<sup>69</sup>.

La Carta Africana también contempla un catálogo de deberes u obligaciones para los Estados parte y para los particulares, en el respeto, protección, garantía y realización de los derechos humanos –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y de los pueblos–. Siendo, el primer instrumento internacional regional en establecer un catálogo de deberes en términos precisos y extensos, reafirmando que los derechos y deberes son concomitantes. Además, introduce efectos verticales (del Estado a los individuos) y efectos

---

<sup>69</sup> MZINKENGE CHIRWA, Danwood. “Sistema Regional Africano de Derechos Humanos: La promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 477 y 478.

horizontales (entre los individuos) en el compromiso de protección de los derechos humanos y la posibilidad de interponer sanciones jurídicas por su incumplimiento<sup>70</sup>.

Asimismo, es necesario resaltar que no contempla ninguna restricción o limitación a la protección o exigibilidad de los DESC. En este contexto, los DESC no se encuentran sujetos a la *realización progresiva o programática* ni a la disponibilidad de recursos del Estado ni pueden derogarse en situaciones de emergencia o circunstancias excepcionales, conocida como la *cláusula de derogación*<sup>71</sup>. Por lo tanto, podemos afirmar que los DESC están en el mismo nivel de exigibilidad que los derechos civiles y políticos, sin consideraciones a las obligaciones negativas y positivas de los derechos humanos contempladas en los otros sistemas regionales.

Sin embargo, es innegable que dentro del sistema africano, también se ha planteado la controversia respecto a los escasos o limitados recursos económicos de los que disponen los Estados para la realización de los derechos humanos. Pues si bien, la Carta Africana consagra que los DESC son inmediatamente exigibles, la Comisión Africana<sup>72</sup> en el caso *Purohit and Mooore vs Gambia* consideró que la escasez de recursos económicos es una justificación razonable para eximir de responsabilidad a los Estados, no obstante, los propios Estados tiene la carga de la prueba para mostrar que han usado óptimamente todos

---

<sup>70</sup> SAAVEDRA ALVAREZ, Yuri. *El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los pueblos. Prolegómenos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fecha de consulta: 17 de Diciembre de 2013. Ver link:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf>

<sup>71</sup> Op cit. MZINKENGE CHIRWA, Danwood, pp. 478-480.

<sup>72</sup> La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es el principal órgano de promoción y protección de los derechos humanos en el continente africano. Debe resaltarse que se trata del único órgano contemplado por la Carta para llevar a cabo esas funciones. Formalmente fue establecida el 21 de octubre de 1986, fecha en que entró en vigor la Carta, aunque inició sus actividades en 1987, cuando celebró su primera sesión ordinaria en Addis Abeba, Etiopía. Su sede se encuentra en Banjul, Gambia. Se compone de once miembros. El artículo 45 de la Carta Africana otorga un mandato muy amplio a la Comisión, pueden distinguirse cuatro funciones principales: de promoción, de protección, de interpretación y “otras” que le encomiende la Asamblea General. Para ampliar la información SAAVEDRA ALVAREZ, Yuri. *El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los pueblos*.

los recursos disponibles para satisfacer las necesidades básicas de sus pueblos de forma prioritaria.<sup>73</sup> Aunque, en el caso concreto, después del análisis jurídico y la valoración probatoria concluyó la responsabilidad del Estado de Gambia en la vulneración del derecho a la salud y demás derechos invocados.

Los denunciantes en el caso *Purohit vs Gambia* argumentaban que la legislación sobre salud mental “ley de detención de lunáticos” era desactualizada e inadecuada. Además, de las vulneraciones en la Unidad Psiquiátrica del *Royal Victoria Hospital* a los derechos a la igualdad (no discriminación), a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, a la salud y a la protección especial de las personas con discapacidad, entre otros. Pues, se acusaba a la unidad psiquiátrica de tratos inhumanos, muertes por deshidratación y malnutrición, emprender tratamientos psiquiátricos sin consentimiento ni diagnósticos adecuados, entre otros. Al respecto, la Comisión Africana señaló que el disfrute del derecho humano a la salud, es vital para todos los aspectos de la vida y el bienestar de una persona y, es crucial para la realización de todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales.

Además, señaló que el derecho a la salud incluye el derecho a acceder a los servicios de salud, que deben prestarse a todos los seres humanos sin ningún tipo de discriminación. Cuando se presentan circunstancias que ameritan un trato especial, como la edad o la discapacidad física o mental, el Estado asume un nivel mayor de protección. En este sentido, los pacientes de salud mental deben recibir un trato especial que les permita mantener un nivel óptimo de independencia, además de incluir el derecho al análisis, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad mental. Por lo tanto, la atención de la salud a los enfermos mentales consiste en tres niveles: (i) el análisis y diagnóstico del estado mental de una persona; (ii) el tratamiento de esa condición mental, y (iii) la rehabilitación de la salud mental<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Op cit. MZINKENGE CHIRWA, Danwood, pp. 482.

<sup>74</sup> SRADH, caso *Purohit and Mooore vs Gambia*, sentencia del 29 de mayo de 2003.

Otro caso relevante es *The Social and Economics Rigths Action Center & The Center for Economic and Social Rights (SERAC) vs Nigeria*, en el cual se señalaba que la empresa petrolera Nigeriana (Nigerian Pretroleum Company) y Shell Petroleum Development Corporation, habían explotado las reservas de petróleo en Ogoniland, en Nigeria, sin controles medioambientales, pues los desechos tóxicos se vertían en los ríos aledaños, generando contaminación en el agua, el suelo y el aire, lo cual ocasionó graves daños a la salud de las comunidades locales a corto y largo plazo, pues se presentaban infecciones en la piel, enfermedades gastrointestinales y respiratorias, problemas reproductivos, neurológicos y se aumentaba el riesgo de contraer cáncer. La Comisión Africana declaró la responsabilidad del Gobierno Nigeriano por no supervisar las actividades de las empresas petroleras y no hacer cumplir los estándares medio ambientales nacionales. Además, señaló que los gobiernos tiene el deber de proteger a sus ciudadanos, no sólo a través de una legislación adecuada y una aplicación efectiva, sino, también protegiéndolos de los actos dañinos o violatorios de los derechos humanos que pueden ser perpetuados por los particulares, citando la sentencia *Velásquez Rodríguez vs Honduras* de la CIDH y el caso *X & Y vs Netherlands* del TEDH<sup>75</sup>.

Adicionalmente, la Carta Africana contempla dos elementos de protección del derecho a la salud. El primero, consiste en la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para garantizar la atención médica cuando lo necesitan, lo que implica la existencia de instalaciones de salud y, el acceso a los bienes y servicios de salud (artículo 16, inciso 2). El segundo aspecto, hace referencia a las condiciones subyacentes para la salud, es decir, el deber estatal de proporcionar servicios básicos, como: agua potable, servicios sanitarios,

---

<sup>75</sup> SRADH, caso *The Social and Economics Rigths Action Center & The Center for Economic and Social Rights (SERAC) vs Nigeria*, sentencia del 27 de octubre de 2001.

electricidad, acceso a medicamentos, entre otras condiciones básicas para desarrollar una vida digna y saludable<sup>76</sup>.

Por otro lado, autores como Danwood Mzinkenge señalan que la Comisión en el caso *SERAC vs Nigeria* utilizó un test de razonabilidad parecido al desarrollado por la Corte Constitucional Sudafricana como criterio para determinar el respeto de los Estados a las obligaciones positivas de los derechos sociales. El cual consiste en:

La Corte [Constitucional de Sudáfrica] ha declarado que cualquier demanda en la que se alega que el Estado ha incumplido sus obligaciones positivas con respecto a los derechos socioeconómicos, la pregunta que debería hacerse es si las medidas legislativas y de otro tipo adoptadas por el Estado son razonables. El test de razonabilidad implica hacer varias consideraciones. En primer lugar, el programa debe ser de naturaleza integral y coordinada, y “asignar claramente responsabilidades y tareas a las diferentes esferas del Gobierno, y asegurar que los recursos financieros y humanos apropiados están disponibles”. En segundo lugar, las medidas adoptadas deben estar dirigidas a una ejecución progresiva del derecho en función de los medios disponibles del Estado. En tercer lugar, las políticas y programas adoptados debe ser razonables “tanto en su concepción como en su ejecución”. En cuarto lugar, el programa o medida debe ser “equilibrado y flexible y prever adecuadamente la atención a la crisis de vivienda y las necesidades a corto, mediano y largo plazo”. En quinto lugar, el programa debe responder a las “necesidades de aquellos que tienen necesidades más urgentes y cuya capacidad para gozar de todos los derechos está en mayor riesgo” Véase *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others (2000)*.<sup>77</sup>

La aplicación del test de razonabilidad de la Corte Constitucional Sudafricana desarrollo varios aspectos relevantes como: la coordinación y asignación de tareas a las diferentes esferas de Gobierno, la disponibilidad apropiada de recursos económicos y humanos para la ejecución del programa o política pública necesaria, lo cual no significa que los recursos públicos no sean escasos, por el contrario, siendo limitados deben aprovecharse e invertirse

---

<sup>76</sup> MZINKENGE CHIRWA, Danwood. “Sistema Regional Africano de Derechos Humanos: La promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 487.

<sup>77</sup> *Ibídem*, pp. 481.

de forma óptima y eficiente. Además, supone medidas razonables, equilibradas y flexibles para enfrentar la crisis de atención y protección de los derechos humanos. Consideramos que todos los elementos señalados anteriormente son acordes y compatibles con el planteamiento de las sentencias estructurales que aborda la presente investigación. En suma, aunque los DESC son exigibles de forma inmediata a los Estados parte del SRADH, el análisis del cumplimiento de las obligaciones que generan erogaciones de recursos económicos siempre será un punto controversial, pero sin duda el criterio de evaluación es más alto o exigente que el realizado en los sistemas regionales que establecen diferencias de exigibilidad entre los derechos civiles y los derechos sociales.

### 1.2.2 Experiencia comparada en países de la región

#### A) Argentina

En Argentina también han existido importantes pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, estableciendo una protección para el reconocimiento del derecho a la salud, de acuerdo con las obligaciones del Estado ratificadas en el PIDESC. Pues, en la Constitución Argentina no existe un artículo expreso que consagre el derecho a la salud, a pesar de que la reforma constitucional de 1994 reconoció explícitamente varios derechos sociales (artículos 41 y 42) y el amparo colectivo (artículo 43), este último contemplado como un recurso constitucional de amplia legitimidad procesal que permite a los miembros de la clase perjudicada, las ONG's y al defensor del pueblo presentar la acción judicial cuando existe una infracción masiva de derechos constitucionales.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> COURTIS, Christian. "ARGENTINA: Algunas señales prometedoras". En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, p. 261 – 264.

Respecto al ligio sobre el derecho a la salud, como señala Christian Courtis, se presenta el mayor auge en los años 90's, solicitando a los tribunales la extensión de la cobertura del cuidado de salud, el acceso a medicamentos y tratamientos médicos, afiliación y desafiliación a los planes médicos, entre otras. Además, la Corte Suprema Argentina, al igual que la Corte Constitucional Colombiana, ha emitido importantes pronunciamientos reiterando su compromiso y protección especial con la protección del derecho a la salud de los niños y demás grupos vulnerables, como las personas con discapacidad, personas en condición de indigencia y pacientes con VIH<sup>79</sup>.

Asimismo, la Corte Suprema estableció que la protección del derecho a la salud conlleva obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, reafirmando las obligaciones adquiridas en el artículo 12 del PIDESC, según el cual se reconoce el derecho de todos a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental, acorde con la interpretación realizada por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales (CESCR), que como analizamos anteriormente, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para satisfacer este derecho, acorde con la adopción efectiva de planes y programas que ayuden al disfrute pleno y progresivo de los derechos reconocidos en el PIDESC. Al respecto se señaló:

La Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte de Apelación [en el caso Campodónico de Beviacqua] y declaró que:

El derecho a la salud es un derecho protegido constitucionalmente, pues está incluido en los tratados internacionales de derechos humanos, a los que se concede jerarquía constitucional. Las autoridades públicas tienen un deber inmediato de garantizar este derecho con acciones positivas, con independencia de otros deberes

---

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, casos: *Campodónico de Beviacqua*, *Ana Carina c. Ministerio de Salud* y *Banco de Drigas Neoplásticas*, sentencia del 24 de octubre de 2000, sobre la cobertura de salud de los niños con discapacidades. Caso *Monteserin, Marcelo c. Estado Nacional-Ministerio de Salud* y *Acción Social-Comisión Nacional Asesora*, sentencia del 16 de octubre de 2001, sobre cobertura de salud de niños indigentes y con discapacidades. Caso *Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional*, sentencia del 1 de junio de 2000, protección a personas con VIH, entre otras.

que se le puedan imponer a otros sujetos. Los tratados internacionales de derechos humanos protegen específicamente la vida y la salud de los niños. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todos a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental, e incluye deberes del Estado para salvaguardar este derecho. Entre las medidas adoptadas para satisfacer este derecho. Entre las medidas adoptadas para satisfacer este derecho, el Estado deberá adoptar un plan para reducir la mortalidad infantil, garantizar a los niños un desarrollo saludable y proporcionar asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se comprometió a tomar medidas hasta donde lo permitan sus recursos disponibles, con el pleno propósito de conseguir el cumplimiento pleno progresivo de los derechos reconocidos en el Pacto [...]”<sup>80</sup>

Por lo tanto, podemos afirmar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoce el derecho a la salud como un derecho autónomo, exigible judicialmente y que su protección incorpora la realización de obligaciones negativas y positivas por parte de los Estados, como todos los derechos humanos. Asimismo, sigue los parámetros establecidos en la Observación General N° 14 que emitió el CESCR, sobre la interpretación del Art. 12 del PIDESC, lo cual, le permite dotar de contenido a las obligaciones del Estado respecto a las acciones programáticas que deben implementar para garantizar el real disfrute del derecho a la salud de todos sus ciudadanos en particular y de todos los seres humanos en general.

## **B) Brasil**

Brasil cuenta con la consagración expresa del derecho a la salud como derecho fundamental (artículos 6 y 196), lo cual le ha permitido a los jueces desarrollar una importante línea jurisprudencial sobre la protección de este derecho y de los demás derechos sociales. La

---

<sup>80</sup> COURTIS, Christian. “ARGENTINA: Algunas señales prometedoras”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, p. 271 y 272.

Constitución de 1988 incluyó los derechos económicos, sociales y culturales en la misma sección de los derechos fundamentales, lo cual ha conllevado a la posibilidad de solicitar su exigibilidad judicial y aplicación inmediata, que no pueden ser reformados o eliminados por reformas constitucionales posteriores por hacer parte de la “cláusula de hierro” o clausula pétrea, como señala Flavia Piovesan en su artículo sobre repercusiones y retos de los derechos sociales en los tribunales<sup>81</sup>.

También es importante señalar que Brasil es parte de los países que han ratificado el PIDESC. Según el ordenamiento jurídico interno brasileño, los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional. Por lo tanto, Brasil también está sujeto a la interpretación que realizó el CESCR sobre el artículo 12 del PIDESC, en el que se reconoce el deber de los Estados a garantizar el *nivel más alto de salud posible* implementando las acciones, programas y en general las medidas necesarias para garantizar la protección y disfrute del derecho humano a la salud.

La Constitución de Brasil en el artículo 196 establece que “[l]a salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.” Además, señala expresamente cuales son los fines y directrices que debe seguir el Estado en la protección del derecho a la salud, que a su vez se deben armonizar con las obligaciones internacionales adquiridas en los tratados internacionales de derechos humanos en los que Brasil es parte.

---

<sup>81</sup> PIOVESAN, Flavia. “BRASIL: Repercusiones y retos de los derechos sociales en los tribunales”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, p. 287 y 288.

Otro aspecto fundamental, es el fortalecimiento de los mecanismos judiciales que permiten la exigibilidad judicial de los derechos sociales, como son la acción civil pública, que estaba contemplada desde 1985 en la Ley 7347, la acción popular, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión de las autoridades y la solicitud de medidas provisionales para la protección de los derechos constitucionales. Al respecto se ha señalado que:

La Constitución de 1988 instituyó nuevos derechos para reclamar estas garantías, en concreto una solicitud de medidas provisionales de efecto inmediato para garantizar el ejercicio inmediato de derechos constitucionales en caso de que no existan normas legales que los protejan suficientemente) y una acción directa de inconstitucionalidad por omisión de las autoridades (para garantizar la efectividad de las normas constitucionales en caso de inacción del Estado). Además, la Constitución amplió significativamente el alcance de la “acción popular” y hoy, además de servir para proteger la propiedad pública, como antes, se permite en las áreas del medio ambiente y de la administración pública.

Estos nuevos instrumentos constitucionales se basan en un molde social que concentra su atención en una acción o deber del Estado. Sorprendentemente, eso significa que la inacción del Estado en la ejecución de las disposiciones constitucionales, en especial de aquellas relativas a los derechos sociales, se pueden considerar un acto inconstitucional y someterse a revisión judicial.<sup>82</sup>

El litigio en materia del derecho a la salud es abundante, y gira principalmente sobre el acceso a medicamentos y tratamiento médico, la protección especial a los niños y adolescentes, y demás grupos vulnerables como pacientes con VIH, personas con discapacidad, etc., controversia sobre los contratos privados de salud, la cobertura plan nacional de salud y, como señala Flavia Piovesan la “posibilidad de mejorar la “clase” de tratado hospitalario que reciben con la condición de que la diferencia de costos sea pagada completamente por el paciente” o tratamiento diferencial.

Como podemos observar, la mayoría de los asuntos litigados sobre el derecho a la salud coinciden con las facetas protegidas judicialmente en Colombia y en Argentina. No obstante, es necesario aclarar que el análisis constitucional sobre las controversias de los

---

<sup>82</sup> *Ibíd*em, pp. 290.

contratos privados de salud fueron abordados desde los derechos del consumidor y el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, y en las sentencias se concedieron indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual, por no proporcionar servicios médicos apropiados. También se contempló un estrecho vínculo entre el derecho a la salud y a la información, indicando “que no informarle al público sobre la paralización de los planes de desarrollo en los hospitales y la suspensión de compra de medicamentos por la Administración equivale a poner en riesgo evidente la salud pública”<sup>83</sup>.

Paradójicamente, ante este panorama de exigibilidad judicial expresa de los derechos sociales, desde el reconocimiento en la Constitución de 1988, también, nos encontramos con decisiones judiciales desde un enfoque liberal clásico, según el cual no pueden existir pronunciamientos que afecten la separación de poderes<sup>84</sup> o los recursos públicos que son insuficientes, denegando la exigibilidad judicial del derecho a la salud, como sucedió en el caso RMS 6554/RS (1996), en el cual el Tribunal Superior de Justicia indicó que “[...] ningún organismo administrativo y ninguna autoridad pueden efectuar gasto sin que se haya previsto una partida presupuestal”. Sin embargo, la mayoría de sentencias, especialmente del Tribunal Supremo Federal (Tribunal Superior de la Rama Judicial de Brasil) reconocen la exigibilidad de los derechos sociales, amparando especialmente el derecho a la salud.

Finalmente, la referencia anterior nos evidencia, como la exigibilidad de los derechos sociales, no está sujeta únicamente a la consagración constitucional expresa como derecho de aplicación inmediata, como sucede en Brasil, sino a la voluntad política del Estado y de los funcionarios públicos que crean, ejecutan y aplican las leyes del país. Pues, como observamos en países como Colombia y Argentina, no existe un artículo constitucional que

---

<sup>83</sup> Op cit. PIOVESAN, Flavia, pp. 294 Y 295.

<sup>84</sup> Supremo Tribunal Federal de Brasil, caso RE 259508 Agr/RS (2000) sobre la distribución gratuita de medicamentos a los pobres y a los portadores de VIH-SIDA mediante un acuerdo entre la Administración del Estado Federado y el Municipio de Porto Alegre, en el cual el Tribunal Supremo Federal se abstuvo de examinar el Acuerdo por corresponder a criterios políticos, aludiendo a la separación de poderes.

reconozca el derecho a la salud como derecho fundamental, pero la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema de Justicia Argentina mediante su jurisprudencia lo han reconocido como tal, brindándole exigibilidad y protección judicial a las peticiones de los ciudadanos.

### C) Colombia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana tiene varios momentos de evolución respecto a la protección de los DESC en general y del derecho a la salud en particular. Si bien la Constitución Política de la República de Colombia, no establece dentro del capítulo de los derechos fundamentales la referencia expresa al derecho a la salud, se ha utilizado la acción de tutela<sup>85</sup> para su protección y exigibilidad, interpretando su contenido y alcance a partir del artículo 49 CP, que se encuentra dentro del capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, que señala:

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

---

<sup>85</sup>ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...].

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

En este contexto, la Corte en un primer momento tuteló el derecho a la salud, manteniendo la diferencia de exigibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, aludiendo a la figura de la conexidad entre estos tipos de derechos para admitir la procedencia de la acción de tutela y lograr la protección del derecho a la salud, cuando en el caso particular estuviera en peligro la vida, la dignidad o la integridad física del accionante. Por ejemplo, se desarrolló una amplia protección para las personas con VIH/SIDA, ampliando el tipo de medicamentos del plan obligatorio de salud – POS para incluir los retrovirales y demás tratamientos indispensables para mejorar las condiciones de vida de los pacientes, a partir de su vínculo indisoluble con la vida, la dignidad de la persona, la igualdad y en desarrollo del principio de solidaridad<sup>86</sup>.

En la sentencia T-505 de 1992 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se inició una línea jurisprudencial según la cual, las autoridades están en obligación de brindarles a las personas con VIH/SIDA una protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. Estableciendo que:

La atención integral y gratuita hace parte de la protección especial a cargo del Estado, cuando la ausencia de medios económicos le impide a la persona aminorar el sufrimiento, la discriminación y el riesgo social que le implica sufrir una enfermedad terminal, transmisible, incurable y mortal. El derecho fundamental a la igualdad, en su modalidad de protección especial a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, es un derecho de aplicación inmediata. El SIDA, como enfermedad mortal, atenta contra la vida misma. La prestación del servicio de salud al enfermo de SIDA es un imperativo que surge de la naturaleza

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-505/92, T-271/95, SU-645/97, T-366/99, T-398/99, T-849/01, entre otras.

solidaria y respetuosa de la dignidad humana que proclama y busca hacer efectivo nuestro régimen jurídico [Estado Social de Derecho].<sup>87</sup>

Posteriormente, la Corte siguió desarrollando la protección del derecho a la salud, estableciendo la protección especial del derecho a la salud de los niños, y demás grupos vulnerables como: las personas de tercera edad, personas con discapacidad, pacientes con enfermedades terminales, entre otros. El derecho fundamental a la salud de los niños se desarrolló de acuerdo con el artículo 44 de Constitución que lo establece así literalmente, indicando en la sentencia T-236/98, que “[l]a seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”<sup>88</sup>.

Mediante pronunciamientos análogos se logró implementar programas de vacunación gratuita en los barrios más pobres de Bogotá, otorgar implantes auditivos, cardiacos, prótesis, entre otros, que mejoraron el nivel de vida de los menores de edad. Además, se realizaron operaciones y tratamientos de alto costo, incluso en algunos casos extremos se ordenó realizar tratamientos en el extranjero, con el fin de garantizar la vida y la dignidad de los ciudadanos, especialmente de los menores de edad<sup>89</sup>.

En la sentencia de unificación SU-819/99 la Corte Constitucional, estableció los parámetros para otorgar tratamientos en el exterior para los menores de edad, señalando el carácter excepcional de este procedimiento y, además, trató de armonizar el carácter programático de los derechos sociales, la disponibilidad y escases de los recursos públicos, y el deber del Estado en la protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Al respecto señaló:

---

<sup>87</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-505 de 1992.

<sup>88</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-236 de 1998.

<sup>89</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-236/98, T-165/95, SU-225/98, SU-819/99, entre otras.

Para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del P.O.S. según las normas legales vigentes, se imponen algunos parámetros que resulta necesario introducir por la propia naturaleza del sistema para evitar así, la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y viabilidad del sistema, y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, del Estado social de derecho y de la prevalencia del interés general. Parámetros estos que como se anotó en precedencia, ya habían sido señalados e invocados por esta Corte a través de sus diversas Salas de Revisión y de la misma Sala Plena al unificar su jurisprudencia en materia del derecho a la salud (a partir de la sentencia SU-480/97), pero que ahora deben ser aclarados y precisados a partir de la expedición de la nueva normatividad legal:

- a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.
- b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).
- c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.
- d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.<sup>90</sup>

También, señaló expresamente que la utilización de la acción de tutela es de carácter excepcional y que el juez de tutela no es el encargado de determinar o escoger la entidad de salud en el exterior que realizará el procedimiento o tratamiento médico, sino, que está labor le corresponde al Ministerio de Salud o a la EPS. Además, se indicó que los usuarios deben asumir los pagos correspondientes de acuerdo con su capacidad socioeconómica y, los gastos excluidos del POS en que incurran las EPS's podrán solicitar el reembolso al Estado a través del Fosyga. Así:

- e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-819 de 1999.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución [...]

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.<sup>91</sup>

La Corte siempre ha reconocido que los DESC son de naturaleza progresiva, sin embargo, siguiendo la línea de interpretación de los organismos internacionales, especialmente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señaló que el carácter progresivo no puede interpretarse de tal forma que deje sin contenido a los derechos y a las obligaciones del Estado, indicando que el carácter programático de un derecho “no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.<sup>92</sup> De esta forma, el Estado

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*

<sup>92</sup> La Corte Constitucional en la sentencia T-595 de 2002 señaló que: “(...) si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de éste tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo.” Esta posición reiterada en las sentencias

como mínimo debe diseñar y adoptar un plan de acción para ejecutar los derechos sociales, económicos y culturales, pues la ausencia de políticas públicas que planifiquen o garanticen el disfrute de los derechos sociales sería contraria al orden constitucional, como expresó en la sentencia SU-111/97, y posteriormente desarrolló con mayor detenimiento e impacto en las sentencias T-025/04 y T-760/08. Al respecto Magdalena Sepúlveda y Cesar Rodríguez indican que:

La jurisprudencia de la Corte ha ido más allá del simple reconocimiento del deber general de progresividad y ha destacado que, en ciertas circunstancias, los DESC son susceptibles de aplicación directa por los tribunales mediante la acción de tutela. Para llegar a esa conclusión, la Corte efectúa una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, en la que se sitúan los valores consagrados en el artículo 1 de la misma, como son la protección de la dignidad individual y el principio del “Estado social”, como principios rectores de su trabajo.

La Corte le ha dado contenido a la aplicación inmediata de los DESC principalmente mediante tres prácticas interpretativas: a) una interpretación amplia de los “derechos fundamentales”, como el derecho a la vida, la dignidad y la integridad física; b) el concepto de “mínimo vital” y c) el concepto de “estado de cosas inconstitucional”.<sup>93</sup>

Respecto a las prácticas interpretativas utilizadas por la Corte Constitucional para lograr dotar de contenido esencial a los derechos sociales, y consecuentemente, de exigibilidad directa ante la administración de justicia, podemos señalar que la primera práctica sobre la interpretación amplia de los derechos fundamentales o teoría de la conexidad ha sido utilizada por diversos órganos jurisdiccionales. Como vimos anteriormente el TEDH y CIDH, lograron la protección de los DESC vinculando su protección con un derecho expresamente exigible—la vida, la integridad física y la dignidad—. Los dos últimos mecanismos de interpretación creados por la Corte Constitucional, corresponde a prácticas jurisprudenciales novedosas que han contribuido en protección y exigibilidad directa de los

---

T-739 de 2004, en este caso se precisó el alcance del principio de progresividad, a propósito de la continuidad en las condiciones de acceso al servicio de salud, entre otras.

<sup>93</sup> SEPULVEDA, Magdalena y RODRIGUEZ, Cesar. “COLOMBIA: La Corte Constitucional y su contribución a la Justicia Social”. En LANGFORD, Malcom. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013, pp. 238 y 239.

DESC. Por lo tanto, procederemos a realizar una breve mención sobre el derecho al mínimo vital y su conexión con el derecho a la salud y, posteriormente, analizaremos la sentencia T-760/08 que evidenció el *estado de cosas inconstitucional-ECI-* en materia de salud, sin embargo, analizaremos con mayor profundidad la figura del *ECI* en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

El derecho al mínimo vital, es de creación jurisprudencial de la Corte, reconocido desde el año 1992<sup>94</sup>, señalando que toda persona tiene derecho a disfrutar de condiciones materiales mínimas para llevar una vida digna o derecho a la subsistencia en condiciones dignas dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. Indicando que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida, sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”<sup>95</sup>.

Posteriormente, en la sentencia SU-995/99 indicó que “la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social; no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y familiar [...]” A partir del mínimo vital como derecho fundamental implícito, se ha desarrollado principalmente, el derecho al trabajo, a la salud y a la seguridad social de los ciudadanos.

La Corte Constitucional, posteriormente en su evolución jurisprudencial, estableció el carácter fundamental del derecho a la salud, indicando que es un derecho autónomo que puede ser protegido directamente por la acción de tutela, sin necesidad de plantear y

---

<sup>94</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-426 de 1992.

<sup>95</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-597 de 1993.

acreditar la conexidad con otros derechos fundamentales como la vida o la integridad personal. En la sentencia T-859 de 2003 señaló que:

Así las cosas, puede sostenerse que [el derecho a la salud] tiene **naturaleza de derecho fundamental**, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello [en la sentencia SU-819 DE 1999]al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.

13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.<sup>96</sup>

Por otro lado, el país tenía un problema estructural en materia de salud, la cobertura era insuficiente, existía desactualización de la lista de medicamentos incluidos en el POS, aumento de enfermedades crónicas en la población –cáncer, diabetes, VIH-, problemas de regulación, control y vigilancia de las entidades prestadoras de salud, desregulación de precios de medicamentos, recursos económicos públicos escasos o insuficientes y debilidad de los mecanismos de representación política, entre otros. Sumado, a la avalancha de acciones de tutela que se instauraban continuamente ante los jueces de la República, pues lastimosamente, las propias empresas aseguradoras y prestadores del servicio de salud –IPS y EPS- impulsaban a los usuarios a interponer la acción de tutela con el propósito de cobrarle al Estado los costos inflados de las medicinas y tratamientos ordenados por los jueces, ya que, las EPS podían solicitarle al Estado el reembolso de los costos, ante el

---

<sup>96</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-859 de 2003.

Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguros y Salud -Fosyga. Lo cual, llevo a agudizar los problemas estructurales y a generar una crisis de estabilidad financiera del sistema nacional de salud.<sup>97</sup> Al respecto Everaldo Lamprea señala:

Dentro del voluminoso y diverso litigio de derechos fundamentales en Colombia, la presencia de casos sobre el derecho a la salud es notoria. Los tres estudios sobre litigio en salud publicados por la Defensoría del Pueblo muestran que durante el periodo 1999-2009 la salud fue el derecho fundamental más litigado en Colombia, con un agregado de 775.102 casos. [...] La judicialización del derecho a la salud en Colombia resulta excepcional en América Latina. [...] En Latinoamérica sólo el caso brasileño tiene rasgos comparables al colombiano.  
[...]

El crecimiento del gasto público por concepto de medicamentos y demás servicios de salud ordenados por jueces de tutela y por comités técnicos científicos (CTC) es una de las consecuencias más negativas del litigio del derecho a la salud en Colombia. Mientras que en el periodo 2006-2008 los recobros pagados por el Fosyga equivalían aproximadamente al 1.30% del PIB, en el 2009 se elevaron al 3.15% del PIB. Gracias a la decisión de la Corte Constitucional que reencausó el litigio de los despachos judiciales hacia los CTC de las EPS, el número de tutelas en salud se redujo en un 6,29% entre el 2008 y el 2009.<sup>98</sup>

La decisión de la Corte, a la que hace alusión Lamprea, corresponde a la sentencia estructural T-760 que emitió el alto Tribunal en el año 2008, en la cual intentó articular esfuerzos para dar una respuesta y solución efectiva a los problemas estructurales del sistema de salud en el país. En la referida sentencia se reiteró la línea jurisprudencial, según la cual, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, de acuerdo con una interpretación de la Carta Constitucional a la luz de la dignidad humana, y no desde una interpretación textualista y restrictiva del catálogo de derechos fundamentales. Afirmando expresamente lo siguiente:

Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental [están consagrados

---

<sup>97</sup> LAMPREA, Everaldo. *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas*. Bogotá D.C: Ediciones Uniandes, 2011, pp. 95-129.

<sup>98</sup> *Ibídem*, pp. 81, 82 y 84.

expresamente en el catálogo constitucional] y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.  
[...]

Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles.<sup>99</sup>

Igualmente, la Corte señaló que todos los derechos fundamentales tienen límites, pues no son derechos absolutos, pero dichos límites deben ser razonables, proporcionales y justificados constitucionalmente. Además de precisar que todos los derechos humanos implican obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, y por lo tanto, no es posible afirmar que el derecho a la salud sea inexigible o aplazable indefinidamente por su carácter prestacional, en este contexto la Corte afirmó que el derecho a la salud es un derecho fundamental que tiene una faceta prestacional.

El derecho a la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un inicio, que el Estado, o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona.  
[...]

La Corte no considera que las facetas positivas de un derecho siempre estén sometidas a una protección gradual y progresiva. <<Cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado>>, éste puede reclamar la protección judicial inmediata del derecho.

---

<sup>99</sup> Ver Sentencia T-760 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. El reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental y autónomo se realiza en varias sentencias, v. gr. T-859 de 2003, T-060 de 2007, T-148 de 2007.

[...]

No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría ‘derechos no prestacionales’ o ‘derechos negativos’. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.

[...]

La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de ‘*prestacional*’ no se predica de la categoría ‘*derecho*’, sino de la ‘*faceta de un derecho*’.<sup>100</sup> Es un error categorial hablar de ‘*derechos prestacionales*’, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales.<sup>101</sup>

Además, se analizaron las diferentes facetas del derecho a la salud, para evidenciar los problemas o barreras recurrentes que invocaban los ciudadanos en las acciones de tutela, como son: el acceso a servicios de salud de calidad, de manera oportuna y eficaz, la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y actualización periódica de los mismos –POS y POSS–, con el fin de acceder a medicamentos y tratamientos médicos, la financiación y los pagos de los servicios de salud no contemplados dentro de los planes obligatorios, entre otros.

En este contexto, la Corte asumió el reto de emitir una sentencia estructural que ayudara a solucionar adecuadamente los problemas constantes del sistema nacional de salud. Por lo tanto, adoptó diversas medidas que involucraban a los diferentes actores del Sistema Nacional de Salud, como el Ministerio de la Protección Social, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Comisión Nacional de Regulación en Salud, las Entidades Promotoras de Salud –EPS y el Fosyga, para implementar las medidas, planes y programas

---

<sup>100</sup> En la sentencia T-595 de 2002, la Corte señaló que el derecho de los discapacitados para acceder al sistema de transporte público en condiciones de igualdad supone una faceta prestacional de la libertad de locomoción de carácter progresivo, por cuanto requiere “*tiempo para diseñar y planificar, así como la necesidad de apropiar y destinar recursos para adecuar las condiciones existentes*”. Por eso, el cumplimiento pleno e integral de esta faceta del derecho no puede ser exigido de forma instantánea, sino “*que gradualmente se vayan implementado las diversas políticas que aseguren a los discapacitados su inclusión a la sociedad.*”

<sup>101</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760 de 2008.

(políticas públicas) necesarias de acuerdo a sus competencias, asumiendo el control y vigilancia de las medidas adoptadas por las propias entidades competentes.

Así, la Corte decidió ordenarle al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud adoptar las medidas para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado, adoptando un cronograma para la unificación gradual y con sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta las prioridades de la población según estudios epidemiológicos y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las EPS.

También le ordenó al Ministerio de la Protección Social que adoptara medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique los servicios médicos ordenados, otorgados y denegados, para identificar las IPS y EPS que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se *requieran con necesidad*, con el fin de implementar las medidas concretas y específicas para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, de las personas que se encuentran afiliadas a las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios.

Igualmente, le ordenó al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que diseñara un plan de contingencia, además, de adoptar las medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud. Ordenó que se adoptarán las medidas necesarias 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– [2 años desde la expedición de la sentencia], y en caso de que

alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada. Entre otras medidas estructurales que analizaremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

Finalmente, podríamos concluir que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana en materia del derecho a la salud, tiene tres momentos. El primero en el que reconoció su exigibilidad estableciendo una relación de conexidad con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la dignidad humana y el principio de igualdad. El segundo, en el cual reconoció su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección, v. gr. los niños y niñas, personas de la tercera edad, discapacitados. El tercero y último momento, en el que reconoció el derecho a la salud como derecho fundamental general y autónomo, de acuerdo con los principios constitucionales a la dignidad humana, el Estado Social de Derecho y el bloque de constitucionalidad, que incluye los tratados internacionales y los pronunciamientos de los organismos internacionales competentes.

### **1.3. EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

El Estado peruano reconoce el derecho a la salud dentro del capítulo de los derechos sociales y económicos de la Constitución Política del Perú, consagrando expresamente que todos tienen derecho a la protección a la salud y señala una protección especial general para los niños, adolescentes, madres y ancianos en situación de abandono (artículo 4°) y una protección particular en materia de salud para las personas con discapacidad física y mental (artículo 7°). Además, se establece que el Estado determinara la política nacional de salud, reconociendo que es un derecho universal y progresivo, según el cual todas las personas deben gozar de seguridad social para mejorar o elevar su calidad de vida. Al respecto la Constitución expresamente establece que:

**ARTÍCULO 7°.-** Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de su comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona discapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respecto de su dignidad y régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.  
[...]

**ARTÍCULO 9°.-** El Estado determinará la política pública nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñar y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

**ARTÍCULO 10°.-** El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

**ARTÍCULO 11°.-** El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas y mixtas. Supervisará asimismo su eficaz funcionamiento. [...]

En este contexto, la Constitución le impone al Poder Ejecutivo la obligación de diseñar, planificar y ejecutar las políticas públicas del Estado en materia de salud, para garantizar la protección, el acceso y el disfrute del derecho a la salud de todas las personas. Asimismo, debemos resaltar que el Estado peruano es parte del PIDESC que analizamos anteriormente y, que de acuerdo con la interpretación del CDESC se establece que el Estado debe garantizar el *nivel más alto de salud posible* dentro de su territorio, adoptando las medidas necesarias (legislativas, administrativas, financieras y judiciales, entre otras) para alcanzar los estándares mínimos internacionales de información, calidad, accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y disponibilidad de los servicios de salud.

Asimismo, la Constitución determina dos características que debe cumplir la Política Nacional de Salud, como son: (i) La pluralidad y (ii) la descentralización. Lo cual significa que las políticas públicas en salud deben respetar y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2 inciso 19 CP), además de coordinar con los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) para alcanzar la protección efectiva del derecho humano a la salud. Al respecto Elena Alvites señaló:

La atribución de esta responsabilidad al Poder Ejecutivo debe entenderse en el marco del Estado peruano definido como social y democrático, cuyo gobierno se ejerce de forma descentralizada, tal como dispone el artículo 43. Es decir, un Estado donde tres niveles de gobierno ejercen con autonomía el poder estatal, a través del ejercicio de competencias y funciones que, para el caso de los gobiernos regionales y las municipalidades, están definidas en los artículos 192 y 195 de la Constitución. Además, para el cumplimiento de dichas funciones, a dichos gobiernos descentralizados (regiones y municipios) se les ha reconocido autonomía administrativa, económica y, sobre todo, autonomía política.

[...]

Este mandato constitucional [pluralidad] se vincula directamente con el elemento aceptabilidad del derecho a la salud, el que exige que «los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos, las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate». De ahí que sea importante que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo no solo contemple la participación de los gobiernos regionales y las municipalidades en la formulación de las políticas nacionales, como la salud, sino que también haya previsto que esas políticas deban considerar la diversidad de las realidades regionales y locales.<sup>102</sup>

De acuerdo con lo señalado en la cita anterior, el Gobierno Nacional al desarrollar la política pública nacional de salud, debe coordinar activamente con las regiones y municipios que componen el territorio nacional, teniendo en cuenta, que estos gobiernos descentralizados tienen competencias y funciones en materia de salud, señaladas expresamente en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N° 27867, artículo 49) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972, artículo 80). Por lo tanto, al desarrollar las estrategias, planes y programas al nivel nacional estas deben adaptarse y complementarse con las acciones, planes y programas desarrollados a nivel regional y municipal, generando un plan armónico, coherente y adecuado a las necesidades locales de los ciudadanos, acorde con los principios de solidaridad y cooperación que deben existir en

---

<sup>102</sup> ALVITES, Elena. *Contenido del derecho a la salud como base para la política nacional de salud*. En Gaceta Jurídica. La Constitución comentada, Lima: Gaceta Jurídica S.A., Tomo I, segunda edición, 2013, pp. 578 y 582.

un Estado unitario y descentralizado como es el Perú, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>103</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú – TC, ha emitido importantes pronunciamientos sobre el derecho a la salud, en los cuales ha señalado que “si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (artículo 2°), a la integridad (artículo 2°) y el principio de dignidad (artículo 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”<sup>104</sup>. Asimismo, ha reconocido expresamente la doble connotación de obligaciones negativas y positivas que tienen todos los derechos humanos, de acuerdo con la interpretación del CDESCR sobre el artículo 12 de PIDESC.

Asimismo, el TC reconoció la exigibilidad judicial del derecho a la salud, amparando este derecho humano solicitado por los ciudadanos ante los jueces constitucionales, independientemente de la consagración textual del derecho a la salud dentro de los derechos sociales, pues, ha reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental. Sin embargo, el aspecto de la disponibilidad presupuestal y el cumplimiento programático de los estándares internacionales, son temas álgidos en el litigio en materia de salud en el Perú. Pues, el número de casos analizados por el TC en materia de salud moderado<sup>105</sup> y no han tenido el impacto social logrado en otros países, aunque, le ha permitido al máximo Tribunal emitir pronunciamientos relevantes sobre la garantía y protección del derecho a la salud, analizando diversas facetas que contiene este derecho humano.

---

<sup>103</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia STC Exp. N° 0012-2003-AI/TC

<sup>104</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia STC Exp. N° 1429-2002-HC

<sup>105</sup> Se realizó una labor de búsqueda y selección de las sentencias, encontramos que en un rango de 20 años, desde la proclamación de la Constitución de 1993 y la creación del Tribunal Constitucional, han existido 25 sentencias que abordan el estudio del derecho a la salud directamente.

Respecto a las múltiples facetas que tiene el derecho a la salud, encontramos como temas recurrentes la protección especial de los grupos vulnerables, como son los pacientes con VIH-SIDA<sup>106</sup>, los cuales solicitaban una asistencia médica integral, acceso a medicinas y tratamientos; pronunciamientos sobre protección especial de las personas con discapacidades físicas<sup>107</sup>, y un porcentaje considerable de sentencias sobre problemas de salud mental, en las cuales se solicitaba la protección y asistencia del Estado, incluyendo las peticiones de los reclusos de los centros penitenciarios que padecen enfermedades mentales<sup>108</sup>. También, encontramos pronunciamientos sobre la cobertura de prestaciones asistenciales para pensionistas y trabajadores en labores riesgosas<sup>109</sup> y, referencias a los aspectos externos que afectan la salud de los ciudadanos, resaltando el deber constitucional del Estado de proteger el derecho a la salud y a la integridad personal de todas las personas<sup>110</sup>.

Otra faceta en la cual se ha analizado el derecho a la salud es desde la perspectiva de la salud pública<sup>111</sup>. El TC declaró como un grave problema de salud pública el aumento de enfermedades mentales de los ciudadanos, la baja disponibilidad y accesibilidad a los bienes y servicios especializados de salud mental en el país, exhortando y en otros casos ordenándole al Estado, a través de las autoridades implicadas, la adopción de medidas adecuadas para la solución del problema. Entre los pronunciamientos más relevantes sobre salud mental está la STC Exp. 0006-2008-PI/TC, en la cual se declaró el *ECI*, pero será

---

<sup>106</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencias: STC N° 2945-2003-AA, STC 2016-2004-AA/TC y STC N° 4749-2009-PA.

<sup>107</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia STC N° 5218-2007-PA

<sup>108</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencias: STC N° 3593-2005-AA, STC N° 5842-2006-PHC, STC N° 2480-2008-PA, STC N° 3081-2007-PA, y STC N° 3425-2010-PHC.

<sup>109</sup> Tribunal Constitucional del Perú sentencias STC N° 1008-2004-AA y STC N° 2513-2007-PA

<sup>110</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencias STC N.º 2002-2006-PC/TC, STC N° 3510-2003-AA.

<sup>111</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencias: STC N° 0032-2010-PI (Ley Antitabaco), STC N° 2005-2009-PA, Caso ONG (píldora del día después) y STC N° 0850-2008-AA (consumo de alcohol.); casos en los cuales existía una colisión entre el derecho a la salud pública y diversos derechos fundamentales, como son la libertad y autodeterminación personal, derechos reproductivos de las mujeres, entre otros.

objeto de análisis en el tercer capítulo del presente trabajo, por hacer parte de las sentencias estructurales emitidas por el TC.

También, encontramos la sentencia STC N° 0032-2010-PI, en la cual más de cinco mil ciudadanos presentaron una acción de inconstitucionalidad cuestionando el artículo 3° de la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, que prohíbe fumar en espacios públicos. Los accionantes alegaron la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empresa, entre otros. Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 3° que contempla la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la salud o la educación, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público; ambientes que por disposición legal deben estar totalmente libres de humo de tabaco. El TC precisó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los demás derechos fundamentales, respetando igualmente, los derechos fundamentales de los no fumadores. Agregó, que era necesario considerar las consecuencias sociales y económicas que debe asumir el Estado en la atención de los fumadores que enferman, asignando al seguro social y a establecimientos públicos ingentes recursos que bien pueden ser destinados a otras necesidades.

Otro pronunciamiento sobre salud pública, que ha sido bastante controversial, es la sentencia STC N° 2005-2009-PA, en la cual la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstuviera de: a) iniciar el programa de distribución gratuita de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita; b) distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE), sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trataba de

evitar la violación del derecho a la vida del concebido, por considerar que los AOE podría tener efectos abortivos. Diferentes entidades y organizaciones presentaron *amicus curiae* a favor y en contra de la distribución de los AOE.

El TC realizó un análisis del momento en el cual empezaba la vida, adoptando la teoría de la fecundación, para determinar que el derecho a la vida está protegido desde la concepción y, en aplicación del Principio Precautorio prohibió la distribución gratuita del AOE, ya que, consideró que existían elementos que conducían a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. (FJ N° 51 Numeral 8.1)

Entre los aspectos más relevantes para analizar sobre la decisión adoptada por el máximo Tribunal, están los tres siguientes: Primero, el juez constitucional entró a establecer aspectos científicos, como el momento en el cual empieza la vida –Teoría de la Fecundación o Teoría de la Anidación–, aspectos que escapan de su competencia. Segundo, la sentencia dejó un vacío en las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva de las mujeres que acuden al servicio público de salud, pues, prohibida la distribución gratuita del AOE, se hacía inminente que las autoridades competentes desarrollaran otra política pública que armonizara los derechos constitucionales protegidos, entre ellos: el derecho a la vida, el derecho a la salud, libertad sexual y reproductiva, el derecho a la libre autodeterminación, dirigida a todas las mujeres que acuden a los servicios de salud del Estado.

Tercero, el voto singular de los Magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen señaló que la decisión adoptada por el TC afectó el principio constitucional a la igualdad de las mujeres que acuden a los centros médicos públicos, especialmente, a las mujeres de escasos recursos económicos que se beneficiaban con la distribución gratuita de los AOE. Teniendo en cuenta, que el Tribunal no prohibió la distribución y/o venta de los AOE en las

diferentes farmacias o clínicas privadas del país, es decir, que las personas o mujeres que cuentan con los recursos económicos para sufragar el precio de los AOE, pueden adquirir directa y legalmente este tipo de anticonceptivos en las diferentes farmacias y/o clínicas privadas. Por lo tanto, es la población más pobre la que se ve limitada al acceso y consumo de los AOE, lo cual afecta el derecho fundamental a la igualdad (artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú).

Por otro lado, en diversos fallos del TC se puede evidenciar el bajo nivel de cumplimiento de las órdenes emitidas. Tal como sucedió en el caso de la ciudad de La Oroya, donde la comunidad se encontraba contaminada con altos niveles de plomo en la sangre debido a la explotación minera de la zona, sin cumplir con las medidas de seguridad y protección. No obstante, del pronunciamiento expreso del TC para amparar los derechos de los accionantes, entre ellos el derecho a la salud, la comunidad recurrió a la CIDH ante la persistencia de la vulneración de sus derechos humanos<sup>112</sup>.

Finalmente, teniendo en cuenta las deficiencias del Plan Nacional de Salud sobre cobertura, accesibilidad, disponibilidad, asequibilidad y calidad de los bienes y servicios de salud que se brindan en las diferentes regiones del país. Sumado a los índices de pobreza, que todavía conserva el país, pues en el año 2012 alcanzó el 25.8% según cifras del INE<sup>113</sup>, llama la atención el bajo índice de acciones de amparo en las cuales se discute directamente la protección del derecho humano a la salud en sus diferentes ámbitos y facetas. Por tal razón, en el presente trabajo de investigación vamos a analizar si la implementación de las sentencias estructurales por parte del TC es una medida idónea para la protección integral del derecho a la salud, además, de contribuir a generar los cambios o la implementación de políticas públicas adecuadas para la protección efectiva de los derechos humanos.

---

<sup>112</sup> Tribunal Constitucional del Perú, sentencia STC Exp. N.º 2002-2006-PC/TC, STC N.º 3510-2003-AA

<sup>113</sup> INEI. Evolución de la pobreza monetaria en el Perú al 2012, Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2013. Ver link: [http://www.inei.gov.pe/DocumentosPublicos/Pobreza\\_ExposicionJefe2013.pdf](http://www.inei.gov.pe/DocumentosPublicos/Pobreza_ExposicionJefe2013.pdf)

## CAPÍTULO 2

### LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

#### 2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para comprender en qué consisten las sentencias estructurales tenemos que remitirnos al derecho norteamericano, como antecedente del proceso evolutivo que ha vivido el derecho constitucional colombiano de la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Desde comienzos del siglo XX en Norteamérica se empezó a gestar “la revolución de los derechos”, como mecanismo para introducir nuevas causas y nuevos derechos en la agenda judicial que decidía la Corte Suprema de los Estados Unidos, concentrándose en la protección efectiva de los derechos individuales de los ciudadanos, para dejar de lado los litigios comerciales o sobre propiedad privada impulsados por los sectores económicos más poderosos del país y, que hasta aquel momento habían ocupado la mayor parte de los pronunciamientos de la Corte Suprema estadounidense.

Charle R. Epp define la *revolución de los derechos* como “un proceso sostenido y evolutivo que produjo o expandió los nuevos derechos y las nuevas libertades civiles. Ese proceso ha

tenido tres componentes principales: la atención prestada por los jueces a los nuevos derechos, el apoyo judicial a esos nuevos derechos y su implementación en la práctica”<sup>114</sup>. Lo cual sin duda fue un momento de transformación en el derecho norteamericano, ya que, se empezaron a discutir nuevos casos que fueron sentando precedentes sobre el contenido, alcance y protección de los derechos de los ciudadanos.

Asimismo, este autor señala que el fortalecimiento de los derechos ha sido fruto de las garantías constitucionales, de la independencia judicial, del liderazgo de algunos jueces activistas, pero, lo más importante del litigio estratégico realizado por la movilización social y legal ejercida por las organizaciones en defensa de los derechos individuales, los abogados especializados y la financiación otorgada por el gobierno y particulares, con el fin de presionar desde abajo la incorporación al debate judicial del reconocimiento de nuevos derechos constitucionales. Entre las causas emblemáticas encontramos: la incorporación de garantías constitucionales a los juicios criminales o penales (1933), la desegregación racial (1937) y los derechos de las mujeres (1970).

La ley judicial de 1925 fue trascendental para lograr el manejo de la agenda judicial de los jueces de la Corte Suprema. A través de la figura del *certiorari*, podían determinar qué procesos consideraba relevantes para pronunciarse. Pues, antes de la reforma judicial todos los casos presentados debían ser fallados por la Corte Suprema, pero, a partir de 1925 el máximo tribunal gozaba de autonomía para apartarse del conocimiento de las controversias privadas y comerciales que eran elevadas ante la Corte, para centrar su atención en disputas relativas a las políticas públicas<sup>115</sup>.

Progresivamente, a partir de los años cincuenta se fueron generando dos corrientes doctrinarias que tuvieron eco jurisprudencial; por un lado, los defensores de las *political*

---

<sup>114</sup> EPP, Charles. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 28.

<sup>115</sup> *Ibíd*em, 69 y ss.

*questions* que abogaban por un estricta separación de poderes, señalando que los jueces no debían involucrarse en aspectos que eran competencia de las otras ramas del poder y, por otro lado, se encontraban los partidarios de los *structural remedies* que sostenían que era labor del juez intervenir en aquellos aspectos relevantes donde se evidenciara una vulneración reiterada de derechos constitucionales de los ciudadanos, con el fin de disipar hacia el futuro los efectos negativos y consolidar una solución estructural que garantizara la protección de los derechos de los ciudadanos<sup>116</sup>. Al respecto, Clara Inés Hernández señaló:

En contrapartida, la garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales la encontramos en los “structural remedies”, cuyo antecedente jurisprudencial data del famoso asunto Brown II, concerniente a la situación estructural de discriminación racial que se presentaba en las escuelas públicas americanas a comienzos de los años sesenta. Como lo sostiene Farber, esta sentencia fue seguida de muchas más, como los casos Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education y Pitts vs. Cherry, y posteriormente a otros fallos famosos en materia del manejo de las cárceles en los Estados Unidos, lo que condujo a que junto a las acciones procesales clásicas de defensa de los derechos fundamentales apareciesen otras cuyas características principales son las siguientes: 1 ) la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un status quo injusto; 2 ) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; 3 ) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; 4 ) la sentencia no tiene sólo efectos interpartes; 5 ) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo; 6 ) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación y 7 ) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales.<sup>117</sup>

La referida corriente doctrinaria consolidada en la jurisprudencia norteamericana en aquellos años, inspiró el desarrollo de las sentencias estructurales de la Corte Constitucional Colombiana, que a su vez adaptó e incorporó elementos novedosos de

---

<sup>116</sup> VARGAS, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de la Acción de Tutela: el llamado ‘Estado de Cosas Inconstitucional’”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003. Año 1, N°1 ISSN 0718-0195, pp. 210 y ss. Fecha de consulta: Octubre 25 de 2013. Ver link: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_11.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf)

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 210 y 211.

acuerdo con las particularidades locales y legales del país. Pues, la Corte creó el concepto del *Estado de Cosas Inconstitucional -ECI*, en un desarrollo jurisprudencial paulatino con la emisión de decisiones macro, precisando a la autoridad competente los parámetros generales constitucionales en el cual se debía desarrollar la solución, sin necesidad de inmiscuirse o establecer el contenido detallado de la misma. También, estableció mecanismos de seguimiento constante al cumplimiento de sus fallos, todos estos aspectos los analizaremos con mayor detenimiento en el siguiente sub capítulo.

## 2.2 LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES: EXPERIENCIA COLOMBIANA

Antes de empezar a describir el surgimiento y desarrollo de las sentencias estructurales en Colombia considero pertinente hacer una breve referencia de las condiciones jurídicas, y específicamente constitucionales que contribuyeron a la implementación de este tipo de mecanismos judiciales para lograr una protección efectiva de los derechos humanos que, como hemos señalado en el capítulo anterior incluyen derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

La constitución colombiana de 1991 puede denominarse como una carta magna aspiracional en los términos de Mauricio García-Villegas, en el sentido que “tienden a perseguir metas ambiciosas o maximalistas, lo que implica que exista una gran brecha entre el texto constitucional y la realidad social que tienen por objeto regular”<sup>118</sup>. En

---

<sup>118</sup>Saffon, María Paula, García-Villegas, Mauricio. “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”. Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario, Bogotá D.C., enero – junio 2011, 13 (1), pp. 79. Los autores en la nota de pie de página N° 7 señalan que “Las constituciones aspiracionales son comunes en sociedades periféricas o semiperiféricas. Sunstein (1993) sostiene que hay dos tipos de constitucionalismo en el mundo: uno del Norte y de Occidente, y otro del Sur y del Oriente. En estos últimos son muchas las necesidades insatisfechas, pero también lo son las esperanzas puestas en la capacidad del derecho de satisfacerlas en el futuro. Esto es especialmente cierto en el caso de América Latina, donde la concepción del derecho –y de la Constitución en particular– como un producto de la voluntad del pueblo capaz de transformar el contexto sin restricciones es una herencia del pensamiento rousseauiano francés y de la tradición revolucionaria. Sin embargo, en algunas circunstancias las constituciones aspiracionales emergen en países más desarrollados que se encuentran en

contraposición con las constituciones preservadoras que tienden a “prosperar en contextos políticos y sociales en los que se han garantizado condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional, o en contextos en los cuales una revolución política ha sentado las bases para tales cambios estructurales. Por lo tanto, estas constituciones tienden a proteger o preservar tales condiciones”<sup>119</sup>.

En este contexto, la Constitución Colombiana y las autoridades públicas tienen un gran reto a la hora de intentar armonizar el texto constitucional con la realidad socio-jurídica del país, pues, existe una evidente insatisfacción y débil protección de los derechos sociales, pero, una arraigada creencia en que es posible cambiar y mejorar esas condiciones adversas mediante la consagración constitucional y una fuerte protección a través de los mecanismos constitucionales. Es decir, el texto constitucional es la hoja de ruta del país en materia de protección, garantía y disfrute de los derechos humanos, rehusándose a preservar condiciones que afectan la garantía de los derechos humanos de los ciudadanos, el progreso social y la estabilidad institucional<sup>120</sup>.

Por otro lado, en la Constitución de 1991 también se dejó expresa mención sobre el modelo estatal que rige al país, consagrando en el artículo 1° que “*Colombia es un Estado Social de Derecho* [...]”, concepto que la Corte Constitucional desarrolló desde los primeros años de su creación, para establecer que el Estado Social de Derecho es un pilar fundamental de la Constitución y un diseño constitucional que busca la protección de la dignidad humana, el disfrute efectivo de los derechos humanos y la realización de la justicia social, entendida

---

épocas de inestabilidad –tal y como ocurrió en Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial o en España después de la dictadura de Franco–. Ver igualmente Teitel (1997).”

<sup>119</sup> *Ibíd.*, pp. 78 y 79. Los autores en la nota de pie de página N° 6 señalan que “Este modelo de Constitución es común en países centrales (desarrollados), especialmente en aquellos de tradición anglosajona. Sin embargo, en algunos casos las constituciones preservadoras son promulgadas en países periféricos o semiperiféricos en los que el presente no es muy atractivo o solamente lo es para una minoría dominante. Ese es el caso de la Constitución colombiana de 1886.”

<sup>120</sup> *Ibíd.*, pp. 75 – 107.

como la función que cumple el Estado para eliminar o ayudar a disminuir las desigualdades sociales existentes. Reiterando esta importancia, la sentencia C-288 de 2012 señaló:

*El ESDD [Estado Social y Democrático de Derecho], en ese orden de ideas, es un diseño constitucional que responde a esa comprobación, mediante la instauración de un grupo de instrumentos jurídicos destinados a incidir en la realidad social, a efecto de equiparar a las personas en el goce de los derechos. Esta es la conclusión que ha planteado la Corte, al afirmar que “...el concepto de Estado Social de Derecho nació en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como una forma de organización estatal encaminada a “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”. En esa medida, el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto – según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico-, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real. El papel del Estado Social de Derecho consiste, así, en “crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”; según lo ha señalado esta Corporación, “con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.”<sup>121</sup>*

De acuerdo con lo expresado anteriormente, considero que la concepción del Estado Constitucional como Estado Social y Democrático de Derecho es acorde con la tesis sobre “desarrollo” que plantea Amartyan Sen, según la cuál “el desarrollo puede concebirse [...] como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaran los individuos. [...] El crecimiento del PNB o de las rentas personales puede ser, desde luego, un *medio* muy importante para expandir las libertades de que disfrutaran los miembros de la sociedad. Pero las libertades también dependen de otros determinantes, como las instituciones sociales y

---

<sup>121</sup> El concepto de Estado Social de Derecho se ha desarrollado ampliamente por parte de la Corte Constitucional en las sentencias: C-1064 de 2001, SU-747 de 1998, C-566 de 1995, C-776 de 2003 y T- 406 de 1992, entre otras.

económicas (por ejemplo, los servicios de educación y de atención médica), así como de los derechos políticos y humanos (entre ellos, la libertad para participar en debates y escrutinios públicos)”<sup>122</sup>. Pues, a partir del disfrute efectivo de los derechos –civiles y sociales- los ciudadanos pueden ser considerados seres humanos libres que contribuyen al crecimiento del desarrollo económico y al fortalecimiento del Estado Constitucional, ya que, no es posible hablar de libertad y garantía de los derechos humanos cuando existen ciudadanos que no pueden satisfacer sus necesidades básicas o de subsistencia (v gr. salud, alimentación, vivienda, educación, trabajo, etc.).

Así, el rol que juegan todas las autoridades públicas es fundamental, pero principalmente los jueces constitucionales, pues son ellos los guardianes de la Carta Magna y los encargados de proteger los derechos humanos de los ciudadanos que acuden a la administración de justicia en busca de protección o reparación de sus garantías constitucionales. Por esta razón, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de implementar mecanismos procesales constitucionales que respondieran a las necesidades ciudadanas que se presentaban día a día en el país y en los juzgados nacionales. De esta forma, aplicando el principio del Estado Social y Democrático de Derecho sumado a una constitución aspiracional, dio surgimiento al concepto del *estado de cosas inconstitucional*, entendido como la vulneración masiva de los derechos humanos, y desarrolló como mecanismo idóneo para solucionarlo las *sentencias estructurales*.

Por lo tanto, en países como Colombia, en los cuales el texto constitucional es aspiracional se requiere que los derechos humanos –civiles, políticos, sociales, económicos y culturales– sean considerados como normas jurídicas aplicables y exigibles, pues de lo contrario, si los derechos son concebidos como normas simplemente programáticas su protección se diluye en el tiempo. Y, considero que la Corte Constitucional con la adopción y desarrollo de las sentencias estructurales, contribuyó a la materialización de los derechos humanos, pues los

---

<sup>122</sup> SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2000, pp. 19.

mecanismos judiciales eran insuficientes en determinados casos para dar una solución efectiva a la vulneración de derechos que se venía presentando, en casos específicos como: el desplazamiento forzado interno, la protección del derecho a la salud, las condiciones carcelarias, entre otros<sup>123</sup>.

Además, fue necesario fortalecer la labor de los jueces constitucionales para lograr introducir cambios estructurales en las políticas públicas. Ya que, como analizaremos posteriormente, la sola resolución judicial no cambia el contexto jurídico ni social, sino que es necesario estructurar políticas públicas –consenso, elaboración e implementación mediante la participación democrática de todos los actores– que coadyuven a solucionar efectivamente y a largo plazo el problema, en cuyo proceso es indispensable el control y la vigilancia del Tribunal o Corte Constitucional para asegurar el adecuado y pronto cumplimiento.

### 2.2.1. Definición

Con el fin de concretar y definir en qué consisten las sentencias estructurales podemos resaltar que son decisiones adoptadas por el máximo tribunal constitucional para contribuir al adecuado y eficiente funcionamiento del Estado, respetando y maximizando la protección efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos. Autores como Chayes han definido este mecanismo así:

Este tipo de soluciones [“structural injunctions” o “remedios estructurales”] cambió el rol del juez constitucional y el panorama del litigio en Norteamérica. Para Chayes (1987), los remedios estructurales son un tipo de decisiones propias del modelo de litigio de interés público que se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que más bien hacen un balance de los intereses

---

<sup>123</sup> La Corte Constitucional Colombiana analizó y decidió en la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado interno; en la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho fundamental a la salud y, en la sentencia T-153 de 1998 sobre las condiciones de hacinamiento en los centros penitenciarios.

actuales, evalúan las consecuencias de la decisión y buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes a través de decisiones que generalmente hacen relación al manejo de políticas públicas. Para este autor, en el litigio tradicional dos partes –demandante y demandado- discuten sobre hechos ocurridos en el pasado, a fin de constatar la violación de un derecho previamente establecido y lograr así el restablecimiento del derecho a través de la compensación del daño. Por el contrario, en las decisiones estructurales o decisiones propias del litigio de interés público los jueces parten de un caso que involucra a más de dos sujetos y a múltiples causas –es complejo y multiforme-, por lo cual, lo que buscan es ver hacia el futuro para tratar de establecer la decisión que mejor se adecue a los intereses de las partes.<sup>124</sup>

El juez constitucional fija y desarrolla el marco constitucional en el cual se debe diseñar e implementar las medidas adecuadas por parte de las autoridades competentes, para la solución integral del problema estructural y, posterior al fallo, el juez continúa con una labor de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia. Las medidas adoptadas pueden consistir en la creación, ajuste y manejo de las políticas públicas del Estado, la implementación de medidas administrativas, legislativas y/o presupuestales, a través de decisiones que constituyen un litigio de interés público, pues, existe multiplicidad de actores –diversas autoridades o entidades públicas, comunidad afectada, representantes sociales, etc.-, además, son decisiones con efectos particulares (*inter partes*) y generales (*inter communis*) que intentan remediar la vulneración masiva y reiterada de los derechos humanos, y materializar el disfrute de los mismos, aportando al fortalecimiento futuro del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho.

### 2.2.2. Desarrollo Jurisprudencial

#### A) Primera Etapa: Surgimiento (1997)

El desarrollo de las sentencias estructurales en la jurisprudencia colombiana ha sido paulatino, pues aunque su mayor expresión se encuentra en la sentencia T-025 de 2004,

---

<sup>124</sup> JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. “Intervención judicial en cárceles”. Foro Constitucional Iberoamericano, N° 12, Año 2005/2006, p. 156. Fecha de Consulta: Octubre 20 de 2013. Ver link: <http://www.idpc.es/archivo/1208279467FCI12AFJ.pdf>

sobre desplazamiento forzado interno, por las características del caso y el impacto de la decisión de la Corte; no podemos decir, que a partir de esa sentencia la Corte adoptó la elaboración de sentencias estructurales o implementó los *structural remedies*. Ello es así debido a que, existen pronunciamientos anteriores en los cuales la Corte se enfrentó a problemas jurídico-sociales complejos y adoptó decisiones estructurales que intentaron solucionar radicalmente los problemas presentados.

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional abordado desde una sentencia estructural, nos remonta a la sentencia de unificación SU-559 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre la distribución del situado fiscal en materia educativa y la afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Además, de ser el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que se declaró el Estado de Cosas contrario a la Constitución, que posteriormente ha sido denominado como el Estado de Cosas Inconstitucional – *ECI*–. En este caso se acumularon dos expedientes el T-115839 con 12 docentes accionantes y el T-116052 con 33 docentes accionantes, los cuales solicitaban su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para contar con los servicios de salud, pensiones y demás prestaciones sociales que establece la ley, teniendo en cuenta que la alcaldía municipal les descontaba mensualmente el 5% de su sueldo por este concepto, pero no contaban con la afiliación efectiva por omisión del gobierno municipal.

Sin embargo, el reporte del Ministerio de Educación demostró que esta situación irregular no se presentaba de forma aislada en los dos municipios demandados, sino que era una situación generalizada en varios departamentos del país, pues, solo una pequeña porción de municipios había cumplido con la inscripción de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, a pesar de ser una obligación desde la ley 91 de 1989, reiterada posteriormente en múltiples leyes hasta la Ley 60 de 1993 y, desarrollada en el Decreto 196 de 1995. Al respecto la Corte manifestó:

Las cifras anteriores dejan ver, entonces, que hasta ahora un porcentaje muy reducido de los docentes del orden territorial ha sido afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación que permite advertir que la irregularidad que denuncian los docentes aquí demandantes no se circunscribe a los municipios de Zambrano y María la Baja sino que delata un estado de cosas de carácter general. Al respecto es importante mencionar que el Ministerio comunica que de los 1.061 municipios y 4 distritos existentes en el país, únicamente 126 municipios y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá han afiliado legalmente a sus educadores al Fondo, lo cual significa que 935 municipios y 3 distritos aún no han cumplido con los trámites necesarios para la inscripción de sus docentes al mencionado Fondo.

El Ministerio considera que entre los motivos que han dificultado el proceso de afiliación de los docentes al Fondo se encuentran: la carencia de los recursos necesarios para poder proceder a la afiliación; la dificultad de las entidades territoriales para obtener y reportar la información requerida para iniciar los procesos de afiliación; la falta de personal idóneo para el levantamiento de toda la información necesaria para la inscripción; y la falta de compromiso de las autoridades territoriales para llevar a buen término el proceso de afiliación de sus docentes.<sup>125</sup>

Además, se evidenció una inequitativa distribución del situado fiscal, porque el Ministerio de Educación expresó que el 74.9% de los docentes oficiales eran pagados con recursos del situado fiscal (recursos transferidos por la Nación), pero la distribución entre departamentos era manifiestamente desigual. Lo cual “significa que los municipios de varios departamentos tienen que hacer un esfuerzo presupuestal mucho mayor que los de otros, en lo relacionado con la prestación del servicio educativo, puesto que ellos deben asumir una parte considerablemente importante del pago de sus docentes.”<sup>126</sup>, situación que repercute directamente en los beneficios laborales que gozan unos docentes en determinados departamentos y de los cuales carecen en otras zonas del país.

Situación de inequidad que se replica al interior de cada departamento, cuando se asignan los recursos a los diferentes municipios para el pago de los docentes. Otro dato relevante es que el número de alumnos por docente es mayor en las zonas que existe menor distribución

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-559 de 1997.

<sup>126</sup> *Ibídem*.

del situado fiscal, que en aquellas zonas en las cuales se cuenta con mayores subsidios nacionales para el pago de docentes. Consecuentemente, la repartición es inequitativa y no corresponde a criterios válidos y constitucionales para su distribución.

Por tal razón, la Corte advirtió una situación irregular de gran magnitud, la cual no se solucionaba con una resolución *inter partes*, porque la situación irregular generalizada respondía a problemas estructurales de mayor envergadura, que requerían ser solucionados no solo para los accionantes, sino para todos los docentes que se encontraban en la misma situación. Además, porque la Corte era consciente que a partir de ese pronunciamiento podían presentarse un sin número de acciones solicitando las mismas pretensiones. Por lo tanto, en ese contexto decidió emitir un pronunciamiento más amplio que beneficiara directamente a los 45 accionantes e indirectamente a todos los docentes que se encontraban en la misma situación irregular, señalando que:

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.<sup>127</sup>

Finalmente, la Corte amparó los derechos fundamentales de los accionantes. Ordenó su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que se enviará copia de la sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Departamento Nacional de Planeación y a los demás miembros del

---

<sup>127</sup> *Ibidem*.

CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; y a los Alcaldes y los Concejos Municipales para comunicarles el estado de cosas inconstitucional que había declarado para que de acuerdo con sus funciones constitucionales y legales tomarán las medidas necesarias para solucionar el problema en un término razonable.

### **B) Segunda Etapa: Consolidación (1998 - 1999)**

En el año de 1998, existieron cuatro pronunciamientos estructurales, tres de ellos del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero y el otro del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. La sentencia T-068 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) sobre la ineficacia administrativa para resolver los derechos de petición de reconocimiento de pensiones ante la Caja de Previsión Nacional Social (30.000 tutelas por hechos similares); la sentencia T-153 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre las condiciones de hacinamiento carcelario; la sentencia T-590 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) sobre la protección especial a los defensores de derechos humanos; y la sentencia SU-250 de 1998, del mismo magistrado ponente, sobre la omisión reiterada e inexcusable de las autoridades competentes para nombrar notarios en propiedad mediante el sistema de concurso de méritos público y abierto.

Aunque, todos los pronunciamientos fueron significativos e intentaron solucionar problemas estructurales que afectaban el goce y disfrute de los derechos humanos, deseo concentrarme en la sentencia T-153 de 1998 sobre hacinamiento carcelario, ya que, fue la primera sentencia estructural que emitió órdenes expresas con plazos determinados para la elaboración de una política pública. Además, de ser un tema vigente, que actualmente no se ha solucionado en el país, pese a la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional y a reiterados pronunciamientos posteriores sobre la materia<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Se emitieron Autos de seguimiento y control, y las sentencias T-606 de 1998, T-881 de 2002 y T-792 de 2005.

En la sentencia T-153/98 se acumularon dos expedientes, el T-137001 acción interpuesta por Manuel José Duque Arcila recluido en la Cárcel Nacional de Bellavista de Medellín contra el Ministerio de Justicia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, y el expediente T-143950 en el cual varios internos de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, integrantes del Comité Permanente de los Derechos Humanos de ese centro, instauraron la acción de tutela contra el INPEC, solicitando el mejoramiento de las condiciones carcelarias, pues vivían en constante sobrepoblación, lo cual vulneraba sus derechos fundamentales a la salubridad, la igualdad, la integridad física y a la intimidad.

La Corte ordenó la práctica de varias inspecciones judiciales y envió cuestionarios al Ministerio de Justicia y del Derecho, INPEC, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación, Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Policía Nacional con el fin de obtener información sobre la situación real y global de las cárceles del país. Se evidenció un problema de magnitudes desproporcionales, una vulneración constante y masiva de los derechos fundamentales de los reclusos, tanto que la Corte afirmó que “las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados”<sup>129</sup>.

Sin embargo, también era claro que el fenómeno de hacinamiento carcelario no era un tema nuevo, al contrario se había convertido en un verdad a gritos que ninguna autoridad

---

<sup>129</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-153 de 1998. De acuerdo con el informe estadístico suministrado por la Oficina de Planeación del INPEC, para el día 31 de octubre de 1997 la población carcelaria del país ascendía a 42.454 personas, de las cuales 39.805 eran hombres y 2.649 mujeres, 19.515 eran sindicadas, 12.294 habían sido condenadas en primera instancia y 10.645 lo habían sido en segunda instancia. Puesto que el total de cupos existentes en las cárceles ascendía a 29.217, el sobrecupo poblacional era de 13.237 personas, con lo cual el hacinamiento se remontaba en términos porcentuales al 45.3%.

pretendía resolver<sup>130</sup>. Entonces, ante la omisión estatal, la Corte declaró el ECI, resaltando que las condiciones de hacinamiento afectan directamente el proyecto de resocialización de los reclusos (estudio, trabajo, etc.) desvirtuando los fines de la pena y del tratamiento penitenciario, pues los reclusos no contaban con condiciones mínimas para llevar una vida digna como son: un camarote, agua suficiente, servicios sanitarios, asistencia en salud, visitas familiares en condiciones adecuadas, ni existía una separación de los internos por categorías como ordenaba la ley. Por lo tanto, para solucionar la situación descrita se necesita de la intervención de diversas autoridades públicas, no solo del INPEC y del Ministerio de Justicia, sino del trabajo mancomunado de todas las ramas del poder para diseñar e implementar las políticas públicas que solucionaran de forma oportuna y adecuada el estado de cosas inconstitucional.

Así, ordenó notificar a las tres ramas del poder la declaratoria de ECI, (Presidente, Congreso, Poder Judicial, Ministerio Público, etc.); ordenó al Ministerio de Justicia, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, elaborar (en un plazo de 3 meses) y realizar (en un plazo de 4 años) un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar condiciones de vida dignas en los penales. Por su parte, el Gobierno debería adelantar los trámites requeridos a fin de que los gastos de la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria fueran incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones, garantizando que las partidas se incluyeran en el Presupuesto Anual de ese año y de los años subsiguientes.

También, ordenó la separación de los internos por categorías de acuerdo con los parámetros legales, como son: los sindicados de los condenados, los reincidentes de los primarios, los miembros de la fuerza pública, los funcionarios públicos, los indígenas de los otros reclusos, etc. Asimismo, estableció tomar las medidas necesarias para solucionar la

---

<sup>130</sup> La época de la alarma comienza en 1995 y se prolonga hasta el día de hoy. El año de 1995 inició con una cifra similar al promedio de la época anterior (29.537), pero el número de reclusos aumentó progresivamente hasta llegar a 31.960.

carencia de personal especializado de la Guardia Penitenciaria, entre otras medidas indispensables para “garantizar la labor de resocialización, que no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social”<sup>131</sup>. Finalmente, dispuso que la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo vigilaran el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia.

Esta sentencia es importante, primero, por el complejo tema que se analizó e intentó encontrar un remedio estructural –como fue la elaboración de una política pública que eliminara el hacinamiento en las cárceles y mejorara la calidad de vida de los reclusos, en condiciones de igualdad y dignidad–, y segundo, porque fue pionera en emitir órdenes expresas con plazos determinados a todas las autoridades públicas implicadas en la elaboración de una política pública en materia de cárceles. Sin embargo, sus órdenes y efectos no fueron suficientes para solucionar de forma definitiva el problema identificado, pues a pesar de que el “plan de construcción y refacción carcelaria” se ejecutó disminuyendo considerablemente los índices de hacinamiento, que pasaron de 45.3% en el año 1998 (cuando se emitió la sentencia) a un 15.9% en el año 2002 (año en que se cumplió el plazo establecido por la Corte). Posteriormente ha ido aumentando el índice de sobrepoblación carcelaria, pues en el año 2004 el hacinamiento ascendió al 37%<sup>132</sup> y en el año 2013 se registró en 58%<sup>133</sup>, volviendo a ser un problema vigente en el Estado colombiano.

---

<sup>131</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-153 de 1998.

<sup>132</sup> JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. “Intervención judicial en cárceles”. Foro Constitucional Iberoamericano, N° 12, Año 2005/2006, p. 150 y 151. Fecha de Consulta: 20 de Octubre de 2013. Ver link: <http://www.idpc.es/archivo/1208279467FCI12AFJ.pdf>

<sup>133</sup> Revista Semana. “La ‘bomba’ carcelaria explotó”. Publicado el 1 de febrero de 2014. Fecha de Consulta: 5 de febrero de 2014. Ver Link: <http://www.semana.com/nacion/articulo/crisis-carcelaria-una-bomba-de-tiempo-que-exploto/375789-3>

Lo cual refleja que el problema estructural es mucho más complejo de lo que inicialmente se pensó, pues implica una reforma de derecho penal sobre los delitos, las penas y la política criminal estatal. Además, se requiere de un compromiso real de todas las autoridades públicas, pues mientras estuvo el proceso de seguimiento y control que estableció la sentencia T-153 de 1998 el índice de hacinamiento disminuyó, pero después de vencido el plazo, las autoridades encargadas retornaron a la inercia administrativa, bien sea porque se pensó que se cumplió con la tarea impuesta por la Corte o porque nuevamente era un tema que no se encontraba en la agenda política ni institucional. De lo cual podemos concluir, que los problemas estructurales requieren de compromiso y trabajo armónico de las tres ramas del poder –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– pues cada uno dentro de sus competencias y funciones debe aportar a solucionar la compleja situación que se presenta.

Posteriormente, se emitió la sentencia T-525 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) sobre la omisión de la administración en el pago oportuno de mesadas pensionales a los jubilados, en la cual se acumularon 17 expedientes de acción de tutela, para un total de 106 demandantes, por tal razón la Corte señaló que “[d]e acuerdo con el principio de separación de funciones previsto en el artículo 113 C.P. no es tarea de los jueces instar a las demás funcionarios públicos, y menos a las autoridades, al cumplimiento de los deberes previstos en el ordenamiento. Sin embargo, se ha venido convirtiendo en una peligrosa costumbre la omisión por parte de la Administración Pública de sus funciones más elementales, lo que ha llevado a que los despachos judiciales resulten congestionados de negocios que sólo persiguen hacer respetar el principio de legalidad por parte de los servidores públicos (artículo 6 C.P.)” y ante la reiterada omisión declaró el ECI.

En la referida sentencia, ordenó el pago de las mesadas adeudadas a los demandantes en protección al derecho fundamental al derecho al mínimo vital y al trabajo en condiciones dignas y justas. Estableciendo que, si la partida presupuestal fuera insuficiente el Gobernador del Departamento de Bolívar debería iniciar las gestiones tendientes a obtener

los recursos necesarios para cumplir con lo ordenado a más tardar antes del 1 de noviembre de 1999, de lo cual se debía informar a los jueces de primera instancia, para evitar incurrir en desacato<sup>134</sup>.

### C) Tercera Etapa: Fortalecimiento (2004 - 2008)

Durante el periodo de 1999 al 2003 no se emitieron sentencias estructurales, hasta la emblemática sentencia T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), sobre desplazamiento forzado interno<sup>135</sup>, en la cual se acumularon 108 expedientes, correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas por 1.150 núcleos familiares, todos pertenecientes a la población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas<sup>136</sup>. Los demandantes interpusieron acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el

---

<sup>134</sup> El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, establece en el Artículo 52 la figura del Desacato, señalando que: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

<sup>135</sup> La ley 387 de 1997 en el artículo 1° estableció que: “Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.” Definición que ha sido desarrollada en la sentencias T-1346 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil), en la sentencia T-268 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>136</sup> De acuerdo con la cifras del Gobierno Nacional en el año 2011 se registraron 3,7 millones desplazados internos en Colombia.

INCORA, el SENA<sup>137</sup>, así como contra varias administraciones municipales y departamentales, por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.

La Corte Constitucional, después de analizar la situación particular de los demandantes y, de revisar las pruebas aportadas al proceso por parte de las autoridades públicas demandadas y de los accionantes. Realizó un recuento de las 17 sentencias previamente proferidas en protección especial a los desplazados<sup>138</sup>, concluyendo que:

La Sala Tercera de Revisión, al resolver sobre las presentes acciones de tutela, concluye que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños (apartados 5 y 6). Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos

---

<sup>137</sup> INURBE era el Instituto Colombiano de vivienda de interés social y reforma urbana. El INCORA era Instituto Colombiano de Reforma Agraria. El SENA es el Servicio Nacional de Aprendizaje, que ofrece formación gratuita en programas técnicos y tecnológicos en el país.

<sup>138</sup> Desde 1997, cuando la Corte abordó por primera vez la gravísima situación de los desplazados en Colombia, la Corte ha proferido 17 fallos para proteger alguno o varios de los siguientes derechos: (i) en 3 ocasiones para proteger a la población desplazada contra actos de discriminación; (ii) en 5 eventos para proteger la vida e integridad personal; (iii) en 6 ocasiones para garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud; (iv) en 5 casos para proteger el derecho al mínimo vital garantizando el acceso a los programas de restablecimiento económico; (v) en 2 eventos para proteger el derecho a la vivienda; (vi) en un caso para proteger la libertad de locomoción; (vii) en 9 ocasiones para garantizar el acceso al derecho a la educación; (viii) en 3 casos para proteger los derechos de los niños; (ix) en 2 casos para proteger el derecho a escoger su lugar de domicilio; (x) en 2 oportunidades para proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad; (xi) en 3 ocasiones para proteger el derecho al trabajo; (xii) en 3 eventos para garantizar el acceso a la ayuda humanitaria de emergencia; (xiii) en 3 casos para proteger el derecho de petición relacionado con la solicitud de acceso a alguno de los programas de atención a la población desplazada; y (xiv) en 7 ocasiones para evitar que la exigencia del registro como desplazado impidiera el acceso a los programas de ayuda.

componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla. (apartado 6.3) Tal situación constituye un estado de cosas inconstitucional que será declarado formalmente en esta sentencia (apartado 7 y ordinal primero de la parte resolutive).<sup>139</sup>

Esta sentencia marcó un hito en la jurisprudencia colombiana, pues a pesar de no ser la primera sentencia estructural, sí fue la primera en establecer un mecanismo de seguimiento y control más arduo para verificar el cumplimiento de su decisión, estableciendo lo que juristas como Rodrigo Uprimny han denominado “órdenes abiertas con supervisión cerrada”, es decir, se plantea el marco constitucional dentro del cual se deben diseñar y ejecutar las acciones que aportan a la solución (v. gr. leyes, políticas públicas, apropiaciones presupuestales, etc.) pero el contenido y detalle será elaborado por las autoridades competentes, y por otro lado, se establece un cronograma específico para que la propia Corte Constitucional realice el seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia.

Esta medida novedosa de creación jurisprudencial, ha ayudado a mantener el caso abierto en jurisdicción constitucional bajo el seguimiento continuo de la Corte hasta lograr superar el ECI, acercando a las partes –autoridades públicas competentes sobre la materia, a la población civil, representantes sociales, profesores universitarios, etc.- en audiencias públicas periódicas con el fin de diseñar e implementar una política pública adecuada que ponga fin al problema estructural de desplazamiento forzado interno en Colombia.

Así, la Corte estableció dos tipos de órdenes para solucionar el caso concreto, las primeras fueron órdenes de carácter simple, que tenían como finalidad responder las peticiones concretas de los accionantes. El segundo tipo de órdenes fue de ejecución compleja para solucionar el ECI, garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hubieran acudido o no a la acción de tutela, superar los

---

<sup>139</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004.

problemas de insuficiencia de recursos y de precariedad institucional, para que cada autoridad responsable, dentro de la órbita de sus competencias, adoptara los correctivos necesarios en un plazo razonable. Algunas de las órdenes complejas de la Corte fueron:

**SEGUNDO.- COMUNICAR**, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.

...

**CUARTO -ORDENAR** al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la

comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.<sup>140</sup> (Subrayado fuera del texto original)

Como podemos observar, la decisión que tomó la Corte Constitucional estaba encaminada a plantear un marco de acción para las entidades y autoridades públicas encargadas de la protección de las personas en condiciones de desplazamiento forzado, indicando los parámetros generales en los cuales debían desarrollar una política pública adecuada para garantizar los derechos amparados, aunque inicialmente fuera en condiciones mínimas de protección, mientras paulatinamente se diseñaban los programas o estrategias adecuadas para eliminar el ECI y se asignaban las partidas presupuestales necesarias para llevar a cabo las políticas públicas estructuradas. En materia de salud, específicamente se señaló que:

**DÉCIMO TERCERO.- ORDENAR** a la Red de Solidaridad Social y a las Secretarías de Salud de las entidades territoriales en las cuales se encuentren ubicados los accionantes, para que en el plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente tutela, adelanten de manera coordinada, si aún no lo han hecho, todas las acciones necesarias para garantizar el acceso efectivo de los accionantes al sistema de salud, y se les garantice el suministro de los medicamentos que requieran para su tratamiento.<sup>141</sup>

Sin embargo, es necesario resaltar que no es la Corte la que establece el contenido de las políticas públicas, ni el monto presupuestal que debe asignarse, sino que son las propias autoridades competentes quienes dentro de su rango de acción constitucional y legal diseñan y ejecutan las políticas públicas necesarias para superar el problema estructural evidenciado por la Corte. Donde la función de seguimiento y control que realiza la Corte, posterior a la emisión de la sentencia, es una labor de veedor del cumplimiento de los parámetros constitucionales para la protección de los derechos humanos y la superación del ECI. Al respecto César Rodríguez señaló:

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional de Colombia, parte resolutive de la sentencia T-025 de 2004.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

Una tercera particularidad relevante es el tipo de órdenes dictadas por la Corte. En lugar de fijar los detalles de las medidas que las autoridades públicas deben tomar para atender a los desplazados – como lo había hecho en otras sentencias, criticadas por numerosos economistas y juristas –, el tribunal constitucional expidió órdenes de procedimiento que involucran al Estado y a la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento. Al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. Como se verá, la combinación de este tipo de órdenes con mecanismos de seguimiento públicos creó espacios de deliberación que ofrecen alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los derechos constitucionales.<sup>142</sup>

El seguimiento exhaustivo que ha venido realizando la Corte en el caso de desplazamiento forzado interno no tiene antecedentes, pues después de 9 años el caso continúa abierto. El máximo tribunal en el último Auto de seguimiento –Auto N° 052 del 19 de marzo de 2013– reiteró que “[d]e conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.” En desarrollo de esta norma, la Corte Constitucional ha conservado su competencia para verificar que las autoridades adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas víctimas del desplazamiento forzado.” Por lo tanto, se han celebrado aproximadamente 14 Audiencias Públicas, se han emitido 85 Autos de seguimiento y control, se han realizado balances de trabajo de las entidades encargadas de elaborar e implementar las políticas públicas y se han dictado nuevas órdenes para impulsar la protección efectiva de los derechos humanos, lo cual ha llevado a que se denomine como una *macro sentencia*<sup>143</sup>.

La última sentencia estructural emitida por la Corte Constitucional Colombiana fue la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) sobre el derecho

---

<sup>142</sup> RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana. *Cortes y Cambio social, cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Colección DeJusticia, 2010, pp. 14 y 15.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, pp. 14.

fundamental a la salud, en la cual se acumularon 22 expedientes, con el fin de analizar los diversos problemas que se presentaban de forma recurrente en el Sistema Nacional de Salud, evidenciar las diferentes facetas del derecho a la salud y valorar sus implicaciones para garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho. Se demandaron aproximadamente 13 Entidades Promotoras del Servicios de Salud – EPS y diversas entidades públicas regionales.

Como habíamos mencionado en el primer capítulo del presente trabajo de investigación (apartado 1.2.2., literal C) la Corte abordó diversos temas sobre el reconocimiento, límites, protección y disfrute del derecho a la salud, con el fin de consolidar la protección al derecho a la salud como un derecho fundamental. Además, se estudiaron casos sobre el acceso a medicamentos, tratamientos y diagnósticos médicos no incluidos en el POS –Plan Obligatorio de Salud, protección especial del acceso al derecho a la salud de los menores de edad, reembolso del FOSYGA a las EPS, derecho a la información, eliminación de trabas burocráticas para el acceso a los servicios médicos, fallas en la regulación y vigilancia del sistema de salud. Se analizó concretamente la situación que se presentaba respecto a la tramitación de la acción de tutela como condición previa para la prestación del servicio, requisito impuesto por muchas entidades públicas y/o privadas de salud, actividad que fue congestionando y saturando a la administración de justicia, entre muchos otros problemas evidenciados.

El Tribunal estableció parámetros jurisprudenciales para ayudar a descongestionar la gran cantidad de acciones de tutela que se presentaban diariamente en el país con el fin de solicitar la protección efectiva del derecho a la salud, pues mediante la emisión de órdenes complejas o generales se intentó solucionar de forma estructural el problema del Sistema Nacional de Salud. No obstante, a medida que fueron llegando los 22 expedientes a la Corte, se emitieron autos en los que se adoptaron medidas cautelares necesarias para garantizar los derechos de los accionantes, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales aplicables.

En esta sentencia se resaltó que “cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos.” Por lo tanto, al evidenciar la ausencia de planes, estrategias o políticas públicas en materia de salud, ordenó la implementación de las políticas públicas necesarias por parte de las autoridades competentes, con plazos y cronogramas determinados, siguiendo la metodología de emitir órdenes abiertas con seguimiento cerrado, algunas de estas órdenes fueron:

**Décimo séptimo.-** Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; [...] En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas.

Los nuevos planes de beneficios de acuerdo a lo señalado antes deberán adoptarse antes de febrero uno (1) de 2009. Antes de esa fecha los planes serán remitidos a la Corte Constitucional y serán comunicados a todas las entidades Promotoras de Salud para que sea aplicado por todos los Comités Técnico Científicos de las EPS. Este plazo podrá ampliarse si la Comisión de Regulación en Salud, CRES, expone razones imperiosas que le impidan cumplir con esta fecha, la cual, en ningún caso podrá ser superior a agosto 1 de 2009.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> Corte Constitucional de Colombia, parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008.

Como podemos apreciar, la Corte señaló el marco o parámetro dentro del cual debía estructurarse los cambios del Sistema Nacional de Salud, para garantizar la protección efectiva del derecho fundamental a la salud. Además, ordenó la realización de una serie de actividades, programas y planes a las autoridades competentes, que debían elaborarse y diseñarse de acuerdo a la órbita de sus competencias. Estableció de forma rigurosa y detallada un calendario o cronograma para el cumplimiento de las órdenes emitidas, lo cual sin duda, iba a fortalecer el cumplimiento de la sentencia, evitando que se diluyera en el tiempo como había sucedido en pronunciamientos anteriores, mecanismo que facilitaría la labor de seguimiento y control posterior a la emisión de la sentencia.

Vigésimo segundo.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente.

El programa de unificación deberá adicionalmente (i) prever la definición de mecanismos para racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, asegurando que las necesidades y las prioridades en salud sean atendidas y sin que se impida el acceso a servicios de salud requeridos e, (ii) identificar los desestímulos para el pago de cotizaciones por parte de los usuarios y (iii) prever la adopción de las medidas necesarias para estimular que quienes tienen capacidad económica, efectivamente coticen, y que a quienes pasen del régimen subsidiado al régimen contributivo se les garantice que pueden regresar al subsidiado de manera ágil cuando su ingreso disminuya o su situación socioeconómica se deteriore.

La Comisión de Regulación en Salud deberá remitir a la Corte Constitucional, antes del 1 de febrero de 2009, el programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, el cual deberá incluir: (i) un programa; (ii) un cronograma; (iii) metas medibles; (iv) mecanismos para el seguimiento del avance y (v) la justificación de por qué se presentó una regresión o un estancamiento en la ampliación del alcance del derecho a la salud. Copia de dicho informe deberá ser presentada a la Defensoría del Pueblo en dicha fecha y, luego, deberá presentar informes de avance en el cumplimiento del programa y el cronograma cada semestre, a partir de la fecha indicada.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> *Ibidem.*

Por otro lado, aunque la Corte no declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en esta sentencia, sí adoptó decisiones de las cuales podemos concluir que existió una sentencia estructural. Entre las decisiones adoptadas podemos resaltar: la reforma, actualización periódica y adecuación para que el POS –Plan Obligatorio de Salud- y el POSS –Régimen Subsidiado- respondan a las necesidades de salud de la población; la adopción de medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y lograr la actualización periódica de los mismos; unificar los planes de beneficios (POS y POSS), primero en el caso de los niños y, luego, progresivamente en el caso de los adultos teniendo en cuenta su adecuada financiación; regular los precios de los medicamentos; adoptar un plan de contingencia para asegurar los pagos de los recobros atrasados en el FOSYGA; ordenó adoptar medidas para que progresivamente se alcance la cobertura universal del Sistema Nacional de Salud antes de enero de 2010 (año y medio después del pronunciamiento de la Corte Constitucional).

Estableció que los indicadores de gestión y de resultados en el ámbito de la salud deben incorporar la medición del goce efectivo del derecho a la salud por parte de las personas; además, señaló que se enviarán informes sobre la disminución de acciones de tutela presentadas para acceder a los servicios de salud y decidió proteger el derecho a la información, mediante la distribución a las personas afiliadas de una carta de derechos de los usuarios y una carta de desempeño de las entidades del sector de la salud.

En el proceso de seguimiento y control la Corte emitió 86 Autos de Seguimiento<sup>146</sup>, entre el 19 de septiembre de 2008 al 21 de octubre de 2011, en los cuales las autoridades competentes – Ministerio de Protección Social, Superintendencia de Nacional de Salud, entre otras- presentaron los informes del avance e implementación gradual de la sentencia.

---

<sup>146</sup> La Sala Segunda de Revisión emitió 13 Autos (entre el 19 de septiembre de 2008 al 30 marzo de 2009). La Sala Especial de Seguimiento emitió 32 Autos Genéricos (entre el 22 de mayo de 2009 al 10 de octubre de 2010) y 41 Autos Específicos (entre el 13 de julio de 2009 al 21 de octubre de 2011). Ver link: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/SEGUIMIENTO%20EN%20SALUD/>

Sin embargo, la implementación de las ordenes del Alto Tribunal no fue pacífica, pues generó reacciones de molestia entre las otras ramas del poder, especialmente entre las autoridades del Gobierno, pero poco a poco se fueron centrando los esfuerzos en afrontar la crisis del sistema de salud y, las tres ramas del poder – Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, aportaron desde el ámbito de sus competencias para encontrar mecanismos que permitieran implementar las decisiones de la sentencia estructural.

Ante este panorama, se emitieron más de 40 Actos Administrativos por parte de las autoridades involucradas -Ministerio de Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, Comisión de Regulación en Salud, Presidencia de la República, Procuraduría General de la Nación, entre otras-. Se aprobaron en el Congreso de la República 6 leyes ordinarias que afrontaron problemas específicos como: la actualización del programa ampliado de Inmunizaciones (PAI), vacunación gratuita y obligatoria (Ley 1373 de 2010), se implementaron acciones de atención integral del cáncer (Ley 1384 de 2010), acciones para disminuir la tasa de mortalidad por cáncer en los niños (Ley 1388 de 2010), se estableció la protección social a la población que padece de enfermedades huérfanas, crónicas o de alto costo (Ley 1392 de 2010), y se definieron rentas de destinación específica para la salud adoptando medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, entre las medidas adoptadas están los recursos tributarios o tasas para las cervezas, cigarrillos, juegos de suerte y azar, loterías, entre otros (Ley 1392 de 2010).

También, se aprobó la Ley 1438 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, la cual tiene como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Salud, a través de la estrategia de Atención Primaria de Salud. Se incluyeron disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes en el país, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar de la geografía

nacional, en un marco de sostenibilidad financiera. Posteriormente, esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-791 de 2011.

Finalmente, el 19 de marzo de 2013 varios Congresistas del Partido de la U, del Partido Conservador, del Partido Liberal y el Ministro de Salud y Protección Social, presentaron ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley de Reforma Estatutaria del Sistema de Salud “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”<sup>147</sup>. Esta ley fue aprobada el 20 de junio de 2013, e intenta solucionar algunos de los problemas estructurales del Sistema Nacional de Salud, siguiendo los parámetros constitucionales fijados por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, pues consagra el derecho a la salud como derecho fundamental, se crea el Plan Único de Salud, que busca una atención integral en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, fortalece las funciones de los Comités Técnicos de Salud y las EPS se transforman en Gestores de Servicios de Salud, entre otras medidas.

Sin embargo, la reforma estatutaria ha sido blanco de diversas críticas, entre las cuales se afirma que no constituye una reforma estructural, sino tan solo paliativa a la crisis financiera del sistema de salud, que la organización y la prestación del servicio de salud sigue estando en manos de los nuevos Gestores de Salud manteniendo el negocio y la intermediación en materia de salud, entre otros aspectos<sup>148</sup>. Consideramos, que la Reforma Estatutaria al Sistema de Salud es un paso estructural para afrontar la crisis en materia de salud que se venía presentando en el país, que si bien no soluciona todos los aspectos

---

<sup>147</sup> Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley - Cámara de Representantes N° 267/13 y Senado N° 209/13- presentado por los Congresistas Roy Leonardo Barreras Montealegre, Jorge Eliécer Ballesteros Barrier, Karime Mota y Morad, Augusto Posada Sánchez (Partido de la U), Gabriel Ignacio Zapata Carrea, Gustavo Hernán Puentes Díaz (Partido Conservador), Rafael Romero Piñeros (Partido Liberal) y por el Ministro de Salud y Protección Social Alejandro Gaviria Uribe.

<sup>148</sup> USECHE, Bernardo. *La reforma del Sistema de salud de Juan Manuel Santos: reingeniería neoliberal*. Fecha de consulta: Octubre 25 de 2013. Ver link: [http://www.cut.org.co/pdf/dpto\\_salud/reformasalud2013/reforma\\_juanmanuel santos-bernardouseche.pdf](http://www.cut.org.co/pdf/dpto_salud/reformasalud2013/reforma_juanmanuel santos-bernardouseche.pdf)

necesarios, sí es un paso adelante para cambiar el concepto y garantía de la prestación del servicio de salud en Colombia.

Actualmente, la ley estatutaria se encuentra en espera del control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, para que una vez declarada exequible, el Presidente de la República proceda a su correspondiente sanción presidencial. Por lo tanto, podemos afirmar que este avance en la regulación, protección y garantía del derecho fundamental a la salud en Colombia empezó con la sentencia estructural de la Corte Constitucional, pero solo fue posible concretarse con el apoyo decidido y la colaboración armónica de las tres ramas del poder, que constituyen el Estado Social y Democrático de Derecho.

### 2.3. RELACIÓN ENTRE EL *ECI* Y LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

El *Estado de Cosas Inconstitucional* – *ECI*– es un concepto de creación jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana a partir de 1997, con la emisión de la sentencia SU-559 (analizada en el subcapítulo anterior), en la cual la Corte declaró el *Estado de Cosas contrario a la Constitución*, concepto que fue evolucionando a través de la propia jurisprudencia y, que actualmente puede ser definido de la siguiente forma:

Un Estado de cosas inconstitucional es una figura de carácter procesal de vocación oficiosa, para la defensa objetiva de derechos humanos, a fin de resolver casos en que se presenta una violación sistemática de derechos fundamentales de un grupo significativo de personas, cuyas causas guardan relación con fallas sistémicas o estructurales y con políticas públicas, donde se requiere, involucrar a todos los estamentos públicos necesarios y adoptar medidas de carácter impersonal que tiendan a superar ese *statuo quo* injusto, en lo cual el Juez constitucional mantiene la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> VARGAS, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Año 1, N°1 ISSN

De acuerdo con lo anterior, la declaración del *ECI* es una situación excepcional en un Estado Constitucional de Derecho, pues, partimos de la idea general del funcionamiento de las instituciones del Estado, siendo una situación anormal y excepcional la presencia de problemas sistémicos que afectan el funcionamiento del Estado. Dicha situación excepcional constituye una vulneración continua y masiva de derechos humanos, que para ser solucionada requiere de la intervención de diversas autoridades e instituciones estatales, la elaboración e implementación de nuevas medidas y/o políticas públicas, el seguimiento y control del juez constitucional, lo cual ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina colombiana como el *Estado de cosas inconstitucional*.

En este contexto, la intervención del juez constitucional es decisiva para ayudar a solucionar el problema estructural que se presenta en las instituciones del Estado, pues la situación ha llegado a niveles de inoperancia, inacción u omisión que la propia administración pública no puede solucionar con los mecanismos existentes. Por tal razón, los ciudadanos acuden al juez constitucional para la protección efectiva de sus derechos, el cual al evidenciar la dimensión de los problemas presentados y la cantidad de personas afectadas con su decisión decide emitir una sentencia que tenga efectos más amplios que una resolución judicial *inter partes*, pues dichos efectos son insuficientes y podrían generar mayor congestión del sistema de justicia, pero además, una sentencia que emita órdenes a las diferentes autoridades competentes para que según el ámbito de sus competencias solucionen o diseñen mecanismos de solución definitivos.

Es indispensable resaltar que el uso de las sentencias estructurales no es cotidiano, ni mucho menos deliberado, al contrario corresponde a situaciones extraordinarias o excepcionales en las cuales las autoridades públicas y, en especial el juez constitucional que

---

0718-0195, 2003. Fecha de consulta: Octubre 25 de 2013. Ver link: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_11.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf)

conoce del caso, no pueden quedarse inertes, sino, que necesitan tomar acción y contribuir a la solución del problema. Como señala Juan Carlos Henao:

Las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero, ¿por qué ha sucedido? La *gobernanza*, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis (Sierra, 2009, 11). No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura.

[...]

Hay otro elemento de esta crisis de *gobernanza*, que se suma a la insatisfacción de los derechos fundamentales y a la concentración ineficiente del poder en un órgano del Estado: el incumplimiento del desarrollo de la Carta, cuyas cláusulas programáticas sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales han sido letra muerta durante muchos años. Una situación que viene de gobiernos anteriores y que tampoco ha sido superada hasta el momento.<sup>150</sup>

De acuerdo con lo expresado, aunque el juez no puede diseñar o ejecutar las políticas públicas, sí puede contribuir a acercar a las partes –autoridades y sociedad civil– para la construcción de estrategias, planes o programas que garanticen la protección efectiva de los derechos humanos. También, en algunos casos se ha ordenado la apropiación de los recursos necesarios para lograr la efectividad de los derechos; la reforma al marco jurídico y/o la eliminación de prácticas o procedimientos contrarios a la Constitución. Además, el juez desde su ámbito de competencia puede realizar una labor de seguimiento y control a la implementación de la decisión adoptada y de las políticas públicas diseñadas para tal fin.

Respecto a los elementos constitutivos de las Sentencias Estructurales, que considero pueden ser análogos a los de la declaración del *ECI*, la Corte Constitucional inicialmente estableció tres factores: a) la repetida y constante violación de derechos fundamentales de

---

<sup>150</sup> HENAO, Juan Carlos. *El juez constitucional un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional, Bogotá D.C., segundo semestre 2013, Vol. 15, N° 29, pp. 71.

un número considerable de personas, b) por cuenta de situaciones provenientes de fallas estructurales y, c) que implican a varias entidades y requieren soluciones complejas<sup>151</sup>. Sin embargo, actualmente la Corte amplió los elementos constitutivos estableciendo que:

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; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) 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; (v) 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>152</sup>

Posteriormente, vamos a analizar cada uno de los elementos o factores que señaló la Corte Constitucional:

**(i) Vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas**

Este elemento puede dividirse a su vez en dos aspectos, el primero de ellos indica la vulneración masiva y generalizada de derechos constitucionales, y el segundo, hace referencia a la cantidad de personas afectadas. Respecto al primer aspecto, se señala un escenario de emergencia por la gravedad de las vulneraciones y el tipo de derechos lesionados, lo cual quiere decir que ha existido una afectación continua y persistente en el

---

<sup>151</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. *Contornos jurídico-fáctico del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita – Universidad Externado de Colombia, pp. 32 y ss.

<sup>152</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004, sobre desplazamiento forzado interno.

tiempo que viene lesionando uno o varios derechos de protección constitucional. Siendo necesario resaltar que no se hace referencia únicamente a derechos fundamentales, como aquellos que pertenecen al catálogo constitucional de derechos, sino que incluye y protege a todos los derechos que tienen protección constitucional, como son los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otro lado, si bien la Corte hace referencia a “varios derechos” esto no quiere decir que sea indispensable la afectación plural de los derechos constitucionales, como requisito cuantitativo. Al contrario, esta expresión debe interpretarse como una referencia sistemática en la cual se puede afectar uno o varios derechos de rango constitucional ya que, “por estar en juego derechos de linaje fundamental, sería impropio valorar una situación en términos de un cálculo matemático estricto, de suerte que una contingencia que revista gravedad no se puede sujetar a un umbral predeterminado y riguroso”<sup>153</sup>. Por lo tanto, la Corte ha utilizado la expresión plural del número de derechos, porque generalmente en los casos de problemas estructurales se presenta la vulneración de varios derechos, pero, como señalamos anteriormente, puede presentarse la vulneración de un solo derecho constitucional para que se presente una situación excepcional de gravedad que requiera de la intervención del juez constitucional.

El segundo aspecto que incluye este elemento hace referencia al número significativo de personas, es decir, que la población afectada se puede constituir como un grupo, bien sea por las características propias de sus integrantes como grupo constituido previo a la presentación de la acción constitucional o como población que por estar en similar situación termina siendo impactada por las decisiones de la Corte. En suma, lo trascendental de este aspecto corresponde a la masividad de la vulneración, que a su vez viene siendo reiterada en el tiempo y que dicha cantidad de personas terminan siendo

---

<sup>153</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. *Contornos jurídico-fáctico del estado de cosas insconstitucional*. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita – Universidad Externado de Colombia, pp. 36

cobijados por los efectos de una sentencia estructural, pero no existe un *quantum* determinado, sino que dependerá del caso concreto.

Finalmente, existen elementos que permiten la identificación de un grupo, de acuerdo con las características del *ECI*, según la clasificación realizada por Blanca Raquel Cárdenas, en su libro *Contornos jurídico –fáctico del estado de cosas inconstitucional*<sup>154</sup>, señaló que la clasificación del grupo puede obedecer a razones como:

- a) Agentes grupales de tipo relacional, que es un colectivo de personas que por circunstancias fácticas comparten características en común que ayuda a visibilizarlos;
- b) Circunstancias de vulneración manifiesta, que como ha señalado la propia Corte Constitucional corresponden a circunstancias de exclusión, marginalidad y vulnerabilidad, indicando que:

Debido a la masiva, sistemática y continua vulneración de derechos fundamentales de que son objeto, estas personas se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad, entendida la primera como aquella situación que sin ser elegida por el individuo, le impide acceder a aquellas garantías mínimas que le permiten la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, la adopción de un proyecto de vida; la segunda, como la ruptura de los vínculos que unen a una persona a su comunidad de origen; y, la tercera como aquella situación en la que se encuentra un individuo que hace parte de un nuevo escenario en el que no pertenece al grupo de beneficiarios directos de los intercambios regulares y del reconocimiento social [...]<sup>155</sup>

- c) Sujeción especial, como aquellas condiciones especiales de sujeción al Estado que hace que un grupo determinado de personas que se encuentran bajo la cautela del Estado, requieran de una protección reforzada, como son las personas privadas de su

---

<sup>154</sup> *Ibíd*em, pp. 56 – 61.

<sup>155</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-560 de 2008.

libertad, los soldados que prestan servicio militar obligatorio, los centros de salud públicos y las escuelas públicas, entre otras.

- d) Profesión, oficio o nexo laboral, pues en varios casos se ha presentado una vulneración dirigida a un gremio o grupo laboral determinado, como son los profesores, notarios, defensores de derechos humanos, etc.
  - e) Agentes de tipo procesal, son vínculos sobrevinientes que se crean a raíz de la violación continua de derechos, en este supuesto se acumulan los procesos y se unifican los beneficios que pueden ser extensibles a aquellas personas que formalmente no presentaron la acción.
  - f) *Causa incoandi* y *Causa petendi*, que se refiere a que el mismo evento causante del daño, es el origen de la vulneración de derechos y lleva a presentar acciones similares, evidenciando una problemática social vigorizada por el incumplimiento u omisión de las entidades públicas.
- (ii) **La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos**

La Constitución Política de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho establece no solo derechos y obligaciones para los ciudadanos, sino también consagra taxativamente las funciones y obligaciones de las entidades del Estado, enmarcando las competencias de los respectivos funcionarios públicos. Así, los funcionarios actúan bajo los parámetros constitucionales y legales establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico y sus competencias obedecen al cumplimiento de una finalidad específica para lograr cubrir una necesidad de la población, garantizar un derecho o solucionar un problema social.

Entonces, el problema se presenta cuando las entidades y concretamente los funcionarios públicos no cumplen con sus funciones o las ejecutan de forma irregular, inadecuada y/o tardía produciendo lesiones en los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos, ya que si las entidades públicas omiten el cumplimiento integral de sus funciones se dejan insatisfechas las necesidades de la población y olvidan la protección de los derechos humanos de los ciudadanos.

También, se pueden presentar omisiones que escapan de la capacidad institucional con que cuentan las entidades públicas o de la propia transformación social del problema, situación en la cual las autoridades públicas no cuentan con las herramientas para cubrir las actuales necesidades sociales, porque los programas previstos están desactualizados o son obsoletos. Al respecto la Corte manifestó que:

[...] por la vía de la insuficiente apropiación presupuestal y de la omisión en la corrección de las principales falencias de la capacidad institucional, el avance progresivo en la satisfacción de los derechos de la población desplazada no sólo se ha retrasado, sino que se ha ido deteriorando con el paso del tiempo en algunos aspectos. [...] Por eso, el primer deber de las autoridades competentes es evitar dicho retroceso práctico en los aspectos del nivel de protección de los derechos de todos los desplazados donde éste se ha presentado, así dicho retroceso sea resultado de la evolución del problema y de factores que escaparon a la voluntad de los funcionarios responsables.<sup>156</sup>

Por lo tanto, el incumplimiento de las funciones públicas obedece a distintos factores, entre ellos la Corte ha identificado dos: (i) la ineficacia administrativa, entendida como la inacción de las autoridades públicas, escenario en el cual existe un problema de gestión pública, pues la institución pública está creada para responder a ese fin y cuenta con los recursos necesarios para hacerlo, pero no se ejecuta, (v. gr. retraso en el pago de mesadas pensionales, falta de afiliación de los profesores a la Caja de Prestaciones Sociales del Magisterio, ausencia de respuesta o mora excesiva de los derechos de petición de los

---

<sup>156</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004.

usuarios del sistema, etc.). (ii) La falta de capacidad institucional, que corresponde a un problema más complejo, pues las entidades públicas no cuentan con los medios disponibles para cumplir con su función constitucional, bien sea porque no cuenta con personal suficiente y capacitado, no existe infraestructura, no cuenta con disponibilidad presupuestal, entre otras, caso en el cual no es una omisión atribuible a un funcionario específico sino refleja una incapacidad logística y organizacional del Estado (v. gr. hacinamiento carcelario, crisis del sistema nacional de salud, desplazamiento forzado interno, etc.).

**(iii) La adopción de prácticas inconstitucionales, la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado**

Este elemento corresponde a la creación o imposición de trabas burocráticas establecidas en las instituciones públicas para acceder a la protección de los derechos o para ejercer el derecho. Es decir, que cada institución pública va incorporando requisitos formales adicionales, que no guardan coherencia ni relación con el procedimiento inicial ni están consagrados en la ley, generando una sobrecarga en los trámites que debe realizar la población para ejercer su derecho o tener acceso al servicio o a la función pública que desarrolla la entidad estatal.

Uno de los ejemplos clásicos que identificó la Corte Constitucional, fue la incorporación de la acción de tutela como requisito para que la administración pública cumpliera con sus funciones o ejecutara la acción correspondiente. Como sucedió en el caso de los desplazados, en el cual los funcionarios públicos le solicitaban a la población desplazada la presentación de la acción de tutela para tener acceso a los servicios de vivienda, educación, salud, etc. La misma situación se presentó en la sentencia estructural sobre el derecho a la salud, donde las EPS, los centros públicos y privados de salud, le solicitan a los pacientes instaurar la acción constitucional de tutela para acceder a los medicamentos, tratamientos y diagnósticos médicos, creando escenarios perversos de congestión judicial y de prevalencia

de atención médica entre los ciudadanos. Por tal razón, la Corte señaló que la solicitud de la acción de tutela como requisito para la protección del derecho por parte de las entidades estatales correspondía a una práctica inconstitucional.

Por lo tanto, debemos resaltar que la alusión a la presentación de la acción de tutela es un ejemplo ilustrativo, pero no el único que puede presentarse y ser considerado como práctica inconstitucional adoptada por las propias instituciones públicas, sin que exista un sustento legal que faculte o justifique la incorporación de nuevos trámites y/o procedimientos.

**(iv) Ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos**

Este elemento hace referencia a la división de poderes dentro del Estado, pues cada rama – Legislativo, Ejecutivo y Judicial– cumple una función específica que ayuda a la garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Entonces, la adopción de medidas adecuadas de acuerdo con sus competencias dependerán no solo de las funciones que tiene cada órgano, sino también están sujetas a circunstancias políticas, económicas y socio-culturales que pueden influir en la voluntad o interés de elaborar estrategias adecuadas que propendan por la satisfacción de los derechos. Por lo tanto, cuando la respectiva rama no adopta las medidas legislativas, administrativas, judiciales o presupuestales, el disfrute efectivo de los derechos humanos de los ciudadanos se encuentra en riesgo.

Así, el Tribunal Constitucional una vez asume el conocimiento del caso concreto identifica que la vulneración de los derechos humanos está relacionada directamente con la ausencia de políticas públicas, leyes, reglamentos, etc., que reconozcan o desarrollen el derecho. La otra opción, es que existiendo consagración constitucional o legal no existe disponibilidad presupuestal para ejecutar los programas, planes o proyectos que materializan la protección de los derechos. Por lo tanto, como la Corte desde el ámbito de sus competencias no puede legislar, ni crear políticas públicas, ni realizar la apropiación presupuestal, necesita

solicitarle u ordenarle a la autoridad competente que ejecute sus funciones con el fin de proteger los derechos que se encuentran vulnerados. En este sentido, “la Corte no reemplaza, sino emplaza a las instituciones de las que depende, o tienen a cargo el desarrollo del contenido programático o logístico de tales normas”<sup>157</sup>. En la jurisprudencia constitucional se ha reiterado que:

Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, [...] se está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional.  
[...]

La adopción de medidas en favor de los grupos marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador sino que es un mandato de acción, encaminado a transformar las condiciones materiales que engendran o perpetúan la exclusión y la injusticia social. Este deber estatal, si bien necesita ser desarrollado por la ley, y está atado a las apropiaciones presupuestales correspondientes, no puede quedar indefinidamente aplazado en la agenda estatal.<sup>158</sup>

Finalmente, es pertinente resaltar que los derechos de contenido programático o prestacional, requieren de una adecuada asignación presupuestal, que permita la realización efectiva de las políticas públicas y/o demás medidas impulsadas por el Estado para la protección efectiva de los mismos. En este contexto, cuando los recursos son insuficientes el juez constitucional se encuentra legitimado para emplazar a las autoridades competentes con el fin de realizar las asignaciones presupuestales necesarias y lograr la materialización de los derechos de los ciudadanos, pues, los jueces no pueden avalar la vulneración de los derechos humanos ni consentir el aplazamiento indefinido de los derechos con faceta prestacional perpetuando la injusticia social. Por lo tanto, los DESC son derechos exigibles

---

<sup>157</sup> CÁRDENAS, Blanca Raquel. *Contornos jurídico-fáctico del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita – Universidad Externado de Colombia, pp. 80.

<sup>158</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-024 de 2004. También se puede citar a la sentencia T-760 de 2008, entre otras en las cuales se ha reiterado el mismo pronunciamiento.

que requieren de la voluntad política y de la adecuada asignación de recursos públicos para su realización, ya que, establecer planes, programas o estrategias estatales sin la correspondiente asignación presupuestal equivale a no tener políticas públicas sobre la materia por ser inejecutables.

- (v) **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**

Este elemento lo podemos desglosar en dos aspectos, el primero referido a la intervención de varias entidades y la adopción de medidas complejas y coordinadas; y el segundo aspecto corresponde a la adición presupuestal necesaria para ejecutar las medidas contempladas. Para desarrollar el primer aspecto de este elemento es necesario resaltar que, la solución de los problemas estructurales o sistémicos requiere de acciones coordinadas entre diferentes actores políticos, sociales, públicos y privados, pues, no es atribuible la responsabilidad del incumplimiento u omisión solo a una entidad o funcionario determinado.

En este contexto y con el fin de lograr el cumplimiento efectivo de las sentencias, la Corte Constitucional involucra a los diferentes actores y especialmente a las diversas autoridades públicas competentes para resolver de forma definitiva el conflicto identificado. Primero, identificando el rol y la participación que cumplen las entidades demandadas en el proceso, y después, determinando cuáles son las autoridades competentes que necesitan contribuir al diseño, ejecución, implementación y vigilancia de las decisiones estructurales señaladas por la Corte. Tal como se señala en la siguiente cita:

Otro aspecto evaluado por la Corte venía de la mano de los constantes descatos a las acciones de tutela y lo común –y cómodo- que resultaba para los funcionarios,

excusar el incumplimiento en causas exógenas. En gran medida los problemas residían en múltiples terrenos institucionales y eso facilitaba un habitual traslado de culpas, mientras la población se sumía en graves quebrantos. [...] El Tribunal entendió que mientras no se abordara el problema en toda su dimensión y etiología, que mientras no se enlazaran todos los estamentos de la red institucional y no se cobijaran a todos aquellos afectados por las mismas circunstancias, sus fallos serían meros paliativos y no verdaderos remedios.<sup>159</sup>

Entonces, como las decisiones estructurales requieren de la intervención de diversas entidades estatales, que pueden corresponder a un solo sector o en la mayoría de los casos involucra autoridades de las tres ramas del poder (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), para realizar los cambios sustanciales necesarios, afrontar y superar el *ECI*, pues, cada entidad contribuye dentro de sus competencias a aspectos parciales de la solución del problema. Por esta razón, este elemento está estrechamente vinculado con el anterior punto analizado, sobre la ausencia de medidas legislativas, ejecutivas o presupuestales, o su falta de ejecución, ya que la implementación de una solución estructural requiere de compromiso y colaboración armónica entre las diferentes autoridades públicas. Por lo tanto, la complejidad del engranaje estatal no puede ser trasladada a los ciudadanos, porque para la población civil el Estado es uno solo y se necesitan soluciones articuladas que protejan efectivamente los derechos humanos.

Por otra parte, respecto al segundo aspecto, referido a la apropiación presupuestal, el propio Tribunal en múltiples sentencia ha reiterado que las autoridades estatales deben garantizar la adecuada apropiación de los recursos para ejecutar a cabalidad las políticas públicas diseñadas. Si bien, los recursos públicos son escasos e insuficientes, las autoridades competentes están en la obligación de establecer prioridades para garantizar la protección de los aspectos mínimos o esenciales de los derechos humanos, pues los mismos contribuyen a la realización de la dignidad humana y al plan de vida de los ciudadanos, siendo el gasto público social una prioridad dentro del Estado Social de Derecho, como se señala a continuación:

---

<sup>159</sup> Op cit. CÁRDENAS, Blanca Raquel, pp. 85.

Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para que los derechos fundamentales de los desplazados tengan plena realización. La obligación constitucional del Estado de garantizar una protección adecuada a quienes por razón del desplazamiento forzado interno se encuentran en condiciones indignas de vida no puede ser aplazada indefinidamente. Tal como lo dispone el artículo 350 de la Carta el gasto público social, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. La Ley 387 de 1997 reconoció que la atención de la población desplazada es urgente y prioritaria. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la prelación que tiene la asignación de recursos para atender a esta población y solucionar así la crisis social y humanitaria que representa este fenómeno.

[...]

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional, como pasa a verse.<sup>160</sup>

Por lo tanto, es claro que la adecuada y suficiente apropiación de recursos es fundamental para el cumplimiento de los fines constitucionales y la protección de los derechos de todos los ciudadanos, sin embargo, es un aspecto controversial, porque los recursos siempre son escasos, especialmente en países en vías de desarrollo como los nuestros. Pero, también es cierto que no se puede convertir en la justificación fácil para legitimar la vulneración de los derechos humanos de los ciudadanos, por eso se ha contemplado la adopción de medidas progresivas para la protección de los derechos, lo cual no implica que sean aplazables indefinidamente, sino que las autoridades públicas están en la obligación de planificar su incorporación paulatina en las partidas presupuestales, como habíamos señalado

---

<sup>160</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004.

anteriormente la prioridad de invertir los recursos estatales, que son limitados, en la protección de un derecho y no en otro es una decisión de voluntad política.

**(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**

La Corte Constitucional era consciente que la multiplicidad de actores, especialmente en el extremo de los demandantes, representaba una alta posibilidad de que en el futuro se siguiesen presentando nuevas acciones, con el fin de solicitar el amparo de los derechos vulnerados por parte de las personas del “grupo” que no eran parte de la demanda inicial. Es decir que, debido a las circunstancias de vulneración masiva era previsible que se presentaran futuras acciones solicitando la protección efectiva de sus derechos humanos por encontrarse en las mismas circunstancias de vulnerabilidad, y en garantía del principio de igualdad debía aplicarse la misma solución de los casos análogos anteriores. Por tal razón, era necesario encontrar mecanismos que garantizaran la aplicación del principio de igualdad y evitaran la congestión judicial, pues de otra manera se iba a presentar un gran problema en el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas, afectando a los futuros actores y a las propias autoridades públicas, entre ellos, al poder judicial.

La Corte, desde los primeros años de funcionamiento, ha utilizado dos mecanismos procesales que contribuyen a disminuir la carga procesal y a unificar el criterio jurisprudencial. El primero, es la acumulación procesal de acciones, que consiste en unir en un solo expediente judicial los casos que coinciden en las causas de vulneración y en las peticiones de amparar el mismo o similares derechos constitucionales, emitiendo una única sentencia judicial que resuelve la situación de los accionantes. El segundo mecanismo, es la emisión de sentencias de unificación (SU) con el fin de unificar el precedente judicial sobre un tema que ha sido reiterativo y, que en la mayoría de los casos presenta decisiones

contradictorias, lo cual hace inminente que la Corte fije una posición unánime para resolver los casos futuros.

Sin embargo, estos dos mecanismos se utilizan únicamente cuando se presentan las correspondientes demandas o acciones, amparando los derechos de los accionantes. Bajo esta estructura, los dos mecanismos que tradicionalmente utilizaba la Corte eran insuficientes, porque necesitaba que los actores acudieran efectivamente al poder judicial. Pero, si todos los ciudadanos que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad acudieran al poder judicial se iba a generar una avalancha de sentencias, que llegarían a cuenta gotas al conocimiento de los jueces y particularmente a la Corte Constitucional. Tal como se comprobó con los altos índices de acciones de tutela interpuestas para lograr la protección del derecho a la salud durante los años 1999 - 2008, siendo reportado como uno de los derechos más litigados en Colombia de acuerdo con los informes de la Defensoría del Pueblo<sup>161</sup>.

En el caso de las sentencias estructurales, en las cuales se toman decisiones generales, globales y sistémicas, los efectos del fallo afectan no solo a los actores procesales, sino también a todo el conglomerado de personas que componen el grupo protegido, independientemente que interpongan o no la acción judicial. Pues, como ya hemos anotado, se intenta estructurar soluciones que involucren a todas las entidades competentes para que se adopten las medidas legislativas, presupuestales o administrativas adecuadas e indispensables para la protección general de los derechos amparados, lo cual repercute en pro del todo el conglomerado social. Consecuentemente, la Corte desde la primera sentencia estructural que emitió (SU-559/97) resaltó la importancia de incluir y beneficiar a

---

<sup>161</sup>Las tutelas que invocan el derecho a la salud corresponden a más de la cuarta parte del total de las tutelas (26,14%). En Colombia se interponen 23,01 tutelas en salud por cada 10.000 habitantes aproximadamente. Información obtenida del Informe de la Defensoría del Pueblo. *La Tutela y el derecho a la salud año 2011*. Fecha de consulta 14 de marzo de 2014. Ver link: <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutelaDerechosSalud2011a.pdf>

toda la comunidad afectada con las decisiones integrales, adoptando decisiones simples o para el caso concreto y decisiones complejas o generales, para evitar un mayor congestionamiento en el poder judicial. En aquella oportunidad se indicó que:

Los hechos analizados ilustran el origen de la situación singular que es objeto de la acción de tutela. De prosperar la acción de tutela, se pone de manifiesto que la condición actual de varias decenas de miles de maestros, vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales, es semejante a la de los actores y, por lo tanto, merecedora de protección constitucional.

Si los restantes educadores individualmente interponen acciones de tutela contra la conducta de los alcaldes y demás autoridades que se encuentran en mora de afiliarlos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los jueces competentes y, en su momento, la Corte darán curso a las respectivas demandas. Con todo, se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones [...] <sup>162</sup>

La adopción de sentencias estructurales sí contribuyó positivamente en la disminución de las acciones presentadas por hechos y pretensiones similares, evitando un mayor congestionamiento judicial. El caso más evidente fue con el litigio sobre el derecho a la salud, ya que, antes de la emisión de la sentencia T-760 de 2008 se mantenía en el país los índices de litigiosidad en materia de salud más altos de América Latina y, después de la sentencia estructural de la Corte, el litigio sobre el derecho fundamental a la salud disminuyó considerablemente, pues, en el año 2008 las acciones presentadas representaban el 41.50% del total de acciones de tutela en el país, reduciéndose a un 26,94% en el año 2012 <sup>163</sup>. Por lo tanto, la sentencia estructural aportó a disminuir el congestionamiento judicial y contribuyó para que las propias autoridades públicas empezaran a implementar medidas que solucionaran los casos concretos acordes con el pronunciamiento de la Corte

---

<sup>162</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-559 de 1997.

<sup>163</sup> Defensoría del Pueblo Colombia. *La tutela y el derecho a la salud 2012*. Fecha de consulta: 30 de Octubre de 2013. Ver link: <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutelaDerechoSalud2012.pdf>

Constitucional, beneficiando a todos los ciudadanos como usuarios del Sistema Nacional de Salud, lo cual es la máxima expresión del principio de igualdad.

Podemos afirmar que las sentencias estructurales tienen una relación íntima con el *ECI* porque la Corte Constitucional colombiana elaboró el concepto del *ECI*, que viene a ser el diagnóstico de las fallas sistémicas del Estado, y como mecanismo para solucionar esta situación emitió las Sentencias Estructurales. Así, el *ECI* y las sentencias estructurales son indicativos uno del otro, es decir, la declaración de un *ECI* debería indicar la existencia de una sentencia estructural que lo solucione. Sin embargo, no son requisito uno del otro, pues, no se necesita la declaración expresa del *ECI* para que la Corte o Tribunal Constitucional pueda emitir una sentencia estructural, tal como vimos en la sentencia T-760 de 2008, sobre la protección del derecho fundamental a la salud, en la cual la Corte Constitucional no declaró el *ECI*, pero, sí emitió una sentencia estructural para solucionar los problemas o fallas sistémicas identificadas.

Además, puede presentarse otro escenario, en el que se declare expresamente un *ECI* pero no se configure una sentencia estructural. Me refiero a una declaración formal, porque, si se configuran todos los elementos antes descritos para la declaración de un *ECI* debería emitirse una sentencia estructural que brinde una solución integral al problema identificado por el máximo Tribunal. No obstante, si la declaración del *ECI* es simplemente formal, pero, sustancialmente no reúne los elementos del *ECI*, tendría como resultado una sentencia interpretativa o manipulativa<sup>164</sup>, pero no una sentencia estructural.

---

<sup>164</sup> En la doctrina existen diversas tipologías sobre sentencias interpretativas, entre ellas encontramos la clasificación del profesor Díaz Revorio, según la cual tenemos sentencias interpretativas en sentido estricto, en las cuales se establece una interpretación determinada sin afectar el texto o disposición legal, reductoras, que consisten en declarar inconstitucional parte del texto legal o norma y, aminorar su ámbito de aplicación; aditivas, que agrega una interpretación más amplia o vocablo para ajustar la disposición a la Constitución; y, sustitutivas, que reemplaza parte del texto por otro término para salvar la constitucionalidad de la disposición legal.

También encontramos la clasificación del profesor Elías Aja. En esta tipología están las sentencias unilaterales que modifican algún elemento de la ley, entre ellas están incluidas las sentencias interpretativas, que establecen una interpretación concreta y diferente a la literalidad de la ley, y dicha norma puede ser más

La situación antes descrita se presentó en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp. N° 06089-2006-PA/TC, en la cual la empresa Express Cars S.C.R.L., interpuso demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), solicitando que se declarara inaplicable la Resolución N.° 220-2004/SUNAT, del 24 de septiembre de 2004, modificada por la Resolución N.° 274-2004/SUNAT, del 8 de noviembre de 2004, que contemplaba el 5% del Impuesto General a las Ventas sobre las importaciones de vehículos usados, estableciendo un porcentaje diferente para la importación de vehículos usados y nuevos, pues estos últimos tenían un impuesto del 3%. Situación que según la demandante afectaba sus derechos constitucionales a la libertad de comercio, propiedad e igualdad ante la ley.

Al respecto el TC, después de realizar un análisis de la función de los tributos en el Estado Social de Derecho, los alcances del principio de solidaridad tributaria, los fines extrafiscales de los impuestos y su lucha contra la evasión fiscal, declaró formalmente el *ECI*, pero no se configuró una sentencia estructural. Primero, porque el TC no pretendía cambiar una situación de vulneración masiva de derechos humanos, por el contrario, intentaba perpetuar la situación demandada por la accionante. Segundo, concluyó la constitucionalidad de la medida contemplada y mantuvo vigente los efectos de la norma

---

amplia o restrictiva que la creada por el legislador. Asimismo, incluye las sentencias de inconstitucionalidad parcial que pueden ser *cuantitativas*, esto es que anulan una palabra o frase de la disposición legal y con ello cambian el sentido del precepto y, las sentencias de inconstitucionalidad parcial *cualitativas*, que excluyen una norma o sentido determinado contenido en la disposición normativa por ser contraria a la Constitución, denominadas integrativas y sustitutivas.

Finalmente, encontramos las sentencias bilaterales que llaman a la colaboración del legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley, que tienen una doble intervención, primero del TC y después del Legislador, utilizando diferentes técnicas, como son: no declarar *todavía* la inconstitucionalidad de la ley, pero el legislador debe cambiarla, encerrando la amenaza de declarar la inconstitucionalidad en una futura sentencia. Declarar la inconstitucionalidad, pero pospone la entrada en vigor de los efectos de inconstitucionalidad, es decir, aplaza la derogación de la norma para que en dicho plazo el Parlamento pueda sustituir o modificar la disposición legal. También, existen sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador, para señalarle las líneas que debe contener la futura ley. Para ampliar la información Ver DIAZ REVORIO, Francisco. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. AJA, Eliseo y otro. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998, pp. 276 – 282.

hasta la subsanación formal de la Reserva de Ley. Tanto es así que señaló que la inconstitucionalidad de la norma no residía en su contenido, sino que la inconstitucionalidad provenía de la norma legal que habilitaba las Resoluciones de la SUNAT, estableciendo un plazo para la subsanación formal de la Reserva de Ley. En la parte resolutive de la sentencia señaló que:

3. Habiéndose detectado el estado de cosas inconstitucionales en lo referido al ámbito formal de la Reserva de Ley, los efectos de la presente sentencia se suspenden en este extremo, hasta que el Legislador regule suficientemente el Régimen de Percepciones IGV, en observancia del principio constitucional de Reserva de Ley, en un plazo que no exceda del 31 de diciembre del 2007.<sup>165</sup>

Como podemos observar no amplió los efectos de la sentencia a otros ciudadanos en las mismas condiciones de vulnerabilidad, simplemente, mantuvo el régimen existente, que según su parecer era constitucional y no lesionaba los derechos fundamentales de la demandante, indicando que: “En consecuencia, no es que las Resoluciones cuestionadas sean inconstitucionales por sí mismas, sino que la inconstitucionalidad proviene de la norma Legal que las habilita y les traslada el vicio. Por ello, la adecuación de la formalidad del Régimen de Percepciones a los principios constitucionales tributarios debe empezar por la propia Ley que le sirve de base”<sup>166</sup>. En este contexto no existía un *ECI*, por el contrario, avaló la situación creada por la norma y extendió sus efectos mientras se realizaba la subsanación legal mediante una sentencia interpretativa.

Finalmente, reiteramos que se requiere analizar los diferentes factores antes señalados y determinar los efectos de las órdenes emitidas por la Corte o Tribunal Constitucional para configurar una sentencia estructural. Pues, no basta con la declaración formal del *ECI* para constituir el fallo en una sentencia estructural, y por otro lado, la ausencia de declaración expresa del *ECI* no limita los efectos ni la configuración de una sentencia estructural. En suma, los factores señalados por la Corte Constitucional Colombiana para la configuración

---

<sup>165</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC N° 06089-2006-PA/TC.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

de un *ECI* son los elementos constitutivos de una sentencia estructural, teniendo en cuenta que el *ECI* es el diagnóstico del problema sistémico de funcionamiento del Estado y, la sentencia estructural es el mecanismo mediante el cual se imparten las órdenes del juez constitucional que coadyuvan al diseño e implementación de la solución estructural y, que a su vez contribuyen en superar el *ECI*.

#### 2.4. EFECTOS DE LA EMISIÓN DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES

Los efectos de las decisiones judiciales están referidos a la etapa posterior a la emisión de la sentencia, en la cual, se cumplen o implementan las órdenes de los jueces constitucionales para solucionar de forma armónica, integral y definitiva el problema estructural identificado por el máximo órgano constitucional. La ejecución de los fallos genera efectos, en principio para las partes involucradas, pero como vimos anteriormente, en las sentencias estructurales los efectos son más amplios. Para evaluar el tipo de efectos que generan las sentencias estructurales vamos a emplear dos enfoques doctrinales, el primero denominado neorrealismo, que analiza los efectos directos y materiales de los fallos y, el segundo reconocido como constructivista, que evalúa además de los efectos directos, los efectos indirectos de las sentencias estructurales. Al respecto, podemos señalar que:

Estas diferencias conceptuales van acompañadas de desacuerdos metodológicos. El positivismo epistemológico de los neorrealistas implica prestarles una atención casi exclusiva a las técnicas de investigación cuantitativas que permiten evaluar los efectos materiales directos. Eso se hace evidente en los estudios de impacto inspirados por el análisis económico del derecho, cuyas conclusiones tienden a compartir el escepticismo de Rosenberg, como lo ilustra la literatura económica contra el activismo de la CCC [Corte Constitucional de Colombia].

En contraste, el enfoque constructivista amplía la variedad de estrategias de investigación para incluir técnicas cualitativas que permitan apreciar los efectos simbólicos e indirectos de una determinada decisión. Entre esas técnicas estarían las entrevistas en profundidad de funcionarios, activistas y miembros de la población beneficiaria para examinar la consecuencia de la sentencia en su percepción de su situación y las estrategias para solucionarla. A esas técnicas se les concede la misma importancia que a técnicas cuantitativas como el análisis de los indicadores

sociales para la población beneficiada o la medición de la cobertura en prensa antes y después de la decisión.<sup>167</sup>

En este contexto, los efectos directos de las sentencias estructurales son sin duda de gran importancia, pues suponen el cumplimiento efectivo e integral de las órdenes impartidas por el máximo tribunal constitucional, las cuales están encaminadas a superar el *ECI*. Por otro lado, los efectos indirectos son aquellas circunstancias no previstas en la parte resolutive de la sentencia, pero, que posterior a la emisión del fallo terminan beneficiado complementariamente a los actores sociales o ciudadanos, pues ayudan a visibilizar el problema estructural, involucran más actores sociales, (v.gr. ONG’s, Asociaciones de litigio estratégico, litigio de interés público, otras entidades del Estado, empresarios, etc.) que contribuyen a la solución del problema y/o coadyuvan a la labor de seguimiento y control.

Para autores como Mauricio García-Villegas y César Rodríguez, los efectos indirectos contribuyen a la transformación de las relaciones sociales, al cambio de percepción socio-cultural y jurídica de los individuos que hacen parte del grupo amparado y legitiman las peticiones de sus actores frente al resto del conglomerado social. César Rodríguez, en su artículo “*Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales*” elaboró la siguiente tabla que ilustra los tipos de efectos de las sentencias:

**Tabla 1. Tipos y ejemplos de los efectos de las decisiones judiciales**

	<b>DIRECTO</b>	<b>INDIRECTO</b>
<b>MATERIAL</b>	Diseño de políticas públicas, como se ordena en la sentencia	Formación de coaliciones activistas para influir en la cuestión afectada

<sup>167</sup> RODRÍGUEZ, César. *Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales en Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial de la Universidad de Los Andes, 2009, pp. 903.

<b>SIMBÓLICO</b>	Definición y percepción del problema como una violación de derechos	Transformación de la opinión pública sobre la urgencia y la gravedad del problema
------------------	---	---

(Fuente: RODRIGUEZ, Cesar. 2009, pp. 903.)

Los diferentes tipos de efectos son importantes para analizar la efectividad de las sentencias estructurales, que pasaremos a analizar desde un enfoque constructivista, en el sentido que los efectos –directos e indirectos– no son excluyentes sino complementarios, que ayudan al fortalecimiento de los derechos humanos de los grupos amparados y a la visibilidad social que antes no tenían. Bien sea por la implementación de las órdenes definidas en la sentencias o por los efectos colaterales que puede producir el pronunciamiento del alto Tribunal Constitucional.

Existe una clasificación doctrinaria extensa sobre los tipos de efectos que tienen las sentencias en general y, las sentencias estructurales en particular, pero, para efectos del presente trabajo de investigación no profundizaremos en todos ellos, sino que me concentraré en explicar brevemente dos de los efectos que considero más relevantes e innovadores, como son: la transformación socio-jurídica y el fortalecimiento de la democracia deliberativa, que pueden ubicarse dentro de las variables de efectos directos e indirectos antes descritos.

#### **2.4.1. Transformación socio-jurídica**

Este tipo de efecto tiene un componente directo y otro indirecto. El primer efecto directo material, hace referencia al cambio jurídico realizado por la implementación de las órdenes de la Corte a las distintas autoridades estatales, en las cuales se incorpora el reconocimiento de derechos, la adopción de medidas legislativas, administrativas o presupuestales. Es

decir, va de la mano de la parte considerativa de la sentencia en la cual se realizan escrutinios sobre el tipo de derechos amparados, el contenido y alcance constitucional de los mismos, generando transformación jurídica respecto al reconocimiento, protección y disfrute de los derechos protegidos. Tal como sucedió con el pronunciamiento del derecho fundamental a la salud, que si bien, no hace parte del catálogo taxativo de la Constitución Política Colombiana, la Corte Constitucional después de un análisis exhaustivo del contenido y desarrollo del derecho a la salud lo elevó al estatus de derecho fundamental.

Otro ejemplo que podemos mencionar fue el reconocimiento del derecho al mínimo vital, utilizado por la Corte en un sin número de pronunciamientos y que ha ayudado a la protección de los derechos humanos de los ciudadanos en casos sobre garantía de prestaciones sociales, pensiones, servicios médicos, entre otros. También, en la sentencia sobre desplazamiento forzado interno se produjeron efectos directos sobre la elaboración de políticas públicas, la adecuada apropiación presupuestal para el cumplimiento de las medidas legislativas existentes, reforma en las medidas administrativas utilizadas para afrontar la crisis humanitaria originada por el desplazamiento forzado interno, etc.

Al igual, sucedió en la sentencia sobre hacinamiento carcelario en la cual gracias al pronunciamiento estructural de la Corte se establecieron nuevas políticas públicas y mayor destinación de recursos para la creación de más establecimientos carcelarios con el fin de contrarrestar la situación de hacinamiento que se presentaba en el país. Si bien, algunos de los efectos directos no logran solucionar definitivamente el problema estructural presentado, porque no se ejecutan todas las órdenes o porque son insuficientes, es innegable que contribuyen a un avance importante en materia de protección de los derechos humanos y a la transformación del ordenamiento jurídico.

En suma, con las sentencias estructurales se han producido efectos directos en la transformación del ordenamiento jurídico, como son: incorporación de nuevos derechos humanos (v. gr. el derecho al mínimo vital), el reconocimiento de la exigibilidad judicial de

los DESC (v. gr. el derecho a la salud), reforma de las medidas administrativas y/o legislativas, la elaboración de nuevas políticas públicas para superar el *ECI* (v. gr. sentencia sobre desplazamiento interno, hacinamiento carcelario, ineficacia administrativa de CAJANAL, reforma del Sistema Nacional de Salud, entre otras.)

El segundo componente para analizar, es el efecto indirecto de las sentencias estructurales, entendido como el cambio de percepción social que sufre el problema sistémico analizado por el Tribunal Constitucional, y con ello el cambio social que obtiene el grupo amparado con la sentencia estructural. En la mayoría de los casos la parte resolutive de la sentencia no emite órdenes directas o explícitas sobre la transformación social de la controversia analizada y, claro está no tendría por qué hacerlo. Sin embargo, la percepción socio-cultural de los propios individuos que componen el grupo y del resto de la sociedad se ve modificada después del pronunciamiento estructural de la Corte, ya que, los actores ven legitimadas sus peticiones, fortaleciendo su reconocimiento por parte del resto del conglomerado social y de las propias autoridades<sup>168</sup>.

Además, ayuda a visualizar el problema social, haciendo que otros grupos de la sociedad civil –ONG’s, grupos sociales, entidades internacionales, grupos empresariales etc.– se solidaricen con las peticiones del grupo, para materializar los derechos amparados. Generando conciencia sobre la magnitud del problema, que en la mayoría de los casos era ignorado por las autoridades públicas y la propia sociedad civil. Un ejemplo claro, es la transformación social que sufrió el desplazamiento forzado interno en Colombia, pues era una realidad a gritos que convivía con la indiferencia cotidiana de los ciudadanos y las autoridades públicas; lo mismo sucedió con la protección especial a los defensores de los derechos humanos para salvaguardar su vida e integridad física cuando se encontraban privados de la libertad. En otros casos, los ciudadanos afectados se concientizaron de la

---

<sup>168</sup> RODRIGUEZ, César. *Cortes y cambio social, cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Colección DeJusticia, 2010, pp. 80 y ss.

vulneración de sus derechos, exigiendo su protección y respeto en los términos constitucionales señalados por la Corte, v. gr. personas privadas de la libertad en condiciones de hacinamiento; la protección a la seguridad social de los profesores de las escuelas y colegios públicos; la prestación de los servicios de salud sin trabas burocráticas adicionales. Es decir, los ciudadanos eran consientes de la vulneración de sus derechos y legitimaban socialmente sus pretensiones, además, mediante el apoyo de grupos sociales especializados ayudan a vigilar el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia estructural.

En resumen, los efectos directos hacen referencia al impacto del caso concreto en el ordenamiento jurídico dentro de las órdenes emitidas en la sentencia; y los efectos indirectos se relacionan con los cambios sociales generados por la interacción de los actores y la sociedad en general, en la forma cómo concibe y afrontan la situación que padecen<sup>169</sup>.

#### **2.4.2. Fortalecimiento de la democracia deliberativa**

Pareciese que afirmar que la emisión de sentencias estructurales aporta al fortalecimiento de la democracia fuese un contrasentido, teniendo en cuenta que una de las críticas tradicionales sobre el activismo judicial está relacionada a la carencia democrática que tienen los jueces en su nombramiento, según la cual se afirma que los jueces no son los funcionarios competentes para decidir sobre asuntos que involucran a toda una sociedad, porque no cuentan con el mandato de representatividad democrática. Por lo tanto, los

---

<sup>169</sup> Para ampliar la información y profundizar sobre los diferentes tipos de efectos materiales, indirectos y simbólicos consultar: RODRIGUEZ, Cesar y otro. Un giro en los estudios sobre los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia en *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá D.C.: Editorial Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales – CELS y LAEHR. 2010. RODRÍGUEZ, César. Cortes y cambio social, cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Colección DeJusticia, 2010.

escenarios apropiados para discutir los temas de interés general le corresponden al Congreso o Parlamento<sup>170</sup>.

Lo cual sin duda es acertado hasta cierto punto, pero como hemos señalado anteriormente no se trata de sustituir una de las ramas del poder, en este caso el Legislativo, sino de colaborar armónicamente en la solución de los problemas estructurales que se presentan en una sociedad democrática y constitucional. Así, las órdenes de la Corte o Tribunal Constitucional se complementan con la labor realizada por el Congreso y el Gobierno, en lugar de reemplazarlos, generando espacios de colaboración armónica en pro del fortalecimiento institucional del país.

El concepto de democracia es ampliamente utilizado y su definición no deja de ser compleja, entonces, ¿en qué consiste la democracia deliberativa? Podemos afirmar que la democracia deliberativa es un modelo político centrado en la participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones que los afectan o involucran, es decir, es una visión complementaria de la democracia representativa –elegir y ser elegido–, pues el proceso democrático también se encuentra presente en la deliberación pública y la participación directa de los ciudadanos. Al respecto se ha señalado que:

El término democracia deliberativa, denominada también a veces democracia discursiva (cf. Dryzek 1990), dada su vinculación con la ética discursiva de Habermas y Apel, designa un modelo normativo -un ideal regulativo- que busca complementar la noción de democracia representativa al uso mediante la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas que incluya la participación activa de todos los potencialmente afectados por tales decisiones, y que estaría basado en el principio de la deliberación, que implica la argumentación y discusión pública de las diversas propuestas (cf. Martí 2006, 314-317). Con este modelo de democracia no se procede propiamente a una innovación de la democracia, sino a una renovación de la misma: la deliberación trasladada al ámbito

---

<sup>170</sup> GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011.

político implica una exigente concreción del ideal participativo que encarna la noción de democracia.<sup>171</sup>

Esta definición desarrolla diferentes aspectos de la democracia, entre ellos: el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, como es el derecho a elegir y ser elegido, la participación política activa de los ciudadanos y la existencia de diferentes actores o partidos políticos, lo cual incluye una pluralidad de intereses e ideologías. Así, la finalidad de la democracia es crear un escenario donde concurren todas las voces presentes en una sociedad para llegar a un consenso pacífico, donde se puedan canalizar los conflictos sociales y económicos a través de procedimientos regulares que incluyan tanto a la sociedad civil como a las instituciones estatales para implementar acciones que solucionen de forma definitiva el conflicto en cuestión. Por lo tanto, los canales de participación e interacción de los ciudadanos con el gobierno son mucho más amplios y complejos, y no se agota en la participación en las contiendas o procesos electorales.

De esta forma, incluso los jueces participan y tienen un rol activo dentro de la interacción de los intereses o necesidades de los ciudadanos, pues los jueces conocen de fuente directa un conflicto social o una vulneración de derechos, y en diversas oportunidades se percatan que la resolución judicial *inter pares* no es suficiente para solucionar un problema más complejo, y es en estos casos, en los cuales los jueces constitucionales utilizan mecanismos que generan cambios sociales como son las sentencias estructurales, convocando a audiencias públicas en las cuales participan activamente los ciudadanos y las autoridades competentes para el diseño e implementación de políticas públicas, generándose espacios de democracia deliberativa.

---

<sup>171</sup> VELASCO, Juan Carlos. *Democracia y deliberación pública*. México: Confluencia XXI Revista de Pensamiento Político, 2009, N° 6, pp. 75. Fecha de consulta: Noviembre 1 de 2013. Ver link: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/23050/1/Democracia%20y%20deliberaci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20-%20CONFLUENCIA%20XXI%206%202009.pdf>

Por lo tanto, las sentencias estructurales producen dos tipos de efectos en la democracia deliberativa, el primero directo, ya que la propia Corte abre espacios de deliberación pública donde interactúan los actores, grupos ciudadanos, autoridades públicas, académicos, etc., en las audiencias de seguimiento y control de las sentencias estructurales que emite. Como sucedió en el caso de desplazamiento forzado interno o en la sentencia sobre el reconocimiento del derecho fundamental a la salud, para afrontar la crisis del sistema nacional de salud en Colombia. También en los comités socio-jurídicos implementados por la Corte Suprema de la India y en las audiencias públicas de seguimiento celebradas por algunas cortes argentinas<sup>172</sup>.

El segundo efecto es indirecto y está relacionado con la inclusión de los temas tratados en las sentencias estructurales en la agenda política del Estado, generando visibilidad e interés en el tema para ser tratado por los canales formales de deliberación, en los términos de Habermas. Para Habermas el poder político, tiene dos aspectos simultáneamente: (i) El poder comunicativo, entendido como el lado informal de la democracia donde todos los individuos interactúan espontáneamente y están en constante deliberación, y (ii) El poder administrativo, que consiste en el canal formal de la democracia, como uso del poder y se incorpora a la estructura normativa para volverse efectivo, a través de las leyes, las políticas públicas o las regulaciones, entre otras<sup>173</sup>.

Así, el principio democrático está compuesto por el principio del discurso -deliberación pública para llegar a un consenso- más las formas jurídicas. Los argumentos que se utilizan en la deliberación deben ser racionales, lo cual implica que pueden ser objeto de fundamentación y ser objeto de críticas, pues el discurso son las prácticas inter subjetivas de comunicación y mutuo entendimiento para llegar a un consenso. Dentro de los canales

---

<sup>172</sup> RODRÍGUEZ, César. *Cortes y cambio social, cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Colección DeJusticia, 2010, pp. 171 y ss.

<sup>173</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 199 y ss.

formales de poder político encontramos al Congreso o Parlamento, el cual para elaborar las leyes debe tener en cuenta la facticidad (positividad o derecho vigente) y la validez (legitimidad o principio del discurso), existiendo un flujo permanente de comunicación entre la esfera informal (sociedad) y la esfera formal donde se toman las decisiones (parlamento), ya que los temas que se discuten en el Parlamento deben tener conexión con los pedidos de la sociedad<sup>174</sup>.

De acuerdo con lo anterior, los actores sociales incluyen o ponen temas de interés general en la agenda pública, para que sean discutidos en la esfera formal y puedan lograr una normativa que solucione el problema social. En el caso objeto de análisis, son los jueces los que actúan como actores sociales incluyendo temas en la agenda pública, para que pasen por los canales formales y se conviertan en leyes o políticas públicas que solucionen el problema estructural, consecuentemente, los jueces visibilizan un problema social contribuyendo al flujo permanente de comunicación entre el Legislativo y Ejecutivo con la sociedad, generándose un fortalecimiento en la democracia deliberativa.

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, pp. 230 y ss.

### Capítulo 3

## SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN EL PERÚ Y LA PROTECCION EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 3.1 EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es importante establecer el rol que cumplen los jueces constitucionales dentro de un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, en el cual, día a día se van presentando diversos retos frente a la división de poderes, la organización, estabilidad política del Estado y los reclamos de los ciudadanos para el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Ante este panorama, parece que los jueces van obtenido mayor protagonismo y responsabilidad, reevaluando la tradicional idea del *juez boca de la ley*, pasivo y aplicador de la ley, para convertirse, si es que podemos denominarlo así, en un *juez ebanista de la ley*, pues es un juez activo, preocupado por el real reconocimiento y garantía de los derechos humanos, que adecua o interpreta la ley a la Constitución.

Pero ¿podríamos considerar positivo este cambio en el rol del juez? ¿En los Estados Constitucionales se necesitan jueces activistas? No existe una respuesta única ni totalmente válida para las interrogantes planteadas, sin embargo, comparto varios argumentos utilizados por parte de la doctrina, que ponen de manifiesto la necesidad de otorgarle mayor participación a los jueces en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque, ello implique la reformulación de la estática tridivisión de poderes, pues, contrario a considerar las ramas del poder público como pilares paralelos y totalmente separados, puede ser más acertado, concebirlos como órganos independientes que se comunican e interrelacionan continuamente, con el fin de hacer efectivas las garantías constitucionales en pro de todos los ciudadanos.

No se trata de trasgredir la división de poderes, sino de potenciar en una labor conjunta y respetuosa, el reconocimiento de los derechos de aquellos grupos o personas que se encuentran en desamparo ante la inacción estatal, aunque, cuentan con derechos reconocidos constitucionalmente – en el papel– se ven en la necesidad de acudir a los jueces para materializarlos. En beneficio del accionante, inicialmente, pero, que en últimas va a redundar en beneficio de un gran número de ciudadanos, primero, para los que tocan la puerta del poder judicial, a los cuales se les aplicará precedentes judiciales consolidados que aclaran y facilitan la protección constitucional de los derechos; y segundo, con mayor ilusión, también representa un beneficio para aquellos que sin tocar la puerta de una acción judicial son beneficiados por la elaboración de políticas públicas que resulten coherentes con la protección constitucional de los derechos humanos.

Quizás surja la siguiente interrogante ¿cómo se van a beneficiar aquellos que nunca han acudido a la jurisdicción? Respecto al primer beneficio mencionado, donde los precedentes judiciales facilitan el camino de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción, mediante precedentes claros y respetuosos de los derechos humanos, considero que no existe mayor controversia, pues es un efecto deseado en aquellos Estados en que se ha optado por el precedente como fuente de creación y reconocimiento de derechos. No obstante, se vuelve

un poco más complejo el desarrollo del segundo efecto mencionado, según el cual, la elaboración de las políticas públicas también debe ser respetuosa de los derechos y de los precedentes jurisprudenciales previamente emitidos, pues así, los jueces pueden influir indirectamente en la elaboración de las políticas públicas del Estado.

Pero, incluso iríamos un poco más allá, en el escenario según el cual el juez constitucional puede señalar expresamente la necesidad de elaborar una política pública con consideraciones determinadas respecto a la protección de los derechos humanos. Claro está, sin establecer el contenido detallado de las políticas públicas utilizadas para alcanzar el objetivo, aspectos que serán analizados y desarrollados por los creadores de la política pública, pero, sí estableciendo el resultado esperado. Pues de esta forma, una mejor política pública disminuye la cantidad de acciones judiciales presentadas, ya que, los ciudadanos encuentran mayor protección y exigibilidad de sus derechos, sin necesidad de acudir a la actividad judicial<sup>175</sup>.

Adicionalmente, si el juez es un facilitador en el reconocimiento de derechos como sostiene Dworkin, según el cual los derechos son conquistas frente al Estado, y la función del juez consiste en hacer una labor interpretativa mediante una lectura moral de la Constitución – lectura moral entendida como el deber ser o la aspiración- para identificar o reconocer los derechos y los principios generales de derecho que surgen del ordenamiento jurídico, aunque no estén taxativamente enlistados<sup>176</sup>. Entonces la función desempeñada por los

---

<sup>175</sup> PÉREZ, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”. En PÉREZ, Luis Eduardo y otros. *Los Derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá D.C.: DeJuSticia, IDEP, 2007, 73 – 76.

<sup>176</sup> DWORKIN, Ronald. “La lectura moral y la premisa mayoritaria”. En HONGJU, Koh y SLYE, Ronald. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa Editorial S.A., 2004, pp. 101 – 111. Con el fin de aclarar un poco más la idea expuesta en este párrafo, considero pertinente hacer alusión a un ejemplo clásico de Dworkin, el caso Elmer, en el cual nos relata que Elmer asesinó (envenenó) a su abuelo para heredar, sucedió en Nueva York en 1882, Elmer sabía que su abuelo en el testamento le había dejado la mayor parte su fortuna, pero sospechaba que su abuelo, que acababa de volverse a casar, cambiaría el testamento. El crimen del nieto fue descubierto y fue condenado, sin embargo en materia testamentaria no existía ninguna restricción legal que le prohibiera reclamar la parte asignada en el testamento, no obstante, las otras herederas, sus tías Goneril y Regan (hijas del abuelo y herederas universales) se oponían a que Elmer, el asesino de su

jueces cobra una especial relevancia en la protección de los derechos humanos, ya que, tienen la capacidad de identificar y reconocer estas garantías constitucionales que surgen de la interpretación y aplicación a un caso concreto y, que una vez reconocidas, el Estado no podrá desconocer, sino que deberá implementar y materializar en políticas públicas para su real protección. Mediante la referida implementación de las políticas públicas todos los ciudadanos nos beneficiamos de los derechos reconocidos, independientemente si acudimos o no al poder judicial para su reconocimiento y protección.

No obstante, quisiera señalar que independientemente de la ideología o concepción del derecho que se tenga, en la cual los jueces crean derecho ante los vacíos legales del ordenamiento jurídico, actuando mediante su facultad de discrecionalidad, desde la concepción del Positivismo Jurídico, o por el contrario, se conciba que los jueces reconocen derechos implícitos del ordenamiento jurídico concretándolos en principios, en la línea de pensamiento de Dworkin, lo cierto es que la labor del juez es cada vez más preponderante y de mayor importancia para la consolidación de un Estado Constitucional, Social y Democrático. Por tal razón, quisiera ahondar un poco sobre la concepción de activismo judicial, el cual puede ser definido de la siguiente manera:

---

padre lo heredara. El juez Earl en este caso, concluyó que los estatutos (legislación testamentaria) debían interpretarse a la luz de los principios generales de derecho, es decir, que el juez debía interpretar los estatutos acercándolos al máximo posible a los principios de justicia presentes en el ordenamiento jurídico. De esta forma, Earl sostuvo que el ordenamiento jurídico, aunque no específicamente la ley testamentaria, consagraba el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamento tendría que leerse acorde con el mencionado principio, para negar la herencia a las personas que han matado para obtenerla.

El anterior caso, se pone en evidencia la labor interpretativa del juez, que identifica o extrae del ordenamiento jurídico el principio general de derecho, según el cual *nadie puede beneficiarse de sus propios errores*, aunque la legislación específica sobre testamentos no contemplaba nada respecto a la asignación o negación de la herencia a los asesinos del causante. A pesar de este posible vacío legal, la interpretación del juez aplicando un principio general de derecho soluciona el caso, pues interpretarlo de manera contraria sería tanto como incitar a los ciudadanos a cometer delitos para satisfacer sus deseos de poder, dinero, etc., sin que existiese ninguna consecuencia legal que frenara la obtención del fin ilegal, lo cual, sería contradictorio y perverso para el propio sistema de justicia y seguridad pública. Por lo tanto, en este contexto el juez puede reconocer principios implícitos en el ordenamiento jurídico para conservar la armonía del sistema de justicia. Ver DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2005, pp. 25 – 27.

El nuevo activismo judicial, por lo tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal ni esté dotada de todas las herramientas para cumplir con la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder suficientes como para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y con los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia.<sup>177</sup>

De esta forma, apelando al anterior concepto de activismo judicial, entendido como aquella potestad de los jueces para generar o intentar generar cambios jurídico-sociales con sus decisiones judiciales, propendiendo por la supremacía constitucional y, por ende a la protección de los derechos humanos, analizaremos a continuación dos aspectos y/o críticas trascendentales que se han planteado a la intervención de los jueces constitucionales en las políticas públicas. En un primer escenario, examinaremos la falta de legitimación democrática de la Judicatura. En un segundo momento, la supuesta ausencia de herramientas con que cuentan los jueces para realizar cambios sociales y, finalmente, el papel del juez en las políticas públicas.

### 3.1.1. El juez y la democracia

Quizás una de las críticas más fuertes al activismo judicial viene dada por su falta de legitimidad democrática o ausencia de elección popular de sus miembros –jueces y magistrados– que representen los intereses de la sociedad, lo cual le resta autoridad y legitimidad en la toma de decisiones sobre los derechos, principios y/o régimen político que

---

<sup>177</sup> RODRIGUEZ, Cesar y otro. “Un giro en los estudios sobre los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”. En ARCIDIÁCONO, Pilar y otros. *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá D.C.: Editorial Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales – CELS y LAEHR. 2010, pp. 112.

debe regir al Estado. Pues, se argumenta que los siete, nueve o más magistrados<sup>178</sup> que conforman un Tribunal Constitucional no pueden ni deberían tomar decisiones trascendentales y controversiales en la sociedad, como son: reconocer y garantizar derechos sociales, influir en el diseño de las políticas públicas, darle directrices al parlamento sobre cómo se debería regular determinada materia o interpretar un derecho, entre otras atribuciones de los jueces. Ya que, se encuentra en mejor posición y legitimidad el Parlamento, por el número de representantes con que cuenta y por la elección popular directa de sus miembros, para discutir y decidir sobre aspectos importantes y sensibles en una sociedad.

Sin embargo, con el fin de analizar con mayor detenimiento el argumento esbozado anteriormente y, para establecer con mayor claridad el rol que desempeña el juez en la democracia voy a referirme al fundamento histórico de la configuración de la judicatura y la ausencia de elección popular de sus miembros, de acuerdo con el planteamiento realizado por Roberto Gargarella en su libro *La Justicia frente al Gobierno*, en el cual, reconoce desde un recuento histórico del proceso norteamericano de consolidación y organización del sistema de control de constitucionalidad de las leyes del siglo XVIII, que se prefirió, en aquel momento, que los jueces estuvieran apartados de las presiones sociales y los deseos políticos de corto plazo a la hora de tomar decisiones trascendentales para la sociedad, y por ende para el Estado.

Afirma Gargarella que “el crecimiento del poder de la justicia en EE.UU. fue paralelo al crecimiento del poder e influencia de la ciudadanía sobre las legislaturas locales”, ya que, en aquel momento la mayoría de ciudadanos se encontraban preocupados por las deudas comerciales adquiridas con los ingleses, quienes los presionaban para pagar, y estos a su vez presionaban a las legislaturas para que se emitiera papel moneda de curso forzoso o se

---

<sup>178</sup> En el Perú la composición del Tribunal Constitucional es de siete magistrados (Artículo 201 CP). Mientras en Colombia la Corte Constitucional está compuesta por nueve magistrados (Artículo 239 CP). Y en España cuentan con doce magistrados para la conformación del Tribunal Constitucional (Artículo 159. 1 CE)

reconociera la posibilidad de pagar sus deudas en especie u otro medio, porque, carecían de dinero en efectivo o “moneda dura” para pagarle a sus acreedores. Generando tal presión en los legisladores, que se tomaron ciertas medidas que desencadenaron el endurecimiento económico en aquella época, desprestigiando la racionalidad de las decisiones tomadas por los legisladores, pues, se entendía que sus decisiones estaban orientadas por los deseos políticos de popularidad y permanencia en el poder. Así, como con soluciones a corto plazo para su electorado, aunque ello no contribuyese a los intereses de la nación ni al fortalecimiento del Estado, lo que denominaron “despotismo de la Legislatura”, como instrumento de tiranía y opresión para los sectores minoritarios de la sociedad.<sup>179</sup>

Por tal razón, se pensó en un mecanismo de frenos y contrapesos, que controlara los excesos de poder que cualquiera de las tres ramas –Legislativo, Ejecutivo o Judicial– pudiera cometer, especialmente como mecanismo de protección de los excesos del Legislativo, y eran los jueces como supremos garantes de la Constitución quienes tenían el papel de controlar al Parlamento, porque los jueces formaban parte de un grupo selecto y fiable debido a su formación profesional, su estabilidad y forma de elección, aislado de los procesos electorales e intereses locales y parciales de los electores. Tal como se puede corroborar en lo expresado por A. Hamilton en *El Federalista*:

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras debe

---

<sup>179</sup> GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012, pp. 35 – 52.

preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regularse por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.<sup>180</sup>

Lo anterior pone en evidencia la importancia del papel del juez en un sistema de frenos y contrapesos, pues la judicatura tiene en sus manos la garantía de la Constitución, voluntad emanada del pueblo y que los legitima en su tarea, con el fin de evitar que dicha voluntad sea reemplazada por la voluntad de los legisladores, que de por sí cada uno representa y responde a intereses parciales de su electorado. Al contrario, los jueces no tienen dicho inconveniente, porque su cargo no obedece a la voluntad de las mayorías ni obedece a la simpatía de los ciudadanos, lo cual lo ubica en mejor posición para defender la Constitución- que contiene los intereses de la nación, los derechos y libertades de todos los ciudadanos- debido a la independencia que poseen.

De esta forma, los jueces están investidos de legitimidad que viene dada por la Constitución, que es en últimas la *voluntad del pueblo*, y no la *voluntad de sus mandatarios* como acertadamente diferencia Hamilton. Pues, “la Constitución recoge uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo, según el cual los derechos constitucionales son cartas con las que cuentan los individuos para protegerse del juego de las mayorías. ... [y] establece, en fin, el marco para un diálogo entre las mayorías democráticas, que encarnan la soberanía popular, y los jueces constitucionales, que tiene a su cargo esencialmente la protección de los derechos”<sup>181</sup>. Siendo así, el importante rol que desempeñan los jueces

---

<sup>180</sup> HAMILTON, Alexander. “El Federalista LXXVIII El Departamento Judicial”. En HAMILTON, A., MADISON, J. y otro. El Federalista. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 332.

<sup>181</sup> UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, César. “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”. En PÉREZ, Luis Eduardo y otros. Los derechos

como intermediario entre la Constitución y los ciudadanos contribuye al establecimiento de un Estado democrático, que no esté gobernado por el simple capricho de las mayorías, que va cambiando de acuerdo con la coyuntura. Al respecto Hamilton señalaba que:

Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de los hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que, aunque pronto cedan el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen entre tanto la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad. [...] sin embargo no sería legítimo deducir de este principio [principio fundamental de gobierno republicano] que los representantes del pueblo estarían autorizados por esta circunstancia para violar las previsiones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de los electores en un sentido contrario a dichas disposiciones, o que los tribunales estarían más obligados a tolerar las infracciones cometidas que las que procedieran únicamente de las maquinaciones del cuerpo legislativo. [...] Pero es fácil comprender que se necesitaría una firmeza poco común por parte de los jueces para que sigan cumpliendo con su deber como fieles guardianes de la Constitución, cuando las controversias a ella por el legislativo hayan sido adelantadas por la opinión de la mayor parte de la comunidad.<sup>182</sup>

La concepción norteamericana está orientada por el poder de los jueces de controlar los excesos y vulneraciones de los derechos y libertades de los ciudadanos por parte del legislativo, ya que se consideraba que por la cantidad de miembros que componen al Parlamento sus decisiones no estaban gobernadas por la razón ni por la protección a los intereses de la nación, sino por las coyunturas políticas y deseos de sus electores. Además, de la inestabilidad de su cargo, pues debían someterse a elección popular cada determinado número de años, lo que generaba que los congresistas tomarán decisiones que contaran con un gran respaldo popular, aunque no fueran trascendentales ni beneficiaran los intereses del Estado.

---

sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá D.C.: DeJusticia, IDEP, 2007, pp. 66 y 67.

<sup>182</sup> Op cit. HAMILTON, Alexander, pp. 333 y 334.

No obstante, ¿está concepción estadounidense puede trasladarse a nuestra tradición romano-germánica? Como todos conocemos, existen evidentes diferencias entre el sistema del *civil law* y del *common law*, que corresponden a dos formas distintas de concebir la administración de justicia, según la cual, para expresarlo brevemente la primera desconfía de los excesos de los jueces y creen en la legitimidad del Parlamento para dictar las leyes, como voluntad soberana del pueblo. Por otro lado, el *common law* desconfía en los excesos del legislativo y confía la guarda de la Constitución a los jueces, ya que la Constitución representa la voluntad soberana del pueblo. Si bien es cierto, nuestro sistema jurídico se circunscribe al *civil law*, no debemos olvidar que en las últimas décadas la influencia del sistema anglosajón ha permeado nuestros países, revaluando muchos de los pilares de la tradición romano-germánica, introduciendo nuevos conceptos jurídicos, como son: la primacía de la Constitución, las funciones y atribuciones de los jueces, la garantía de los derechos fundamentales innominados, lo cual, podemos resumir como la Constitucionalización del derecho<sup>183</sup>.

De acuerdo con lo expresado, debemos reconocer un cambio en el papel del juez, y es por eso, que considero pertinente y aplicable entender la concepción norteamericana que estamos importando, pues no podemos hablar de supremacía de la Constitución y respeto de los derechos humanos, si seguimos otorgándole al juez la limitada tarea de ser únicamente la *boca de la ley*. Al respecto, Juan Carlos Henao señaló que:

Por otra parte, hoy la democracia no se entiende exclusivamente como el mandato de las mayorías electorales sino, además, como un límite al poder que exige cumplir los imperativos definidos por el constituyente. Puesto que el constituyente primario –único soberano– plasmó en la Carta los principios y valores que ha de consolidar el Estado Social de Derecho, la Corte está llamada a actuar, dentro de sus competencias, para hacer cumplir esas exigencias inexcusables.  
[...]

---

<sup>183</sup> Para profundizar sobre el concepto de la Constitucionalización del Derecho ver ZAGREBELSKY. Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.

Una segunda crítica es que la autoridad judicial carece de fundamento democrático para tomar y adoptar tales decisiones, fundamento que sí tendrían el Legislador y el Ejecutivo. Pero, como demostramos antes, la Constitución y otras normas del ordenamiento jurídico otorgan al juez constitucional tal facultad; y ante la renuencia de los demás poderes estatales a cumplir con la materialización de los derechos humanos, él está llamado a intervenir. No sobra recordar que todos los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos, luego de un procedimiento complejo, por el Senado, que “unge” así de poder democrático a los elegidos.<sup>184</sup>

Teniendo claro el cambio y la concepción fundamental del papel de juez, podemos analizar como las actuaciones de los tribunales coadyuvan al fortalecimiento de la democracia, pues involucra en sus fallos a diferentes actores (Estado y ciudadanos) que deben dialogar y coordinar para buscar una solución a la vulneración de los derechos, escuchando directamente las solicitudes de los ciudadanos. Es necesario aclarar que no me refiero a la concepción idealizada y limitada de la democracia que surge solo de la elección popular de sus integrantes y los canales de rendición de cuentas mediante el voto de los ciudadanos, sino, me refiero a un aspecto más amplio de democracia, según el cual, existe una etapa pública de deliberación que incluye al Estado y a la sociedad civil, en la cual pueden participar los jueces como intermediarios del proceso de deliberación, a este escenario Cesar Rodríguez lo ha denominado activismo dialógico, que consiste en:

Dos factores importantes son la clase de órdenes que se dan y la existencia y la naturaleza del seguimiento establecido por la Corte. Argumento que es más probable que los efectos sean mayores cuando los tribunales inician un “activismo dialógico” mediante dos mecanismo institucionales. En primer lugar, las sentencias dialógicas establecen fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencia de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos administrativos. Las órdenes de esta naturaleza no sólo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que pueden también promover la eficacia general de una determinada decisión. En segundo lugar, un enfoque dialógico de los casos de DESC fomenta los mecanismos participativos de seguimiento, como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia nombradas por el tribunal y las invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal.

---

<sup>184</sup> HENAO, Juan Carlos. *El juez constitucional un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional, Bogotá D.C., Vol. 15, N° 29, segundo semestre, 2013, pp. 75 y 80.

Esos mecanismos promueven la deliberación democrática y mejoran los efectos de las intervenciones de los tribunales.<sup>185</sup>

Los efectos de las sentencias de los jueces constitucionales, lejos de erosionar la democracia como se ha afirmado por muchos, se constituyen en un instrumento dinamizador de la democracia, ya que, en algunos casos, los fallos generan espacios de deliberación pública (v. gr. las sentencias estructurales). Pues, involucra la activa participación de los ciudadanos y de las entidades públicas encargadas de la protección de los derechos en cuestión, acercando al ciudadano a la administración de justicia, y correlativamente, a la administración pública, para concretar la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, dejando de ser simples utopías. Por tal razón, es necesario reconocer los cambios en el rol del juez en el actual Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, con el fin de otorgar una protección efectiva de los derechos humanos y, de acercar al ciudadano a las instituciones y sus autoridades, fortaleciendo los canales democráticos de participación.

Bajo este entendido, los fallos o sentencias de los Tribunales Constitucionales tienen diferentes efectos –directos e indirectos–, entre ellos un efecto dinamizador, que ayuda a eliminar el estancamiento y la inercia estatal que afecta el equilibrio institucional, el cumplimiento de sus funciones y la protección de los derechos de los ciudadanos. Pero, también, tienen un efecto deliberativo, en la medida que se vuelven instancias adicionales de discusión entre el Estado y los ciudadanos para buscar soluciones reales a la vulneración de los derechos, fortaleciendo la democracia deliberativa. Asimismo, es un mecanismo para visibilizar las peticiones y/o preocupaciones de los ciudadanos e implementar mecanismos de seguimiento periódico y público sobre las decisiones adoptadas en las sentencias, involucrando un espectro más amplio de actores sociales en el seguimiento e

---

<sup>185</sup> RODRÍGUEZ, César. *El Activismo Dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, volumen 14 (Diciembre de 2013), pp. 7. Fecha de consulta Marzo 18 de 2014. Ver link: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)

implementación de la solución integral que ayudará a superar el *ECI*, como ha pasado en diferentes países como Colombia, Argentina, Sudáfrica, India, entre otros<sup>186</sup>.

Por lo tanto, los jueces constitucionales están llamados a intervenir ante la inacción de otras autoridades públicas para lograr materializar la protección efectiva y real disfrute de los derechos humanos. No obstante, no todas las sentencias emitidas por los jueces constitucionales tienen estas características, pero, sí aquellas en las que se requiere una intervención eficaz del juez o un activismo judicial dialógico, en las cuales, no se sustituye la intervención y/o las funciones de las otras ramas del poder, por el contrario, trabajan armónicamente para la protección del derecho vulnerado y la supremacía de la Constitución. En suma, las sentencias estructurales se constituyen en instrumentos para lograr la protección efectiva de los derechos humanos, además, de generar espacios de interacción y diálogo entre el Estado y los ciudadanos, lo cual, es en últimas es un fortalecimiento de la democracia deliberativa.

### **3.1.2. Herramientas con que cuentan los jueces para generar cambios sociales.**

Esta crítica sobre los pocos mecanismos o herramientas que tienen los jueces para realizar cambios sociales, esta intrínsecamente ligada a la concepción débil del papel de los jueces, pues si consideramos que los jueces solo pueden declarar fundada o infundada la demanda, identificando la inconstitucionalidad o la vulneración del derecho, sin ir más allá sobre la forma de solución o implementación de la decisión, efectivamente tenemos que reconocer la poca influencia que tiene el juez para realizar cambios sociales.

Por otro lado, si coincidimos con la visión, según la cual, el rol del juez cada vez es más preponderante, y que sus decisiones no deben limitarse a ser *la boca de la ley*, sino que pueden contribuir activamente en el fortalecimiento del Estado y velar por los intereses,

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 123 – 131.

principios y valores fijados en la Constitución, es necesario legitimar los mecanismos que utilizan los jueces para adaptar sus decisiones y hacerlas acordes con la protección y real garantía de los derechos. Como es la utilización de sentencias interpretativas y/o manipulativas (entre ellas aditivas, restrictivas, sustitutivas, de mandato, etc.)<sup>187</sup>, o sentencias estructurales<sup>188</sup>, así como las herramientas de seguimiento y control al cumplimiento a los fallos, mediante informes periódicos que envían los involucrados o la celebración de audiencias públicas escuchando abiertamente a todos los actores sociales.

De esta forma, los jueces van a seguir buscando herramientas que les permita poner en práctica su principal tarea de guardianes de la Constitución, con el fin de que sus fallos tengan garantía de ejecución y real protección de los derechos constitucionalmente protegidos, mediante las vías procesales adecuadas. Sin embargo, esto no significa que esté propendiendo por un juez todopoderoso, que se inmiscuya en todas las funciones del

---

<sup>187</sup> Estas sentencias surgieron en la jurisprudencia italiana, a raíz, precisamente, de la aprobación de la Constitución de 1948, la cual era bastante prodiga en principios y derechos -los mismos que, como se sabe, tienen la peculiaridad de poseer un supuesto de hecho abierto y una consecuencia cerrada con lo cual su aplicación no se puede llevar a cabo a través del método de la subsunción, sino, y de acuerdo a lo que sostiene Alexy, de la ponderación<sup>187</sup>-, y que obligaba a los jueces a pensar en estrategias procesales distintas a las empleadas cuando simplemente aplicaban reglas. En el caso de los principios los jueces tenían que plantearse, necesariamente, esta distinción entre disposición y norma, la cual podía llevarlos, como sucedió en Italia, a partir de la experiencia de su Corte Constitucional, a emitir fallos que fueran más allá de la declaración tradicional de fundada o infundada de una demanda. Ello debido, entre otras razones, a que el mandato impuesto por dichos principios, como ocurre incluso hasta el día de hoy en casi todas las jurisdicciones constitucionales del mundo, no era concluyente y debía ser integrado a través de la colaboración entre el Poder Judicial y el Poder legislativo, so pena de interferir de manera ilegítima en el ejercicio de las funciones de esta última. Ahora bien, estas sentencias atípicas (o manipulativas como las denomina también un sector de la doctrina) responden a una valoración de los diversos conflictos jurídicos a los cuales se enfrenta dando origen, de esta forma, a una tipología de las mismas que, según Díaz Revorio, es la siguiente: a) Sentencias interpretativas en sentido estricto, b) Sentencias reductoras, c) Sentencias aditivas y, d) Sentencias sustitutivas. Al respecto ver AJA, ELISEO. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual. Barcelona: Ariel, 1998. DIAZ REVORIO, Francisco. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Valladolid: Lex Nova, 2001. VECINA SIFUENTES, Javier. “Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador, en Justicia N° III-IV, 1993.

<sup>188</sup> Un ejemplo de las medidas mencionadas es la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana, en la cual se declaró el *estado de cosas inconstitucional* en la situación de desplazamiento forzado interno y, ordenó un seguimiento continuo a la implementación de las políticas públicas que solucionarían y protegerían los derechos fundamentales a la vida, la salud, la educación, vivienda, entre otros derechos de los grupos desplazados, y adicionalmente ordenó que las entidades públicas encargadas de implementar dichas soluciones le remitieran informes periódicos sobre los avances de la implementación.

Estado, usurpando las funciones de las demás ramas del poder, pues, esto degeneraría el sistema de frenos y contrapesos, por el contrario, concibo los mecanismo jurídico-procesales utilizados por los jueces como instrumentos de coordinación y colaboración entre las tres ramas del poder, adoptando como herramienta el uso de sentencias estructurales y con ellas el activismo dialógico.

El activismo dialógico, supone la existencia de decisiones judiciales con efectos flexibles, lo que quiere decir, que los jueces no le dicen al Legislativo ni al Ejecutivo qué y cómo hacer la ley o implementar las políticas públicas que garanticen la protección de los derechos humanos, sino que, le señala e identifica el problema para que las instituciones correspondientes se encarguen de solucionarlo, pero realizando un seguimiento y control en la implementación de la solución, lo cual requiere de la colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder, que repercute directamente en el fortalecimiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por lo tanto, la función del juez ha ido cambiando y evolucionando para otorgarles mayor protagonismo en la protección efectiva de los derechos humanos y garantía de la Constitución, facultad que está legitimada por la propia atribución que le otorga la Constitución al máximo órgano constitucional, que refleja la voluntad soberana del pueblo, pues dicha atribución consolida un verdadero sistema de frenos y contrapesos entre las diferentes ramas del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–.

Finalmente, la legitimidad en el uso de los mecanismos que utilizan los jueces para realizar cambios sociales, como son las sentencias interpretativas, manipulativas y/o estructurales; el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la sentencia; la realización de audiencias públicas, entre otros, se encuentra intrínsecamente ligada a la concepción del rol de juez, pues, si consideramos que los jueces deben actuar activamente en la protección y reconocimiento de los derechos humanos, necesitamos dotarlos de herramientas eficaces que hagan posible dicha finalidad.

### 3.1.3. El rol del juez en las políticas públicas

A lo largo del trabajo de investigación hemos utilizado reiterativamente la expresión políticas públicas, como mecanismo de solución de los problemas estructurales que identifica el máximo órgano constitucional y, como instrumento que condensa el consenso entre las autoridades públicas y la sociedad civil para convertirse en una expresión del poder político del Estado. Pero, concretamente ¿qué son las políticas públicas? ¿Para qué sirven en un Estado Constitucional? y ¿Cuál es su relación con las sentencias estructurales? estas son algunas de las interrogantes que intentaremos responder en esta sección.

Para empezar, es necesario aclarar que existen múltiples definiciones de políticas públicas dependiendo el enfoque con el que se analice, es decir, las políticas públicas adquieren un contenido relevante desde la economía, el derecho, la administración, la ciencia política, entre otras ramas del saber. En el presente trabajo de investigación el enfoque que deseamos analizar y resaltar está orientado a la protección, garantía y realización de los derechos humanos. Por lo tanto, consideramos que las políticas públicas son acciones, planes, programas o estrategias que emprende el Estado para solucionar un problema social en general, y en particular para la realización de los derechos humanos. Autores como Mény y Thoening han definido a las políticas públicas como el “[...] programa de acción gubernamental llevado a cabo por autoridades investidas de legitimidad pública en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico concreto. Dicho trabajo abarca múltiples aspectos, que van desde la definición y selección de prioridades de intervención hasta la toma de decisiones, su administración y evaluación”<sup>189</sup>.

La anterior definición nos muestra un aspecto formal y procedimental de quién tiene la legitimidad para formular y ejecutar las políticas públicas, como respuesta del Estado frente

---

<sup>189</sup> MÉNY, Ives y THOENING, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Madrid: Ariel, 1992, 90.

a la sociedad. Pero además, consideramos importante complementar esta arista con la visión de la protección de los derechos, entendida como “el conjunto de acciones planeadas, ejecutadas y evaluadas por actores públicos y privados que, a partir de la lectura, la sistematización y el análisis de las demandas sociales, estructuran conceptual, operativa y financieramente un conjunto de planes, programas y proyectos que tienen por finalidad mitigar, y en ocasiones erradicar, los problemas a los que la sociedad les confiere el estatus de problemas de interés general”<sup>190</sup>. Concretamente podemos decir que:

Así las cosas, se puede afirmar que las políticas públicas son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales. Son, por tanto, un mecanismo para el cumplimiento progresivo del goce efectivo de los derechos humanos, y suponen instrumentos de exigibilidad que permiten a cada ciudadano el ejercicio legítimo ante las acciones u omisiones estatales: “concretan lo que un Estado o una sociedad considera de interés público o de interés general. Son el enlace entre el Estado, la sociedad y el ciudadano” (Roth, 2006, 64).

En este orden de ideas, ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos–, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos.<sup>191</sup>

Lo cual deja en evidencia la relación que existe entre el diseño, elaboración y ejecución de las políticas públicas con la protección y materialización de los derechos humanos de los ciudadanos, especialmente de los derechos sociales, pues estos últimos requieren de acciones progresivas del Estado para lograr su máximo nivel de realización y protección. Por esta razón, las políticas públicas se constituyen en el instrumento por medio del cual el Estado cumple las obligaciones internacionales adquiridas en los tratados de derechos humanos sobre la plena efectividad de los DESC, armonizando los derechos, los aspectos

---

<sup>190</sup> PÉREZ, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”. En PÉREZ, Luis Eduardo. Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá D.C.: DeJusticia, IDEP, 2007, pp. 78.

<sup>191</sup> HENAO, Juan Carlos. *El juez constitucional un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional, Bogotá D.C., segundo semestre 2013, Vol. 15, N° 29, pp. 75.

técnicos y económicos para contribuir al desarrollo social en un Estado Constitucional de Derecho.

En este contexto, las políticas públicas sirven en un Estado Constitucional para promover el respeto, protección, garantía, materialización y reparación de los derechos humanos. Además, de ser el instrumento para que el Estado avance en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Adicionalmente, como señala Rodrigo Uprimny y Luis Eduardo Pérez los derechos humanos se convierten en límites a las políticas públicas, es decir, a la acción y omisión del Estado, pues tienen la doble connotación de ser fundamento y objetivo de las políticas públicas: “Límites en el sentido en que toda acción pública debe partir de su respeto, y objetivos en la medida en que toda acción pública se justifica en tanto contribuya a la protección y mayor realización de los derechos”<sup>192</sup>.

Pero, ¿cuáles son las características de las políticas públicas en un Estado Constitucional y Social de Derecho? ¿En qué ocasiones interviene el juez constitucional en las políticas públicas? Las políticas públicas con enfoque de derechos humanos buscan armonizar la realización de los derechos humanos y la sostenibilidad fiscal estatal, consecuentemente, se ha indicado que las características son: “(i)[ser] plenamente coherente con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos asumidos conforme con los principios de universalidad, interdependencia y no discriminación; (ii) formular estrategias técnicamente posibles de implementar; y (iii) por ser factible y sostenible desde el punto de vista financiero”<sup>193</sup>. Por lo tanto, el control constitucional que se ejerce sobre las políticas públicas es un “control de razonabilidad”, ya que, el diseñador de las políticas públicas cuenta con la libertad y autonomía para escoger los planes y programas realizables dentro

---

<sup>192</sup> PÉREZ, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”. En PÉREZ, Luis Eduardo. Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: DeJusticia, IDEP, 2007, pp. 91.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 78.

del marco constitucional, siempre y cuando se utilicen las estrategias necesarias y adecuadas para el respeto y la realización de los derechos humanos.

Existen múltiples estrategias o mecanismos para lograr la realización de los derechos y la elaboración de las políticas públicas en un Estado Constitucional y Social de Derecho, ya que la Constitución establece el marco de los derechos en el cual se pueden desarrollar los diversos planes, programas o estrategias técnicas para el diseño e implementación de las políticas públicas acorde con la sostenibilidad fiscal del Estado. Por lo tanto, señala Uprimny que la Constitución Colombiana, y en general la mayoría de Constituciones Latinoamericanas, es una “Constitución abierta, porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a otras autoridades económicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas sentencias”<sup>194</sup>.

Por otro lado, la intervención del juez constitucional en las políticas públicas está legitimada en aquellas oportunidades en que existe vacío, incumplimiento o inadecuada implementación de las políticas públicas, que ocasiona una vulneración masiva de derechos humanos en el conglomerado social. Pues, como señala Henao Pérez “el juez constitucional colombiano ha actuado ante ciertos vacíos de poder, que recaen en la falta de satisfacción del contenido obligacional de los derechos; la cual se presenta cuando las autoridades estatales –primeras obligadas a afrontar una situación socialmente relevante– se abstienen de hacerlo o lo hacen en forma precaria e inefectiva. Es entonces ante esa crisis de *gobernanza* y ese déficit de implementación que la Corte ha sido llamada a intervenir.”<sup>195</sup> Por lo tanto, ante esta situación, el máximo órgano constitucional se ve en la obligación de

---

<sup>194</sup> UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, César. “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”. En PÉREZ, Luis Eduardo. Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá D.C.: DeJusticia, IDEP, 2007, pp. 66.

<sup>195</sup> HENAO, Juan Carlos. *El juez constitucional un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional, Bogotá D.C., segundo semestre 2013, Vol. 15, N° 29, pp. 77.

intervenir para restablecer los derechos vulnerados e invocar la implementación de las políticas públicas necesarias y adecuadas.

Así, queda clara la relación que existe entre las sentencias estructurales y las políticas públicas, pues, las sentencias estructurales son el mecanismo utilizado por el máximo órgano constitucional, Corte o Tribunal Constitucional, para solucionar un problema social originado por una falla sistémica en el Estado –omisión o bloqueo estatal–, que repercute en la vulneración o desprotección masiva de los derechos humanos de los ciudadanos. Por tal razón, los jueces constitucionales evidenciando el problema estructural toman acción para coordinar y colaborar armónicamente con las otras ramas del poder, con el fin de diseñar e implementar las políticas públicas adecuadas para solucionar definitivamente el problema estructural identificado.

En este contexto, las órdenes que adopta el máximo tribunal constitucional contribuyen a la creación, reformulación y/o ejecución de las políticas públicas del Estado. Aunque, el juez constitucional no las dota de contenido, porque no es su competencia ni cuenta con los elementos necesarios para tal labor, pero, sí establece los parámetros constitucionales dentro de los cuales se debe desarrollar la correspondiente política pública, además de gestionar espacios de acercamiento y diálogo entre las autoridades competentes y la sociedad civil, para elaborar, replantear y/o ejecutar las políticas públicas. Por lo tanto, las autoridades competentes realizarán el trabajo técnico y financiero acorde con los parámetros constitucionales a la luz de la realización de los derechos humanos de los ciudadanos. Así:

El punto central aquí es que las políticas públicas con enfoque de derechos constituyen un mecanismo de exigibilidad de los DESC capaz de complementar los mecanismos de exigibilidad judicial. La relación parece evidente: en la medida en que las políticas públicas contribuyan al pleno ejercicio de los derechos, la población tendrá menos motivos para acudir a los mecanismos judiciales para reclamarlos. Dicha relación impacta en por lo menos tres dimensiones: (i) contribuye a descongestionar el sistema judicial, (ii) los recursos que se liberan en el proceso de exigencia judicial de los derechos por las fallas en las políticas

públicas encuentran un mejor uso alternativo en inversiones sociales que impacten sobre los mismo y (iii) se previenen demandas nacionales e internacionales al Estado que impliquen el pago de indemnizaciones por incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.<sup>196</sup>

Las tres dimensiones mencionadas son relevantes, pues, la adecuada implementación de las políticas públicas permite el goce efectivo de los derechos humanos, evitando o disminuyendo la interposición de acciones judiciales. Ya que, los ciudadanos encuentran una respuesta adecuada en las políticas públicas desarrolladas por el Estado, y hallan materializados sus derechos humanos en las políticas públicas implementadas, dejando como última ratio acudir al poder judicial, máxime cuando el proceso judicial es largo y costoso, generando un alivio en la sobrecarga procesal.

Adicionalmente, la utilización de las sentencias estructurales responden a situaciones particulares de fallas estructurales del Estado, pero a medida que el Estado implemente las medidas legislativas, administrativas, presupuestales y/o las políticas públicas adecuadas y suficientes, el uso de este tipo de sentencias tiende a desaparecer, pues, el Estado opera en condiciones de normalidad y capacidad institucional para responder a las necesidades y peticiones ciudadanas. Por tal razón, si la agenda política estatal tiene como prioridad la protección efectiva de los derechos humanos se reduce la necesidad de la intervención activa de los Tribunales y Cortes Constitucionales.

Por último, otro de los vínculos entre las sentencias estructurales y las políticas públicas es que, ayudan al cumplimiento de las obligaciones internacional adquiridas por el Estado en los tratados internacional ratificados sobre derechos humanos. Ya que, si las autoridades internas o instancias nacionales asumen con responsabilidad y compromiso la protección y realización progresiva de los derechos sociales, hasta lograr su plena realización, no se requiere de la intervención de organismos o instancias internacionales que sancionen las omisiones del Estado y reparen las violaciones de derechos humanos de los ciudadanos, por

---

<sup>196</sup> Op cit. PÉREZ, Luis Eduardo, pp. 75.

el contrario, son las autoridades nacionales las que identifican el problema estructural para lograr la solución oportuna y adecuada, contribuyendo armónicamente a la protección de los derechos humanos, disminuyendo las sanciones internacionales al Estado.

En resumen, la relación que existe entre las sentencias estructurales, los derechos humanos y las políticas públicas es trascendental en un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, pues, contribuye a la protección y disfrute efectivo de los derechos –civiles, políticos, sociales, económicos y culturales- de los ciudadanos; fortalece la democracia deliberativa; estructura programas y planes a largo plazo que contribuyen a solucionar fallas sistémicas de inacción estatal; descongestiona a futuro el sistema judicial y; previene al Estado de condenas internacionales por violación de los tratados internacionales de derechos humanos.

### **3.2. SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN EL PERÚ**

En el presente subcapítulo vamos a realizar un análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, centrando nuestra atención especialmente en aquellos pronunciamientos que versan sobre el derecho a la salud, aunque, sin de dejar de lado los otros pronunciamientos relevantes del TC que puedan configurar una sentencia estructural. Así, analizaremos las sentencias que en la parte resolutive ordenen o exhorten la adopción de políticas públicas u otras medidas orientadas a solucionar un problema estructural o sistémico del funcionamiento del Estado. El referido análisis nos ayudará a determinar si el TC ha adoptado la figura jurídico-procesal de las sentencias estructurales y cuáles son sus efectos en la solución del problema.

Reconocemos que el universo de sentencias emitidas por parte del TC es más amplio que el analizado, sin embargo, hemos centrado la atención en los fallos que reúnen algunas o todas las características de las Sentencias Estructurales, especialmente utilizamos los siguientes criterios de selección:

- a) Que la sentencia emitida verse sobre la vulneración masiva o grave de los derechos humanos, especialmente del derecho a la salud y, que represente una situación generalizada de desprotección.
- b) Que la parte resolutive de la sentencia no se limite a decretar efectos *inter partes*, sino que directa o indirectamente beneficia o afecta a un grupo poblacional más amplio, refiriéndose incluso a aquellas personas que nunca han acudido a la administración de justicia para la protección de sus derechos.
- c) Que en la parte resolutive del fallo ordene o exhorte a la elaboración de una política pública.

De acuerdo con los criterios anteriormente señalados, seleccionamos las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, que a continuación analizaremos:

### 3.2.1. Caso VIH-SIDA (STC-2945-2003-AA/TC, STC-2016-2004-AA/TC)

En la primera sentencia (STC-2945-2003-AA/TC), la accionante Azanca Alhelí Meza García, fue diagnosticada con VIH desde el año de 1996 e interpuso acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, solicitando atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, específicamente pedía: a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que debería efectuarse a través del programa del Hospital Dos de Mayo, y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera.

La accionante afirmaba que el Estado no había cumplido con su obligación de otorgarle un tratamiento médico integral para la enfermedad de VIH/SIDA, de acuerdo con lo dispuesto

en el artículo 7° de la Ley N.° 26626<sup>197</sup>, recetándole únicamente medicinas para tratamientos menores. Además, era madre cabeza de familia y no contaba con los recursos económicos necesarios para afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad, la cual se había agravando al detectársele cáncer de tiroides. Por lo tanto, solicitaba que el Estado cumpliera con su obligación de atender la salud de la población con VIH/SIDA, en consonancia con el principio del respeto a la dignidad de la persona, la protección del derecho a la vida y la salud.

El TC realizó un análisis sobre los derechos sociales y su exigibilidad en un Estado Social de Derecho, concluyendo que a través de este tipo de derechos (derechos a la seguridad, salud pública, vivienda, educación) los individuos concretaban su plena autodeterminación. Consecuentemente, los derechos civiles y políticos se interrelacionan con los derechos sociales, y el Estado debe emprender acciones que ayuden al reconocimiento de los derechos de forma conjunta e interdependiente (FJ N° 11). Al respecto el TC señaló que:

Quando se habla de *exigencia*, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.  
[...]

La exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup>Ley contra el SIDA, por medio de la cual se encarga al Ministerio de Salud la elaboración del plan nacional de lucha contra el virus de la inmunodeficiencia humana, el sida y las enfermedades de transmisión sexual. Artículo 7°. Toda persona con VIH/SIDA tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera. Para el cumplimiento de esta disposición se prevé que: a) El Estado debe brindar dichos servicios a través de las instituciones de salud donde tenga administración, gestión o participación directa o indirecta; y, b) Dentro del régimen privado los derechos de atención médica integral y de seguros se harán efectivos cuando se trate de obligaciones contraídas en una relación contractual. El Reglamento establecerá las sanciones para los profesionales y las instituciones vinculadas a la salud que impidan el ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo.

<sup>198</sup>Tribunal Constitucional del Perú, STC-2945-2003-AA/TC, Fundamento jurídico N° 10 y 33.

Es pertinente resaltar que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. En este sentido, rechazó el argumento de la defensa del Estado, según el cual, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, pero no un derecho concreto. Interpretación que el TC consideró errónea, pues, aclaró que todas políticas públicas nace de obligaciones objetivas y concretas que tienen como finalidad la protección y realización de los derechos humanos, en ese sentido, la ejecución presupuestal para fines sociales, no debía considerarse como un gasto sino como una inversión social, que garantiza la máxima protección de la dignidad humana de los ciudadanos (FJ N° 18).

El otro argumento de la defensa consistía en la aplicación de undécima disposición final y transitoria que señala: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. El Tribunal consideró que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no puede ser una excusa para la inacción estatal, máxime cuando existe la amenaza y riesgo en la vida de la demandante, pues en el caso objeto de estudio, “sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.” Por lo tanto, consideró que la recaudación presupuestal no puede ser entendida como un objetivo en sí mismo, pues, en realidad es un medio para conseguir el logro de objetivos estatales, los cuales pretenden alcanzar la máxima protección de los derechos de todos los ciudadanos (FJ N° 35).

Asimismo, avaló la protección del derecho a la salud mediante la acción de amparo, a pesar de estar contemplado constitucionalmente como un derecho social. Teniendo en cuenta su conexidad con otros derechos fundamentales como la vida y la integridad física, utilizando

como referencia la sentencia T-499 de 1992 de la Corte Constitucional de Colombia, el TC estableció el carácter de derecho fundamental del derecho a la salud, afirmando que:

[...] si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el artículo 2° de la Constitución, y más bien se le reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Carta, este Colegiado, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo.  
[...]

[L]a salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble [...] El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.<sup>199</sup>

Además, indicó que debería analizarse la actuación concreta del Estado, en el cumplimiento y ejecución de las políticas públicas adoptadas, claro está, sin que los jueces constitucionales entren a cuestionar la política de salud, *per se*, pero sí analizando las acciones concretas emprendidas por el Estado para proteger los derechos fundamentales de la accionante. No obstante, señaló que en países en vías de desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, pero, tal justificación sólo es válida si el Estado ha desarrollado acciones concretas en la atención y ejecución de las políticas públicas existentes, de lo contrario se configuraría una inconstitucionalidad por omisión (FJ N° 39).

---

<sup>199</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico N° 6 y 28.

En la misma línea, rechazó el argumento del Estado, que sostenía que la protección integral para los pacientes con VIH-SIDA de forma gratuita, solo le correspondía a las madres gestantes y/o hijos nacidos de madres portadoras de VIH-SIDA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 004-97-SA, Reglamento de la Ley contra el SIDA. Argumentando, que el propio Estado había reconocido, mediante la expedición de la Ley N.° 28243, publicada el 01 de junio de 2004<sup>200</sup>, que la gratuidad del tratamiento antirretroviral es progresiva y con prioridad para las personas en situación de vulnerabilidad y pobreza extrema, y como la accionante se encontraba en el referido supuesto, debía brindársele la atención de salud gratuita y continua (FJ N° 48).

Por lo tanto, de acuerdo con el principio de la dignidad humana, el principio de solidaridad, la protección del derecho a la vida, el derecho a la salud y de acuerdo con la propia legislación que establecía la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N.° 28243, que modificó la Ley N.° 26626, declaró fundada la acción de amparo, y además:

2. Ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad.
3. Exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N.° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

---

<sup>200</sup>Es necesario resaltar que la Ley N° 28243 fue promulgada después de la audiencia en el TC, con fecha de 31 de mayo de 2004 publicada el 1 de junio de 2004, mientras la Audiencia que da origen a esta sentencia es del 20 de abril de 2004, la cual sin duda influyó en la pronta expedición de la mencionada ley y en el contenido más garantista de la misma, pues modificó los artículos 1°, 4° y 7° de la Ley de la lucha contra el Sida, entre otras disposiciones. Sin embargo, es incongruente que la sentencia haga referencia expresa en sus considerandos a una ley que aún no estaba vigente, señalando incluso su fecha de publicación y, además, la utilizó como fundamento de su decisión como el presente caso.

De esta forma, la sentencia analizada puede considerarse como un primer acercamiento a las sentencias estructurales, pues exhortó a los demás poderes públicos del Estado, con el fin de solucionar un problema de salud pública, al cumplimiento del artículo 8° de la Ley N° 26626, que señala que “El Ministerio de Salud, en un plazo de sesenta (60) días a partir de la vigencia de la presente Ley, dictará las normas reglamentarias pertinentes”. Reglamentación que beneficiará a un grupo poblacional más amplio y, no solamente a la accionante, generando que el Estado emprenda acciones concretas para la protección integral y disfrute efectivo del derecho a la salud de las personas portadoras de VIH-SIDA.

Por lo tanto, aunque el numeral 2 y 4 de la parte resolutive de la sentencia, hacen referencia únicamente a la protección de los derechos fundamentales de la accionante, que es una representante de un grupo poblacional más amplio, en últimas las acciones emprendidas por el Estado, a través del Legislativo con la expedición de una nueva Ley N.° 28243 y su posterior reglamentación, hace que los alcances de la sentencia cobijen a un grupo poblacional que se encontraban en una situación generalizada de desprotección y vulneración de sus derechos. Tanto es así, que posterior al fallo del TC, se modificó la Norma Técnica para el tratamiento Antirretroviral de Gran Actividad –TARGA– en adultos infectados por el virus de VIH-SIDA, mediante la Resolución Ministerial N.° 939-2004/MINSA, con fecha del 15 de septiembre de 2004.

Por otro lado, existe otra sentencia sobre la protección del derecho a la salud de los pacientes con VIH-Sida, STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC, del 5 de octubre de 2004, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional compuesta por los mismos magistrados de la sentencia anterior –Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma–. En el presente caso el accionante José Luis Correa Condori, afirmó que desde el año 2002 se le diagnosticó la enfermedad de VIH-SIDA, y el Estado no ha cumplido con su obligación de brindarle atención médica integral, contemplada en el artículo 7° de la Ley N.° 26626 – Ley contra el SIDA y, él no cuenta con los recursos económicos para solventar el tratamiento de la referida enfermedad.

Una vez avoca conocimiento el TC, empieza sus consideraciones aclarando que a pesar de la expedición de la Resolución Ministerial N.º 124-2004-SA/DM, del 3 de febrero de 2004 (Norma técnica para la prevención de Trasmisión vertical –madre e hijo- de VIH) y la Resolución Ministerial N.º 939-2004/MINSA, del 15 de setiembre de 2004 (Norma Técnica para el tratamiento Antirretroviral de Gran Actividad –TARGA- en adultos infectados por el virus de VIH-Sida), no se ha acreditado, en el caso particular del recurrente, que se hayan realizado acciones concretas, por parte del Ministerio de Salud o sus dependencias, para brindar la protección integral que reclamaba el accionante. Por lo tanto, afirmó que existía la imperiosa necesidad de emitir pronunciamiento de fondo sobre la controversia planteada, teniendo en cuenta que el presente caso es sustancialmente similar al que fue resuelto en el Expediente N.º 2945-2003-AA/TC (Caso Azanca Alhelí Meza García). De esta forma, el TC utilizó exactamente los mismos fundamentos de la sentencia del año 2003, Caso Azanca Alhelí Meza García, reafirmando que:

La Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.<sup>201</sup>

Igualmente, señaló que los derechos económicos, sociales y culturales, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. En consecuencia, la realización progresiva de los derechos humanos, no significa que se vacía de contenido las obligaciones del Estado

---

<sup>201</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento jurídico N.º 36.

establecidas en los pactos internacionales, por el contrario, requiere de acciones concretas, medibles y realizables en un periodo de tiempo razonable (FJ N° 37). Reafirmando lo indicado en la sentencia anterior:

Aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos. Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, ya que se olvidaría su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, cuyos fines son lograr una máxima atención en la protección de los derechos de los ciudadanos.<sup>202</sup>

Finalmente, la parte resolutive de la sentencia es exactamente igual a la anterior sentencia analizada, situación que es incoherente, pues nuevamente exhorta a los poderes públicos a que dicten las normas reglamentarias de acuerdo con el artículo 8° de la Ley N.° 26626, considerando como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA, a pesar de que en las primeras consideraciones de la sentencia hace referencia a las Normas técnicas que reglamentan la ejecución del Plan de Lucha contra el VIH-Sida, Resoluciones Ministeriales N.° 124-2004-SA/DM y N.° 939-2004/MINSA. Quizás lo pertinente en el presente caso hubiese sido solicitar la implementación de políticas públicas –planes, programas o estrategias- que concreten la legislación y reglamentación existente sobre la protección del derecho a la salud para pacientes con VIH-SIDA, más que exhortar a realizar una nueva reglamentación, ya que la sola expedición de normas no garantiza la materialización de los derechos humanos.

---

<sup>202</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 37.

### 3.2.2. Caso acceso a la información CNM (STC- STC-2579-2003 HD/TC)

La señora Julia Eleyza Arellano Serquén, presentó Acción de Hábeas Data contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), luego de conocer mediante Resolución N.º 159-2001-CNM, del 17 de agosto de 2001, que no había sido ratificada en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito de Lambayeque, según su parecer, sin que se indicaran las razones ni motivos por las cuales el CNM adoptó dicha decisión. De esta forma solicitó mediante la acción constitucional que se le proporcionara la información denegada mediante la carta notarial del 5 de julio de 2002, que consistía en:

- a) El informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre la conducta e idoneidad en el cargo que ejercía la recurrente como Vocal Superior Titular del Distrito de Judicial de Lambayeque;
- b) La copia de la entrevista personal de la solicitante, realizada el día 31 de julio de 2001;
- c) La copia del Acta del Pleno del CNM, que contiene la decisión de su no ratificación en el cargo mencionado.

En primera instancia se ordenó la entrega de la copia de la entrevista personal de la solicitante y se negó la entrega de la información referida en los literales a) y c). Esta decisión que fue confirmada por el juez de segunda instancia. Al respecto el TC, entró a analizar de fondo la controversia indicando que a través de la acción de hábeas data se protege el derecho fundamental reconocido en el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución. Dicho precepto constitucional dispone que “Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional” (FJ N°3).

Precisando que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, tiene una dimensión de derecho individual, en el sentido que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenecen al Estado, sin más

limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Siendo un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como son la libertad de investigación, de opinión o de expresión, entre otras. Por otro lado, tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas a recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad democrática (FJ N° 4 y 5).

Posteriormente, el TC entró a analizar el argumento del Consejo Nacional de la Magistratura, según el cual, la recurrente no podía acceder a la información solicitada porque el artículo 28°, 42° y 43° de la Ley N.° 26397 – Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura–, no lo permitía, debido a que la norma prescribe la reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que efectúen los miembros de dicho organismo.

Respecto a los artículos 28° y 42° de la LOCNM, se señaló que no puede considerarse como restricciones del derecho de acceso a la información pública, ya que, el primero de los citados dispositivos sólo alude a un deber que, por razón del cargo, se ha impuesto a quienes tienen la condición de consejeros del CNM, concerniente a guardar reserva respecto de las información y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos a ocupar cargos en el Poder Judicial y en el Ministerio Público. Se trata de un deber que se ha impuesto, por la propia naturaleza de la función que desarrollan, a los *consejeros* del Consejo Nacional de la Magistratura, y no propiamente al órgano constitucional, que es el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública. El segundo artículo hace referencia a la creación de un sistema de registro que contiene la información sobre los “resultados obtenidos” en materia de nombramiento, ratificación y destitución de magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público, es decir, establece la obligación de organizar y mantener la información con la cual el CNM ejerce una competencia constitucional (FJ N° 10).

Respecto del artículo 43° LOCNM, que sí establece una restricción a la información contenida en el sistema de registro que consagra el artículo 42°, el TC precisó que el propósito del artículo 43°, es señalar el carácter de confidencialidad que tiene la información contenida en el registro, pero no restringe el ejercicio del derecho al acceso a la información pública. Por lo tanto, tratándose de una solicitud planteada por la misma recurrente, sobre un acto al que ella fue sometida, no le era aplicable lo dispuesto por el artículo 43° de la LOCNM, que constituye una limitación para que terceros o las autoridades puedan acceder a tal información, salvo las excepciones que dicha disposición prevé (FJ N° 13 y 16).

Finalmente, el TC declaró el *ECI*, señalando como primer argumento la saturación de la justicia constitucional, que ha sido generada por el sin número de demandas interpuestas por terceros que se encuentran en la misma situación que los accionantes primigenios y, tienen como finalidad obtener similares términos de protección judicial, teniendo en cuenta, que los procesos constitucionales de libertad (amparo, hábeas data, hábeas corpus) solo tienen efectos *inter pares*. A pesar, del uso de figuras procesales como la acumulación de procesos y la reiteración jurisprudencial, no ha sido suficiente para evitar la saturación del sistema de justicia, afectando la eficacia de la justicia constitucional, debido a que para utilizar estas figuras procesales se requiere que se inicie una nueva acción judicial. Por tal razón, el TC decidió ampliar los efectos de esta sentencia a todas aquellas personas que se encuentren en la misma situación de la accionante sin necesidad de iniciar una nueva acción judicial (FJ N° 18).

Como segundo argumento de la declaración del *ECI*, señaló la existencia de prácticas inconstitucionales por parte de los diferentes órganos del Estado. Indicando que esa práctica revela la existencia de un problema que atañe a la propia naturaleza y el carácter vinculante que tienen los derechos fundamentales sobre los órganos públicos, pues, en diversas oportunidades, se ha advertido que, pese a existir una inveterada tradición jurisprudencial en determinado sentido, diversos órganos públicos han mantenido y, lo que

es peor, continuado, la realización de actos considerados como lesivos de derechos constitucionales. Derivando en una violación generalizada de derechos fundamentales en diversas personas (FJ N° 19). Al respecto se afirmó que:

[...] el Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional. Por ello, dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del “estado de cosas inconstitucionales” que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.º 559/1997.<sup>203</sup>

En el caso concreto, el TC consideró que el CNM interpretó de forma errónea las disposiciones de la Ley Orgánica, vulnerando el derecho constitucional de hábeas data de la recurrente, así que, con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de otras personas, bajo los erróneos criterios de interpretación, declaró el *ECI*. Enfatizando que si con posterioridad a la fecha de expedición de esta sentencia, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional (FJ N° 20 y 21).

Finalmente, en la parte resolutive se ordenó que en un término de 90 días a partir de la notificación de la sentencia, el CNM adopte las medidas necesarias y adecuadas para corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial. Asimismo, que se prevenga a los

---

<sup>203</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC N° 2579-2003 HD/TC, fundamento jurídico N° 19.

consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura para que eviten volver a incurrir en las acciones u omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico N.º 21. Además, dispuso que las medidas adoptadas se pongan en conocimiento del juez de ejecución de la sentencia, al décimo (10) día hábil de culminado el plazo otorgado en la presente sentencia, informando a la Secretaría General del Tribunal Constitucional.

Como hemos podido apreciar, la sentencia objeto de análisis declaró formalmente el *ECI*, con el fin de ampliar los efectos de la parte resolutive a todas aquellas personas que se encontraban en las mismas condiciones de vulnerabilidad del derecho al hábeas data ante el CNM. Como consecuencia de la errónea interpretación de las disposiciones legales de este órgano estatal, que a futuro podría llegar a provocar trabas y prácticas inconstitucionales en el ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos, específicamente, del derecho al acceso de la información pública y hábeas data.

No obstante, no queda claro el número de personas afectadas o que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad que hiciera pensar la existencia de una falla estructural o sistémica en el funcionamiento estatal, pues el TC no mencionó por qué la situación se había salido de control para generar un Estado de Cosas Inconstitucional. Es decir, la existencia de una interpretación errónea por parte de una autoridad pública, no genera *per se* un problema estructural del Estado, al contrario, puede ser una afectación del caso concreto que se soluciona mediante los efectos *inter pares* de la sentencia y la incorporación de precedentes judiciales, o utilizando una sentencia interpretativa o manipulativa, situación a la que se hizo referencia en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

Además, si existía una vulneración masiva de derechos humanos, la misma se debió generar con anterioridad a la expedición de la sentencia. Sin embargo, el TC solo protegió de forma automática los derechos constitucionales de las personas, cuyos hechos se

originaron con fecha posterior a la emisión de la referida sentencia (como lo expresó en el fundamento N° 21), excluyendo a los ciudadanos que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad. Por lo tanto, la sentencia creó una especie de aval para los casos anteriores, en los cuales, se había lesionado el derecho de hábeas data, pues si es una práctica inconstitucional que debía eliminarse, era necesario incluir a toda la población en la misma situación de vulnerabilidad para generar igual protección de sus garantías constitucionales, sin importar que los hechos se ocasionaron con anterioridad a la emisión de la sentencia. Por ejemplo, debió: (i) acumular los procesos análogos que se encontraban en curso, (ii) permitir que en los casos denegados (casos anteriores a la sentencia) los solicitantes pudieran acogerse a los efectos del fallo sin necesidad de iniciar una nueva acción constitucional.

Asimismo, la sentencia señaló la apertura inmediata de un proceso penal por desacato de sentencia del Tribunal Constitucional al presentarse una acción constitucional análoga, en el entendido de que se han incumplido las ordenes del TC. No obstante, el tipo penal de desacato fue derogado desde el año 2003<sup>204</sup>, por tal razón, tendría que adecuarse la acción a otro tipo penal, como puede ser desobediencia a la autoridad, contemplado en el artículo 368° del Código Penal peruano que señala: “El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años”. En este contexto, abrir inmediatamente un proceso

---

<sup>204</sup> Decreto Legislativo N° 635 de 1991, (Normas pertinentes al Código Penal del Perú). SECCIÓN III: DESACATO: “Artículo 374°.- El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.” Artículo que fue derogado por medio de la Ley N° 27975 del 7 de mayo de 2003. Por otro lado, es importante señalar que la figura jurídica de desacato contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano es diferente, pues no es un proceso penal. El incidente de desacato es una sanción aplicable a las autoridades públicas y/o a los particulares ante el incumplimiento de las sentencias de tutela (amparo), que se interpone ante el mismo juez que conoció del proceso inicial, por lo cual, no es necesario iniciar un nuevo proceso judicial. Además, es aplicable a todas las sentencias de tutela, no solo para las sentencias estructurales y se encuentra regulado por el Decreto 2195 de 1991, artículo 27 y 52.

penal e iniciar un nuevo proceso judicial, terminaría generando mayor congestión judicial en el ámbito penal, sin contribuir necesariamente a la solución del problema estructural. Adicionalmente, en el proceso penal está proscrita la responsabilidad objetiva, lo cual significa que es necesario realizar un análisis de culpabilidad del actor. Por lo tanto, la medida contemplada para lograr el cumplimiento de la sentencia del TC es ineficaz, ya que podría no existir sanción penal y, tampoco, contribuye al cumplimiento de las órdenes de la sentencia del TC.

En suma, el máximo órgano constitucional debió utilizar los mecanismos existentes para solucionar el caso concreto (v. gr. acumulación de procesos, incorporar precedentes judiciales y/o emitir una sentencia interpretativa), y solo cuando estos mecanismo son insuficientes o se identifica que la decisión del caso concreto quedaría inoperativa porque existe un problema estructural en el funcionamiento estatal que impide su realización y que, además, lesiona los derechos humanos de la actora y de un grupo significativo de personas, podría implementar el uso de las sentencias estructurales. Además, al declarar el ECI debió centrar su atención en identificar el problema estructural existente, las autoridades competentes necesarias para solucionar de forma eficiente la falla sistémica con el fin de que se implementaran las medidas adecuadas para lograr la protección efectiva de los derechos humanos de la accionante y de todas las demás personas que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad, buscando medidas efectivas de seguimiento y control para lograr el cumplimiento de la sentencia.

Por otro lado, antes de terminar el presente análisis, quisiera traer a colación una sentencia estructural de la Corte Constitucional Colombiana, en la cual se presentó una controversia similar por ineficiencia administrativa de la Caja Nacional de Previsión Social, porque se vulneraba el derecho de petición de los accionantes. En la sentencia T-068 de 1998, los accionantes alegaban la vulneración de su derecho fundamental de petición, por el excesivo retardo en la respuesta de las peticiones de reconocimiento y re-liquidación de las pensiones de los accionantes.

La Corte Constitucional, en la referida sentencia, declaró el ECI, teniendo en cuenta los graves problemas estructurales que generaban el retraso excesivo de la respuesta de los derechos de petición, desconociendo el derecho constitucional a una respuesta pronta y oportuna. Primero, existía un sin número de acciones de tutela presentadas contra la misma entidad, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se determinó que un 16% de todas las tutelas del país se dirigían contra esa entidad. Además, la Corte realizó una inspección judicial a la entidad verificando que la acción de tutela era prácticamente un requisito para que se otorgara respuesta a la solicitud, la cual generaba un procedimiento administrativo paralelo que producía un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela.

Asimismo, se evidenció que la entidad no contaba con el personal suficiente para resolver el número de solicitudes presentadas, con el agravante, del alto grado de rotación de los trabajadores, que eran vinculados a la entidad mediante contrato de prestación de servicios por periodos que oscilaban entre 1 y 3 meses, desconociendo las garantías laborales. Sumado a que la sistematización de los datos se encontraba a partir del año 1994, en consecuencia, los registros de los años anteriores se encontraban deteriorados, lo cual, dificultaba la respuesta oportuna y veraz de las peticiones presentadas<sup>205</sup>.

Toda esta situación, evidenciaba la existencia de un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual afectaba gravemente el interés general y el interés particular de quienes venían siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pues, existía un número significativo de personas que buscaba obtener las prestaciones económicas de seguridad social a las cuales consideraban tener derecho.

---

<sup>205</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-068 de 1998.

Dentro de las medidas adoptadas por la Corte Constitucional se ordenó comunicar al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro del Trabajo y Seguridad Social, al jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la gerencia de la Caja Nacional de Previsión, a la Subdirección de prestaciones económicas de la Caja Nacional de Previsión, para que dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la sentencia, corrigieran en la práctica, dentro de los parámetros legales, las fallas de organización y procedimiento que afectan la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y re-liquidación de pensiones de los solicitantes. Además, era necesario adecuar las relaciones laborales de los trabajadores de la entidad pública, con el fin de solucionar la falla sistémica de funcionamiento del Estado.

Finalmente, el contraste entre el caso del Consejo Nacional de la Magistratura y el caso de la Caja Nacional de Previsión, nos sirve para recalcar que no todos los problemas estatales son problemas estructurales y, que los mecanismos de declaración de Estado de Cosas Inconstitucional y la emisión de sentencias estructurales obedecen a criterios excepcionales de vulneración masiva de derechos humanos y fallas de gran envergadura dentro del Estado, que requieren de una colaboración armónica de las diferentes ramas del poder, sumando esfuerzos de múltiples sectores –autoridades estatales y ciudadanía- para resolver el problema endémico estatal. Situación que no queda clara en la sentencia del TC objeto del presente análisis.

### **3.2.3. Caso pago de subsidios a docentes (STC 3149-2004 AC/TC)**

Gloria Marleni Yarlequé Torres, presentó acción de cumplimiento contra el Director de la Unidad de Gestión Educativa de Jaén, solicitando el cumplimiento de la Resolución Directoral de la Unidad de Gestión Educativa N.º 00794-2003-ED-JAEN, de fecha 20 de junio 2003, que disponía abonar a su favor la suma de S/. 2,624.72 por concepto de subsidios por luto y sepelio. En la contestación de la demanda el Director de la Unidad de

Gestión Educativa de Jaén, señaló que no ha dado cumplimiento a la Resolución, porque el pago no se encontraba presupuestado, además, que había realizado la gestión ante la Gerencia Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Cajamarca sin obtener respuesta.

En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda, al considerar que la resolución materia de cumplimiento contenía un mandato claro, concreto, preciso y específico que debía ser ejecutado según sus propios términos, por lo que, su incumplimiento demuestra la renuencia de la autoridad. En segunda instancia se revocó la sentencia, declarando improcedente la demanda.

Al respecto, el Tribunal consideró que el argumento esgrimido por el demandado, antes que eximir de responsabilidad a las autoridades del sector, directa o indirectamente emplazadas con la demanda, pone de manifiesto una actitud insensible y reiterada de parte de los funcionarios del Gobierno Regional de Cajamarca respecto de los derechos de la recurrente y de una gran número de docentes. Teniendo en cuenta, los múltiples y similares procesos que llegan hasta esta instancia, pues sólo en el año 2004 pueden citarse los siguientes expedientes que tratan básicamente de los mismos temas: 3159-2004-AC/TC; 2363-2004-AC/TC; 3157-2004-AC/TC; 2060-2004-AC/TC; 254-2004-AC/TC; 2653-2004-AC/TC; 3989-2004-AC/TC; 2054-2004-AC/TC; 1997-2004-AC/TC; 2159-2004-AC/TC; 1997-2004-AC/TC; 2033-2004-AC/TC; 1151-2004-AC/TC. Lo cual, pone de manifiesto la resistencia de las autoridades competentes a acatar las disposiciones legales, convirtiéndose en una renuencia sistemática, por parte de las autoridades del sector y de los funcionarios del Sector Educación y del Ministerio de Economía y Finanzas (FJ N° 5 y 6).

Asimismo, señaló que todos los casos aludidos versan sobre dos temas recurrentes: 1) la exigencia de docentes que trabajan en distintos lugares del país del pago de un derecho por concepto de luto y sepelio, previsto en la Ley del Profesorado y su reglamento y; 2) el pago de bonificaciones por haber cumplido 20, 25 y 30 años de servicios como docentes, en

aplicación del artículo 52° de la Ley N.° 24029 (Ley del Profesorado). En todos los casos, luego de una serie de trámites administrativos, los docentes conseguían un Resolución Administrativa que autorizaba el pago, para luego iniciar una verdadera batalla a efectos de hacer efectivo dicho pago (FJ N° 7).

Situación de gran magnitud, que hacía necesario encarar este problema integralmente, y no sólo desde las respuestas aisladas para cada caso que se presenta ante el Tribunal, puesto que, pese a las múltiples sentencias emitidas, ésta práctica se mantenía, en abierto desafío a la eficacia de los derechos que la Constitución reconoce (FJ N° 9). Indicando expresamente que:

La construcción y consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro país requiere de una actitud comprometida de parte de todos los poderes públicos y, de manera especial, de quienes en nombre del Estado ejercen la función pública como delegación. Los funcionarios públicos, desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la República, conforme al artículo 39° de la Constitución, están al servicio de la Nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano, definido como Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución.<sup>206</sup>

Consecuentemente, el TC declaró la situación como contraria a los valores constitucionales (*Estado de Cosas Inconstitucional*), con el fin de ampliar los efectos de la sentencia a todos aquellos docentes que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad, no solo de la accionante, sino de todas las personas afectadas y que son ajenas al proceso constitucional en el cual se originó la declaración. Asimismo, requirió a los órganos, instituciones y/o personas concretas involucrados en los actos vulneratorios, con el fin de allanar el camino en la búsqueda y satisfacción de los derechos comprometidos, dentro de un plazo razonable (FJ N° 12). Señalando que:

La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal

---

<sup>206</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC N° 3149-2004-AC/TC, Fundamento Jurídico N° 9.

encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos. Las interpretaciones del Tribunal constituyen su jurisprudencia, que es fuente de derecho y vincula a toda la magistratura en los términos establecidos el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

De otro lado, en sociedades como la nuestra, donde los postulados del Estado Social y Democrático, están, en muchos casos, pendientes de realizar, corresponde a este Tribunal, en gran medida, coadyuvar para concretarlos. Esto supone desde luego, una colaboración permanente con los demás poderes públicos “(...) a fin de modificar una realidad social intolerable y contraria a los principios que informan el Estado Social de Derecho”. En este sentido, este Colegiado es también un agente de cambio para la plasmación de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, labor que realiza a partir de los mensajes y del poder ordenador de su jurisprudencia.<sup>207</sup>

Por lo tanto, el TC después de realizar una exposición sobre el antecedente jurisprudencial del *ECI* (Exp. 2579-2003 HD/TC analizado anteriormente en el literal B), declaró la presencia de un *ECI* configurado por los comportamientos renuentes, sistemáticos y reiterados, de los funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, y de las autoridades del Ministerio de Educación, a la hora de atender los reclamos que se refieren a derechos reconocidos en normas legales correspondientes al personal docente, como es en el presente caso la ejecución de una resolución que declara un derecho concedido en la Ley del Profesorado y su reglamento a todos los docentes en los supuestos claramente establecidos (FJ N° 16).

Ordenando a las autoridades directamente emplazadas, en este caso al Director de la Unidad de Gestión Educativa de Jaén y, a quien aparece indirectamente emplazado, el Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Cajamarca, dar inmediato cumplimiento a la Resolución materia de la demanda, más el pago de costos y reconocimiento de intereses. Por otro lado, ordenó notificar la presente sentencia al Ministro de Economía y Finanzas y al Ministro de

---

<sup>207</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC N° 3149-2004-AC/TC, Fundamento Jurídico N° 14.

Educación, a efectos de que tomen las medidas correctivas en el más breve plazo posible respecto de las prácticas contrarias a la Constitución establecidas en la presente sentencia y, fijó un plazo de 10 días desde la notificación de la sentencia, para que el Ministerio de Educación informe al TC sobre las acciones tomadas respecto de las responsabilidades de los funcionarios involucrados en las prácticas aludidas.

Por último, quisiera resaltar la configuración de una sentencia estructural, en la cual, el TC consciente del problema de gran magnitud que se venía presentando en el funcionamiento del Estado, y de la situación insostenible, que iba avanzando en el tiempo para convertirse en una constante vulneración de los derechos del profesorado, convocó a las autoridades competentes para que adoptaran una solución estructural e integral. Ante la inminente necesidad de implementar correctivos eficientes que erradicaran el sistémico incumplimiento de las autoridades del sector y, el constante traslado de responsabilidad entre las diferentes entidades y funcionarios públicos, ya que, ninguna autoridad se hacía responsable de la situación. Actitudes que generaron un estado de desprotección, una masiva vulneración de los derechos fundamentales de los docentes y un creciente congestionamiento judicial.

Además, es pertinente señalar que el juez constitucional en el presente caso, respetuoso de la división de poderes, no estableció cuáles eran las acciones, medidas o soluciones que deberían implementarse, sino que notificó a las autoridades competentes para que de forma armónica y dentro del ámbito de sus competencias adoptaran las medidas necesarias para solucionar el *ECI*, respetando el marco constitucional fijado en la Constitución y desarrollado por el TC en la sentencia.

No obstante, es innegable que los mecanismo de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia fijados por el TC, son demasiado laxos, pues, simplemente hace referencia a la remisión de un informe sobre las acciones tomadas para determinar la responsabilidad de los funcionarios, pero omitió referirse al seguimiento de la elaboración e implementación

de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para solucionar el *ECI*, dejando abierto el plazo en el cual se debían diseñar e implementar las acciones estatales.

#### **3.2.4. Caso contaminación por plomo - La Oroya (STC-2002-2006 PC/TC)**

En esta sentencia podemos definir los hechos de la siguiente forma: Desde el año de 1997 la empresa norteamericana Doe Run Company adquirió el Complejo Metalúrgico de La Oroya, que venía operando a través de su empresa subsidiaria Doe Run Perú, la misma que asumió el compromiso de cumplir todas las obligaciones contenidas en el PAMA (Programa de adecuación y manejo ambiental), elaborado por el anterior propietario del centro metalúrgico, Centromín Perú S.A. En diciembre de 1998, Doe Run Perú solicitó una modificación del PAMA, en el cual se comprometía a realizar un determinado número de mejoras ambientales para el año 2006 y a efectuar las principales inversiones para el tratamiento de las emisiones y calidad del aire a partir del año 2004.

De acuerdo con los diferentes estudios realizados desde el año 1999 por el DIGESA y otros organismos nacionales e internacionales, se demostró que los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños, madres gestantes y en general de todos los habitantes de la ciudad de La Oroya se había incrementado considerablemente en los últimos años. El estudio del DIGESA estableció que, el 99.1% de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, en el estudio realizado por el Consorcio Unión para el Desarrollo Sustentable (UNES), se encontraron otros componentes que inciden en la salud de la población, tales como: arsénico, cadmio y dióxido de azufre, que originan, náuseas, dolores quemantes en manos y pies, afectaciones al sistema nervioso central, enfermedades pulmonares, enfermedades en órganos vitales, como: el hígado y riñones, entre otros malestares. Lo cual afecta los derechos a la salud pública (salud física y mental) y a un ambiente equilibrado y adecuado de los pobladores de La Oroya,

Consecuentemente, los pobladores de La Oroya, Pablo Miguel Fabián Martínez, Digna Ortega Salazar, Alfredo Peña Caso, Rosalía Tucto Ortega, José Chuquirachi Anchieta y María Elena Cárdenas Soto interpusieron acción de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), solicitando:

- a) Diseñar e implementar una *estrategia de salud pública de emergencia* que tenga como objetivo la recuperación de la salud de los afectados por contaminantes en la ciudad de La Oroya; la protección de los grupos vulnerables; la adopción de medidas de prevención del daño a la salud y el levantamiento de informes sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta, todo ello conforme a lo dispuesto por los artículos 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106 y 123 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842).
- b) Declarar en *Estado de Alerta* a la ciudad de La Oroya, lo cual implica la elaboración de un plan de estado de alerta de salud, proponer los niveles de estado de alerta de la ciudad de La Oroya a la Presidencia del Consejo de Ministros y, precisamente, la declaración del estado de alerta, todo ello a tenor de los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental.
- c) Establecer *programas de vigilancia epidemiológica y ambiental*, de conformidad con el artículo 15 del mencionado Decreto Supremo 074-2001-PCM.

El Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, con fecha 1 de abril del 2005, declaró fundada la demanda argumentando que las entidades demandadas no habían acatado las funciones y actuaciones establecidas en las disposiciones correspondientes (Ley General de Salud y Decreto Supremo 074-2001-PCM), ni directamente ni a través de otras entidades públicas o privadas. La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud - Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) apeló la sentencia y solicitó que la demanda se declarara infundada por el superior, aduciendo que se habían cumplido todos los mandatos dispuestos por la Ley 26842 y el Decreto Supremo 074-2001-PCM.

El superior jerárquico revocó la sentencia apelada y declaró improcedente la demanda argumentando que “[...] el mandato cuyo cumplimiento solicita la parte demandante no

goza de las características mínimas previstas para su exigibilidad (...)”. Estimó también, que “se advierte que lo que se encuentra en discusión no es la eventual renuencia de la administración pública a un mandato legal, sino [...] la pertinencia e idoneidad de las medidas adoptadas por el Ministerio de Salud; siendo ello así, la controversia a ventilarse requiere de un análisis probatorio complejo, que no es posible en la vía constitucional [...]”.

Una vez avocó conocimiento el Tribunal Constitucional, analizó diferentes aspectos sobre el Estado Social y Democrático, la exigibilidad de los derechos sociales, el cumplimiento de la Ley 26842 y del Decreto Supremo 074-2001-PCM, el proceso de cumplimiento, la inacción administrativa, la protección “indirecta” del derecho a la salud, y la protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado. Sin embargo, vamos a centrar el análisis entorno al derecho a la salud, ya que es el tema de la presente investigación.

Al respecto TC, empezó sosteniendo que el Estado peruano es un Estado democrático y social de Derecho, definido así por la Constitución de 1993, de acuerdo con una interpretación conjunta de los artículos 3 y 43 de la Norma Fundamental. Afirmando que “no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real [...], lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones”<sup>208</sup>.

Entre los fines de contenido social que identifican a este modelo de Estado, se encuentran el *derecho a la salud*, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, entre otros; por lo tanto, para lograr una mayor efectividad de tales derechos, el Estado tiene tanto obligaciones de hacer (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del

---

<sup>208</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. 2002-2006 PC/TC, citando el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 12.

derecho) como obligaciones de no hacer (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos), por lo que no resultan válidas aquellas posiciones que solo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de “no hacer”, y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación), solo obligaciones estatales de “hacer” (FJ N° 7).

Resaltando que, en el Estado democrático y social de Derecho, la participación activa de los ciudadanos en el sistema democrático, así como el logro del desarrollo social, requieren de una decidida labor del Estado expresada en «realizar acciones» que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad), *a la salud*, el trabajo y la educación (por ejemplo, mejorando los servicios de salud, creando más puestos de trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y en la «abstención» de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad, o no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes) (FJ N° 8). Respecto a la efectividad de los derechos sociales, el TC citó su jurisprudencia para recalcar que:

No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.<sup>209</sup>

Por tanto, los derechos sociales (*como el derecho a la salud*) se constituyen en una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que estos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr

---

<sup>209</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. 2002-2006 PC/TC, citando el STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 11.

el respeto de la dignidad humana, una efectiva participación ciudadana en el sistema democrático y el desarrollo de todos los sectores que conforman la sociedad, en especial de aquellos que carecen de las condiciones físicas, materiales o de otra índole que les impiden un efectivo disfrute de sus derechos fundamentales (FJ N° 11).

También, señaló que la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. Determinados derechos “forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos”<sup>210</sup>.

Pero, esta preceptividad diferida no implica en modo alguno el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (es decir, que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección). El TC afirmó que, los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identidad con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en la Constitución, pues, la Norma Fundamental establece en su artículo 3, que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (FJ N°13).

---

<sup>210</sup>Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. 2002-2006 PC/TC, citando el Expediente 0011-2002-AI/T, Fundamento Jurídico N° 9.

Así, la exigibilidad de los derechos sociales, se constituye en una categoría vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales, pero no determina si un derecho es fundamental o no. Por ello indicó que:

[...] sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución [...].

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.<sup>211</sup>

El TC reiteró lo expresado en la sentencia sobre VIH/SIDA (Expediente 2945-2003-AA/TC), que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud “[...] comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido” (FJ N°16).

De ello se desprende que, la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo

---

<sup>211</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. 2002-2006 PC/TC, citando el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 18 y 38.

ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras (FJ N°17).

En cuanto a la protección indirecta del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento, destacó que su procedencia estaba ligada a la existencia de un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto administrativo, mandato que precisamente se deberá encontrar en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental (FJ N° 18).

De acuerdo con lo expresado, el proceso de cumplimiento no puede tener como finalidad el examen sobre el cumplimiento “formal” del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo, sino, que es necesario realizar un examen sobre el cumplimiento *eficaz* de tal mandato, por lo que si en un caso concreto se verifica la existencia de actos de cumplimiento aparente, parcial, incompleto o imperfecto, el proceso de cumplimiento servirá para exigir a la autoridad administrativa precisamente el cumplimiento eficaz de lo dispuesto en el mandato (FJ N° 37).

En el caso concreto de la población de la ciudad de La Oroya, el TC señaló que desde el año de 1999, año en que se realizaron los primeros estudios (por parte del DIGESA) determinaron la existencia de población contaminada con plomo en la sangre, estando en mayor riesgo los niños y mujeres gestantes, y, hasta el momento de la emisión de la sentencia habían transcurrido más de 7 años, sin que el Ministerio de Salud implementara un sistema de emergencia que protegiera, recuperara y rehabilitara la salud de la población afectada (FJ N°60).

Además, el Ministerio de Salud no había realizado, con la urgencia requerida, las acciones eficaces tendientes a declarar el estado de alerta en la ciudad de La Oroya, pese a la evidente existencia de concentración de contaminantes en el aire en la mencionada ciudad,

incumpliendo el mandato contenido en el artículo 23 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, así como en el artículo 105 de la Ley 26842. Tampoco, realizó las acciones pertinentes para solucionar la grave situación existente en esta ciudad, pese a que transcurrieron dos años entre la emisión del Decreto Supremo 074-2001-PCM y la expedición del Decreto Supremo 009-2003-SA, Reglamento de los Niveles de Estados de Alerta Nacionales para Contaminantes del Aire (publicado el 25 de junio de 2003) (FJ N° 65 y 68).

Asimismo, se señaló que el Ministerio de Salud había omitido establecer “eficazmente” acciones destinadas a instaurar programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, incumpliendo el mandato contenido en el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM. Precizando que, si bien es cierto que conforme al artículo 20 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, la elaboración de un *Plan de Acción* era responsabilidad de la GESTA Zonal del Aire (Grupo de Estudio Técnico Ambiental de la Calidad del Aire encargado de formular y evaluar los planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en una Zona de Atención Prioritaria), y no directamente del Ministerio de Salud, también lo es que tal grupo, para la elaboración del mencionado Plan de Acción, requería, imprescindiblemente, el diagnóstico de línea base que debía elaborar el citado Ministerio, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), conforme lo dispone el artículo 11 del referido Decreto Supremo, por lo que, al no haber cumplido tal mandato en un plazo razonable, debía implementarse el Plan de Acción con urgencia y celeridad, para lograr recuperar la salud de la población afectada (FJ N°58 y 77).

Resaltando, que no era válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, debía diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado, por el contrario, su protección debía ser inmediata, pues la grave situación que atravesaba la población contaminada, especialmente los niños y mujeres gestantes, exigía del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en el caso concreto, el derecho a la salud se presentaba como un derecho exigible y de ineludible atención (FJ N°61).

Por las razones expuestas, el TC declaró fundada parcialmente la demanda, señalando diferentes acciones y/o políticas públicas que debían desarrollar las entidades demandadas y el correspondiente Gobierno Regional. Al respecto señaló:

1. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, conforme se expone en los fundamentos 59 a 61 de la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional<sup>212</sup>.
2. Ordena que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas aquellas acciones tendentes a la expedición del diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el artículo 11° del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, de modo tal que, cuanto antes, puedan implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya.
3. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas las acciones tendentes a declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme lo disponen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM y el artículo 105 de la Ley 26842.

Este pronunciamiento del TC se constituye en una sentencia estructural, porque el juez constitucional evidenció un problema estructural de salud pública en la ciudad de La Oroya, que venía prolongándose en el tiempo, generando una vulneración y desprotección masiva

---

<sup>212</sup> Código Procesal Constitucional, Artículo 22.- Actuación de Sentencias. “La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. [...]”

de los derechos humanos, afectando a todos los habitantes de la zona, principalmente a los niños, ancianos y madres gestantes. Además, de la evidente inacción estatal por parte del DIGESA, entidad que desde el año de 1999 conocía de la situación crítica de contaminación de la zona, y, sin embargo no emprendió acciones concretas y eficientes para contrarrestar los efectos de la contaminación o para erradicar las fuentes de contaminación.

Igualmente, el TC estableció un precedente jurisprudencial que rompió el paradigma, según el cual, los derechos civiles y políticos implicaban únicamente obligaciones de *no hacer* y los derechos sociales siempre implicaban obligaciones de *hacer*, pues, dicha clasificación como hemos analizado en el presente trabajo es errónea, ya que, todos los derechos contienen obligaciones de hacer y no hacer. Así, el reconocimiento y exigibilidad de los derechos no puede estar sujeto a este falso paradigma que intentaba relegar o aplazar la protección de los derechos sociales. Por lo tanto, el máximo tribunal constitucional reconoció el alcance y la exigibilidad de los derechos sociales, específicamente del derecho a la salud, estableciendo que la dimensión programática de este derecho no significa que el reconocimiento y protección pueda aplazarse indefinidamente, al contrario, se requieren acciones inmediatas y no diluidas en el tiempo para su protección.

Resaltando que, los jueces y magistrados están en la obligación de evaluar el caso concreto y, determinar las acciones o políticas públicas que deben desempeñar las diferentes autoridades públicas para lograr su efectiva protección, evidenciando el rol activo que tiene el juez en el Estado Social y Democrático. Además, realizó un análisis sobre el cumplimiento eficaz de las funciones de los funcionarios públicos, y no se limitó a verificar un cumplimiento formal de las funciones (como pretendía el Ministerio de Salud), ya que, las autoridades públicas deben cumplir con el objetivo para el cual fueron creadas y, garantizar la real protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, lo cual, es indispensable para agilizar los trámites burocráticos e impulsar cambios efectivos en pro del respecto y garantía de los derechos constitucionales.

Además, la parte resolutive no se limitó a decretar efectos *inter pares*, sino que, directamente benefició a todos los habitantes de la ciudad de La Oroya y de toda la región, cobijando incluso a aquellas personas que nunca fueron parte de la acción de cumplimiento ni han acudido a la administración de justicia para la protección de sus derechos, pues las políticas públicas que adopte el Ministerio de Salud y DIGESA impactarán en toda la población y no solo en los demandantes. Determinó la intervención directa de la entidad demandada y su relación con las otras entidades estatales, señalando plazos concretos para llevar a cabo las acciones contempladas en la legislación existente y, que estaban en mora de ser cumplidas, indicando que:

4. Ordena que la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya.
5. Ordena que el Ministerio de Salud, transcurridos los plazos mencionados en los puntos precedentes, informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia.

El TC exhortó a las partes involucradas, tanto autoridades públicas, como a los demás actores sociales -Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente, empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras- a participar activamente en la creación de acciones tendientes a la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano para todos los habitantes de zona, siendo un gesto evidente de participación democrática en la elaboración de las políticas públicas del Estado. Aunque, el mandato es una exhortación sin fuerza vinculante u obligatoria, sí es un primer escenario de acercamiento de las partes que de llevarse a cabo podría contribuir al diseño e implementación de una solución integral del problema estructural identificado. Señaló que:

6. Exhorta al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y

empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras, que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de La Oroya, a participar, urgentemente, en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes.

Finalmente, es importante resaltar que la sentencia se quedó corta en establecer mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento efectivo de las órdenes impartidas. Pues, el TC estableció como mecanismo de seguimiento, la remisión de informes por parte del Ministerio de Salud, pero, como podemos observar a continuación, fue insuficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estructural. A pesar, de las buenas intenciones del TC por reactivar la administración pública para lograr la protección efectiva de los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado en la ciudad de La Oroya, las entidades demandadas no cumplieron con las órdenes de la sentencia y los efectos no fueron los deseados.

Existió una descoordinación y falta de compromiso en el cumplimiento de la sentencia por parte del Ejecutivo, específicamente del Ministerio de Energía y Minas, el cual a los pocos días de emitida la sentencia aprobó mediante Resolución Ministerial No 257-2006-MEM/DM la ampliación del plazo hasta diciembre de 2009 a favor de la empresa Due Run Perú, para llevar a cabo el proyecto “Plantas de Ácido Sulfúrico” establecidas en el PAMA, aludiendo a que era mejor otorgar el plazo solicitado por la empresa y que se cumplieran las acciones ambientales, que imponer las sanciones correspondientes. Argumento discutible, teniendo en cuenta que existía una sentencia del TC, que declaraba la situación de vulnerabilidad de los pobladores y ordenaba tomar medidas expeditas y urgentes para restablecer los derechos humanos de la población, en este contexto, debió instar al cumplimiento de los compromisos asumidos, tanto de la referida empresa como del Estado.

Esta situación, deja en evidencia, la desarticulación que existe entre las diferentes ramas del poder, en el caso concreto entre el Ejecutivo y Judicial, pues no es coherente que dos entes

estatales se pronuncien de forma tan diversa respecto al mismo caso, con tan solo 17 días de diferencia, donde el Ministerio de Energía y Minas desconoció abiertamente el fallo del TC, dejando en indudable estado de desprotección a los habitantes de La Oroya, dilatando en el tiempo el cumplimiento del PAMA y, consecuentemente, afectando la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en la sentencia. Por otro lado, dejó al Estado en una situación de sujeción, pues lo limitó en su capacidad esencial de hacer cumplir las leyes, en este caso de imponer las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento, generando una debilidad institucional.

Por otro lado, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) y *Earthjustice* presentaron petición ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra el Estado Peruano por el incumplimiento de normas en materia ambiental y de salud, y la falta de supervisión y fiscalización de la empresa que operaba el complejo metalúrgico. La CIDH ordenó la adopción de las medidas cautelares solicitadas por los peticionarios<sup>213</sup>, y posteriormente declaró la admisibilidad de la petición mediante Informe N° 76 de 2009<sup>214</sup>.

Adicionalmente, el Congreso de la República elaboró un Informe Parlamentario en el año 2007, en el que reconoció el incumplimiento de la sentencia del TC, por parte del MINSA y DIGESA, y la grave situación de salud pública en la que se encuentra la ciudad de La Oroya, señalando que los problemas de salud están condicionados por tres variables: a) La debilidad del Estado para hacer cumplir las políticas y normas relacionadas con la

---

<sup>213</sup>El 31 de agosto de 2007, la Comisión ordenó la adopción de las medidas, solicitando al Estado peruano que: (i) Adoptara las medidas necesarias para establecer un diagnóstico médico especializado de los beneficiarios de las medidas; (ii) Proveyera tratamiento médico especializado y adecuado a aquellas personas cuyo diagnóstico demuestre que se encuentran en una situación de peligro de daño irreparable para su integridad personal o su vida; y se coordinara con los peticionarios y los beneficiarios de las medidas para su implementación.

<sup>214</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N°76/09, Petición 1473 de 2006, Admisibilidad Comunidad de La Oroya – Perú, 5 de agosto de 2009. Fecha de consulta: julio 12 de 2013. Ver en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru1473-06.sp.htm>

protección del ambiente y la salud<sup>215</sup>, b) La acción irresponsable de la empresa Due Run Perú<sup>216</sup>, y c) La debilidad de liderazgo y temor de la población de exigir la defensa de sus derechos, condicionada por su dependencia económica directa o indirecta con la empresa<sup>217</sup>.

En el año 2009, Doe Run Perú solicitó nuevamente una prórroga para la implementación del PAMA, la que no fue aprobada. Por tal razón, la empresa suspendió sus operaciones y se declaró en proceso de liquidación, presentando posibles deudas ficticias ante Indecopi, como lo denunció en el año 2011 la duodécima Fiscalía Provincial Penal de Lima, proceso que actualmente se encuentra en el Juzgado Penal 39 de Lima, por la investigación de los delitos de *insolvencia fraudulenta y falsa declaración en proceso administrativo en agravio*

---

<sup>215</sup> Como indica el Informe del Congreso, hasta la fecha tres son los sectores que han intervenido directamente en el problema socio ambiental en La Oroya: El Ministerio de Energía y Minas, con el rol de supervisión y control de las actividades mineras que se daba de forma deficientemente, actualmente el encargado de esta función es OSINERGMIN; El Ministerio de Salud, el cual a la fecha no cuenta con una intervención integral para brindar atención médica a los casos críticos y contrarrestar los efectos de las emisiones en la salud de las personas por existir falta de voluntad política, falta de presupuesto y fragmentación de las entidades responsables entre los diversos órganos competentes en salud pública ambiental (DIGESA, Instituto Nacional de Salud -INS, Oficina General de Epidemiología, Dirección General de Salud de las Personas – DGSP y la Comisión Intrasectorial de Mitigación del Plomo y otros metales pesados del MINSAL); y El CONAM, quien tiene limitaciones funcionales por ser meramente coordinador a pesar de ser la autoridad ambiental nacional. Sin embargo lideró el proceso para la aprobación del Plan a Limpiar el Aire en La Oroya y el Plan de Contingencia.

<sup>216</sup> Para nadie es un secreto que la principal fuente de contaminación es el complejo metalúrgico, debido a la falta de adecuación de la infraestructura con los estándares legales de protección al medio ambiente, y por tanto, uno de los principales responsables del daño ambiental provocado, así como de la afectación a la salud pública de los habitantes del sector. No obstante, los propios pobladores se ven intimidados por el poderío económico que ostenta la empresa en la zona, pues es la principal fuente de trabajo de la ciudad, y con ello la mayor fuente de ingresos para sus pobladores. Debido a esta situación un grupo de ciudadanos denunció que se sienten intimidados para exigir la protección de sus derechos a la salud y al medio ambiente sano, debido a las represalias y amenazas de las cuales han sido víctimas por parte de referida empresa. Para ampliar información ver el Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos – FIDH. *Complejo Metalúrgico de La Oroya: Donde la inversión se protege por encima de los derechos humanos*, pp. 17 – 19. Fecha de consulta: julio 12 de 2013. Ver en: [http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe\\_la\\_oroya.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_la_oroya.pdf)

<sup>217</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión de pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Grupo de Trabajo Ambiente y Ecología. Informe Parlamentario *El problema de la salud pública ambiental en La Oroya*. Lima, junio de 2007, pp. 11 - 16. También ver el Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos – FIDH. *Complejo Metalúrgico de La Oroya: Donde la inversión se protege por encima de los derechos humanos*, pp. 17 – 19. Fecha de consulta: julio 12 de 2013. Ver en: [http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe\\_la\\_oroya.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_la_oroya.pdf)

*del Estado, Indecopi y los acreedores de dicha empresa.* Por otro lado, en el proceso de liquidación la empresa alude que el Estado Peruano en cabeza del Ministerio de Energía y Minas no debería ser acreedor, considerando que el incumplimiento del PAMA no puede transformarse en deuda en un proceso de liquidación, pues ese valor corresponde a una valoración del coste de las obligaciones restantes del PAMA, y no a las multas por incumplimiento de la ley peruana<sup>218</sup>. Es decir, la prórroga otorgada en el año 2006, desconociendo el fallo del TC, tampoco logro el referido cumplimiento del PAMA y al contrario liberó de las sanciones correspondientes a la empresa metalúrgica.

Desde el año 2012 el complejo metalúrgico reinició sus operaciones en el circuito de zinc, por medio de la empresa Right Business, pero los niveles de contaminación continúan en la ciudad de La Oroya, ubicada a tan solo 176 KM de Lima, donde la contaminación del aire y suelo con plomo, arsénico, cadmio, y otros tóxicos, sigue aumentando, generando graves e irreversibles consecuencias en la salud de las personas que habitan esta zona del país. Aunado a la desprotección e inacción del Estado, la última alternativa es esperar el fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, aunque, el Congreso de la República manifestó que “espera que el Estado peruano, al margen de recibir o no recomendaciones de la CIDH, asuma su responsabilidad por la situación crítica de salud en la que se encuentra La Oroya que ha sido catalogada como una de las diez ciudades más contaminadas del mundo e implemente medidas de emergencia en salud pública ambiental con el aporte económico del responsable de los daños ambientales”<sup>219</sup>.

Finalmente, recalamos que es necesario que los jueces fortalezcan los mecanismos de seguimiento, control y vigilancia del cumplimiento de las sentencias, para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos que acuden a la administración de justicia. Además, de lograr una colaboración armónica entre las

---

<sup>218</sup> *Ibíd*em, pp. 10 y 11.

<sup>219</sup> *Op cit.* CONGRESO DE LA REPÚBLICA, pp. 22.

diferentes ramas del Estado, con el fin de cumplir las sentencias emitidas y generar un compromiso estatal en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos, pues de lo contrario, encontramos casos como el de La Oroya, en el cual se obtuvo un triunfo jurídico y reconocimiento fuerte de derechos por parte del TC, pero el impacto de la sentencia disminuyó notablemente frente al incumplimiento de las ordenes que establecía la sentencia y la desarticulación de las diferentes entidades estatales, dejando en el mismo estado de desprotección a los pobladores de la zona.

### 3.2.5. Caso salud mental de detenidos del INPE (STC-03426-2008-PHC/TC)

Los hechos de la sentencia los podemos concretar de la siguiente forma: La Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante sentencia de fecha 29 de enero de 2008, declaró *inimputable* al señor Pedro Gonzalo Marroquín Soto en el proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio calificado (Exp. N° 2240-2007), por padecer síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, en consecuencia lo declaró exento de responsabilidad penal, disponiéndose a su favor la medida de seguridad de internación por el plazo de 4 años, computados a partir de la fecha en que fuere internado en el correspondiente centro hospitalario.

Ante el incumplimiento del mandato judicial, el 4 de marzo de 2008, Pedro Tomás Marroquín Bravo (hijo) interpone demanda de hábeas corpus a favor de Pedro Gonzalo Marroquín Soto, y la dirige contra el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a fin de que cumpla con ejecutar la medida de seguridad de internación que ha sido dispuesta judicialmente, en consecuencia, el favorecido sea trasladado a un centro hospitalario y reciba tratamiento médico especializado, ya que, actualmente continua recluido en el Pabellón N° 11 del Penal de Lurigancho como si se tratara de una persona imputable y sujeto a responsabilidad penal, lo cual vulnera el derecho constitucional a su integridad personal.

El Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho y el Director Regional Lima, afirman que han realizado todas las acciones posibles para lograr el internamiento del señor Marroquín Soto, sin embargo, han recibido por parte de los centros hospitalarios de salud mental la negativa de admisión, bajo el argumento que no poseen la infraestructura disponible (camas) para aceptar el internamiento.

En primera instancia el Tercer Juzgado Penal de Lima Norte, con fecha 14 de marzo de 2008, declaró fundada la demanda por considerar acreditada la vulneración del derecho a la integridad física. No obstante, en segunda instancia la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, revocó la sentencia, declarando infundada la demanda por considerar que las autoridades demandadas han realizado todos los actos posibles para cumplir lo ordenado por el órgano jurisdiccional. Ante esta situación el actor presentó recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional.

El TC aplicando el principio *iura novit curia* consideró que, aunque el actor no invocó expresamente la vulneración del derecho a la salud mental, el juez constitucional tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aún cuando no se encuentre expresamente señalado en la demanda. Además, en aplicación del principio de *suplicia de queja deficiente*, que consiste en la facultad que tiene el juez constitucional de desvincularse de lo planteado en la demanda, con el fin de otorgarle eficaz protección a los derechos constitucionales lesionados, cuando por omisión o error no se ha planteado correctamente la demanda, pero se puede identificar de la voluntad implícita del recurrente. De acuerdo con lo expresado, incluyó en la demanda al Director del Establecimiento Penitenciario Lurigancho, toda vez que es el encargado de realizar los traslados de los favorecidos a los centros hospitalarios y ha comparecido al proceso, haciendo uso de su derecho de defensa en todas las etapas procesales. Teniendo en cuenta, que la demanda inicialmente estaba dirigida únicamente contra el Director Nacional del INPE (FJ N° 2 y 4).

Asimismo, el TC realizó un análisis sobre la finalidad de las medidas de seguridad decretadas en materia penal, afirmando que desde la perspectiva constitucional, la medida de seguridad de internación se justifica no sólo porque persigue evitar la comisión de futuros delitos, sino también porque *su finalidad es la recuperación de la persona*. Por ello, es una exigencia constitucional que, a fin de que dicha medida cumpla su finalidad, la persona sea internada en un centro hospitalario que cuente con tratamiento médico especializado y la adecuada atención profesional. De esta forma, prolongar la permanencia del favorecido en un lugar que carece de condiciones para el tratamiento médico especializado de este tipo de dolencias, supondría la agravación de la violación de sus derechos a la salud mental y a la integridad personal incluso hasta convertirse en irreparable (FJ N°35).

También, afirmó que si bien el derecho a la salud es un derecho social, pues su efectividad requiere de determinadas acciones prestacionales, no por ello deja de pertenecer al complejo integral único e indivisible de los derechos fundamentales. Sobre esta base el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para que bajo los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, etc., hagan viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz (FJ N° 9). Respecto a la salud mental, señaló que:

Asimismo, en cuanto al derecho a la salud mental, este Tribunal ha precisado que: i) el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud; ii) el derecho a la salud tiene como único titular a la persona humana; iii) el derecho a la salud mental tiene como contenido el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente; y, iv) la salud protegida no es únicamente la física, sino que comprende, también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana (Exp. N° 2480-2008-AA/TC, fundamento 11).<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup>Tribunal Constitucional del Perú, STC N° 03426-2008-PHC/TC, Fundamento Jurídico N° 8.

Consecuentemente, el Estado debe asumir la política de tratamiento y rehabilitación de las personas con problemas de salud mental teniendo como fundamento el respeto de todos sus derechos fundamentales, pues las personas que adolecen de enfermedades mentales (esquizofrenia, paranoia, depresión, etc.), dentro de las que se incluyen a las personas sujetas a medidas de internación se encuentran en un estado de especial vulnerabilidad. Por lo tanto, no existe duda sobre el reconocimiento de los derechos sociales (salud mental); no obstante el problema se presenta en el bajo nivel de cumplimiento, respecto a la protección real y efectiva de este derecho en los establecimientos de salud mental, por lo que, el Estado debe adoptar todas las medidas destinadas a superar dicha problemática, fortaleciendo los niveles de coordinación intra e interstitucional: Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Salud, Congreso de la República, Poder Judicial, etc. (FJ N° 19) Máxime cuando la situación de desprotección y vulneración de los derechos es reiterada y continua en el Estado Peruano, afirmando que:

Por cierto esta situación de hecho no es nueva ni aislada, sino antigua y frecuente, toda vez que la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 102 de diciembre de 2005, titulado “**Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental**”, puso de relieve que “*la falta de camas en los hospitales que brindan servicios de salud mental ha llevado a que actualmente permanezcan internadas en establecimientos penitenciarios 58 personas con enfermedades mentales. Algunas de estas personas se encuentran de manera permanente en el tópico del penal o, incluso, en celdas denominadas cuartos de meditación*”. (En: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php>).

[...]

Asimismo, otro de los factores no menos importante que impide la ejecución de las medidas de internación es la omisión del Poder Judicial, más concretamente de los jueces que conocen los procesos penales en etapa de ejecución, quienes no emiten pronunciamiento sobre los informes médicos que le son remitidos por los directores de los centros hospitalarios recomendando el cese de dicha medida. Esta situación tampoco es nueva o aislada, sino antigua y frecuente, toda vez que, la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 102 de diciembre de 2005, [...] señaló que “*aun cuando en muchos casos los directores de los hospitales emiten los referidos informes médicos, indicando que los/las pacientes se encuentran en condiciones de alta, estos informes no son tomados en consideración por los/las jueces que*

*dispusieron las medidas de internación”* En ese sentido, resulta preciso señalar que los jueces que conocen los procesos en ejecución deben cumplir con evaluar periódicamente sobre la base de los informes médicos que les son remitidos, la conveniencia o no de levantar las referidas medidas de seguridad de internación o, en su caso, la posibilidad de que dichas personas reciban tratamiento ambulatorio.<sup>221</sup>

El TC consideró que no puede alegarse deficiencias del propio Estado para evitar el cumplimiento de un mandato judicial que dispone la internación de una persona que padece una enfermedad mental a efectos de que sea sometida a un tratamiento médico especializado. Se decretó que el Ministerio de Economía y Finanzas debe incrementar el presupuesto al Ministerio de Salud, para ampliar la cobertura correspondiente en los centros hospitalarios y mejorar las condiciones de vida de las personas que adolecen de enfermedad mental. Por tanto, constituye un imperativo que se adopten las medidas inmediatas, a fin de reducir, y mejor aún, desaparecer el déficit de los recursos logísticos y otros (FJ N° 27).

Después de un detallado análisis el Tribunal constató la violación masiva y/o generalizada de varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan a un número significativo de personas que adolecen de enfermedad mental. Pero además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permitió reconocer la existencia de un *estado de cosas inconstitucional –ECI–* respecto de las personas que se encuentran sujetas a medidas de internación. En efecto, se apreció que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación y los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado (FJ N° 30).

Consecuentemente, el TC como garante último de los derechos fundamentales, consideró que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino

---

<sup>221</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC N° 03426-2008-PHC/TC, Fundamento Jurídico N° 28 y 24.

fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, el Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución (FJ N° 31).

En el presente caso, el Tribunal Constitucional del Perú emitió una sentencia estructural, en la cual haciendo uso de sus facultades constitucionales declaró el *estado de cosas inconstitucional* por ausencia de políticas públicas de tratamiento y rehabilitación de salud mental para las personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación, debido a la reiterada y conocida vulneración de los derechos fundamentales de este grupo de personas, que se encuentran en un estado de especial y grave vulneración por parte del Estado.

Por tal razón, el TC no se limitó a declarar la vulneración de los derechos del accionante, sino que decretó medidas específicas que involucraban a las otras ramas del poder, como son Legislativo y Ejecutivo para que mancomunadamente coordinaran la superación de la masiva vulneración de derechos humanos fundamentales que se venía presentando, con el fin de solucionar la situación del actor y de todos los demás reclusos (población penitenciaria con medida de seguridad de internación por padecer una enfermedad mental) que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad por estar reclusos en cárceles y no en centros hospitalarios, en los cuales se les debería otorgar el tratamiento médico necesario para lograr su recuperación.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta los efectos generales (*inter communis*) de la sentencia, que benefician a un grupo población amplio, el TC de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

señaló que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal<sup>222</sup>, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus (FJ N° 32).

En la parte resolutive de la sentencia, encontramos que en el primer numeral los efectos del fallo son *inter partes*, y no presenta mayor controversia, pues declarando fundada la demanda de habeas corpus, declaró igualmente la vulneración del derecho fundamental a la salud mental e integridad física del señor Pedro Marroquín Soto, le ordenó al Director del INPE el traslado inmediato a un centro hospitalario, asimismo, ordenó al Director del Hospital correspondiente que procediera a su admisión, superando cualquier imposibilidad material y logística, a fin de que reciba el tratamiento médico especializado.

Es en el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia, el TC en uso de sus facultades constitucionales, interviene para solucionar un problema estructural que se venía presentando con la reiterada vulneración de los derechos fundamentales de la población penitenciaria que padece de enfermedad mental, en una muestra evidente, pero necesaria, de activismo judicial declaró el *estado de cosas inconstitucional*, por la “falta de políticas de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental”, involucrando a las tres ramas del poder para la implementación de soluciones urgentes que ayuden a superar dicha vulneración constitucional, que constituye un *ECI*. Concretamente señaló:

---

<sup>222</sup> El TC ha señalado que “La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos” (Exp. N° 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

- a. Ordenar al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país.
- b. Ordenar al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación.
- c. Exhortar al Congreso de la República para que proceda a la aprobación de una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación.
- d. Exhortar al Poder Ejecutivo que adopte las medidas necesarias que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.

Al respecto, voy a resaltar principalmente los efectos de coordinación y creación de políticas públicas que tiene esta sentencia, pues el TC no podía ser ciego ante el grave problema de salud pública mental que se venía presentando en el país, en el cual cada institución involucrada –INPE, Hospitales Públicos, Ministerios de Justicia, Salud y Economía y Finanzas– se trasladaban entre ellos la responsabilidad, dejando a los ciudadanos ante un constante desamparo en la protección de sus derechos. Además, del sentimiento de frustración que padecían los ciudadanos ante el estancamiento burocrático que era casi imposible de superar. Por eso, la decisión del TC genera una expectativa en la sociedad, que insta a los diferentes órganos e instituciones públicas a coordinar y sumar esfuerzos dentro del ámbito de sus competencias, para superar el estancamiento burocrático y materializar los derechos que tienen constitucionalmente reconocidos todos los ciudadanos.

Por tal razón, los magistrados eran consientes que la simple orden de cumplir con la medida de seguridad de internación en un centro hospitalario no era suficiente, al contrario, iba a seguir siendo ineficaz y, posiblemente los actores y/o nuevas personas en las mismas

condiciones de vulnerabilidad, tendrían que acudir a los estrados judiciales para que ordenaran el cumplimiento del mandato judicial, lo cual se convertía en un tema de nunca acabar y generaba mayor sobrecarga procesal. Ante esta situación el TC, le ordenó al Ministerio de Economía y Finanzas aumentar gradualmente el presupuesto de los centros hospitalarios, y al Poder Ejecutivo, en cabeza de los ministerios involucrados que adoptaran, diseñaran e implementaran políticas públicas eficaces para superar el *ECI*.

Si nos detenemos a analizar las ordenes del TC, los magistrados no le dicen al Ejecutivo en cuánto aumentar el presupuesto ni la política pública específica que debía adoptar, pues es el Ejecutivo quien conoce a profundidad la medida más acertada a implementar, ya que la labor del juez es identificar la vulneración del derecho y convocar a todas las entidades encargadas de su protección para que coordinadamente superen la situación de vulneración. Por lo tanto, no existió una extralimitación de funciones como podría pensarse, sino una orden judicial para hacer un alto en el camino y reestructurar las políticas públicas del Estado de tal forma que no se siguiera avalando una situación inconstitucional.

Asimismo, es acertada la orden al Legislativo para regular el tratamiento, seguimiento y vigilancia de las medidas de seguridad de internación, pues es indispensable contar con parámetros claros que ayuden a solucionar el problema concreto. Es igualmente pertinente la orden al Poder Judicial para que los jueces estén atentos de los informes enviados por los centros hospitalarios, con el fin de oportunamente dar de alta a los pacientes que ya están rehabilitados o cumplieron con el tiempo estipulado en la medida de seguridad y, evitar la sobrepoblación en los centros hospitalarios, ya que, genera graves inconvenientes logísticos. Aunque parece elemental, no se estaba llevando a cabo, ocasionado graves vulneraciones de derechos tanto para los pacientes que debían ser dados de alta, pues su medida de seguridad de internación se prolongaba injustamente en el tiempo, como para los nuevos pacientes que quedaban en lista de espera, que no podían empezar a recibir el tratamiento médico adecuado y permanecían cumpliendo “una condena” en las cárceles, a pesar de que su situación fuese diferente. En suma, las medidas adoptadas, reiteran una vez

más como las ramas del poder no son islas aparte, sino son poderes independientes que deben coordinar entre sí, para lograr la efectiva protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

Adicionalmente, el TC en su fallo amplió los efectos de protección del derecho fundamental a la salud mental a todas aquellas personas que se encontraban en la misma situación de vulneración, sin necesidad de interponer una nueva demanda, decisión que contribuye a la coherencia del sistema de justicia, en garantía de la igualdad y la seguridad jurídica. Además, agiliza y acerca la administración de justicia a los ciudadanos, pues no es necesario congestionar al Poder Judicial con nuevas demandas para resolver un aspecto claro de protección de derechos humanos, por tal razón, estableció que “el *fundamento* 32 de la presente sentencia constituye doctrina jurisprudencial<sup>223</sup>”.

La sentencia ordenó un mecanismo de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la sentencia, asignándole dicha labor a la Defensoría de Pueblo, organismo que le informaría los adelantos adoptados por los entes involucrados mediante informes. Mandato que tenía como finalidad realizar el seguimiento correspondiente de monitoreo y vigilancia de la

---

<sup>223</sup> Para comprender en qué consiste la Doctrina Jurisprudencial, debemos remitirnos al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú, que señala: “[...] Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.” En concordancia con lo señalado, el TC señaló en la STC N° 4853-2004-PA/TC que: “[...] Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscriciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.” (FJ N° 15)

implementación de las políticas públicas y demás ordenes señaladas en la sentencia para garantizar la superación del ECI. Al respecto señaló:

4. Disponer que la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias constitucionales, se encargue del seguimiento respecto del cumplimiento de la presente sentencia, informando al Colegiado en el término de 90 días y emitiendo, si así lo considerara pertinente, un Informe al respecto.

Por lo tanto, considero que el esfuerzo que realizó el TC por tratar de superar la reiterada vulneración de los derechos fundamentales de la población con medidas de seguridad de internación para quienes padecen una enfermedad mental, es un avance en el nuevo rol que deben asumir los jueces y magistrados, pues sus funciones constitucionales los instan a la protección efectiva de los derechos fundamentales y a la garantía suprema de la Constitución, lo que coherentemente significa que, en aquellos casos donde sus fallos tradicionales no alcanzan para conseguir estos fines constitucionales, no pueden aceptar y consentir la grave vulneración de derechos o el estado de cosas inconstitucional - ECI, sino que deben utilizar los mecanismos y herramientas procesales, como son las sentencias estructurales, ordenes de mandato, seguimiento y verificación de los fallos, y coordinación con las otras ramas del poder, entre otras, para potenciar sus facultades con el fin de proteger a los ciudadanos y garantizarles una real administración de justicia.

Finalmente, considero necesario realizar una breve alusión al cumplimiento de las órdenes del TC, pues como se ha evidenciado en los análisis de las sentencias anteriores, sigue existiendo renuencia por parte de las otras autoridades estatales al cumplimiento integral de las órdenes del TC. En la presente sentencia, existió un cumplimiento parcial de las órdenes estructurales emitidas por el TC, situación que tiene como común denominador, en relación con los pronunciamientos anteriores, la ausencia de mecanismos adecuados de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia.

De acuerdo con el Informe del seguimiento al cumplimiento de la sentencia del TC, la Defensoría del Pueblo señaló que durante el año 2011 esta institución convocó a reuniones de la Mesa de Trabajo “Salud Mental, Derechos Humanos y Justicia”. En dichas reuniones se contó con la participación del Presidente del Tribunal Constitucional, con representantes del INPE, el Instituto de Medicina Legal, el Poder Judicial, la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, los hospitales especializados y la Organización Panamericana de la Salud-Organización Mundial de la Salud (OMS/OPS) y se conformó la Comisión Multisectorial para el seguimiento del cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad de internación<sup>224</sup>.

Por su parte, la Presidencia del Consejo de Ministros elaboró una propuesta para la conformación de la “Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de proponer una política pública de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de las personas a quienes se les ha impuesto judicialmente una medida de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental”, con el fin de formular una política estratégica para enfrentar la problemática de personas sujetas a medida de seguridad de internación; proponer una política multisectorial de atención, tratamiento y rehabilitación en salud mental; elaborar un Informe Técnico que proponga acciones concretas dirigidas a superar el estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, encontramos que la Comisión no se ha implementado<sup>225</sup>.

A partir de las recomendaciones de los Informes Defensoriales N° 102 y 140, que fueron materia de las reuniones de la Mesa de Trabajo impulsada por la Defensoría del Pueblo, la Presidencia del Poder Judicial asumió una línea de trabajo encaminada a la implementación

---

<sup>224</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ayuda Memoria - Seguimiento al cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional respecto a medidas de seguridad de internación de personas con trastornos mentales (Expediente N° 03426-2008-PHC/TC). Lima, Diciembre de 2012, pp. 2.

<sup>225</sup> *Ibidem*, pp. 3.

de las recomendaciones de la sentencia del Tribunal Constitucional. En ese sentido, el 21 de septiembre del 2011 publicó la Resolución Administrativa N° 336-2011-P-PJ, “Circular sobre la determinación y duración de la medida de seguridad de internación”, en la cual se exhortó a los jueces a pronunciarse cada seis meses respecto a la continuación, cese o variación de la medida de internación, previa pericia médica del centro hospitalario especializado o del centro hospitalario penitenciario. Adicionalmente, se dispuso que la Gerencia de Informática del Poder Judicial formule un Plan Tecnológico para el adecuado registro y seguimiento de las medidas de detención dictadas por los jueces, que está pendiente de implementación<sup>226</sup>.

Complementariamente, la Defensoría del Pueblo emitió la Resolución Defensorial N° 0019- 2011/DP, del 19 de octubre de 2011, en la cual formuló recomendaciones a las diferentes autoridades competentes para afrontar los problemas del sistema penitenciario, señalando:

Artículo Segundo.- RECOMENDAR al Ministro de Justicia, de conformidad con el artículo 80 del Decreto Ley No 25993, Ley Orgánica del Sector de Justicia:

- a) Solicitar al Presidente del Consejo Nacional Penitenciario la elaboración de un "Plan de Reforma Penitenciaria 2012 - 2021", que contenga objetivos de corto, mediano y largo plazo: cronograma de metas, financiamiento progresivo, indicadores de evaluación, medición y mecanismos de rendición de cuentas.
  - b) Solicitar con urgencia al Ministro de Economía y Finanzas, el incremento del presupuesto asignado al Instituto Nacional Penitenciario para mejorar la infraestructura, seguridad y programas de tratamiento penitenciario, construyendo 10 penales adicionales a los existentes en los próximos años.
- [...]

Artículo Cuarto.- RECOMENDAR al presidente del Consejo de Ministros, de conformidad con los artículos 17o, 18o y 19o de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, constituir, en virtud del mandato de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de agosto del 2010 (Expediente No 03426-2008-PHC/TC), una "Comisión Multisectorial para diseñar una política pública dirigida a la intervención y reinserción social de las personas con trastornos mentales declaradas inimputables", como una entidad que coordinará las estrategias de acción en la materia.

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4.

[...]

Artículo Octavo.- RECOMENDAR al Ministro de Economía y Finanzas para que, de conformidad con el artículo 6° del Decreto legislativo No183 –Ley orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas, adopte las medidas necesarias que permitan gradualmente, el incremento del presupuesto destinado a la administración penitenciaria.

Como podemos observar, las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo reiteran en buena parte la decisión estructural del TC, que no ha sido implementada por las autoridades competentes. Por lo tanto, considero que la debilidad en el cumplimiento de las ordenes del TC están referidas a la ausencia de mecanismo efectivos de seguimiento y control o lo que se ha denominado en Colombia “seguimiento cerrado o fuerte” a la ejecución de la sentencia, es decir, que el máximo Tribunal Constitucional mantiene la vigencia del caso, mediante un seguimiento constante y detallado del cumplimiento de la sentencia. Además, de la interacción pública de los diferentes actores sociales y estatales, mediante las audiencias públicas ante el máximo órgano Constitucional, con el fin de buscar soluciones y avances concretos que satisfagan y garanticen el disfrute de los derechos por parte de los ciudadanos. En suma, la implementación de mecanismos eficaces de seguimiento y control después de emitida la sentencia es un aspecto que necesita fortalecerse en el Perú para lograr el cumplimiento de las sentencias estructurales.

### **3.3. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN EL PERÚ Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD**

Es indispensable identificar el vínculo que existe entre las sentencias estructurales y la protección efectiva del derecho a la salud –que es un derecho humano fundamental, que cuenta con una faceta prestacional y ha sido catalogado como un derecho social–. Como hemos podido comprobar los avances en el litigio estructural y en la exigibilidad de los derechos sociales en las últimas dos décadas, ha contribuido al reconocimiento y protección del derecho a la salud en un gran número de Cortes y Tribunales Constitucional del mundo,

entre ellos, el Tribunal Constitucional del Perú, el cual ha señalado en su jurisprudencia el reconocimiento expreso del derecho fundamental a la salud, la protección efectiva y la exigibilidad judicial mediante acciones constitucionales para garantizar el disfrute de este derecho. No obstante, es innegable que a pesar de los esfuerzos jurídicos dentro del TC, la materialización de los derechos y el cumplimiento de las sentencias sigue siendo un obstáculo por superar. Por tal razón, la emisión de las sentencias estructurales se constituye en un mecanismo viable para la protección de los derechos humanos en general y, del derecho a la salud en particular, pues, le permite al TC supervisar y controlar la implementación de las ordenes estructurales emitidas, para ir avanzando en el cumplimiento y materialización efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos.

Si bien es cierto, el TC del Perú debe seguir afinando el uso de las sentencias estructurales para lograr producir los efectos esperados, mediante una labor más ardua de seguimiento y control en la implementación de las órdenes estructurales emitidas. Sí se constituye en un primer avance la emisión de las sentencias estructurales que realizan un reconocimiento fuerte de derechos y convocan a las diferentes entidades estatales para adoptar las medidas necesarias con el fin de amparar los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos, como sucedió en el caso de los presos con medidas de seguridad de internación por problemas de salud mental, la protección contra la contaminación masiva a los pobladores de la ciudad de La Oroya, la protección y subsidio de medicamentos a los pacientes con VIH-SIDA que se encontraban en situación de pobreza y extrema pobreza, entre otros fallos relevantes en materia de salud, que intentaron brindar una solución efectiva a los problemas de funcionamiento estatal y pretendieron lograr una protección real de los derechos humanos de los accionantes y de todas las demás personas que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad.

Adicionalmente, el derecho a la salud ha recobrado un protagonismo innegable en las sociedades modernas, considerado como un pilar fundamental para la vida y la dignidad de las personas. Además, de ser un medio para alcanzar la libertad real y para que cada

individuo desarrolle su proyecto de vida. Por tal razón, Marina Gascón señala que el reconocimiento del derecho a la salud puede considerarse un triunfo civilizatorio y un perfeccionamiento del sistema liberal de derechos, en el entendido que los derechos sociales son presupuestos para ejercer una libertad real, afirmando expresamente que:

Incluso desde una perspectiva netamente liberal se considera que la protección de la salud es (o debe ser) un *prius* moral y jurídico para el Estado. Y es que, en efecto, si los derechos de libertad representan la categoría más obvia de derechos desde el punto de vista del respeto a la dignidad de las personas, los llamados derechos sociales (la salud entre ellos) culminan ese reconocimiento al enderezarse a garantizar que la libertad formalmente proclamada sea una libertad defectiva; o si se quiere, la participación en los bienes materiales es un presupuesto necesario para que la libertad jurídica pueda convertirse en libertad real: sólo con los estómagos llenos (derechos económicos, derecho al trabajo), un techo bajo el que vivir (derecho a la vivienda), una formación al menos mínima (derecho a la educación) y unos adecuados cuidados sanitarios (derecho a la salud) podrá considerarse que los individuos cuya libertad se proclama formalmente estén realmente en condiciones de poder ejercerla. Los derechos sociales, en definitiva, son condición de la libertad. Por eso el derecho a la salud, hoy definitivamente consagrado en estos u otros términos por las constituciones de nuestro entorno cultural, constituye un hito civilizatorio de un valor incalculable. Y por eso la falta de garantía del derecho a la salud (como del resto de los derechos sociales) no deja indemne la garantía de la libertad.<sup>227</sup>

Por tal razón, debemos seguir avanzando en el reconocimiento, exigibilidad y protección efectiva del derecho a la salud en los países latinoamericanos, en los cuales tenemos aún el reto de armonizar el texto constitucional con la realidad socio-cultural que tienen nuestros países. En este contexto, el uso e implementación de mecanismos jurídicos y procesales novedosos, como las sentencias estructurales, contribuyen a proteger y materializar los derechos humanos, además de disminuir la brecha existente entre la consagración constitucional y el real disfrute de los derechos de los ciudadanos. En suma:

El progreso y el bienestar humanos siempre han ido aparejados a la protección de la salud, que precisamente por eso ha representado, al menos en las sociedades en

---

<sup>227</sup> GASCÓN, Marina. “¿Puede el Estado adoptar medidas paternalistas en el ámbito de protección a la salud?”. Parlamento y Constitución. Corte de Castilla – La Mancha: Universidad Castilla – La Mancha. Anuario 2006 – 2007, N° 10, pp. 88.

desarrollo, una de las demandas sociales más intensas. En este ámbito se ha avanzado mucho, y hoy no se pone ya en cuestión que la salud es un bien tan valioso que el Estado tiene la obligación de protegerlo, se posean o no los recursos necesarios para pagar su precio de mercado. Esta es una de las principales aportaciones del ideario del "Estado social" y por consiguiente uno de los principales sellos de identidad de los países europeos, que con unos u otros matices han hecho de la garantía de la salud una obligación estatal y con ello un derecho de los individuos.<sup>228</sup>

Como hemos podido apreciar a lo largo de la presente investigación las sentencias estructurales se constituyen en un mecanismo efectivo e idóneo de protección de los derechos humanos y del derecho a la salud en particular. Pues cuando se presentan situaciones graves de estancamiento burocrático, de omisiones constantes y generalizadas que afectan los derechos humanos de los ciudadanos, o cuando las acciones del Estado y/o particulares contribuyen a perpetuar este tipo de vulneraciones masivas, es indispensable encontrar una respuesta estatal que ayude a solucionar de forma estructural el problema sistémico que se viene presentando. Ya que, ocultar o ser indiferente ante las necesidades ciudadanas solo agrava la situación y legitima el agravio constitucional que se viene presentando.

De esta forma, la respuesta estatal viene dada en primera medida por el juez que conoce del caso, el cual no debería permanecer inactivo ni legitimar un estado de cosas inconstitucional, por el contrario, debería contribuir a la búsqueda de una solución acorde con el Estado Constitucional de Derecho; visibilizando el problema estructural, convocando y reuniendo a las partes –tanto estatales como civiles– y colaborando armónicamente con las otras ramas del poder. Por lo tanto, el juez plantea el marco constitucional en el cual deben desarrollarse las políticas públicas, y demás medidas administrativas, judiciales y/o legislativas que solucionan estructuralmente la vulneración constitucional y protegen los derechos humanos de las personas afectadas y las otras autoridades estatales, de acuerdo al ámbito de sus competencias, diseñan, desarrollan e implementan las acciones, planes,

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, pp. 87.

programas, estrategias, políticas públicas, leyes, etc., necesarias para la solución estructural efectiva.

No obstante, la labor del juez no termina allí, sino que continúa en una labor de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia, como mecanismo para otorgarle efectividad a las decisiones estructurales adoptadas y materializar la protección de los derechos humanos de los ciudadanos que acudieron a la administración de justicia, pero también de aquellos que se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad y que no necesitan acudir al proceso, porque la decisión estructural adoptada los beneficia e incluye.

Así, la decisión adoptada es solo un primer paso para contribuir a la solución estructural, ya que las siguientes acciones dependerán de las otras autoridades públicas que conforman el Estado y que representan las otras ramas del poder. Porque, el diseño, elaboración y ejecución de las políticas públicas necesarias y adecuadas para cesar la vulneración permanente de derechos humanos, serán desarrolladas y ejecutadas por los organismos competentes, respetando con ello la división de poderes, característica indispensable de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Por lo tanto, el juez no puede ni debe actuar solo, sino que es un elemento más que contribuye a la conservación del Estado Constitucional, en armonía y colaboración constante con las otras ramas del poder, acorde con la exigibilidad de los derechos humanos –civiles, políticos, sociales, económicos y culturales–. Así, podemos afirmar que:

El modelo de exigibilidad de los derechos sociales seguido, por ejemplo, en el caso de los desplazados en Colombia tuvo esas características. En ese caso, la Corte Constitucional declaró la violación sistémica de una serie de derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la salud, a la educación, a la propiedad, a la vida, a la vivienda, etcétera), pero a la vez dispuso que sea el Gobierno el responsable de llevar a cabo una estrategia para superarla. En otras palabras, si bien la Corte reconoció la violación de una serie de derechos fundamentales, no emitió una orden destinada a que el Gobierno adoptara, en la oportunidad y la forma que creyera conveniente, una fórmula para su solución, sino que emitió una orden directa mediante la cual le exigía al Gobierno tomar cartas en el asunto y hallar una solución realista para las causas subyacentes a este caso. La

Corte no le impuso al Gobierno una solución ad hoc, pero tampoco permitió que adoptara la solución que quisiera. Asimismo, la Corte le impuso al Gobierno un calendario para que se reúna, en sesiones que iban a ser supervisadas y dirigidas por la Corte, con las víctimas y sus representantes. Estas reuniones tenían como finalidad encontrar soluciones realistas, y en un plazo razonable, al problema de los desplazados, motivado por una omisión del Estado. En este caso, la Corte pensó en un modelo de exigibilidad de los derechos sociales compuesto por el reconocimiento fuerte de derechos, órdenes flexibles, que no es lo mismo que decir exhortaciones al legislador [o al Ejecutivo], y seguimiento fuerte de esas órdenes.<sup>229</sup>

De acuerdo con lo expresado, las soluciones adoptadas en las sentencias estructurales no solo tienen en cuenta a las entidades estatales involucradas, sino que los ciudadanos y demás actores sociales y/o civiles participan activamente en la búsqueda y construcción de la solución estructural adecuada. Por un lado, participan en el proceso constitucional y, por otro lado, participan activamente en las audiencias públicas de seguimiento y control, lo cual genera un espacio adicional de deliberación pública y fortalecimiento de la democracia deliberativa. En suma, los ciudadanos participan activamente en el proceso judicial y se constituyen en parte de la solución estructural, lo cual genera legitimidad y compromiso con la solución adoptada por el Estado, además de ser veedores del cumplimiento efectivo de la sentencia. Por lo tanto, las sentencias estructurales se identifican por los siguientes aspectos:

1. El juez visibiliza un problema estructural de funcionamiento u omisión del Estado.
2. El juez establece el marco constitucional que deben tener en cuenta las demás autoridades competentes para desarrollar las políticas públicas, medidas legislativas, administrativas, entre otras medidas necesarias, para brindar una solución integral.

---

<sup>229</sup> CAMPOS, Heber Joel. *¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre los derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho –PUCP, Cuaderno de Trabajo del CICAJ N°4, 2013, pp. 27.

3. Las demás entidades o autoridades competentes son las encargadas de dotar de contenido la política pública, es decir, diseñar, elaborar, implementar y ejecutar las políticas públicas y, demás medidas administrativas, legislativas y judiciales que solucionen adecuadamente el problema estructural.
4. El juez mantiene la supervisión de la implementación de la sentencia estructural, es decir, mediante mecanismos de seguimiento y control (v. gr. envío de informes, audiencias públicas, verificación *in sitio*, etc.) vigila la elaboración e implementación de las soluciones estructurales por parte de las autoridades competentes, con el fin de garantizar la protección real y efectiva de los derechos protegidos.
5. El uso de las sentencias estructurales es excepcional y con el tiempo tiende a desaparecer, pues una vez el funcionamiento del Estado se estabiliza y es acorde con la protección de los derechos humanos, la intervención del juez se minimiza o desaparece, ya que la vulneración masiva de derechos humanos y los problemas estructurales también van desapareciendo.

Finalmente, es necesario resaltar que cuando los problemas estructurales del Estado se solucionan en el ámbito interno, es decir, que las decisiones de la jurisdicción nacional son efectivas y adecuadas, no es necesario acudir a la jurisdicción internacional para lograr la protección real y el disfrute efectivo de los derechos humanos. De esta forma, el Estado se evita futuras denuncias y sanciones ante los organismos internacionales que protegen los derechos humanos, siendo una medida beneficiosa para ambas partes; por un lado, los ciudadanos obtienen la protección y reparación de sus derechos de forma oportuna y eficiente, y por otro, el Estado evita ser sancionado internacionalmente por la violación de derechos humanos de sus ciudadanos y puede enfocar los recursos económicos, administrativos y técnicos en el adecuado funcionamiento estatal y en la protección efectiva de las garantías constitucionales de un Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho.

## CONCLUSIONES

1. El derecho a la salud es un derecho humano fundamental, que pertenece a los derechos sociales y que consiste en el disfrute de *un estado completo de bienestar físico, mental y social*, que comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado y, que involucra acciones positivas y negativas por parte del Estado. Además, es un derecho exigible judicialmente ante los Estados, teniendo en cuenta que como derecho autónomo se encuentra estrechamente ligado al principio y derecho constitucional de la dignidad humana. Por lo tanto, en un Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho se hace inminente garantizar su protección y disfrute efectivo a todos los ciudadanos.
2. Sin embargo, el derecho fundamental a la salud tiene una faceta prestacional, pero eso no significa que no sea exigible o que pueda aplazarse indefinidamente en el tiempo, sino que requiere un compromiso real y acciones concretas del Estado. Asimismo, como todos los derechos humanos requieren erogación de recursos estatales para garantizar su protección y disfrute, su reconocimiento y exigibilidad dependen de la voluntad política del Estado, que decide a través de sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial cuáles derechos proteger y en qué medida.
3. Actualmente, los jueces son más activos y su rol trascendental en un Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho ha generado la creación de figuras

jurídicas y procesales (v. gr. Sentencias Estructurales, Sentencias Interpretativas, Sentencias Manipulativas, etc.), que contribuyen a la innovación jurisprudencial para lograr cumplir eficazmente su labor de guardianes de la Constitución y protectores de los derechos humanos de todos los ciudadanos. Sin embargo, los jueces constitucionales no están solos en esta tarea, sino que cada órgano y autoridad estatal se encuentra investida de competencias y habilidades específicas que se complementan y, en un sistema de *checks and balances*, deben colaborar armónicamente para conseguir los fines constitucionales. Por lo tanto, en la emisión de sentencias estructurales el juez y las otras ramas del poder trabajan armónicamente para solucionar un problema estructural que conlleva a un Estado de Cosas Inconstitucional.

4. En las sentencias estructurales el juez constitucional asume un rol activo de protección de los derechos humanos. Mediante la emisión de órdenes abiertas o flexibles que aportan al reconocimiento y protección de los derechos protegidos y, a través de mecanismos de seguimiento y control cerrados o rígidos que promueve el cumplimiento efectivo de la sentencia emitida. En este contexto, los jueces se constituyen en actores que identifican el problema estructural o sistémico del Estado, y promueven un diálogo armónico entre las entidades estatales y los actores civiles afectados, para superar el ECI e implementar una solución eficaz e integral.
5. Los efectos de las sentencias estructurales son *inter pares*, pues beneficia o afecta a las partes intervinientes y también generan efectos *inter communis*, es decir, cobija a todas las personas que se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad e influye en la actualización y fortalecimiento de las políticas públicas desarrolladas por el Estado, beneficiando a un grupo humano más amplio del que acudió inicialmente al poder judicial, con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos humanos.

6. Además, entre los efectos –directos e indirectos– que generan este tipo de sentencias encontramos el efecto de transformación jurídica, ya que forjan cambios jurídicos a través de la implementación de la sentencias estructural (v. gr. reconocimiento de derechos, la adopción de medidas legislativas, administrativas o presupuestales, entre otras). También promueven la transformación social, pues la percepción socio-cultural de los propios individuos que componen el grupo y del resto de la sociedad se ve modificada después del pronunciamiento estructural de la Corte o Tribunal. Además, existe un fortalecimiento en la democracia deliberativa, teniendo en cuenta que el máximo tribunal constitucional abre espacios de deliberación pública, donde interactúan los diferentes actores estatales y sociales, situación que ayuda a visibilizar el conflicto social y lograr su inclusión en la agenda política del Estado, para ser tratado por los canales formales de deliberación.
7. La intervención del juez está legitimada por la desprotección y afectación masiva de los derechos humanos de las personas que acuden a la administración de justicia, pero una vez que el Estado implementa las medidas necesarias y adecuadas para lograr la protección de los derechos humanos, la necesidad de la intervención del juez va disminuyendo o desapareciendo hasta llegar a un grado de estabilidad y normalidad en el funcionamiento estatal. Por lo tanto, la emisión de sentencias estructurales debe ser excepcional, solo en aquellos momentos en los cuales existe realmente un ECI independientemente de su declaración formal o no por parte de la Corte o Tribunal Constitucional, sin constituirse en un mecanismo ordinario o de uso común.
8. Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú en algunos casos pueden considerarse como sentencias estructurales, ya que intentan solucionar un problema de funcionamiento u omisión estatal para proteger los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la salud de los actores, ampliando los efectos de protección a un número mayor de personas que se encuentran en la misma situación de

vulnerabilidad. Además, en la parte resolutive se ordena a las diferentes entidades públicas la implementación de soluciones integrales. No obstante, también encontramos pronunciamientos en los cuales no existía un ECI o se pretendía ampliar los efectos de la normas demandas, avalando la situación existente.

9. La emisión de las sentencias estructurales contribuye a la protección adecuada y efectiva del derecho a la salud, y de los derechos humanos en general. La Corte Constitucional de Colombia en las diferentes etapas de desarrollo jurisprudencial ha afinado este mecanismo jurídico-procesal para producir los efectos esperados. Así, consideramos que el Tribunal Constitucional del Perú se encuentra en la primera etapa de implementación de las sentencias estructurales. Por lo tanto, en el camino que empieza a recorrer el TC es indispensable fortalecer los mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia y la participación activa de los diferentes actores sociales para lograr producir los efectos esperados de protección efectiva de los derechos humanos.
10. Finalmente, aún queda mucho por avanzar en materia de protección, garantía y respeto de los derechos humanos en Latinoamérica, especialmente sobre el derecho a la salud. Pero podemos afirmar que el uso de las sentencias estructurales por parte del máximo órgano constitucional, Corte o Tribunal Constitucional, contribuye a la protección de los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos, constituyéndose en un mecanismo idóneo e innovador para su protección.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

ALVITES, Elena. *Contenido del derecho a la salud como base para la política nacional de salud*. En *Gaceta Jurídica. La Constitución comentada*, Lima: Gaceta Jurídica S.A., Tomo I, segunda edición, 2013

AJA, Eliseo y otro. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998.

BARACK, Aharon. *The judge in a Democracy*. Nueva Jersey: Princeton University Press. 2006.

CAMPOS, Heber Joel. *Control Constitucional y Activismo Judicial*. Lima: ARA Editores, 2012.

CAMPOS, Heber Joel. *¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho – PUCP, Cuaderno de Trabajo del CICAJ N°4, PUCP. 2013.

CÁRDENAS, BLANCA RAQUEL. *Contornos jurídico-fáctico del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita – Universidad Externado de Colombia, 2011.

CLEMENTS, Luke y SIMMONS, Alan. “El tribunal Europeo de Derechos Humanos: Malestar Receptivo”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

COURTIS, Christian. “Argentina: Algunas señales prometedoras”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

CUERVO, Jorge Iván, Hernández, Andrés y otros. *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2012.

DÍAZ REVORIO, Francisco. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

DÍAZ REVORIO, Javier Francisco. “Hacia una Jurisdicción Supranacional de los Derechos Humanos en Europa: Luces y sombras en la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Uribe Álzate, E. y Carrasco, P. J. *Tendencias actuales de la justicia constitucional en el mundo*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2011.

DWORKIN, Ronald. “La lectura moral y la premisa mayoritaria”. En HONGJU, Koh y SLYE, Ronald. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa Editorial S.A., 2004

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta S.A., 2002.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. “¿Puede el Estado adoptar medidas paternalistas en el ámbito de protección a la salud?”. *Parlamento y Constitución*. Corte de Castilla – La Mancha: Universidad Castilla – La Mancha, N° 10, Anuario 2006 – 2007.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HAMILTON, A., MADISON, J. y otro. *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010.

HENAO, Juan Carlos. *El juez constitucional un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional, Bogotá D.C., segundo semestre 2013, Vol. 15, N° 29.

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

LAMPREA, Everaldo. *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, 2011.

LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

MELISH, Tara. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los Derechos Humanos”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

MELISH, Tara. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: La defensa de los derechos sociales mediante demandas basadas en casos particulares en Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

MÉNY, Ives y THOENIG, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Madrid: Ariel, 1992.

MZINKENGE CHIRWA, Danwood. “Sistema Regional Africano de Derechos Humanos: La promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

NINO, Carlos. “Sobre los derechos sociales”. En CARBONELL, Miguel. *Derechos Sociales y Derechos de las minorías*. México: Porrúa-UNAM, 2001.

NIKKEN, Pedro. “El concepto de los derechos humanos”. En IIDH. *Estudios básicos de Derechos Humanos I*. San José, Costa Rica, 1994.

PISARELLO, Gerardo. “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo””. En COURTIS, Christian. *Desde Otra Mirada*. Buenos Aires: Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2009.

PIOVESAN, Flavia. “BRASIL: Repercusiones y retos de los derechos sociales en los tribunales”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

PÉREZ, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”. En PÉREZ, Luis Eduardo y otros. *Los Derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá D.C.: DeJuSticia, IDEP, 2007.

RODRÍGUEZ, César. “Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. En RODRÍGUEZ, Cesar y otros. *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad de Los Andes, 2009.

RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana. *Cortes y Cambio social, cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Colección DeJusticia, 2010.

RODRIGUEZ, Cesar y RODRÍGUEZ, Diana. “Un giro en los estudios sobre los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”. En ARCIDIÁCONO, Pilar y otros. *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá D.C.: Editorial Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales – CELS y LAEHR. 2010.

SALMÓN, Elizabeth. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Primera Edición, 2010.

SAFFON, María Paula, GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario*, Bogotá D.C., enero – junio 2011, vol. 13 N°1.

SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2000.

SEPULVEDA, Magdalena y RODRIGUEZ, Cesar. “COLOMBIA: La Corte Constitucional y su contribución a la Justicia Social”. En LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 2013.

TRUJILLO, Carlos y TORRES, María Lucía. *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre salud en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, César. “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”. En PÉREZ, Luis Eduardo. *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá D.C.: DeJusticia, IDEP, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.

## MEDIOS ELECTRÓNICOS:

ATRIA, Fernando. *¿Existen los derechos sociales?* Fecha de consulta: 22 de octubre de 2013. Ver en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf>.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ver en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Ver en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N°76/09, Petición 1473 de 2006, Admisibilidad Comunidad de La Oroya – Perú, 5 de agosto de 2009. Ver en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru1473-06.sp.htm>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 14 (2000). Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Ver en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 3 (1990). Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Ver en: [http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3](http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión de pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Grupo de Trabajo Ambiente y Ecología. Informe Parlamentario *El problema de la salud pública ambiental en La Oroya*. Lima, junio de 2007. Ver en: <http://elecochasqui.files.wordpress.com/2009/05/congreso-de-la-republica-el-problema-de-salud-publica-ambiental-en-la-oroya-junio-2007.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. República del Perú. Decimosexto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo. Enero – Diciembre de 2012. Ver en: [http://www.congreso.gob.pe/dgp/didp/boletines/03\\_2013/imagenes/constitucional/1.Decimosexto-Informe-Anual.pdf](http://www.congreso.gob.pe/dgp/didp/boletines/03_2013/imagenes/constitucional/1.Decimosexto-Informe-Anual.pdf)

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. República del Perú. Ayuda Memoria - Seguimiento al cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional respecto a medidas de seguridad de internación de personas con trastornos mentales (Expediente N° 03426-2008-PHC/TC). Lima, Diciembre de 2012.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. República de Colombia. La tutela y el derecho a la salud 2012. Fecha de consulta Octubre 30 de 2013. Ver en: <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutelaDerechoSalud2012.pdf>

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, publicado el 16 de diciembre de 2004, C-310. Fecha de consulta: Noviembre 18 de 2013. Ver en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0041:0054:ES:PDF>

EL COMERCIO. *Elecciones complementarias en Lima costarán cerca de s/. 100 millones*. Fecha de Publicación: 15 de Agosto de 2013. Ver en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1617851/noticia-elecciones-complementarias-lima-costaran-cerca-100-millones>

GIDI, Antonio. Class Action y “amparo colectivo” in Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Ver en: [www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc](http://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc)

FIDH - Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos. *Complejo Metalúrgico de La Oroya: Donde la inversión se protege por encima de los derechos humanos*, pp. 17 – 19. Ver en: [http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe\\_la\\_oroja.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_la_oroja.pdf)

JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. *Intervención judicial en cárceles*. Foro Constitucional Iberoamericano, N° 12, Año 2005/2006, p. 156. Ver en: <http://www.idpc.es/archivo/1208279467FCI12AFJ.pdf>

JP MORGAN, *The Euro area adjustment: about halfway there*, Europe Economic Research. Ver en: <http://www.legrandsoir.info/IMG/pdf/jpm-the-euro-area-adjustment--about-halfway-there.pdf>

LA REPÚBLICA. *ONPE: Consulta de revocatoria en Lima costará s/. 69 millones*. Fecha de publicación: 30 de Octubre de 2012. Ver en: <http://www.larepublica.pe/30-10-2012/onpe-consulta-de-revocatoria-en-lima-costara-s-69-millones>

REVISTA SEMANA. *La bomba 'carcelaria' explotó*. Fecha de publicación: 1 de febrero de 2014. Ver en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/crisis-carcelaria-una-bomba-de-tiempo-que-explota/375789-3>

RODRÍGUEZ, César. “El Activismo Dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, volumen 14 (Diciembre de 2013). Ver en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Class Action. Una solución al acceso a la justicia*. Ver en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/58/art/art7.pdf>

TUESTA, Fernando. *La democracia tiene un costo: hacer elecciones*. Oficina Nacional de Procesos Electorales –ONPE. Ver en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/DA44F090B9402DC1052575A60078F4B7/\\$FILE/1hacer.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/DA44F090B9402DC1052575A60078F4B7/$FILE/1hacer.pdf)

SAAVEDRA, Yuri. *El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los pueblos. Prolegómenos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ver en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf>

USECHE, Bernardo. *La reforma del Sistema de salud de Juan Manuel Santos: reingeniería neoliberal*. Ver en: [http://www.cut.org.co/pdf/dpto\\_salud/reformasalud2013/reforma\\_juanmanuelsantos-bernardouseche.pdf](http://www.cut.org.co/pdf/dpto_salud/reformasalud2013/reforma_juanmanuelsantos-bernardouseche.pdf)

VARGAS, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, Año 1, N°1 ISSN 0718-0195. Ver en: [http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista\\_ano1/revista\\_ano1\\_11.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf)

VELASCO, Juan Carlos. “Democracia y deliberación pública”. Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político, México, 2009, n° 6. Ver link: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/23050/1/Democracia%20y%20deliberaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20-%20CONFLUENCIA%20XXI%206%202009.pdf>

### **JURISPRUDENCIA:**

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jurisprudencia del Sistema Regional Africano de Derechos Humanos

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

