

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**MAESTRÍA EN DERECHO**



**EL CONTRASTE DE LOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE  
ESTADO NEOLIBERAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN  
SALUD COLOMBIANO, A LA LUZ DE LAS TEORÍAS DE AMARTYA SEN Y  
ROBERT NOZICK**

**Nicolás Guzmán**

**Directora**

**Adriana Camacho Ramírez PhD.**

*A mi abuela Soledad, cuya luz brilla eternamente en el firmamento.*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS .....	5
RESUMEN .....	5
INTRODUCCIÓN .....	6
REFLEXIONES PRELIMINARES Y CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD ...	15
la crisis sistémica del sistema de salud colombiano y su abordaje académico .....	16
El curioso mercado del sistema de salud.....	22
El análisis económico del derecho: la teoría del “rational choice” .....	23
La génesis del mercado de la salud en Colombia.....	26
Características del sistema de salud colombiano .....	34
La regulación de la autorización para la prestación del servicio de salud .....	43
Los requisitos habilitantes y la inexistencia del valor del dinero en el tiempo en el sistema de salud .....	61
Conclusiones preliminares .....	73
DE LA TEORÍA JUSTICIA DE AMARTYA SEN AL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	80
Teoría de la justicia de Amartya Sen .....	81
Hermann Heller y el Estado Social de Derecho .....	91
La materialización de la teoría de justicia de Amartya Sen y el modelo de Estado Social de Derecho en la seguridad social y la salud .....	103
DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE ROBERT NOZICK AL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.....	118
Consideraciones acerca del Estado mínimo en Robert Nozick.....	119
Teoría de la justicia de Robert Nozick .....	127
Características del modelo de estado mínimo de Robert Nozick.....	133
La materialización de la teoría de Robert Nozick y el modelo de estado neoliberal en la seguridad social y la salud.....	137
LA TENSIÓN ENTRE LOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE ESTADO NEOLIBERAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COLOMBIANO. ....	155
Importancia e implicaciones de la pregunta sobre la relevancia moral de la salud. ....	156
El contraste de los planteamientos abordados .....	159
La tensión entre los planteamientos abordados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.....	166
CONCLUSIONES .....	176

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACHC	Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas.
ADRES	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
EABP	Entidades Administradoras de Planes de Beneficios.
EPS	Empresa Promotora de Salud.
ESE	Empresa Social del Estado.
Fogacoop	Fondo de Garantía de las Entidades Cooperativas.
Fogafin	Fondo de Grantías de Instituciones Financieras
Fosyga	Fondo de Solidaridad y Garantía
IPS	Instituciones Prestadoras de Salud.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OEI	Organismos Económicos Internacionales.
OMS	Organización Mundial de la Salud
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud.
TES	Títulos de Tesorería o deuda pública.
Unicef	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UPC	Unidad de pago por capitación.

## AGRADECIMIENTOS

A Dios y a mis padres, por estar incondicionalmente de mi lado, incluso cuando yo mismo me debatía en mi contra. A mi hermano, por la bendición de su existencia. Y a mi familia, por enriquecer mi vida.

A mis fraternos amigos, la familia que escogí en el camino.

A la doctora Adriana Camacho, por su inagotable paciencia en la construcción del presente trabajo de investigación. Al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, fuente inagotable de conocimiento y cuna de egregios hombres. Y a todos quienes se tomen el esfuerzo de leer el presente trabajo de grado.

Gracias eternas.

## RESUMEN

El presente trabajo propone una lectura de la crisis sistémica del sistema de salud colombiano en clave de las teorías de la justicia que subyacen a su estructuración como institución. Erigiéndose como alternativa a la tendencia de atribuir las causas de esta crisis a la prevalencia de las lógicas mercantiles por sobre la garantía de los derechos.

Con lo cual, se centra en analizar las características del sistema de salud colombiano con relación a su adecuación con el modelo del mercado competitivo, deduciendo sus fuertes inconsistencias. Para luego, proponer una discusión con respecto a las teorías de la justicia y modelos de Estado, que fundamentan los principios jurídicos y constitucionales que se yerguen como sustento del sistema. Y concluir, con base en esta tensión interna, que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano se dan cita los modelos de Estado Social de Derecho y Estado neoliberal, materializados en los principios de Solidaridad y Sostenibilidad Financiera, y cimentados en las teorías de la justicia de Amartya Sen y Robert Nozick, respectivamente; cuya conjunción en un mismo sistema normativo e institucional explica en buena medida varios de los fenómenos de crisis estructural evidenciados.

**Palabras clave:** crisis sistémica, sistema de salud, teorías de la justicia, Estado Social de Derecho, Estado neoliberal, principio de solidaridad, principio de sostenibilidad financiera, Amartya Sen, Robert Nozick.

## INTRODUCCIÓN

Hay una indiscutible situación de crisis, casi perpetua, en lo que respecta a la prestación de los servicios derivados del sistema de salud colombiano. Son muestra de ello: las frecuentes negaciones de servicios de salud, la constante inconformidad de los ciudadanos en lo que a la atención en salud refiere, el “paseo de la muerte”, las fallas en el cuidado de la salud, la baja calidad y eficacia de la atención en salud, la apelación constante a la tutela y al desacato para acceder a servicios básicos; y las denuncias de carteles y hechos de corrupción en todos los niveles de la administración del sistema (Gran Junta Médica Nacional, 2018).

Todo esto justifica que la salud perviva como uno de los temas que más preocupa a los colombianos en las encuestas de opinión (Invamer, 2019). Situación que cobró un nivel más imperante de relevancia con el advenimiento de la pandemia causada por el rápido esparcimiento del virus SARS-CoV-2. Cuyas consecuencias en la salud pública mundial pusieron al límite el funcionamiento de los sistemas de salud y reavivaron las discusiones con respecto a su naturaleza, modelos, financiamiento y estructura.

En el particular caso colombiano, tras casi tres décadas de su implementación, el Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha logrado resolver de fondo los problemas relacionados con la cobertura, el acceso a la salud, la efectiva atención de las necesidades en salud de la población y en general las demandas sociales que la ciudadanía deposita en su funcionamiento.

A pesar de ello, altos funcionarios gubernamentales como el Superintendente de Salud, Fabio Aristizábal, han señalado en variadas ocasiones que el problema no reputa un carácter sistémico, y que alude más bien al comportamiento errático de algunos actores o a problemas puntuales de financiación (Semana, 2019). Otros incluso, como el exministro de salud Alejandro Gaviria, han descartado la existencia misma de una crisis, destacando los avances en la prestación de servicios y la cobertura del sistema (El Espectador, 2015).

Sin embargo, la academia a lo largo de varios años ha acusado la existencia de distintos problemas que dan cuenta de lo que parece ser una crisis de carácter estructural y sistémica, que no meramente coyuntural. La permanencia de un sistema fragmentado (Barrera, 2017, pág. 72); la falta de oportunidad en los componentes de la prestación del servicio, reconocida incluso por las autoridades estatales, que se erige como impedimento para la accesibilidad y disponibilidad del derecho a la salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013); la diferencia entre cobertura y acceso real a los servicios de salud (Vargas et al., 2010) y la eventual disminución de este último indicador (Ayala, 2014); la falta de sostenibilidad financiera; las interminables trabas burocráticas que obligan a los usuarios a congestionar el sistema judicial para lograr, por medio de tutelas, la prestación de los servicios que están incluidos en los planes de beneficios (Barrera, 2017, pág. 58); y la perenne crisis hospitalaria causada por la creciente cartera morosa del sistema (Restrepo et al., 2020). Suelen ser los argumentos que se esgrimen para defender esta afirmación.

En el estudio de las causas que fundamentan esta crisis de carácter estructural, buena parte de la doctrina ha estribado a la conclusión de que su génesis resulta de la introducción en el sistema de

salud de lógicas propias de los sistemas de mercado, en un fenómeno denominado como la mercantilización de la salud. Según estas perspectivas, este fenómeno de mercantilización del sistema de salud tiene su origen en la promulgación de la Ley 100 de Seguridad Social en 1993, que cambió el modelo de salud y dio preeminencia al aseguramiento; dando lugar a un “sistema que sigue los lineamientos del “pluralismo estructurado” o “mercado regulado” o “mixto regulado” o “cuasipúblico” y que reposa en los principios de la economía neoclásica buscando resolver el debate entre Estado o mercado en salud” (Barrera, 2017, pág. 27).

Así por ejemplo, autores como Álvaro Franco sostienen que la fragmentación del sistema de salud colombiano se explica por la implementación de lógicas mercantiles en su funcionamiento (Franco, 2011, pág. 3). Igualmente, se sugiere que la mercantilización de la salud obra en detrimento del ejercicio de los derechos relacionados con el sistema, de la equidad y de la calidad de los mismos (Bazzani, 2011, pág. 13). Y que, en términos generales, la anteposición de criterios estrictamente comerciales impide la garantía del derecho fundamental a la salud para la totalidad de la población (Barrera, 2017, pág. 34).

La situación de disyuntiva entre el derecho y la mercancía se evidencia no solo en la academia, pues bien, incluso las altas cortes colombianas han reconocido que existe una evidente dicotomía entre el derecho y el mercado, “según la jurisprudencia, la salud, al igual que la educación, es un bien correspondiente a un derecho humano fundamental, no una mercancía. [...] es el Estado quien tiene la obligación de garantizar la prestación del servicio público de salud” (Barrera, 2017, pág. 79). Así pues, en sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional identificó como causantes de la crisis en el sistema de salud la carencia de certeza en lo que respecta a qué servicios se encuentran cobijados o no por el mismo, y señaló que la inclusión o la exclusión de estos servicios se amparaba más en criterios político-económicos de interpretación asociados a un razonamiento de costo-beneficio propio de las actividades mercantiles, que en criterios sociales relacionados con la garantía de derechos fundamentales; incluso cuando estos estuvieran reconocidos, constitucional, legal y normativamente (Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, 2008).

Esta aparente preponderancia de las lógicas mercantiles sobre el ejercicio de los derechos resulta altamente problemática. Pues bien, es evidente a todas luces que, si el ejercicio de los derechos es un asunto connatural al humano, este no puede estar sometido a las lógicas mercantiles, ni mucho menos a la capacidad económica de las personas. Este dilema se exagera en lo que refiere al derecho a la salud, pues su ejercicio depende de la prestación efectiva de varios servicios como la atención médica, el acceso a medicamentos, tratamientos y tecnologías, que presuponen una acción positiva de la sociedad, al igual que una destinación constante de recursos.

Sin embargo, en el desarrollo de la investigación, como se demostrará con profusión en las reflexiones preliminares del presente texto, se hizo cada vez más evidente que el funcionamiento del sistema de salud colombiano, si bien no se compadecía con una lógica de garantía de derechos fundamentales, tampoco lo hacía, y por mucho, con las lógicas ortodoxas del libre comercio y del mercado. Pues bien, lo que se evidenció es que el sistema de salud colombiano no solo adolece de las fallas estructurales propias de todos los sistemas de seguros de salud en el mundo, como las de selección adversa y riesgo moral; sino que, por la particularísima manera en la que está regulado, el sistema carece de libre competencia, promueve la integración vertical, las prácticas rentistas, la

competencia desleal, el constreñimiento al consumidor, erige trabas burocráticas de acceso, y en términos generales incentiva las prácticas anticomerciales.

Por ello, el argumento en favor de la prevalencia de lógicas mercantiles sobre la garantía de los derechos parecía palidecer, dada la inexistencia de estas, al menos en lo que a la ortodoxia liberal refiere, en el funcionamiento del sistema de salud. Esta evidencia fomentó la necesidad de plantearse nuevos interrogantes, pues bien, si las fallas estructurales del sistema de salud no se adeudan al privilegio de las lógicas mercantiles por encima de la garantía de los derechos, entonces, ¿cuál es su verdadera causa?

Ello implicó entonces la necesidad de inquirir de forma más profunda en los fundamentos propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano. De ahí que, el curso de la investigación viró hacia un cuestionamiento más de fondo en lo que a los principios fundamentales del sistema refiere. El estudio de la estructura misma del sistema se tornó en el objeto de estudio, en aras de determinar la existencia, o inexistencia, de las lógicas servían como fundamento de su funcionamiento. Pues bien, se hipotetizó que, de no existir un único sistema de pensamiento que sustentara el funcionamiento complejo del sistema de salud, la conclusión evidente es que en este sistema coexisten de forma concomitante varios sistemas, o modelos de pensamiento. Varias formas en las cuales se estructuran los objetivos que este sistema debe perseguir, la manera en la cual se debe direccionar el comportamiento de sus actores y los diversos arreglos que determinen cuáles son las demandas sociales que se pretenden atender; al igual que la forma de atenderlas.

Cuando se alude a estructuras de pensamiento que fundamentan el funcionamiento del sistema de salud, se habla de proposiciones más profundas y de base, que versan sobre el papel mismo del Estado frente a la sociedad. Pues su disposición conceptual no se concentra en la forma en la cual una norma o institución particular opera sobre las acciones de los miembros de una sociedad, sino más bien, sobre la manera en la cual han de constituirse estas normas o instituciones. Es decir que sus disquisiciones se centran en la forma en la cual se modelan las estructuras que condicionan el comportamiento de los individuos dentro de una sociedad moderna, un Estado moderno; en otras palabras, son diferentes modelos de Estado. En este sentido, el objeto de estudio de la actual investigación atiende a la forma en la que distintos modelos de Estado resultan en la estructuración de las normas del sistema de salud.

Para ello, lo que se plantea es una discusión de fondo con respecto a las implicaciones de la aplicación de los principios constitucionales que regulan la estructuración de las normas del sistema. Al considerar que una Constitución Política en atención a su condición de norma de normas, determina los lineamientos y límites que han de tener las normas e instituciones que regulan una sociedad o un Estado moderno.

Pues bien, se evidencia que el texto constitucional de 1991, producto de un proceso político constituyente, que no de una imposición como resultado de una victoria militar en un conflicto - como había ocurrido con varios textos constitucionales en la historia nacional<sup>1</sup>- conjuga dentro de

---

<sup>1</sup> Como lo advierte Julián Darío Bonilla, en varios episodios de la vida nacional el proceso constitucional surgió debido a la finalización de una guerra civil que enfrentó grupos políticos ideológicamente opuestos. Ejemplo de ello son: la Constitución Política de 1843 como culminación de la que se conoce como la “Guerra de los Supremos” entre 1839 y

sí variadas posiciones ideológicas acerca del papel que debe cumplir el Estado en la sociedad. En otras palabras, por el mismo proceso de formación del texto constitucional, producto de una Asamblea Nacional Constituyente en la que confluyeron distintas fuerzas políticas, muchas de ellas contrarias entre sí, la Constitución Política de 1991 no se decanta por un único modelo de Estado.

Esta pluralidad de modelos de Estado entremezclados en un mismo texto constitucional se refleja en el diverso tratamiento que se le brinda en éste a situaciones como la propiedad privada, la libertad de empresa, los derechos sindicales y laborales; y en lo que a esta investigación concierne: la seguridad social en salud.

Este dilema lo describe la profesora Elsy Luz Barrera, cuando advierte:

El dilema sobre el modelo a seguir se debate entre un modelo basado en la racionalidad económica del mercado y un modelo que garantice el derecho fundamental a la salud. En el primer escenario, se corre el riesgo de no atender a toda la población con calidad, disponibilidad y accesibilidad esperada; y con el segundo se corre el riesgo de no lograr la sostenibilidad financiera para dar continuidad al modelo (Barrera, 2017, pág. 35).

En ese sentido, el trabajo de tesis propuesto está enfocado en centrar la discusión alrededor de una disquisición de carácter teórico con respecto a dos modelos de Estado que tienen presencia en el texto constitucional, a pesar de que defienden posturas opuestas con respecto al papel del Estado en la sociedad y las funciones que ha de asumir.

Ya que, existen en el texto constitucional disposiciones que plantean un modelo de Estado Social de Derecho que propende por la acción positiva del Estado en la garantía no solo de los derechos y libertades civiles y políticos, sino de los derechos Sociales Culturales y Económicos. A la vez de disposiciones que se decantan por un modelo neoliberal del Estado en el que se permite la participación del sector privado en la prestación de los servicios públicos, la desregulación de los mercados, el desmonte de las estructuras arancelarias y en general el progresivo encogimiento del aparato estatal.

Mientras el modelo de Estado Social de Derecho se define como aquel que “acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles” (Villar Borda, 2007, pág. 82). Por lo que propende por una participación activa del Estado en el entramado social, en aras de garantizar a sus ciudadanos unos mínimos de existencia con el objetivo último de lograr una igualdad superior a la meramente formal, que equipare a los miembros de la sociedad, al menos en lo que respecta a sus oportunidades de vida y subsistencia (Villar Borda, 2007, pág. 84). El modelo de Estado neoliberal, surgido a partir de lo que se denomina como la crisis del Estado social, busca reducir a sus mínimos necesarios la participación del Estado en la sociedad; proscribiendo cualquier intervención del Estado en el mercado, bajo la idea de que la intervención causa un desequilibrio mucho más injusto

---

1842; la Constitución de 1853, producto de la guerra civil de 1851; la constitución de Rionegro de 1863, producto de una nueva guerra civil que confrontó a las élites regionales del sur del país con el poder central; y la Constitución Política de 1886, producto de la guerra entre los radicales y regeneracionistas, que terminó con la victoria de los últimos (Bonilla, 2019).

que el que pretende solucionar (Murta, 1997, pág. 310). De modo que, “los gastos e ingresos públicos deben ser moderados para dejar máxima libertad al sector privado” (Murta, 1997, pág. 310).

En lo que al sistema de salud concierne, esta diferencia se ve materializada en la redacción del Artículo 48 constitucional que regula lo referente al funcionamiento de la seguridad social. Y en la cual se regula a la seguridad social como un servicio público, un derecho irrenunciable en sujeción al principio de solidaridad; pero en el que se permite la participación de los particulares en la prestación de los servicios y se instituye un principio de sostenibilidad financiera como regulador del sistema:

ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

[...]El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la Ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas (Constitución Política de Colombia.,1991, art.48).

Así las cosas, el presente texto pretende abordar la idea de que en la concepción constitucional del SGSSS se contrastan dos modelos de Estado diametralmente opuestos: el Estado Social de Derecho y el Estado neoliberal, y que producto de esta contradicción se formuló un sistema de carácter ecléctico cuyos resultados distan de las expectativas que la sociedad deposita en él.

La evidencia de esta contradicción entre los modelos de Estado planteados se aterriza en dos de los principios rectores, en términos constitucionales, del Sistema General de Seguridad Social, siendo estos: el principio de solidaridad, por un lado, y el principio de la sostenibilidad financiera por el otro.

No obstante, se entiende de facto que el desarrollo de lo que hasta acá se ha planteado como modelos de Estado en contraste, es uno de carácter puramente teórico, que no legal ni constitucional. Pues el busilis de la discusión se centra en las diferentes posiciones ideológicas y teóricas con respecto al papel que debe cumplir un Estado en la sociedad; y las ideas de justicia que subyacen a estas proposiciones ideológicas.

De manera que, en esta investigación se advierte que la definición de las posturas ideológicas y teóricas, en lo concerniente al papel que debe cumplir un Estado en la sociedad, parte de un juicio, si se quiere, mucho más fundamental, con respecto a lo que se entiende como justo e injusto y al ideal de justicia que como sociedad se pretende perseguir. Pues bien, todo sistema o modelo de Estado se materializa, especialmente en las sociedades modernas, en la forma de instituciones - entendidas como conjuntos de normas (North, 1989)- cuyo propósito es la regulación y modelación

del comportamiento de los miembros de una sociedad. Esta regulación o determinación de los comportamientos sociales se fundamenta, en últimas, en un juicio de valor con respecto a lo que se considera como comportamientos adecuados, a los que se fomenta, o inadecuados, frente a los que se estipula una sanción para desincentivarlos.

El juicio de adecuación de un comportamiento se estructura, entonces, con base a un concepto determinado de lo que se considere como justo o injusto, es decir sobre una teoría particular de la justicia. Es por ello que en el presente texto no simplemente se contrastarán dos modelos particulares de Estado, sino que se inquirirá de forma más profunda en la discrepancia de las teorías de justicia que subyacen detrás de estos modelos y surten las veces de criterio de justicia para juzgar la adecuación de los comportamientos sociales y de forma subsiguiente estructurar las normas que los regulen.

De manera que, se justifica el énfasis propuesto, para este trabajo investigativo, en el contraste de autores que desarrollan dos teorías de la justicia abiertamente diferentes, habida cuenta de que conceptualmente se ubican en los polos opuestos de la discusión propuesta: Amartya Sen preponderando la igualdad por encima de la libertad; y Robert Nozick sosteniendo lo contrario.

Toda vez que, entendidos los modelos de justicia contrastados en los autores señalados, es evidente que el papel que cada uno le otorga al Estado dentro la sociedad será el de materializar su propio concepto de justicia, bien sea participando activamente para lograrlo o apartándose de la ecuación para permitir que este surja como resultado autónomo del intercambio social.

Este trabajo de investigación se suscribe, en este sentido, en la tendencia de analizar los sistemas de salud con base en una mirada más profunda relativa a las teorías de justicia que operan como su fundamento, en la que se inscriben autores como Norman Daniels (2008) en su libro “Just Health. Meeting Health Needs Fairly”, en el que realiza sendas reflexiones sobre la relevancia moral de la salud, y adopta la teoría de Rawls para abordar los juicios acerca de las diferencias en el acceso a los servicios en salud; Emily Benfer (2015) con su artículo : “Health Justice: Framework (And Call Action) Elimination Of Health Inequity And Social Injustice” en donde analiza algunos de los determinantes sociales de la salud, y sus implicaciones en lo que a la obtención de servicios refiere; Alejandra a Zúñiga-Fajuri con su texto “Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud”, en el que compara dos teorías de la justicia (el liberalismo y el liberalismo igualitario) para evaluar los fundamentos morales del derecho al cuidado sanitario (2011). Al igual que autores como Jesús Ortega y Jorge González en su texto “Concepciones de justicia en el sistema de salud colombiano” que presenta un análisis crítico del sistema de salud colombiano desde las teorías de la justicia de Amartya Sen y John Rawls (2017).

Así las cosas, el tema concreto que se pretende abordar en el presente texto es la tensión existente entre los principios constitucionales de Solidaridad y Sostenibilidad Financiera en el Sistema colombiano de Seguridad Social en Salud y su relación con los modelos de Estado Neoliberal y de Estado Social de Derecho; materializado en la pregunta: ¿Cómo se contrastan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano los modelos de Estado Social de Derecho y el

modelo de Estado neoliberal, presentes en la Constitución Política de 1991, a la luz de las teorías de Amartya Sen y Robert Nozick?

Frente a este cuestionamiento se eleva la hipótesis de que: en el Sistema General de Seguridad Social en Salud los modelos de Estado Social de Derecho y Estado Neoliberal se contrastan en la existencia de los principios rectores de Solidaridad y Sostenibilidad Financiera, que tienen como sustento teórico posturas ideológicas opuestas; y que al conjugarse en un mismo cuerpo generan un sistema de carácter ecléctico en su naturaleza cuyos resultados distan de las expectativas que deposita la sociedad en él, engendrando un estado de crisis permanente y un deficiente funcionamiento.

Habida cuenta de la naturaleza preminentemente teórica de la investigación planteada, para determinar la validez de la hipótesis propuesta el desarrollo metodológico de la investigación se basó en un análisis cualitativo en el que se busca dilucidar la relación existente, si la hay, entre los principios de sostenibilidad financiera y de solidaridad y los modelos de salud que de ellos derivan, con los modelos de Estado Social de Derecho y de Estado Neoliberal, fundamentados respectivamente en las teorías de la Justicia de Amartya Sen y de Robert Nozick.

Como se ha explicitado, el busilis de la discusión propuesta en el presente trabajo de investigación se centra en la tensión existente entre dos principios constitucionales y su relación conceptual con diferentes teorías de la justicia. En ese sentido puede decirse sin temor a equívocos que lo que se presume de fondo en el presente documento es la existencia de una conexión conceptual necesaria, como lo destaca Ródenas, entre el derecho y la moral (2017, pág.17). En ese orden de ideas, la presente investigación se inscribe en el paradigma postpositivista, en el sentido dworkiniano, basado en la vinculación entre el razonamiento práctico y el razonamiento jurídico (Ródenas, 2017, pág. 35).

Este paradigma científico de investigación adopta unas determinadas posturas frente a algunas cuestiones de relevancia jurídica que resulta conveniente poner de presente: en lo que respecta a las fuentes sociales del derecho, sostiene que los principios jurídicos únicamente pueden ser identificados mediante la interpretación constructiva como miembros de único conjunto de principios que mejor se adapta y mejor justifica la historia institucional completa de un derecho establecido, de un orden jurídico (Ródenas, 2017, pág. 19).

En lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral, sostiene que el derecho se encuentra necesariamente unido a fundamentos morales; es decir, los enunciados de derechos y obligaciones jurídicas solo pueden tener sentido si hay algún fundamento moral para afirmar su existencia (Ródenas, 2017, pág. 19). Y frente a la relevancia de los principios jurídicos sostiene que ocupan un lugar de privilegio entre los conceptos básicos del derecho con lo cual, “cuestiones relativas a cómo identificar los principios, a cómo diferenciarlos del resto de normas jurídicas o a cuál es su función en el derecho, se van a convertir en materia central de investigación” (Ródenas, 2017, pág. 19).

Es por ello, que en la metodología de investigación las discusiones con respecto a los modelos de Estado y la relación entre los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera son el eje central del ejercicio.

En este sentido, se ha decidido hacer uso de la investigación cualitativa en el entendido de que esta implica una actividad de carácter sistemático cuyo fundamento se sustenta en prácticas claramente interpretativas (haciendo uso principalmente de la hermenéutica) con la propensión de justificar argumentos a través de un marco teórico (Nizama & Nizama, 2020, pág. 76). Pues bien, como se ha expuesto, este trabajo entiende que el fin supremo del derecho, y por ende de la investigación en derecho, es la búsqueda de la justicia. Justicia que cuando se asume como sustrato del derecho ha de ser entendida como un valor cualitativo, siendo esta esencia cualitativa lo que distingue al derecho de las demás ciencias sociales (Nizama & Nizama, 2020, pág. 65) y la que justifica el tenor de la presente investigación.

De modo que, lo que se hará en el presente texto será utilizar el método de la abducción. Cuyo propósito consiste en partir de un resultado o conclusión (en este caso, el estado de crisis del sistema de salud colombiano), tratar de adscribir un caso a una teoría o principio general (en nuestro caso, la adscripción de los principios de Solidaridad y sostenibilidad financiera a los modelos de Estado Social de Derecho y Estado Neoliberal), para luego proceder a una deducción (Agudelo, 2018, pág. 55) (la evidencia de una tensión interna de sistema de salud causada por su condición ecléctica). Esta metodología, al contrario de la inducción, pretende pasar del efecto a la causa, de manera que, partiendo de la observación del caso supone a manera de hipótesis un principio general que sirva para explicarlo (Agudelo, 2018, pág. 55). En el caso del presente texto ante la evidencia de un deficiente desempeño del sistema de salud, se pretende establecer una explicación de carácter teórico.

Para ello, en un primer momento, se realizará un análisis de tipo cualitativo, inquiriendo en la manera en la que funciona como institución el Sistema General de Seguridad Social en Salud, analizando su nivel de adecuación a las lógicas de la ortodoxia del libre mercado, las características propias y únicas de este sistema y la forma en la que se regula por parte del Estado. Para ello se propone el análisis de fuentes primordialmente secundarias conformadas principalmente por diferentes análisis académicos que se han realizado en el estudio del funcionamiento del SGSSS y los informes de los organismos de control acerca del estado financiero del sistema, pero sin soslayar el recurso a algunas fuentes primarias, analizadas de forma exegética, como los decretos proferidos por los Gobiernos de turno, especialmente en lo concerniente a la regulación del sistema y sus actores.

Como, en un segundo momento, el problema de investigación por desarrollar gira en torno a la determinación de significado y contenido de algunas normas jurídicas, en este particular caso: los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera. La investigación propuesta, echará mano principalmente de la dogmática jurídica y de la hermenéutica.

Así las cosas, el análisis dogmático aquí presentado coincide con la definición de dogmática presentada por Alchourrón y Bulygin, según la cual el dogmático tiene que hallar los principios generales que subyacen a las normas jurídicas (1993, pág. 90). En nuestro caso, materializada en la labor de dotar de contenido conceptual principios jurídicos constitucionales y analizar su incidencia en la concepción, funcionamiento e interpretación de normas jurídicas como leyes, decretos y sentencias, bajo la idea general de que propenden por la estructuración de un determinado modelo de salud.

Sin embargo, para la compleción de esta labor de teorización dogmática, más aún tratándose de principios constitucionales, resulta menester echar mano de las herramientas de la hermenéutica, disciplina encargada de la interpretación de los textos (Sánchez, 2011), que según Terry:

Tiende a establecer los principios, métodos y reglas que son necesarios para revelar el sentido de lo que está escrito. Su objeto es dilucidar todo lo que haya de oscuro o mal definido, de manera que, mediante un proceso inteligente, todo lector pueda darse cuenta de la idea exacta del autor (Terry, 1990, pág. 10)

Por ello, se realizará un análisis de fuentes normativas primarias como la Constitución Política de Colombia, la Leyes de la República y la jurisprudencia de las altas cortes, con el fin de dar una concreción conceptual a los principios constitucionales de solidaridad y sostenibilidad financiera; al igual que de fuentes secundarias como los desarrollos en la literatura académica de los principios constitucionales enunciados. Igualmente, se hará un despliegue analítico de las teorías de la justicia de cada autor seleccionado, recurriendo como fuente primaria, a sus propios desarrollos conceptuales; y como fuente secundaria, al análisis que han brindado algunos trabajos posteriores sobre las proposiciones de los dos autores seleccionados como eje teórico del presente trabajo. Todo ello con el propósito de trazar una relación argumentativa y lógica entre las teorías de la justicia mencionadas y la construcción de los principios constitucionales de la solidaridad y la sostenibilidad financiera, dando un paso intermedio y necesario en el desarrollo de los modelos de Estado que materializan tanto las teorías de la justicia citadas como los principios constitucionales en comento.

Para el desarrollo de la metodología planteada este texto se organiza en cinco capítulos. En el primer capítulo se desarrolla un análisis pormenorizado de la forma en la que actúan algunas de las estructuras del Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano, con el propósito de demostrar 1) la existencia de una crisis sistémica; 2) la tendencia académica de atribuir su causa a la prevalencia de las lógicas comerciales, por encima de la protección de los derechos; y 3) la inexistencia de un libre mercado en el SGSSS. En este sentido, se hará una breve explicación de las razones que justifican la existencia de una crisis sistémica, luego se hará un breve recorrido acerca de la literatura académica sobre el tema. Para pasar a analizar la forma en la que actúa el sistema de salud, sus normas e instituciones, serán analizadas con base a las teorías del individualismo metodológico del “rational choice”, con lo cual, en primera instancia se efectúa una breve explicación del marco teórico de análisis. Luego se hace un breve recuento de las situaciones que dieron lugar al surgimiento del sistema de salud colombiano, y las que determinaron su estructuración normativa, haciendo énfasis en las características propias de los mercados de seguros de salud. Posteriormente se realiza una descripción de algunas de las características del sistema de salud colombiano, y la manera en la cual este se constituye en un mercado *sui generis* en el que no operan las lógicas del libre comercio, con especial ahínco en la manera en la que se han regulado los criterios de habilitación para que los particulares participen en este peculiar mercado, sus tendencias frente al fomento de comportamientos rentistas, el estímulo a la integración vertical y la deficiente prestación del servicio; y por último las consecuencias de la inexistencia del valor del dinero en el tiempo en este sistema.

En el segundo capítulo se desarrolla la relación existente entre la Teoría de la justicia de Amartya Sen, El modelo del Estado Social de Derecho y el principio de solidaridad en la Seguridad Social,

así como el modelo ideal de sistema de salud que se desprende de estos planteamientos. De manera que, se plantea una suerte de silogismo general que tiene como primera premisa las disquisiciones teóricas de Amartya Sen con respecto a su teoría de justicia, y en ella su cuestionamiento con respecto a la variable focal en la que deben centrarse las demandas de igualdad y los conceptos de capacidades y funcionamientos; como segunda premisa general, se presenta un argumento de identidad entre la teoría de la justicia de Amartya Sen y el modelo de Estado Social de Derecho; como tercera premisa se construye un argumento de causalidad entre el principio de solidaridad de la seguridad social y el modelo del Estado Social de Derecho; para concluir dilucidando la relación lógica existente entre los postulados teóricos esgrimidos y las características propias del principio de solidaridad con el modelo ideal del sistema estatal de salud.

En el tercer capítulo, a usanza de lo realizado en el segundo, se pretenderá trazar una relación lógica entre el modelo de Estado Mínimo propuesto por Robert Nozick, como único modelo de Estado justificable, con su consecuente teoría de la justicia, justificada en los principios de adquisición, transferencia y rectificación; y las características del modelo de Estado neoliberal. Para luego proceder con la definición del principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, con la intención de trazar una relación de causalidad entre este principio y los planteamientos teóricos descritos, que se materializan en el modelo ideal de sistema de seguros privados de salud.

En el cuarto capítulo se realiza una breve reflexión acerca de la relevancia e implicaciones de la discusión planteada, léase: una disquisición sobre la justicia en la salud. Para luego contrastar lo evidenciado en los planteamientos teóricos desarrollados en los capítulos dos y tres, poniendo en contraste el tratamiento que ambos planteamientos desarrollan con respecto a temas en común; en asuntos como: sus premisas teóricas, el tratamiento que le brindan a la igualdad, sus implicaciones en cuanto a los modelos de Estado, sus criterios relativos a lo que se considera como justo, frente a la función que cumple la propiedad en la sociedad, en lo que respecta a la capacidad y conveniencia de la acción estatal y a la apropiada utilización de los recursos públicos. Para concluir advirtiendo su naturaleza opuesta y contradictoria. Por último se evidenciarán las implicaciones que esta tensión interna tiene en lo relativo a la regulación, financiamiento y provisión de los servicios del sistema de salud colombiano; para concluir señalando que las fallas evidenciadas en el primer capítulo pueden explicarse aludiendo a una tensión intestina entre lógicas disímiles e irreconciliables. Finalmente el quinto capítulo expone las conclusiones del trabajo de investigación.

## **CAPÍTULO I**

### **REFLEXIONES PRELIMINARES Y CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD**

El objetivo de este primer acápite, como su nombre lo sugiere, será el de abordar con cierto nivel de profusión las discusiones que sustentan la delimitación del objeto de estudio del presente trabajo investigativo. Y que se erigen como premisas sobre las que se sustenta el énfasis escogido para el

abordaje del problema investigativo relatado previamente. En ese sentido, lo que se pretende abordar será el origen, funcionamiento y particularidades del SGSSS colombiano, con el ánimo de argumentar, en su orden: 1) la existencia de una crisis sistémica, que no meramente de financiamiento o de algunos actores, en el sistema de salud colombiano; 2) la tendencia académica de atribuir la causa de esta crisis sistémica a la prevalencia de las lógicas comerciales, por encima de la protección de los derechos; y 3) la inexistencia, al menos en sentido estricto, de un libre mercado en la asignación de recursos y la prestación de servicios en el SGSSS.

Todo ello, con el prurito de sustentar que la tendencia académica de atribuir la causa de la crisis estructural del sistema de salud a la preminencia del mercado sobre la garantía de derechos carece de precisión conceptual, pues soslaya la inminente evidencia de que el SGSSS se aparta por mucho de lo que se espera de un sistema de libre mercado. Y que por lo demás, resulta, cuando menos, inexacto suponer que el sistema privilegia las lógicas mercantiles, cuando un análisis pormenorizado indica que estas lógicas no se encuentran presentes.

### **la crisis sistémica del sistema de salud colombiano y su abordaje académico**

Para el desarrollo de lo planteado, es menester estipular en primera instancia qué es lo que se concibe como una crisis sistémica o estructural. Pues bien, por ella se entiende un estado de cosas deficiente e insatisfactorio en un sistema -conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí (RAE, 2021)- que se atribuye, no al comportamiento errático de algunos actores, sino a la forma misma en que este conjunto de reglas está estructurado.

En este sentido, en lo que respecta al sistema de salud, el argumento en favor de la existencia de una crisis estructural puede ser esgrimido recurriendo a situaciones problemáticas que han sido ampliamente documentadas: la distribución inequitativa de recursos, una variedad de servicios altamente demandados que han sido excluidos de los planes de beneficios, fuertes diferencias en la cobertura de los planes ofrecidos por los regímenes contributivo y subsidiado, interminables conflictos entre los prestadores y las aseguradoras, la carencia autonomía de los prestadores de servicio; y por sobre todo la crisis hospitalaria<sup>2</sup> (Suarez et al., 2017, pág. 36). Aunado a esto, los profesionales de la salud destacan problemáticas como la baja calidad y eficacia de la atención en salud, la constante apelación a la tutela y al desacato para acceder a servicios básicos y los constantes hechos de corrupción en todos los niveles de la administración del sistema (Gran Junta Médica Nacional, 2018).

Las mismas autoridades estatales han reconocido que los componentes de la prestación de los servicios en el sistema de salud colombiano adolecen de una evidente falta de oportunidad en su

---

<sup>2</sup> “En el Sistema de Salud colombiano los prestadores de servicios de salud son conocidos con el nombre de Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS), y se definen como todas las instituciones, bien sean públicas, privadas o de economía mixta, autorizadas para prestar de forma parcial o total servicios de salud. A su vez, las IPS públicas se conocen como Empresas Sociales del Estado (ESE) [...]. Por su parte, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son el equivalente a las aseguradoras en el sistema y como tal son responsables de promover la afiliación de los grupos de población que actualmente no están cubiertos por la seguridad social; organizar los mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias acceden a los servicios de salud en el territorio nacional; y captar los aportes de los afiliados al SGSSS” (Suarez et al., 2017, pág. 36-37).

prestación. Ello por causa de la demora en el giro de los recursos por parte de la administración del sistema (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013), lo que se deriva en un impedimento para la accesibilidad y disponibilidad del derecho fundamental a la salud. Y como consecuencia de estas falencias del sistema no existen las condiciones materiales para la procura de una población sana.

Asimismo, las incoherencias y fragmentación del sistema de salud colombiano son una constante histórica. En lo que respecta a la falta de integración en la forma en que se prestan los servicios de salud, coexistieron desde antaño la asistencia pública, la caridad y la atención médica privada. Posteriormente, se introdujeron la previsión y la seguridad social, y hoy se entremezcló la racionalidad del mercado que apunta hacia una mayor privatización de los servicios por medio del aseguramiento. De manera que, las formas en las que se presenta la fragmentación cambian, pero en estricto sentido ésta permanece (Barrera, 2017, pág. 72).

Uno de los principales desafíos que afronta el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es el acceso a los servicios médicos (Vargas et al., 2010). Incluso a pesar de un aumento en la cobertura del aseguramiento en salud, que para el año 1997 era del 56.9% y que en la década pasada alcanzó cifras superiores al 90%; el acceso a los servicios de salud en Colombia, entendido como el porcentaje de personas que efectivamente utilizaron los servicios médicos al momento de necesitarlos, de hecho, disminuyó en el periodo de 1997 a 2012 al pasar de 79.1% a 75.5% (Ayala, 2014). Además de lo relativo al acceso, siguen erigiéndose como problemas de la garantía del derecho a la salud: la sostenibilidad financiera del sistema y los fallos tanto del mercado como del Estado.

Igualmente, el diseño propio del sistema implica que el ciudadano tenga que enfrentarse a una multiplicidad de actores y a complejos procedimientos burocráticos para acceder a la prestación de los servicios de salud, deficiencia que afecta grandemente la garantía del derecho a la salud. Por lo que a menudo los afiliados a diferentes regímenes se ven obligados a recurrir a la acción de tutela para ser atendidos, no solo en lo que refiere a enfermedades de alto costo, sino incluso (y en la mayoría de ocasiones) para reclamar por procedimientos y medicamentos incluidos de manera explícita en los planes de beneficios que sufragan con las aseguradoras del sistema (Barrera, 2017, pág. 58). Es decir, que gran parte de los servicios que se reclaman en instancias judiciales de tutela, son servicios que ya ha sido previamente pagados por los reclamantes.

Incluso hoy se sigue hablando de una crisis hospitalaria en el país, generada por varios factores dentro de los que destacan el no pago de las deudas acumuladas por las empresas promotoras de salud y los entes territoriales a los hospitales e instituciones prestadoras de servicios. Para el año 2014 la Asociación de Hospitales y Clínicas anunció que las deudas que tenían las EPS, tanto del régimen contributivo como privado, al igual que los entes estatales, con los hospitales y clínicas por la prestación de servicios de salud ascendían a la suma de \$5.3 billones de pesos, presentando mora en \$3,2 billones (Restrepo et al., 2020). Para el 2017 el valor real de la cartera por venta de servicios de salud ascendía a \$8,5 billones de pesos (Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC), 2018). Y para 2019 esta cifra ascendía a \$9,7 billones de pesos (Superintendencia de Salud, 2020).

Esta crisis se fundamenta en buena manera en el hecho de que el sistema de salud está constituido a la forma de un modelo de pluralismo estructurado, que asigna las funciones de administración de recursos públicos a las empresas promotoras de salud para que estas a su vez contraten y gestionen la atención en salud con los prestadores privados y públicos. De ahí deviene la gestación de altos costos transaccionales, que se materializan en los diversos mecanismos utilizados por las EPS para no pagar a tiempo, o no pagar, a los prestadores de los servicios de salud (Barrera, 2017, pág. 54).

Elsy Barrera explica brevemente la ocurrencia de este fenómeno:

Las EPS reciben anualmente del Fosyga<sup>3</sup> un pago por cada afiliado -unidad de pago por capitación (UPC)- que cubre los costos de pago de la atención del afiliado, y que se entrega sin importar si hubo o no atención. Con esos dineros las EPS buscan rendimientos financieros (varias de ellas aparecen entre las mil empresas colombianas en puestos privilegiados en la revista *Dinero* de junio de 2015) entre tanto dilatan los pagos de las cuentas que les presentan las instituciones prestadoras de salud (IPS), bien sean públicas o privadas, glosando las cuentas o aplazando al máximo las facturas aceptadas; demoran o niegan la atención de servicios o desestimulan su uso mediante la dispersión de los sitios de atención; disminuyen las autorizaciones de los servicios que demanda el usuario, aunque se encuentren incluidos en los planes de beneficios, situación que termina en acciones de tutela, lo que incrementa los costos de transacción, gestionan el pago de bienes y servicios como “no-pos” con el fin de cobrarle al Estado unos valores más altos, contratar la prestación de los servicios a precios bajos con las IPS y preferir la red propia cubriendo todo el servicio gracias a la integración vertical (Barrera, 2017, pág. 55).

Con todo ello, resulta cuando menos difícil defender la idea de que las situaciones previamente descritas pueden atribuirse al comportamiento errático de unos actores particulares, o a fallas puntuales en la financiación del sistema, como lo han hecho altos funcionarios gubernamentales (Semana, 2019). Por el contrario, todo parece apuntar a que la fragmentación, la demora en el giro de los recursos, el limitado acceso a los servicios, las trabas burocráticas y la crisis hospitalaria producto, entre otras, de una creciente cartera morosa del sistema, son consecuencia de los errores o las inconsistencias en la organización misma del conjunto de reglas o principios que constituyen el sistema, así también lo evidencian Myriam Ruíz et al., cuando hablando de las fallas del sistema de salud advierten: “las limitantes más destacadas son de tipo estructural” (2011).

Esta misma conclusión es compartida por buena parte de la literatura académica, que al momento de abordar las causas de la crisis estructural suele concluir, como se expondrá a continuación, que se atribuyen a la introducción en el sistema de lógicas propias del mercado y ajenas al reconocimiento de la salud como derecho (Ruíz et al., 2011).

En concordancia con lo anterior, autores como Álvaro Franco sostienen que los problemas de la fragmentación del sistema de salud colombiano se adeudan a la implementación en él de lógicas mercantiles, que en su afán de individualización, generan una gran cantidad de inconvenientes sistémicos.

La segmentación del sistema de salud; la descentralización de los servicios de salud que fragmenta los niveles de atención; el predominio de programas focalizados en enfermedades, riesgos poblaciones específicas; la separación de los servicios de salud pública de los de atención a las personas; el modelo de atención centrado

---

<sup>3</sup> Antiguo administrador de los recursos del sistema, hoy denominado ADRES. Entidad creada por el artículo 66 de la ley 1753 de 2015 y regulada por medio del decreto 1429 de 2016.

en la enfermedad, el cuidado agudo y el manejo intra-hospitalario; la debilidad de la capacidad rectora de la autoridad sanitaria; problemas en la cantidad, calidad y distribución de los recursos; y culturas organizacionales contrarias a la integración. Pero, en conjunto, el mercado cumple la función “fragmentadora” por su afán de individualización (Franco, 2011, pág. 3).

Igualmente, Roberto Bazzani propone que la mercantilización de las lógicas que regulan el sistema de salud ha obrado en detrimento del ejercicio de los derechos relacionados con el sistema, al igual que en desmedro de la equidad y la calidad de la prestación de los servicios:

El sistema de salud que se ha desarrollado en el país, desde los noventa ha tenido un enfoque predominantemente económico, con énfasis en el mercado, la focalización de subsidios y el manejo de riesgos individuales, buscando prioritariamente la eficiencia financiera, en detrimento de la equidad y de la calidad en la prestación de los servicios (Bazzani, 2011, pág. 13).

Según estas perspectivas, este fenómeno de mercantilización del sistema de salud tiene su origen en la promulgación de la Ley 100 de Seguridad Social en 1993, que cambió el modelo de salud y dio preeminencia al aseguramiento; dando lugar a un “sistema que sigue los lineamientos del “pluralismo estructurado” o “mercado regulado” o “mixto regulado” o “cuasipúblico” y que reposa en los principios de la economía neoclásica buscando resolver el debate entre Estado o mercado en salud” (Barrera, 2017, pág. 27).

En la introducción de este nuevo sistema se han evidenciado variadas prácticas inadecuadas, previamente descritas, como el frecuente desconocimiento de los derechos de los ciudadanos usuarios del sistema por parte de las empresas promotoras de salud (EPS). Anteponiendo criterios estrictamente comerciales como: la reducción de costos al restringir la prestación de servicios a los afiliados, la creación de variadas barreras burocráticas para el acceso al servicio; el incremento de sus ganancias con la integración vertical entre EPS y sus propias instituciones prestadoras de salud (IPS), entre otros (Martínez, 2019).

Es por ello que para autores como Jaime Ramírez, la asignación de los recursos a través del mercado, en lo que respecta al sistema de salud, no resulta óptima, debido a las imperfecciones de los mercados de servicios del cuidado de la salud tales como: la selección adversa, el riesgo moral y la selección de riesgos (Ramírez, 2010, pág. 125).

En este sentido la profesora Elsy Barrera concluye:

El Sistema de Salud, al ser capturado por los operadores privados y estar sujeto al mercado, no ha permitido la regulación del Estado, ni que este ejerza el control y vigilancia que la Constitución de 1991 ordena. De esta manera, el Estado incumple con las obligaciones indelegables de garantizar el derecho fundamental a la salud a toda la población colombiana (Barrera, 2017, pág. 34).

A la par advierte,

Con el paso del tiempo, el mercado terminó capturando al Estado y este dejó de tener el control sobre la rectoría, la modulación, la regulación y la inspección, vigilancia y control del sistema. Las distintas intervenciones hechas al sistema no han resuelto el problema central: cumplir con los fines sociales del Estado sin afectar la sostenibilidad financiera del sistema (Barrera, 2017, pág. 418).

De igual manera, advierte Iván Jaramillo que la introducción de las lógicas de mercado en el sistema de salud colombiano se atribuye al auge de ideas sobre la privatización, la creación de

nuevos mercados y reducción de las funciones sociales del Estado, que se dio a finales del siglo XX. De las que surge la reforma al Sistema General de Seguridad Social colombiano. Como consecuencia de ello la prestación de servicios de salud en Colombia se volcó hacia los subsidios a la demanda, por medio del modelo de aseguramiento bajo la regulación, vigilancia y control del Estado (Jaramillo, 1999).

Concordando con esta línea de pensamiento Daniel Alzate advierte que:

La agenda para la reforma se concentraba en cuatro estrategias dirigidas a que el financiamiento de los bienes privados no fuera cubierto por los fondos estatales, ni fueran considerados como bienes mixtos, sino que la mayor parte de la financiación de los sistemas de salud debía provenir de recursos privados. La estrategia consistía en: 1) cobro de cuotas moderadoras a los usuarios para desincentivar el uso de los servicios públicos de salud; 2) establecimiento de estímulos para desarrollar seguros de salud; 3) eficiencia en el uso de los recursos públicos y 4) descentralización de los servicios de salud (Alzate, 2014, pág. 50).

Para este autor el modelo de mercado dentro del sistema de salud se estructuró bajo la forma de una política (pos)neoliberal que dividió a la sociedad conforme a su capacidad de pago. Esta generación de un nuevo mercado implicó múltiples regulaciones y diseños de gestión que propenden por la búsqueda de un equilibrio entre el lucro privado y el interés público (Alzate, 2014, pág. 162).

La influencia de las tendencias internacionales de reducción del Estado, en virtud de la ampliación de los espacios en los que actúan las lógicas de mercado, frente a la reforma de los sistemas de salud latinoamericanos, y especialmente el colombiano, es reconocida de forma amplia en la academia. Un ejemplo de lo planteado se encuentra en las observaciones de Cesar Giraldo, para quien:

En América latina, se hace referencia a las reformas impulsadas por el Consenso de Washington, que evolucionaron en reformas estructurales de segunda generación. “Cada una de las reformas del consenso es justificada con un discurso basado en las bondades del mercado, en la asignación de recursos, lo cual permite afirmar que tales reformas tienen un contenido liberal, o si se quiere neoliberal” (Giraldo, 2007, pág. 136).

Para estos autores resulta evidente que, si el ejercicio de los derechos es un asunto connatural al humano, este no puede estar sometido a las lógicas mercantiles, ni mucho menos a la capacidad económica de las personas. Este dilema se exagera en lo que refiere al derecho a la salud, pues su ejercicio depende de la prestación efectiva de varios servicios como la atención médica, el acceso a medicamentos, tratamientos y tecnologías, que presuponen una acción positiva de la sociedad, al igual que una destinación constante de recursos.

Pues bien resulta evidente que el dilema planteado no puede resolverse en favor del mercado de una forma irreflexiva. De ahí que todos los Estados que han pretendido introducir lógicas mercantiles en la prestación de los servicios de los que depende la garantía del derecho a la salud se encuentran en una encrucijada; siempre que, al menos en el marco de los Estados democráticos la garantía de los derechos fundamentales prima sobre el apremio de las libertades económicas y de empresa.

A este dilema entre el sistema de mercado y la garantía de los derechos fundamentales se suman los organismos económicos internacionales (OEI), que le imponen directrices a los países en

desarrollo con el prurito de lograr el equilibrio fiscal, bajo la concepción de la salud como un servicio que puede ser suministrado de mejor manera por el mercado sin la necesidad de la intervención de los Estados. Por lo tanto, los OEI plantean un modelo de mercado en salud con una focalización de subsidios, un énfasis en el manejo de riesgos individuales, y teniendo como derrotero la eficiencia financiera de los sistemas. Todo ello en contraposición de los lineamientos de las cartas de derechos, tanto nacionales, como provenientes de los organismos políticos internacionales; y en detrimento de la equidad y la calidad de la prestación de los servicios de salud (Barrera, 2017, pág. 27).

La presunción de que la crisis del sistema de salud se adeuda a la prevalencia de las lógicas mercantiles por sobre la garantía de derechos, no solo estaba sustentada en buena parte de la literatura académica sobre el tema, sino incluso en variados pronunciamientos judiciales acerca del sistema de salud. Así por ejemplo, en sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional señaló que la inclusión o la exclusión de los servicios y prestaciones en los planes obligatorios de beneficios se amparaba más en criterios político-económicos de interpretación, asociados a un razonamiento de costo-beneficio propio de las actividades mercantiles, que en criterios sociales relacionados con la garantía de derechos fundamentales; incluso cuando estos estuvieran reconocidos, constitucional, legal y normativamente (Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, 2008).

Todo ello parece coherente con el origen y la evolución histórica del SGSSS. Sin embargo, si se esgrime la idea general de la prevalencia de las lógicas mercantiles por sobre la garantía de derechos en el sistema de salud, por rigor conceptual, es menester analizar qué es exactamente lo que se entiende cuando se refiere a las “lógicas mercantiles”. Ya que, sin claridad sobre este punto resulta una imprecisión esgrimir que de forma efectiva estas lógicas prevalecen sobre la idea general de la garantía de derechos.

Con el ánimo de abordar este tema, permítaseme asumir que por lógicas mercantiles se refiere a aquellas que son propias de una economía de mercado, es decir una en la cual las interacciones económicas se coordinan por medio de “la mano invisible”; y cuyo rasgo principal es que se organiza en torno a las decisiones tomadas por individuos privados, en lugar de una autoridad de planeación centralizada (Karlan & Morduch, 2021, pág. 50).

En este orden de ideas, por “mercado” se entiende el intercambio, por vendedores y compradores, de un bien o servicio particular (Karlan & Morduch, 2021, pág. 50). Sin embargo, para constituir una economía de mercado es necesario que este sea competitivo. Por mercado competitivo, en términos generales, se entiende uno en el que los vendedores y compradores, actuando plenamente informados y como tomadores de precios, intercambian bienes o servicios estandarizados sin costos de transacción (Karlan & Morduch, 2021, pág. 50).

Valga pues analizar de forma desagregada cada una de las proposiciones que componen esta definición. En primera instancia la información completa refiere a la capacidad de los participantes en el mercado de conocer todo acerca de las características y precio de los bienes y servicios intercambiados. En segunda instancia, la actuación como tomadores de precios, significa que ningún comprador o vendedor tiene la capacidad de alterar el precio de los productos

intercambiados, a consecuencia de que muchos individuos participan intercambiando bienes estandarizados. Un bien o servicio estandarizado es aquel en el que dos unidades diferentes comparten las mismas características y son perfectamente intercambiables. Por último, en un mercado competitivo no hay costos transaccionales, es decir, no hay un costo por participar en los intercambios (Karlan & Morduch, 2021, pág. 50).

La última característica fundamental de los mercados competitivos es que están regidos por las leyes de oferta y demanda. La ley de demanda implica que, sosteniendo todo lo demás igual, la demanda de bienes y servicios aumenta cuando el precio cae (Karlan & Morduch, 2021, pág. 53). En sentido contrario, la ley de oferta implica que la oferta de bienes crece cuando el precio aumenta (Karlan & Morduch, 2021, pág. 59). Teniendo al precio como el principal determinante de la cantidad de bienes y servicios ofertados y demandados en un mercado competitivo, la conjunción de las leyes de oferta y demanda derivan en un equilibrio de mercado; punto en el cual el precio y la cantidad demandada se acompañan (Karlan & Morduch, 2021, pág. 64).

Sin embargo, no es para nadie un secreto que muy pocos mercados en el mundo real cumplen a cabalidad con todas las características previamente relatadas. No obstante, esta definición sirve como modelo conceptual para evidenciar la cercanía de los diferentes mercados en el mundo real con sus proposiciones, y poder así analizar la estructura y competitividad de cada uno.

En el siguiente acápite precisamente evaluaremos al SGSSS con base en las características principales del modelo de economía de mercado para poder determinar su cercanía con el “mercado competitivo”; y poder determinar si se compadece o no con las lógicas mercantiles a las que se refiere la literatura académica.

## **El curioso mercado del sistema de salud**

Habiendo establecido la amplia tendencia académica de atribuir a la mercantilización del sistema de salud la causa de su crisis estructural; y habiendo definido de forma sucinta lo que ha de entenderse como un libre mercado o un mercado competitivo. Corresponde en la presente sección evaluar al sistema de salud colombiano con base en la descripción de las lógicas mercantiles presentadas. Para establecer hasta que punto es preciso hablar de una mercantilización de este sistema.

Por lo ampliamente compartida que resulta, en la academia, la tesis de que la crisis estructural del sistema de salud se adeuda a un fenómeno de mercantilización, se amerita que este tema sea abordado de una forma pormenorizada -y en cierto sentido extensa-. Pues bien, las premisas aquí contenidas requieren de una evaluación ampliamente detallada, que demanda un esfuerzo y extensión significativas. Finalizada esta digresión, a título de presentación de excusas al lector, se sigue la aclaración de las premisas conceptuales utilizadas para el abordaje de este análisis, al igual que los paradigmas sobre los que se cimienta el mismo.

Lo que aquí se pretende, entonces, es realizar un estudio sistemático de las cualidades propias del SGSSS colombiano. Con lo cual, el problema que se abarcará en la presente sección gira entorno a la pregunta: ¿Cuáles son las características propias del mercado del sistema de salud colombiano? Características que serán evaluadas a partir del análisis económico del derecho y las teorías del “rational choice”<sup>4</sup>, con el ánimo de determinar su grado de comparecencia con los supuestos básicos de la teoría del libre mercado. Por lo tanto, en primera instancia se hará una breve exposición de marco teórico escogido para el análisis tomando como referencia principal las proposiciones de: Gary Becker, George Akerlof, Kenneth Arrow, entre otros. En segunda instancia se hará una breve descripción del origen de lo que se entiende como el mercado de la salud en Colombia, luego se expondrán las características principales de este sistema de mercado, enfatizando en: 1) la naturaleza de sus actores, 2) los incentivos económicos que desmedran: la competencia, la eficiencia en la prestación de los servicios y los comportamientos rentistas por parte de los actores que participan en él; de forma subsiguiente se analizará lo referente las normas de autorización de los actores del sistema, para proseguir con una exposición de lo que se entiende como el cumplimiento discrecional de las normas del sistema, promovido en parte por los entes reguladores. Seguidamente se analizará la situación de la cartera en el sistema y las consecuencias de la falta de atribución de valor al dinero en el tiempo existente en este mercado, Para por último concluir señalando hasta que grado el sistema de salud colombiano se compadece, o no, con lo que se denomina como lógicas del libre mercado.

### **El análisis económico del derecho: la teoría del “rational choice”**

El enfoque teórico propuesto puede resumirse fácilmente en términos de Gary Becker como un enfoque individualista en el cual las decisiones sociales pueden ser analizadas bajo la lógica comportamental de un individuo modelo que: maximiza su bienestar, tal cual como él lo concibe, así sea este: egoísta, altruista, leal, malévolo o masoquista. Cuyo comportamiento está proyectado en el futuro, y es consistente en el tiempo, tratando en la medida de sus posibilidades de anticipar las consecuencias inciertas de sus acciones (Becker, 1993).

En este sentido las acciones individuales están determinadas por sus resultados, o al menos por la expectativa racional de que unos resultados determinados se produzcan, incluso contando con las incertidumbres del tiempo, la imperfección en la memoria y en la capacidad de cálculo de los resultados y demás.

---

<sup>4</sup> La escogencia de esta teoría como marco conceptual para esta sección puntal del análisis se justifica en tanto a que postula que las acciones son fundamentalmente racionales. Y que las personas, individualmente consideradas, calculan sus acciones con base en un análisis de coste beneficio. La aplicación de esta idea a la interacción social toma la forma de la teoría del intercambio (Scott, 2000, pág. 126). Igualmente, estipula como criterio del análisis el individualismo metodológico, bajo la presunción de que los complejos fenómenos sociales pueden ser explicados en los términos de las acciones individuales elementales de las que se componen; los individuos se consideran como “egoístas” o auto interesados, y las instituciones como el producto de las interacciones entre individuos (Scott, 2000, pág. 127), o producto de la mano invisible del mercado. Su adecuación al análisis propuesto resulta de la evidente equivalencia entre sus proposiciones analíticas y el paradigma del libre mercado.

Este enfoque economicista para el análisis de los fenómenos sociales brinda alguna suerte de lucidez, porque es difícil negar que en la vida real las personas evalúan los costos y los beneficios de las actividades y emprenden su accionar con respecto a los resultados de este análisis. Como lo advierte el profesor Becker incluso en un ambiente tan fuera de las situaciones normales de mercado como dentro del núcleo familiar, íntimas decisiones como el matrimonio, el divorcio, el tamaño de la familia son alcanzadas a través de la medición de las ventajas y desventajas de decisiones alternas (Becker, 1993).

Sin embargo, esto no se puede prestar para confusiones, ya que, mientras la aproximación económica del comportamiento construye una teoría de la decisión individual, no se preocupa únicamente por los individuos. Este enfoque utiliza la teoría a un micro nivel como una poderosa herramienta para derivar conclusiones del comportamiento de un grupo en un nivel macro. Incluso es principalmente por el hecho de que la teoría puede sacar conclusiones en un macro nivel grupal que resulta de interés para los creadores de política y aquellos que estudian las diferencias entre países y culturas (Becker, 1993).

Sin embargo, en las sociedades modernas el comportamiento de los miembros que componen un grupo social no solo está determinado por la lógica economicista, siempre es evidente constatar que las opciones de acción que las personas tienen a su escogencia están acotadas por un entramado de reglas que las limitan.

La razón de la existencia de este conjunto de reglas estriba en el hecho de que para que el comportamiento racional individual brinde como resultado la satisfacción de todos los miembros individuales que participan en una sociedad o en un mercado este debe estar exento de fallas. Lo que en casi nunca ocurre cuando se estudia en detalle el funcionamiento de las realidades sociales.

Varios ejemplos de ello los evalúa el profesor George Akerlof, cuando propone un estudio en el que individuos racionales se acercan a realidades de mercado en las que la información no es completa y por lo tanto su toma de decisiones está viciada. Así pues lo demuestra en ejemplos como el mercado de los vehículos usados o en el mercado de seguros.

Para Akerlof, el mercado de los vehículos usados presenta en sí mismo un paradigma racional en su existencia, pues bien, dada la falta de información con respecto al estado de los carros que se encuentran en el mercado, es decir, que quienes los compran no tienen la capacidad de discernir con respecto al estado mecánico de los bienes que están adquiriendo, y siendo esto una característica generalizada en el sector; habría menos incentivos para vender un carro en buen estado que uno en mal estado, siempre que, en lo relativo al precio pareciera imposible trazar alguna diferencia. De este modo, quienes posean un vehículo usado en buenas condiciones tendrían pocos incentivos para salir de él, pues el precio en mercado no sería equivalente al valor real del vehículo, y quienes se encontrasen en una situación opuesta estarían sobre estimulados para poner a la venta sus vehículos en mal estado, siempre que el costo sería superior al valor real de sus vehículos (Akerlof, 1970).

Las resultas de ese escenario serían que a la larga sólo existirían en el mercado de vehículos usados bienes en mal estado; y, siendo los posibles compradores sujetos racionales con la capacidad de

discernimiento necesaria para llegar a esta conclusión, ninguno estaría motivado a participar en este mercado, con lo cual el mercado entero desaparecería (Akerlof, 1970).

Este breve resumen de los planteamientos de Akerlof es útil para entender que las fallas en el mercado, como en este caso la desinformación, producen resultados indeseables en los cuales los participantes en un mercado no encontrarán en él la satisfacción de sus necesidades.

Otro ejemplo de este tipo de errores sistémicos son las externalidades que en términos de Kenneth Arrow “son interacciones sociales no mediadas a través del mercado” (Arrow, 1994). Estas dependen del total de las contribuciones individuales, por ejemplo: la combustión individual contribuye a acumular dióxido de sulfuro en la atmósfera (Arrow, 1994). Las externalidades perjudican el mercado porque generan costos sociales que no son asumidos por ningún actor, con lo cual el tipo de bienes sobre el que se manifiestan, como el aire puro en el caso de la contaminación, resulta sobreexplotado y los costos sobre la salud, el bienestar y la calidad de vida de los individuos no son asumidos, o son asumidos por actores diferentes a sus causantes.

Con el ánimo de prevenir estos errores sistemáticos en el tránsito normal de los mercados es que se crean las instituciones, entendidas estas como: “reglas, características de cumplimiento de las reglas y normas de comportamiento que estructuran la interacción humana repetitiva” (North, 1989). Por lo tanto están encaminadas a limitar y definir el conjunto de posibilidades de acción al que están sujetos los individuos.

En este sentido llamamos instituciones a las formas estructurales de interacción humana que caracterizan nuestras sociedades, y que determinan el accionar racional de los individuos imponiendo una sanción, que haya de tenerse en cuenta en el cálculo final de las ventajas y desventajas de determinado curso de acción, a los comportamientos que se separen de los lineamientos que ellas mismas trazan.

De manera que, por el mero hecho de optar por un curso de acción que se considere apropiado, las instituciones sociales materializan por medio de reglas de comportamiento las concepciones de justicia sobre las que se sustentan. En este sentido, la creación de pautas de comportamiento asigna una evaluación de justo o injusto a las acciones de los actores de un sistema con respecto a su medida de acercamiento a los principios de justicia que esas instituciones asumen o determinan. Por lo tanto, las reglas o instituciones se erigen en torno a un concepto general de lo “justo”.

Si bien, ante las fallas del mercado se reconoce desde la teoría la solución institucional, esta solución acarrea en sí misma un problema de similar raigambre. Pues queda por resolver la forma en la cual han de constituirse y controlarse estas instituciones determinadoras de las reglas de juego.

Este problema es aún más evidente cuando se considera con los profesores Slayton y Ginsberg que, en un sistema cualquiera, la regulación provee de beneficios concentrados con costos distribuidos, mucho más cuando se trata de sistemas democráticos representativos en los cuales, quienes toman las decisiones sobre la manera en la cual se han de formar este conjunto de reglas o de instituciones son unos pocos, y quienes las asumen son demasiados. En un escenario como tal, las corporaciones o grandes empresas, en lugar de la población, a la larga conducen las

demandas de la regulación, haciendo que los “proveedores” de regulación (quienes determinan las reglas institucionales) respondan primero a las demandas de la industria, pues ella goza de intereses concentrados e intensos, así como de una gran cantidad de recursos, en un fenómeno que se conoce como la captura regulatoria (Slayton & Ginsberg, 2018). En otras palabras, la captura regulatoria se da “cuando la regulación sirve a los intereses privados en lugar de al bienestar general” (Slayton & Ginsberg, 2018) o a la generación de bienes públicos.

En resumen, se ha descrito un escenario de análisis en el cual los individuos, o actores individualizados, en cualquier entorno en donde se intercambien recursos -mercado- serán considerados individualmente a la hora de analizar sus decisiones y posibles cursos de acción, bajo la égida de la maximización de su interés. Teniendo en cuenta los incentivos y la información con la que cuentan para poder colegir cuáles serán sus decisiones y la manera en la que han de desempeñarse en un entorno de intercambio determinado. Igualmente se ha destacado el necesario papel que cumplen las instituciones públicas, a la hora de prevenir o subsanar las fallas del mercado; sin dejar de lado los evidentes problemas que surgen con la gestación de instituciones, como el caso de la captura regulatoria. Todo ello en un panorama meramente analítico y general aplicable por ende a cualquier entorno. Lo que procede ahora es la evaluación de la aplicación de estos conceptos en el caso del SGSSS colombiano.

### **La génesis del mercado de la salud en Colombia.**

Como el objetivo de este texto no es el de realizar un recuento histórico de las modificaciones y alteraciones que ha sufrido el sistema de seguridad social colombiano<sup>5</sup>, el punto de partida del análisis propuesto serán las modificaciones introducidas a principios de los años noventa del siglo pasado y que dieron origen al actual sistema de seguridad social; refiriéndose con más concreción a la constitución política de 1991 y a la introducción de la Ley 100 de 1993. Sin obstar el reconocimiento de que las lógicas mercantiles no eran completamente ajenas a la prestación de los servicios en salud de forma previa a las modificaciones normativas suscritas. Pues bien, se advierte que las empresas de medicina prepagada obraban como aseguradoras en salud de forma previa a la creación de lo que se conoce actualmente como el régimen contributivo.

Es menester entonces recordar cuáles fueron los motivos que justificaron la introducción de los cambios promovidos con la Ley 100 de 1993. El Ministerio de Salud colombiano aclara que previa a la entrada en vigencia de la Ley los hospitales permanecían en una crisis permanente, con un porcentaje promedio de ocupación menor al 50% y con una gran proporción de la población sin posibilidades de acceso a los servicios profesionales de la salud; igualmente advierte que uno de los principales problemas de la época era la baja tasa de cobertura, ya que para 1993 la cobertura en salud tan solo llegaba a un 24%, de una forma altamente inequitativa, pues el 47% del quintil

---

<sup>5</sup> Para ello consultar: Alzate, Daniel. 2014; Las formas jurídicas (pos)neoliberales desde Colombia: el sistema de salud en las dinámicas lucro-destructivas del derecho útil al capital. Páginas 161-163. Disponible en: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10191/AlzateMora-Daniel-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

más rico estaba cubierto, mientras que en el quintil más pobre la cifra decaía a un 4,3% (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013).

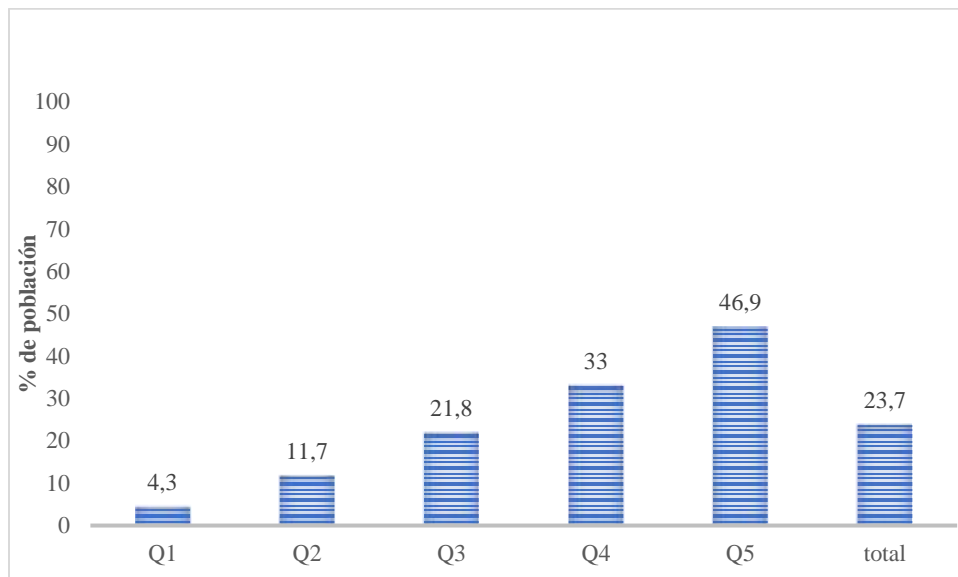


Figura 1. "Afiliación a salud en 1993 por quintil de ingreso" (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013)

Igualmente, para este mismo año 33,2% de la población más pobre no había recibido ninguna atención médica cuando la solicitó, comparado con un 7,3% de la población más rica. Además, el costo de medicamentos, consultas y laboratorios tenían un fuerte impacto sobre el presupuesto de las familias con menores ingresos, llegando a pesar un 28,2% de sus ingresos, mientras estos mismos costos solamente representaban 6,5% para la población de mayor ingreso. En suma, el 63,3% de las necesidades de atención médica no eran atendidas, cifra que se elevaba a 75,1% en las regiones más pobres y a 84% entre la población ubicada en el quintil más pobre según ingreso (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013).

Esta situación empeoraba con una estructura de financiamiento regresiva en la que no existía ningún principio de solidaridad, ya que la mitad de los recursos públicos para la salud se canalizaban por medio del Instituto del Seguro social para el 20% de la población, con mayor capacidad de pago y empleos formales.

Lo gravoso de este fenómeno justificó la imperiosa necesidad de modificar de forma radical el sistema de salud de forma estructural, creando un nuevo sistema, con nuevas reglas de juego y nuevos actores, bajo la égida de permitir la participación de los inversionistas privados para hacer más eficiente la prestación del servicio y descargar de las costas del Estado la responsabilidad del aseguramiento en salud de su población.

Ello al compás de la renovación del conjunto de la seguridad social en el país, que coincidía con la existencia en ese periodo de un Gobierno afecto a la apertura comercial de la economía nacional y a los planteamientos neoliberales, que de la mano de las teorías del "new public management" o nueva gerencia pública, no solo propendían por el progresivo retiro del Estado en la prestación de los servicios públicos, sino por la introducción de técnicas administrativas propias del sector

privado en la administración de los asuntos públicos, es decir que el ciudadano administrado asumiera un rol de cliente mientras que la administración desempeñaba el papel de empresa (Restrepo M. A., 2009, pág. 172).

En este sentido, advierte el profesor Óscar Rodríguez Salazar que la reforma de la seguridad social en general atendió a una suerte de situaciones dentro de las que se conjugaban la crisis financiera del sistema de seguridad social en Colombia, la crisis de la deuda de América Latina y las recomendaciones emanadas del consenso de Washington, eventos que en conjunto sirvieron para implantar en toda América Latina políticas económicas de raigambre neoliberal (Rodríguez O. , 2019, pág. 70).

Este autor señala cómo organismos como el Banco Mundial asumieron el liderazgo en el análisis y la provisión de directrices políticas para el sector salud, con la publicación en 1987 del documento “Financiamiento de los servicios de salud, una agenda de reforma” en donde se planteaba una agenda abiertamente neoliberal, muy distanciado de lo acordado en 1978 cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Unicef editaron la declaración de Alma Ata (Rodríguez O. , 2019, pág. 77).

Estas nuevas concepciones sobre la responsabilidad del Estado frente al servicio público de salud tenían como propósito principal la ampliación de la cobertura de la seguridad social en salud. Entre las sugerencias planteadas estaba la de implementar un aseguramiento obligatorio, al menos para quienes contasen con un contrato de trabajo formal, con el ánimo de hacer atractiva la inversión en este nuevo sector. Igualmente, el banco recomendaba tomar medidas con aras a compensar los problemas de incertidumbre y las demás deficiencias que se prestan en los mercados de los seguros de salud, como las asimetrías de información y el riesgo moral. Evitando así una escalada de costos propia de este mercado (Rodríguez O. , 2019, págs. 82-83).

Al respecto el profesor Darío Restrepo advierte:

En adelante, todas las reformas a los sistemas de salud se justifican a nombre de los pobres: el desmonte de los sistemas públicos, la privatización de los costos de la atención en salud, la creación de un gran mercado para aseguradores privados, los límites a la libertad de hospitales y médicos en cuanto a procedimientos, la descentralización del financiamiento y la prestación a cargo de actores estatales nacionales y locales, los cuales habrán de direccionar los recursos hacia el sector privado

El Banco Mundial justifica todas las recomendaciones con el fin de aumentar los recursos del Estado en salud y disminuir ciertos gastos recurrentes y mayoritarios. En la medida en que la atención, medicamentos y tratamientos, benefician a los individuos, más que a la sociedad en su conjunto, las personas tratadas deberán pagar dichos costos a precios cada vez menos subsidiados. En cambio, los pobres requieren prioritariamente políticas de prevención tales como vacunas, tratamiento de infecciones, educación en buenos hábitos de salud e intervención en sus condiciones de vida, todas las cuales disminuyan los riesgos de enfermar. Los ahorros estatales en atención de enfermos, y los aumentos de recaudos por los cobros a los particulares con capacidad de pago, se dirigirán a políticas de prevención manejadas por el Estado central (Restrepo D. , 2017, pág. 207).

Esta reforma materializó las pretensiones neoliberales de la retirada paulatina de la participación del Estado en la prestación de los servicios públicos y la seguridad social. Igualmente supuso la acción positiva del Estado para gestar el surgimiento de mercados en escenarios donde previamente no existían, la salud en este caso.

Sin embargo, un punto clave a considerar al momento de implementar estas modificaciones normativas y estructurales al sistema de seguridad social en salud, tal como se proponían en su momento, eran las particularidades propias del mercado que estaban a punto de inaugurarse. Valga en este momento hacer una remisión a las teorías revisadas con antelación para tener cierta claridad al respecto.

Como señalaba Akerlof en su afamado artículo “The Market for lemons quality uncertainty and the market mechanism” al aplicar la misma teoría de la selección adversa, que previamente se ejemplificó con el mercado de los carros usados o “lemons”, al mercado de los seguros en salud surgen conclusiones cuando menos intrigantes. Para el autor es un hecho notorio que las personas por encima de 65 años tienen mayores riesgos en salud, por lo cual pasan graves dificultades a la hora de adquirir seguros de salud, de donde surge naturalmente el interrogante de ¿por qué no sube el precio de estas primas para empalmar el riesgo?

Ante esta aparente incongruencia, advierte que si el precio subiera, las únicas personas que buscarían un seguro serían aquellas con la certeza creciente de que van a necesitarlo, y dado el riesgo latente en una equivocación de las evaluaciones médicas, esta situación hace mucho más fácil para el aplicante la evaluación de los riesgos que para la compañía de seguros (Akerlof, 1970, pág. 492). Como resultado de ello, el promedio de la condición médica de los aplicantes se deteriora a la medida en la que el precio de los seguros se incrementa; y esta situación proyectada en el tiempo implicaría que ninguna venta de seguros podría tener lugar a ningún precio (Akerlof, 1970, pág. 493).

El profesor Akerlof respalda su teoría referenciando un libro de estudio en seguros de Wharton School donde señalan que hay una selección adversa potencial en el hecho de que los asegurados decidan terminar sus pólizas cuando envejecen y las primas incrementan, dejando a las aseguradoras con una indebida proporción de personas con un riesgo por debajo del promedio y con un escenario en donde las reclamaciones serán superiores a lo esperado. En este texto igualmente se evidencia que la selección adversa existirá doquiera que los individuos tengan la libertad de comprar o no comprar seguros y de permanecer o no asegurado. Esta misma lógica funciona a la inversa cuando las compañías de seguros escogen asegurar únicamente a las personas sanas, lo que implica que los seguros médicos son menos accesibles para aquellos que más los necesitan (Akerlof, 1970, pág. 493).

Sin embargo, no solo subsiste en el mercado de los seguros de salud el riesgo de la selección adversa, Kenneth Arrow -premio nobel de economía- recalca algunas características que hacen que el mercado de los seguros médicos reporte una peculiaridad particular. En primer lugar, advierte que su demanda no es regular, a diferencia de la ropa o la comida; por el contrario, es irregular e impredecible, pues depende de los eventos de enfermedad. Igualmente es un mercado en el que el consumidor no puede probar el producto antes de consumirlo, pues el producto y la actividad de producción son equivalentes, lo que deriva en un aura de confianza superior en la relación contractual; además existe una alta incertidumbre en el producto debido a la inexperiencia previa y a la imposibilidad de hacer predicciones racionales sobre el mismo, en el entendido de que todos los procesos de recuperación médica difieren (Arrow, 1963).

Otra de las peculiaridades del mercado de los seguros médicos, y quizá una de las más riesgosas advertidas por el profesor Arrow, surge de los distintos incentivos que este mercado les brinda a los actores que participan en él. Como el hecho de que estar pagando por un seguro médico incrementa la demanda del servicio médico por parte de los asegurados. Igual sucede en la relación médico paciente, en la cual el profesional de la salud debe actuar como un agente controlador en favor de las compañías de seguros; sin embargo, nada más alejado de la realidad, puede que por conveniencia de los médicos, desprovistos de control, o que con el ánimo de complacer a sus pacientes, se prescriban medicamentos más costosos, enfermeras privadas, tratamientos más frecuentes, etc. Lo que evidencia una clara muestra de riesgo moral en el desarrollo de este mercado (Arrow, 1963).

En este sentido se entiende, por distintos enfoques teóricos, que el aseguramiento en salud confluye alrededor de la idea de un mercado con fallas, ya sea por la información asimétrica que conlleva a la selección adversa, o por la incertidumbre sobre el resultado de sus servicios que deviene en el riesgo moral. Ello redundando principalmente en contra de las empresas aseguradoras, pues los asegurados no revelan toda su información, ya que carecen de incentivos para hacerlo, o mejor tienen muchos incentivos para no hacerlo; y las empresas a su vez adolecen de la capacidad de obtenerla directamente (Rodríguez O. , 2019, pág. 90).

Igualmente analizado desde la demanda, este particular mercado de la salud difiere de las normas generales que la ortodoxia económica prevé. Batifoulier y Domin advierten que el paciente no se ajusta al atavío del consumidor promedio en el análisis económico, ni tampoco es el individuo fantaseado de la teoría del seguro cuyo propio interés le demanda pasar un domingo en la sala de emergencias de un hospital únicamente porque es gratis, como si la cobertura en salud fuese más la fuerza impulsora de la demanda médica que la enfermedad (2015).

La demanda de servicios de salud tiene un carácter involuntario y no puede asimilarse al simple deseo. Nadie elige sufrir un ataque cardíaco, ni siquiera un dolor de garganta. La compra de servicios de salud no es placentera, a diferencia de otros bienes de consumo cotidiano. La necesidad médica no es previsible en la mayoría de los casos, independientemente de la responsabilidad individual. La necesidad de la salud responde a las características biológicas, a causa de una vulnerabilidad común frente a la enfermedad y el sufrimiento. [...] querer reducir la necesidad de salud a una estrategia o a una simple preferencia individual oculta su carácter colectivo y social (Batifoulier & Domin, 2015, pág. 4).

Además, como lo advierte con conspicua precisión Philip Musgrove, la demanda en el mercado de salud no es asimilable, y por mucho, a la demanda que existe en otro tipo de mercados. Para este autor “aquellos responsables por la salud pública desestiman o malinterpretan sistemáticamente la demanda por salud” (Musgrove, 1985, pág. 293). Su planteamiento se centra en el hecho de que tratándose de la salud los conceptos de demanda y necesidad no son asimilables; y si la oferta responde únicamente a uno de ellos puede ser bastante inadecuada para satisfacer la otra (Musgrove, 1985).

En primera instancia el autor advierte que la teoría económica estándar considera que la demanda por cualquier bien o servicio proviene de los ingresos de los consumidores, los precios y sus deseos, expresados en una función de utilidad. Sin embargo, tratándose de la salud es muy difícil determinar esta función de utilidad porque el deseo por la atención médica es aleatorio y no estable, depende de factores exógenos: enfermedades o accidentes (Musgrove, 1985, pág. 294).

Precisamente allí estriba la particularidad propia del mercado de la salud: en él la demanda no surge de forma autónoma en el paciente, y por ende se diferencia radicalmente de la necesidad. “La “demanda” es lo que un paciente quiere y está dispuesto a pagar (si hay un precio que pagar); “necesidad” es lo que el doctor piensa que el paciente debería tener” (Musgrove, 1985, pág. 295). Aquí igual se hace evidente que la demanda de bienes y servicios en este mercado está fuertemente determinada o inducida por la oferta, ya que son los doctores y no los pacientes los que deciden qué tratamientos hacer y qué medicamentos prescribir (Musgrove, 1985, pág. 294).

Considerar las diferencias entre necesidad y demanda resulta fundamental para lograr lo más cercano a la distribución óptima de los recursos en este mercado. Ya que, si se efectúa una planeación de recursos basados simplemente en la necesidad, como resulta más obvio a primera vista, puede que esta necesidad sobrepase a la demanda y se subutilicen recursos que podrían ser mejor utilizados en otros aspectos. Igualmente, puede que la demanda sobrepase la necesidad, no solo por una tendencia hipocondriaca a consultar al médico como parte de la agenda social, sino porque muchos tratamientos no requieren de la participación activa de un profesional de la salud, pudiendo ser suministrados desde casa. Cuando la demanda sobrepasa a la oferta hay una presión para expandirla hasta donde sea mayor que la necesidad, lo que devendría de nuevo en un desperdicio de recursos (Musgrove, 1985, pág. 296).

Todas estas peculiaridades implican en la realidad limitantes al desarrollo, al menos espontáneo, de un sistema de mercado, entendido en términos del modelo de mercado competitivo, en el entorno de la salud. Colombia no era ajena a esta situación, la reforma constitucional introducida en el Gobierno Gaviria había impedido de facto una privatización con total autonomía de las entidades privadas, a la usanza del modelo estadounidense. Su artículo 49 dejaba claro que correspondía al Estado: organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud.

Es por ello que a diferencia de lo sucedido con el ahorro pensional, alrededor del cual existía una directa intención de participar por parte del capital financiero y los grandes grupos económicos nacionales. En el entendido de que resultaba una actividad de capitalización relativamente fácil, en la que no era menester ejercer una inversión fuerte, ni en recursos ni en capital humano, y ofrecía una rentabilidad prácticamente garantizada; pues su objeto simplemente era captar el más grande ahorro que tiene un país (Martínez, 2019, pág. 240), de carácter obligatorio por lo demás. En lo que respectaba al sector de la salud esta privatización no resultaba tan atrayente ni seductora para el capital privado.

Al respecto opina el profesor Martínez:

La reforma de la seguridad social aprobada en 1993, atendiendo el principio de “eficiencia”, tenía entre sus principales propósitos privatizar el sector público, especialmente acabar con el “monopolio” del Instituto de Seguros Sociales y separar los negocios de sus tres seguros tradicionales, pensiones (invalidez, vejez y muerte), salud (enfermedad general y maternidad) y riesgos profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional). Se crearon, por tanto, para la privatización del ahorro pensional las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), al tiempo que en la administración del seguro obligatorio de salud contributivo se abrió la posibilidad de competir con el Instituto de los Seguros Sociales a empresas privadas que fueron bautizadas, con algún grado de optimismo, como Entidades Promotoras de Salud (EPS) y, finalmente, para riesgos profesionales se creó la figura de Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP) (Martínez, 2019, pág. 241).

La introducción de las empresas del sector privado en el mercado de los servicios médicos y de salud no resultaba tan atractiva como la administración de las pensiones. No solo existían los riesgos económicos innatos de los seguros de salud, previamente expuestos, sino que la propuesta de reforma legal se atenía a la norma constitucional, que preveía un fuerte escrutinio estatal del que sería sujeto todo aquel que participara en este mercado.

Es por eso que los Representantes del Ministerio de Salud de la época, en cabeza de Juan Luís Londoño, trataron de convencer a las existentes empresas de medicina prepagada, enfocadas en un mercado de alto poder adquisitivo, para que se transformaran en nuevas Empresas Promotoras de Salud. Ante la reluctancia de las mismas finalmente se decidió obligarlas de manera legal, so pena de no poder seguir comercializando las pólizas de medicina prepagada (Martínez, 2016).

De manera que estas empresas tuvieron que aceptar la reforma creando un modelo de negocio enfocado en tener un cliente con dos seguros diferentes, ello con unas perspectivas de crecimiento muy limitadas por estar acotado a la población de altos ingresos (Martínez, 2019).

La complejidad del negocio propuesto por los reformadores sustentó el poco interés de los inversores privados en participar en este nuevo mercado que el Estado había inventado. La dudosa rentabilidad del negocio se asociaba con un bajo per cápita o prima por afiliado aunado a la amplia cobertura del plan de beneficios, así como la eliminación de las preexistencias y demás restricciones al uso de los servicios. Pero sobre todo con la posibilidad de quedar sometidos a una intrusiva vigilancia gubernamental y las posibilidades de las sanciones subsiguientes (Martínez, 2016).

Dada esta poca cobertura inicial, producto de haber obligado a las empresas de medicina prepagada a participar en este nuevo mercado o desaparecer, surgen nuevas EPS, no precisamente del sector financiero o del sector empresarial privado de la ortodoxia económica, como se suponía por parte de los reformadores, sino por el contrario provenientes del sector cooperativo de la economía y algunas cajas de compensación familiar (entidades creadas por el Estado cuatro décadas atrás para dar servicios de salud y recreación a las familias de los trabajadores, que se sostenían por vía de la parafiscalidad) dos tipos de corporaciones sin ánimo de lucro que están imposibilitadas por Ley a repartir utilidades a sus dueños (Martínez, 2019, pág. 244).

El periódico El Tiempo referenció que en el año 2018, de las 43 cajas de compensación familiar existentes en el país, las que participan en el sector salud tienen la tercera parte de los afiliados en el país con un número cercano a los 14,1 millones de personas. Igualmente en el sector salud es donde proviene su mayor fuente de ingresos reportando cerca de 7,03 billones de pesos en el año 2018, 13% más que los 6,2 billones que reportaron el año anterior (El Tiempo, 2019).

En palabras de Félix Martínez:

Las empresas por muchos años dominantes en el Régimen Contributivo y prácticamente las únicas en el Régimen Subsidiado, cooperativas y CCF, se diferencian de las empresas de capital privado en aspectos de fondo y no en simples detalle: la primera gran diferencia es que las empresas privadas tienen dueños, accionistas de sociedades anónimas o limitadas, a los cuales deben rendir cuentas los administradores de las empresas. Las empresas del sector solidario y las cajas de compensación no tienen dueños. Los administradores de las cooperativas supuestamente responden a una asamblea de asociados, donde ninguno

puede tener más de un voto y pueden ser millares, pero cuando se asocian varias cooperativas y forman cooperativas de segundo piso, los asociados pueden llegar a millones y la verdadera propiedad se diluye al quedar representada en los administradores que, sin control alguno de sus bases, integran las juntas directivas de las nuevas organizaciones, de tal modo que se las arregla muy fácilmente para manipular estas grandes organizaciones en provecho propio (Martínez, 2016, pág. 45).

Ello lo ratifica la autora Victoria Rodríguez en su texto “*La naturaleza jurídica de las cajas de compensación en Colombia: una visión frente a su control*” donde asevera que con la expedición de la Ley 100 de 1993 a las cajas de compensación familiar, además de involucradas como contribuyentes del régimen subsidiado y dada su valorada experiencia, se les autorizó para continuar prestando los servicios de salud bajo el nuevo esquema creado, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Situación que respaldó la Corte Constitucional al advertir que el extender sus servicios por fuera de sus afiliados era una realización del principio de solidaridad (Corte Constitucional, Sentencia C-183, 1997). Controvertiendo la posición inicial del alto tribunal, más acorde con el concepto de los parafiscales, según la cual este dinero sólo se podía reinvertir en beneficio de la población que lo aporta, con lo que se permitió la aplicación de los parafiscales a una población generalizada cubierta por el régimen subsidiado de salud (Rodríguez V. , 2012).

Posteriormente con la expedición de la Ley 789 de 2002, y luego de haber establecido en la sentencia C-149 de 1999 al sistema de subsidio familiar como género de la seguridad social y por ende con la doble naturaleza de servicio público y derecho constitucional, se les permitió a estas entidades la integración vertical y horizontal, contraria por mucho a toda lógica mercantil en la que se supone que la división del trabajo y la especialización de las actividades procura una mayor eficiencia económica en la previsión y provisión de los servicios sociales; y la inversión en el componente de salud de la seguridad social. Para luego por medio de la Ley 920 de 2004 avalar su participación en la actividad financiera (Rodríguez V. , 2012).

Esta autorización legal, suscrita luego por la Corte Constitucional, se dio en atención a la idea de que las cajas de compensación familiar, dada su vocación y experiencia, atendían a la lógica de procurar el bienestar social, orientándose como soporte del Estado con miras a cumplir las políticas y programas de desarrollo social, dirigidas a disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de los colombianos (Rodríguez V. , 2012). Sin embargo, lo que perversamente se avaló fue que, con los recursos provenientes de los trabajadores de menores ingresos, unas entidades de carácter privado se dedicasen a cumplir el papel que el Estado debe desempeñar con los recursos de toda la sociedad, especialmente con los de los más ricos.

Este acelerado proceso legislativo en el que progresivamente se han recubierto de más funciones a las cajas de compensación familiar ha desembocado en un galimatías normativo, en términos de la competencia del control por parte de las superintendencias, y en disposiciones contrarias entre sí cuya aplicación suscita dificultades operativas y de interpretación, abandonando el sano criterio de especialidad funcional en la inspección vigilancia y control por parte del Estado, antes únicamente a cargo de la Superintendencia de Subsidios (Rodríguez V. , 2012, pág. 19).

Para resumir, lo que se ha presentado en esta sección puede decirse que el pésimo estado en cuanto a prestación de servicios y situación financiera que atravesaba el sistema de salud colombiano, aunados a unas tendencias de pensamiento mundiales y regionales afines a las posturas

neoliberales, con un gobierno afín a estos planteamientos; provocaron una reforma estructural del sistema, cuyo principal propósito era la inclusión del sector privado en la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, debido a las fallas estructurales de los mercados de seguros de salud, como la selección adversa y el riesgo moral, el capital privado no estuvo dispuesto a participar en este nuevo mercado, a diferencia de lo que sucedió con el ahorro pensional; en parte también por la amenaza de ser sujetos de un constante escrutinio estatal. Producto de esta situación, el Estado se vio en la obligación de forzar a los ya existentes actores del mercado de la salud (empresas de medicina prepagada) a participar en este nuevo esquema de mercado, so pena de perder la autorización de funcionar como lo venían haciendo hasta el momento. No obstante, al no ser suficiente la participación de las antiguas empresas de medicina prepagada, dada su reluctancia a ampliar el número de sus afiliados, para aumentar la cobertura del sistema; se abrió la puerta a la participación de unos actores privados no precisamente apegados a lo que la ortodoxia económica dictaría, provenientes del sector comunitario y de las cajas de compensación familiar, puesto a que carecen de ánimo de lucro y no tiene unos dueños papables a los cuales rendir cuenta de su funcionamiento y que actualmente acaparan más de un tercio del total de los afiliados en el país. El porqué del involucramiento de este tipo de organizaciones, que carecen de ánimo de lucro, en un mercado concebido como negocio, que fue creado a la fuerza por parte del Estado colombiano, es una pregunta lógica que se pretende contestar a continuación.

### **Características del sistema de salud colombiano**

En este acápite se procurará una suerte de descripción de las características principales del sistema de seguridad social en Salud creado por el Estado colombiano, producto de la Ley 100 de 1993 y sus subsiguientes modificaciones tanto legales como reglamentarias. Sin embargo es de observar que no es el propósito de este texto realizar una descripción pormenorizada, a título de estado del arte, de la normativa que regula la prestación del servicio de salud en Colombia<sup>6</sup>; por el contrario se hará hincapié únicamente en aquellas características que resultan pertinentes en un análisis económico del sistema, esto es: uno en el que se analicen las relaciones entre los actores del sistema en el momento de distribuir recursos, prestar servicios, y atender las necesidades que se le demandan.

En ese sentido se empieza por advertir la forma en la que este sistema fue creado, como se observó con más profusión en la sección pasada, el sistema de salud colombiano, concebido a la manera de un sistema de mercado con la participación del capital privado en la prestación de los servicios de salud, fue un sistema creado artificialmente por parte del Estado, de esta creación artificiosa se pueden colegir varias situaciones. En principio, es evidente que los actores principales, “los aseguradores” no entraron en este mercado de forma espontánea por la rentabilidad económica que ofrecía el nuevo sistema, ni motivados por una lógica egoísta auto interesada. Al contrario, lo hicieron, en el caso de las antiguas empresas de medicina prepagada, para preservar un negocio

---

<sup>6</sup> Para ello consultar: Barrera, Elsy Luz. 2017 La salud en Colombia: Entre el derecho a la salud y la racionalidad económica del mercado, 1993-2015. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Págs. 295-394.

rentable en el cual ya tenían experiencia previa, so pena de no poder seguir ejecutándolo por una desautorización estatal.

Ello implica que al inversor privado tuvo que “motivársele” asegurando de alguna manera un margen de ganancia para que resultase atractiva su participación en el nuevo sistema. Situación que luego se probó fracasada, con la evidencia de que quienes participaron masivamente en este mercado fueron empresas que no estaban movidas por el ánimo de lucro. Sin embargo, ello no implica que el esfuerzo motivacional no se haya realizado, una de las medidas que se tomó desde la configuración del sistema era adoptar una suerte de modelo asegurador en el cual estas empresas recibirían una especie de prima por el número de personas afiliadas, independiente de si estas reclamaban o no servicios de salud.

Ello tuvo dos consecuencias en términos normativos, la primera, relevante para los nuevos aseguradores, es que su moneda corriente no sería el peso colombiano sino la unidad de capitación (UPC), valor único promedio pagado a las aseguradoras por cada afiliado a su nombre. Con lo cual sus movimientos mercantiles no deberían estar centrados más en la prestación de servicios de salud que en la búsqueda desenfrenada por afiliar la mayor cantidad de gente, incluso por encima de sus posibilidades materiales de atenderla.

Al respecto el doctor Félix Martínez destaca:

Para hacer posible la privatización en salud y crear competencia en el aseguramiento. Se decidió pagar a los aseguradores públicos y privados un valor único promedio por el seguro obligatorio anual por cada afiliado (unidad de capitación /UPC), resultante de reunir todas las contribuciones parafiscales de las empresas y trabajadores y dividirlos por el número de asegurados con capacidad de pago (cotizantes y sus familiares) en el Régimen Contributivo (Martínez, 2013, pág. 116).

Con lo cual, se derivan una serie de incentivos perversos a la hora de evaluar la prestación de los servicios de salud por parte de las EPS en Colombia, pues su negocio no radica en el esmero por prestar la mejor atención de salud posible a quienes se la demanden, sino en captar de manera masiva la mayor cantidad de afiliados posibles. En ese orden de ideas, el sistema no crea ningún incentivo para motivar el óptimo servicio de salud a quien lo demande, todo lo contrario, el sistema motiva la infame imposición de barreras de acceso a quienes efectivamente requieren los servicios de salud.

La manera en la que estos incentivos perversos operan es la siguiente: como el valor per cápita que se les paga a los aseguradores es el mismo para un afiliado que reclame constantemente servicios de salud como para uno que no lo haga, aunque los costos para los aseguradores evidentemente no sean iguales; las EPS estarán incentivadas a buscar aquellos afiliados que reclamen menos servicios de salud, pues su costo marginal es menor, mientras buscan deshacerse de aquellos que reclaman servicios, en la medida en que representan un costo mayor.

De manera que actuarán, en busca de incrementar su beneficio y reducir sus costos, poniendo la mayor cantidad de trabas posibles a quien reclame servicios de salud, aún más a quien lo haga con frecuencia, con el objetivo de desincentivar su demanda; y en último caso provocando a que este afiliado, cansado del mal servicio que se le presta, se afilie en otra EPS o aseguradora diferente.

Situación en la cual las EPS no pierden, sino por el contrario ganan, pues se deshacen de una persona que les generaba más costos que beneficios.

En palabras del doctor Félix Martínez:

La eventual amenaza de un usuario de cambiarse de entidad, por mala calidad o mala prestación del servicio, resulta ser paradójicamente conveniente para una EPS, especialmente cuando se trata de usuarios demandantes de servicios de salud (que son los que normalmente tienen más contacto con la entidad), porque los costos de atención en muchas ocasiones superan el valor de la UPC recibida por la entidad, de modo que en lugar de una pérdida, ese traslado a otra entidad representa una ganancia económica (2015, pág. 6)

De forma similar los profesores Dávila y Rueda describen en su tesis de maestría cómo no existe una real conexión positiva entre las EPS mejor evaluadas por los usuarios en el Régimen Contributivo cuando se compara con el número de afiliados entre los años 2005 a 2009. Tampoco existe ninguna relación entre las EPS mejor calificadas por los hospitales y el número de afiliados (2013). Lo que implica que en términos materiales el desempeño económico positivo de una EPS (número de afiliados a su cargo/número de UPC que recibe) no depende de la calidad de sus servicios ni de la satisfacción de sus afiliados, sino del uso racional que le dé a los recursos de las UPC que recibe y de sus estrategias para afiliarse a cuantas más personas tenga en posibilidad.

Otra de las consecuencias de que este “mercado de la salud” haya sido creado de manera artificiosa por el Estado colombiano es su obligatoriedad. Es decir, es un mercado, que por estar creado por vía legal, es de perentoria participación para todos los colombianos so pena de asumir las sanciones provenientes de la legítima coerción estatal. Esta obligatoriedad en la participación se instituye como una suerte de motivación o garantía al capital privado que decidiera participar como oferente, pues de alguna manera se garantizaba su demanda. Sin embargo, habida cuenta de la falta de capacidad de pago de buena parte de la población, se instituyeron dos regímenes diferentes, de acuerdo a su capacidad o no de pagar “la póliza de aseguramiento” que se determina grosso modo por la suscripción o no de un contrato de trabajo formal, o por la capacidad de pago en el ejercicio de una labor como independiente.

Esta afiliación obligatoria, especialmente en la población con capacidad de pago perteneciente al régimen contributivo, deriva en prácticas poco competitivas dentro de este mercado, pues aquí el afiliado no puede asimilarse de forma total en el papel de un consumidor, principalmente por el hecho de que todo consumidor en la ortodoxia económica no solo tiene el derecho de escoger en dónde consumir, sino, y quizás más importante aún, si consumir o no; derecho que en este escenario de la salud resulta cercenado.

Como resultado de esta situación se obtiene una gran masa de afiliados desinteresados, que no tienen realmente una necesidad de consumir los productos que ofrece este mercado, ya sea porque no consideran que el riesgo en salud sea tan importante como para procurarse un seguro que lo cubra, o porque gozan de una salud sana y carecen de la necesidad de procurarse los bienes y servicios que oferta este mercado. Lo más curioso es, que por las particularidades explicadas con antelación, este tipo de afiliado desinteresado, que no consumiría estos productos si no estuviese compelido, es el tipo de usuario más atractivo para las aseguradoras.

Con la imposibilidad de decidir no consumir, por parte de los afiliados, y la búsqueda preferente de afiliados desinteresados por parte de las aseguradoras; aunados al hecho de que todas las EPS deben ofertar un portafolio mínimo de servicios, denominado previamente Plan Obligatorio de Salud (POS) y que hoy se denomina plan de beneficios en salud, al que normalmente se ciñen por lo bajo. Puede colegirse que no existe ningún incentivo apropiado para la competencia por parte de las aseguradoras en la prestación de los servicios. Dado a que 1) todas deben ofertar los mismos servicios, 2) los usuarios así no lo deseen deben afiliarse con alguna aseguradora, y 3) el usuario tipo que las EPS persiguen es el que menos informado está acerca de los servicios que ellas ofertan.

Sin embargo, la creación artificiosa estatal acarrea otras consecuencias relevantes en un análisis económico del sector salud. No solo a las EPS no les conviene afiliarse al tipo de personas que reclaman de manera constante sus servicios, sino que incluso el sistema genera todos los incentivos económicos posibles, bajo una lógica individual de análisis costo beneficio, para prestar el peor servicio posible.

Esta afirmación se sustenta en varios hechos, en principio, un análisis general del total de los recursos del sistema contrastada con el plan de beneficios ofertado deja entrever que, teniendo un plan de beneficios tan amplio como el de la mayoría de los países desarrollados, y dedicando una cantidad de recursos muy inferior, en términos tanto de cantidad de dinero como de porcentaje del PIB, que estos países dedican, solo se pueden derivar las siguientes situaciones: que los componentes de la producción de los servicios, o las tarifas secundarias, sean muy inferiores a las de otros países, que la utilización de los servicios sea mucho menor o que la calidad ofertada sea muy inferior. O bien una perversa combinación de todas las anteriores (Martínez, 2015).

El arreglo institucional que creó el Estado colombiano, por medio del cual se delegó la organización o la prestación de los servicios de salud a particulares, consistente en entregar una población y unos recursos por ciudadano a un asegurador privado, es decir la contratación de las EPS mediante una UPC para proveer un plan de beneficios, pretendía que estas instituciones tuviesen el incentivo de controlar el gasto del Sistema en función de lograr una mayor utilidad en el contrato de aseguramiento y agenciamiento de los servicios de salud, al igual que la promoción de la competencia y el mejoramiento de los servicios (Martínez, 2019).

Ello lo corrobora el Ministerio de Salud y Protección Social cuando advertía:

Los sistemas de pagos por capitación a las entidades promotoras de la salud son una innovación fundamental para el logro de la eficacia en su manejo. Y, además, la garantiza porque tiene en su fundamento la posibilidad de elección de los usuarios, y la competencia de los promotores y los prestadores por proveer el mejor servicio (2013).

Sin embargo, en la realidad esto derivó en la gestación de un incentivo perverso a la negación y postergación de servicios, pues tienen la posibilidad administrativa de generar todas las trabas burocráticas y la tramitología innecesaria, dentro de su independencia administrativa, con lo cual producen más dinero en el entendido de que la cantidad de emolumentos que reciben por su número de afiliados permanece constante, mientras los gastos, relacionados con la efectiva prestación de servicios, simplemente no se presentan o se postergan.

Este tipo de modelo lo que articuló fue la gestación de un sistema de facturación, por encima de un sistema de salud. Ya que la idea de optimizar todos los gastos por parte de las EPS generó un férreo sistema de control sobre la autorización de cada servicio de manera detallada, con el ánimo de acotar el gasto. De manera que todos los hospitales y clínicas se vieron abocados a convertir en mercancía de fácil facturación cada servicio detallado, es decir que todos los servicios se sujetan a una autorización previa que acaba significando en todo caso la dilación de los mismos (Martínez, 2019, pág. 271).

Ello lo ratifica la Defensoría del Pueblo, para la cual:

Esta potestad de negar servicios o posponerlos por mil mecanismos burocráticos y el incentivo perverso implícito, que supone la posibilidad de ganar más dinero en la medida que no autoricen o se pospongan la autorizaciones de atención especializada o procedimientos diagnósticos y terapéuticos, en especial de mediana y alta complejidad, es la causa fundamental de las denuncias públicas y de los millones de tutelas presentadas por los ciudadanos ante la justicia por el derecho a la salud y la vida, para exigir la prestación de servicios (2009)

Además, aun cuando los afiliados, logran obtener de la EPS una autorización u orden de servicio, se ven abocados a enfrentar en variadas ocasiones agendas cerradas en la clínicas u hospitales (dado que el contrato con las EPS establece el valor o número de servicios máximo por mes), por lo que se les rechaza e insta a regresar el primer día del siguiente mes para obtener alguna de las pocas citas disponibles para el correspondiente periodo (Martínez, 2019, pág. 271). Asimismo, en lo que refiere al tratamiento de enfermedades graves o de alto costo, el contrato de pago por capitación implica necesariamente el incentivo de producir más ganancias con la pronta muerte de los pacientes, ya que de nuevo, este tipo de pacientes resultan más costosos en su atención que los recursos que por ellos reciben las EPS (Martínez, 2016, pág. 67).

No obstante, quizá una de las realidades más preocupantes acerca del comportamiento administrativo de las EPS, que surge directamente de su potestad de negar servicios, es la costumbre que adquirieron de cobrar dos veces por la prestación de un servicio particular. Ello producto de que normativamente se permitió que recobrasen a la cuenta general del sistema (el antiguo Fosyga actual ADRES) todos los servicios que se viesan compelidos a prestar por orden judicial de tutela. Ello implicó que de manera sistemática se negase la prestación de servicios, incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o plan de beneficios, incluso a sabiendas de ello, para que una vez reconocidos por vía de tutela, su costo lo reconociera la administradora de fondos del sistema y no se cobrara con cargo a la UPC que ya había recibido la EPS en pago por estos servicios.

Al respecto la Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución que sanciona a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral advirtió que:

Negar la prestación de servicios contemplados en el POS. A cargo de la UPC y recobrarlos ante el Fosyga, vía la aprobación de tutela. Esto es una gravedad inaudita, negar la prestación de servicios que están en el Plan Obligatorio de Salud (POS), es decir, que ya se les pagaron a las EPS, de forma tal que esos servicios se recobren en el Fosyga, hecho que significa cobrar dos veces por el mismo servicio. Se trata de conductas

que violan el ordenamiento jurídico nacional (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 46111, 2011).

Este malsano comportamiento económico de las EPS lo corrobora la Defensoría del Pueblo para la cual en el año 2009 el 67.81% de las solicitudes en las tutelas en salud se encontraba incluido dentro del POS (2009). Esta tendencia se repite en el año 2015 en donde se reportaron 118.281 tutelas, una cada 4 minutos, que en suma representan el casi la cuarta parte (23.7%) del total de las acciones jurídicas impuestas; y de estas el 70% correspondía a solicitudes de tecnologías y tratamientos que debían ser garantizadas por el POS (2015). Ello implica que no solo el diseño institucional que creó de manera artificiosa el mercado de la salud brinda incentivos para la prestación de un mal servicio, sino que también es una de las causas principales de la congestión judicial.

Lo más preocupante de este comportamiento es que constituye una tendencia progresiva en ascenso. Para el año 2018 la cifra total de tutelas en salud se incrementó en un 5%. Este indicador resultó siendo el segundo ítem por el cual se instauraban el mayor número de tutelas en el país, con una representación del 34% del total de las tutelas interpuestas en este año. Lo que implica una de cada 3 tutelas interpuestas en el territorio nacional (Defensoría del Pueblo, 2019).

Al considerar la totalidad de las acciones de tutela relacionadas con el Sistema de Salud, el 85% de estas solicitan procedimientos, tecnologías y medicamentos incluidos en el plan de beneficios en salud, antiguo Plan Obligatorio de Salud. Esta cifra aumentó en 14% con respecto a lo registrado en el 2017 (Defensoría del Pueblo, 2019).

Si bien queda establecido que la estructuración artificial del “mercado de la salud” incentiva no solo la falta de competencia, además de estimular la prestación irregular de un servicio de cuestionables calidades, las características propias del sistema creado generan otro tipo de incentivos perversos para los actores que se desempeñan en él. Principalmente la tendencia a los comportamientos rentistas producto en parte de la permisividad en lo que respecta a la integración vertical de los oferentes de servicios.

Valga aclarar con antelación que uno de los principales objetivos a la hora de introducir las reformas generales al sistema de seguridad social fue la de romper el monopolio que hasta ese momento tenía el Instituto de los Seguros Sociales, también fraccionando el modelo de integración vertical hasta el momento vigente; bajo la égida de que la separación vertical de los negocios y funciones en el campo de la seguridad social, a la usanza de lo hecho con las empresas del sector eléctrico (separación de la generación, transporte, comercialización y distribución domiciliaria), implicaría que la especialización de funciones derivara en mayor productividad y eficiencia. Además de facilitar el ingreso de inversiones privadas muy poco entusiastas con la idea de participar en negocios estatales de colosal, compleja y costosa infraestructura (Martínez, 2019, pág. 253).

A pesar de ello, la Ley 100 que salió del Congreso de la República, harto distinta del proyecto inicialmente presentado por el Gobierno, terminó permitiendo la integración vertical en la prestación del servicio público de salud. Así lo determina el artículo 179 de la norma en donde se

advierte: “Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales” (Ley 100, 1993) (subrayado fuera del texto).

Para el profesor Román Restrepo estas disposiciones no hicieron más que profundizarse en las futuras modificaciones legales al sistema de salud, al respecto señala que con la introducción de la Ley 1122 de 2007:

Para muchos analistas, lo que se presenta como control a la integración vertical en realidad es su legalización. Según algunos estudios, no parece haber muchas EPS que al momento tengan un porcentaje que llegue a lo aprobado del 30% y, por el contrario, dicha integración alcanza porcentajes mucho menores (2007, pág. 103).

Los riesgos de esta integración vertical saltan a la luz cuando se comprende que muchas de las EPS son propietarias de forma directa o indirecta, por medio de la propiedad de sus administradores o sus parientes, de empresas que suministran desde medicamentos, tecnologías de salud, hasta servicios de celaduría y aseo; especialmente en lo que refiere a aquellas EPS provenientes de las Cajas de compensación familiar. Al respecto el profesor Félix Martínez advierte que la ausencia de control por los verdaderos dueños del capital, en estas empresas (los afiliados a las cajas de compensación familiar o los miembros de cooperativas que pueden ser decenas de miles y no tener ningún control real sobre las entidades asociadas en entidades mayores) sobre los administradores de las mismas permite que estos busquen rentabilidad en los negocios secundarios que son mucho más grandes y están sujetos a menos controles por los entes estatales (Martínez, 2015, pág. 17).

En relación con lo relatado la ex Contralora General Sandra Morelli escribió en la revista de la “Economía Colombiana” que:

Y qué decir de la mal llamada integración vertical que no constituye nada distinto la apropiación indebida, por parte de los operadores de salud, de recursos destinados a atender el servicio y que, sin embargo, se aplica de manera inmediata sin esperar si al final del ejercicio se producen o no utilidades, adquirir bienes relacionados o no con la prestación del servicio, a nombre directamente del operador privado. Las EPS también se autoabastecen de sociedades comerciales de parientes de sus administradores, con lo cual los bienes y servicios por estas requeridas, resultan más costosos para el usuario final (2012, pág. 113).

La integración vertical de actividades revela otro problema de fondo de la estructura de este sistema, y es la tendencia o el incentivo al comportamiento rentista de los actores. Ello se manifiesta de varias maneras, principalmente por el hecho de que los administradores de las EPS buscan la producción de utilidades más cuantiosas por medio de la intervención de otros negocios que no tienen el nivel de control estatal al que se ven sometidas. Además de utilizar las grandes sumas de dinero que les ingresan para generar rentabilidad en otros sectores económicos.

La prueba manifiesta de este comportamiento rentista fue la imperiosa necesidad de reducir el porcentaje de gasto de administración de las EPS, so pena de entrar en causal de intervención por parte del Gobierno, a un valor máximo de 10%; por medio del artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, que a la letra reza:

ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación (Ley 1438, 2011)

Igualmente, la Corte Constitucional, en su revisión de constitucionalidad de esta norma en la Sentencia C-262 de 2013, determinó el riesgo del comportamiento rentista por parte de los actores del sistema de salud especialmente las EPS como fundamento para la exequibilidad de la norma:

La medida se vale de un medio idóneo para lograr el anterior objetivo. En criterio de la Sala, una restricción de los usos posibles de los dineros ciertamente puede asegurar un flujo adecuado de recursos para la prestación de servicios médicos, y además puede contribuir a reducir la desviación de los mismos a finalidades no acordes con los objetivos del SGSSS (Corte Constitucional, Sentencia C-262, 2013)

Resulta entonces evidente que la adquisición de insumos, servicios y medicamentos por parte de las EPS en estos procesos de integración vertical con las empresas de la misma entidad o con miembros de un mismo consorcio, o en empresas en que participan los administradores o sus allegados, operan por fuera de las lógicas de mercado, sin la existencia de una competencia real en sus precios, y por ende sin ninguna garantía real de que estas operaciones se efectúen a precios óptimos, que garanticen la eficiencia administrativa. Este comportamiento rentista, en lugar de tener un incentivo a controlar el gasto de los servicios de salud, tiene por el contrario un claro incentivo a aumentar los gastos en los servicios de los que se derivan rentabilidades (Universidad Nacional de Colombia, 2011, pág. 117).

Al respecto los investigadores de la Universidad Nacional de Colombia en su nota técnica referente a el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación refieren:

[...]La preocupación fundamental consiste, por el contrario, en que algunas entidades sin ánimo de lucro, tanto del Régimen Contributivo como del Subsidiado adopten comportamientos rentistas en los que no interesa la utilidad de la EPS sino la utilidad de los negocios derivados integrados verticalmente, como capitación con entidades propias, compra de medicamentos o insumos, servicios de ambulancias, lavanderías, celaduría y otros servicios generales (Universidad Nacional de Colombia, 2011, pág. 116).

Y luego advierten:

La ausencia de control de los verdaderos dueños del capital sobre los administradores [...] permite que estos busquen rentabilidad en los negocios secundarios que son mucho más grandes cuando se da la integración vertical. Máxime cuando no opera la prohibición ética y explícita de las corporaciones insertas en el mercado internacional en el sentido de que los administradores no pueden jamás participaren ningún negocio de la empresa con interés personal (Universidad Nacional de Colombia, 2011, pág. 116).

Al atender este tipo de comportamientos es cuando se entiende que los más grandes actores en este sistema de mercado confuso sean las cajas de compensación familiar, pues sus esquemas empresariales, de propiedad y control difuso, permiten a sus administradores la búsqueda de rentabilidad en el ejercicio de otro tipo de negocios, incluso en desmedro de los intereses propios de las empresas, en este caso las EPS. Félix Martínez señala que estas nuevas EPS sin ánimo de lucro enfocan su modelo de negocio en el seguro obligatorio, no en el voluntario, y colocan todo

su esfuerzo en afiliar millones de personas al régimen contributivo, por las que el sistema debía pagar una UPC. De forma paulatina fueron ganando más espacio en el mercado, dejando atrás a las EPS de capitales privados en cuanto al número de afiliados y con el manejo de estas rentas millonarias, se ubicaron en muy pocos años entre las empresas más grandes del país (Martínez, 2016, págs. 45-46).

Igualmente señala que la situación en el régimen subsidiado reviste de mayor preocupación.

En el régimen subsidiado, resulta aún más curioso el modelo de creación de mercados y privatización, por cuanto es el Gobierno quien crea inicialmente las Empresas Solidarias o cooperativas de carácter comunitario, para el manejo del Régimen Subsidiado y, posteriormente dada su falta absoluta de capacidad técnica para actuar como verdaderas aseguradoras, las obliga a fusionarse. Posteriormente, también el Gobierno central les repartió regiones con millones de afiliados y les dio el beneficio de administrar recursos públicos por cientos de miles de millones, a pesar de que están lejos de cumplir los estrictos requisitos técnicos y financieros que el mismo Gobierno exigía a las EPS del Régimen Contributivo. Finalmente Gobierno y Congreso las convierten en EPS, iguales en términos legales a las del Régimen Contributivo (Martínez, 2016, págs. 45-46).

Esta generación sistémica de incentivos para la extracción de rentas no solo opera en demérito de los fines para los que se instituyó el sistema, sino que además se enfoca en el tratamiento de enfermedades soslayando las actividades preventivas, premia el manejo financiero sobre la prestación de servicios, e impone barreras innecesarias para el acceso al servicio de salud. Lo que resulta más curioso es que todas estas problemáticas son reconocidas por el Gobierno, y a pesar de ello permanecen de manera pertinaz como realidades de bulto en la esfera nacional. Al respecto el Ministerio de Salud señaló:

Sin embargo, el desarrollo de modelo derivó en diferentes problemas especialmente concentrados en la fragmentación del modelo de salud con incentivos de los agentes hacia la extracción de rentas en demérito de los objetivos de salud de la población. Como consecuencia se generaron tres situaciones problemáticas: primero, un esquema de prestación de servicios orientado hacia la resolutivez con baja capacidad de ejecución de acciones preventivas en un entorno de transición epidemiológica y alta carga de enfermedad; segundo, un aseguramiento que se centró en el manejo financiero por encima del objetivo misional de gestión de los riesgos en salud; y tercero, resultados negativos que se manifiestan sobre los usuarios en la forma de barreras de acceso, en particular en la limitada resolutivez de aquellos procedimientos que involucran el acceso a tecnología en el entorno de los servicios de alta complejidad (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013).

En conclusión, se advierte que el sistema de salud colombiano, producto de las intenciones y el denodado esfuerzo gubernamental de introducir a la fuerza a los actores privados en la prestación del servicio de salud, terminó degenerándose en un sistema de perentoria participación, que acota las libertades económicas de quienes se ven compelidos a participar en él, no fomenta la competencia, incentiva la mala prestación de los servicios, permite la integración vertical de sus actores y provoca por tanto su inmersión en prácticas rentistas que terminan actuando en demérito de los objetivos misionales del sistema y de las buenas prácticas mercantiles; todo ello realizado *en nombre del mercado*.

Pero la situación no se acota en este análisis, quizá uno de los inconvenientes más severos que presenta el sistema de salud colombiano es el constante estímulo al incumplimiento normativo y

legal al que se avoca, desde la misma institucionalidad, a quienes participan en este sistema. Esto se analizará en el siguiente segmento.

### **La regulación de la autorización para la prestación del servicio de salud**

El objetivo de este apartado es demostrar la manera en la cual los mismos entes reguladores, en el caso del Sistema General de Seguridad Social en Salud, promueven una cultura de incumplimiento de las normas para los actores que participan en este, generando situaciones adversas como un mercado sui generis en donde el dinero carece de valor en el tiempo, y en donde no es necesario cumplir las normas de habilitación para poder participar en el sistema porque cada vez que su cumplimiento se torna gravoso para los intereses económicos de aquellos actores que participan en esta estructura, sus reclamos son escuchados de manera obsecuente por las autoridades y las normas cambian.

Es precisamente en este punto en el que se centrará la discusión en principio. Lo que se evidencia con el estudio de las normas dimanadas del órgano ejecutivo es que se promueve un prolongado y reiterado incumplimiento de la Ley; y se generan incentivos perversos por parte de estos reguladores frente a los actores sujetos de la norma, pues se gesta una especie de confianza legítima de que cuando el cumplimiento de la normatividad resulte complicado u oneroso, en alguna medida, esta será eventualmente modificada por el regulador, antes que forzada a su acatamiento. Ello igualmente deja entrever serios cuestionamientos en lo referente a la existencia de fenómenos como la captura del regulador, iteradamente acusados por la academia y que en este fenómeno pueden encontrar una prueba más de su existencia.

Para entrar en materia de análisis se debe hacer un breve recuento histórico de lo sucedido en el desarrollo normativo nacional. Como ya se explicitó de manera amplia el Estado colombiano creó de manera artificial un mercado de la salud, con el propósito firme de que los actores privados, movidos por su interés comercial, propiciaran el cumplimiento de los deberes constitucionales de protección y garantía de la población en cabeza del Estado. Para ese fin, por supuesto, se debía procurar la idoneidad de los actores que entraran en este nuevo sistema a ejercer las funciones propias del Estado. Por lo cual de manera sensata desde la institución misma de la Ley que dio origen a este sistema se introdujeron disposiciones que buscaban el prurito de la idoneidad técnica científica y administrativa de quienes entraran a operar como aseguradores en el sistema, así como de su solvencia económica.

Es por ello que se crea un régimen de habilitación en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud para todos aquellos que tengan la intención de participar en este nuevo mercado, para ello se instituyen una serie de requerimientos que se materializan en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993:

**ARTÍCULO 180. REQUISITOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como Entidades Promotoras de Salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud.
2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.

3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la Ley.
  4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:
    - a) Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;
    - b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;
    - c) Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.
  5. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el Gobierno nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las Entidades Promotoras de Salud.
  6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el Gobierno nacional.
  7. Tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.
  8. Las demás que establezca la Ley y el reglamento, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
- PARÁGRAFO. El Gobierno nacional expedirá las normas que se requieran para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo (Ley 100, 1993).

Valga para propósitos del presente análisis resaltar lo dispuesto en los numerales 6 y 7 del artículo, referentes al margen de solvencia y al capital social mínimo, que permitan establecer una especie de garantía para el futuro cumplimiento de las obligaciones a cargo de las EPS y que asegure su continuo funcionamiento.

En este sentido también se profirió el artículo 225 de la misma Ley que propende por la publicidad, organización y separación de los sistemas de costos de las entidades aseguradoras para garantizar la transparencia en las cuentas del sistema y facilitar su control por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

**ARTÍCULO 225. INFORMACIÓN REQUERIDA.** Las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera sea su naturaleza, deberán establecer sistemas de costos, facturación y publicidad. Los sistemas de costo deberán tener como fundamento un presupuesto independiente, que garantice una separación entre ingresos y egresos para cada uno de los servicios prestados [...] (Ley 100, 1993).

Análogamente se instituyó en el artículo 42 de la Ley 715 de 2001, la obligación del Estado y del gobierno nacional de definir el sistema de habilitación, calidad y acreditación de las instituciones participantes en el SGSSS:

**ARTÍCULO 42. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN.** Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

[...]

42.10. Definir en el primer año de vigencia de la presente ley el Sistema Único de Habilitación, el Sistema de Garantía de la Calidad y el Sistema Único de Acreditación de Instituciones Prestadoras de Salud, Entidades

Promotoras de Salud y otras Instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[...] (Ley 715, 2001).

De esta manera, en primera instancia en el año de 1994 el gobierno nacional expide el Decreto 1485 cuyo objeto era regular el régimen de organización de las entidades promotoras de salud que se habían creado de manera reciente en la Ley 100 de diciembre de 1993. En este decreto se estipulaban varias normas y requerimientos para acceder al certificado de funcionamiento otorgado por la Superintendencia Nacional de Salud. Entre ellos cumplir los requisitos expuestos en el artículo 59 del Decreto 1298 de 1994 (Estatuto orgánico del Sistema de Salud) que luego sería declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-255 de 1995. Este artículo replicaba casi exactamente los requisitos expuestos en el artículo 180 de la Ley 100.

Además de los requisitos dimanados del inexecutable estatuto orgánico, el Decreto 1485 disponía varias medidas que reputaban requisitos mínimos para la obtención de la autorización de la Superintendencia de Salud. Entre ellos destaca el artículo 5 en donde se instituye la acreditación de un capital mínimo de 10.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes de la época:

ARTICULO 5°. MONTO DEL CAPITAL O FONDO SOCIAL Y AUMENTOS. Las Entidades Promotoras de Salud que pretendan obtener la autorización a que hace referencia el artículo 3° de este Decreto, deberán acreditar que su capital o fondo social no es inferior a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El capital aquí previsto se deberá acreditar, para los ramos o programas especiales, garantizando un manejo independiente del mismo (Decreto 1485, 1994).

Asimismo, se le otorga, en el artículo 6 de la precitada norma, facultades al Superintendente de Salud para ordenar recapitalizar una entidad cuando considere que su capital social ha caído por debajo de los límites mínimos y se comprometa la continuidad de la prestación del servicio (Decreto 1485, 1994). Sin embargo, lo más importante a resaltar en este decreto fue la institución de un margen de solvencia mínimo para poder proseguir en la operación del aseguramiento en salud, y unas condiciones especiales que permitían la inversión del mismo en contratos de fiducia mercantil, cuándo este margen fuese superior a la expectativa normativa, superando con creces los requisitos mínimos de funcionamiento.

Así las cosas en su artículo 8 este decreto determinaba:

ARTICULO 8o. REGIMEN GENERAL SOBRE MARGEN DE SOLVENCIA. Las Entidades Promotoras de Salud, sin excepción, deberán mantener como margen de solvencia **un patrimonio mínimo equivalente al monto que resulte de multiplicar el número de beneficiarios que tenga cada mes por el valor del promedio ponderado mensual de la unidad de pago por capitación UPC.**

Para el cálculo del valor del margen de solvencia se harán cortes trimestrales, debiendo la Entidad Promotora de Salud acreditar como margen de solvencia la suma que resulte de realizar la operación antes mencionada, tomando como base para dicha operación el número y composición de afiliados del período inmediatamente anterior.

[...]

En todo caso la garantía para el Plan Obligatorio de Salud **nunca podrá ser inferior a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales** mensuales vigentes, después del segundo año de funcionamiento.

[...] (resaltado fuera del texto) (Decreto 1485, 1994)

Y su artículo 10 indicaba la forma en la cual se permitía, habiendo superado un límite razonable de capital en el margen de solvencia, la inversión de algunos recursos del mismo en contratos de fiducia:

ARTICULO 10. INVERSION DEL MARGEN DE SOLVENCIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8o. las entidades que tengan el margen de solvencia, entre un rango de cuatro mil y ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de corte, podrán, a través de contratos de fiducia mercantil, siempre y cuando el régimen legal lo permita, destinar hasta un 40% del valor del margen para realizar inversiones directas en infraestructura destinada a la prestación de servicios de salud. Cuando el valor del margen sea superior a ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de liquidación, podrán, conforme el mecanismo antes descrito, invertir conforme el mecanismo previsto para infraestructura, hasta un 65% de las sumas que excedan el monto mencionado (Decreto 1485, 1994)

Sin embargo, el cumplimiento de estas normas resultó excesivamente oneroso para los nuevos actores privados que habían manifestado su intención de participar en el Sistema de Seguridad Social en Salud a título de aseguradores, especialmente las cajas de compensación familiar y las empresas del sector solidario, a las que el Decreto 1298 de 1994 en su artículo 154 había determinado las entidades preferentes, por defecto, encargadas de la administración del régimen subsidiado: “La Dirección Seccional o local de Salud contratará preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Entidades Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud” (Decreto 1298, 1994).

Por este motivo en el año 1998 se expidió el Decreto 882, en el cual no solo se derogan de manera expresa estos dos artículos referenciados, sino que se cambia de forma radical la manera en la que se determina el margen de solvencia para obtener el certificado de funcionamiento por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. En esta nueva norma el regulador se limitó a definir qué era lo que se entendía por el margen de solvencia sin estipular ningún procedimiento para determinar su cálculo:

ARTICULO 1o. MARGEN DE SOLVENCIA PARA ASEGURAR LA LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO. Para efecto de lo dispuesto en este decreto, se entiende por margen de solvencia, la liquidez que debe tener una Entidad Promotora de Salud y/o Administradora del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su forma legal, para responder en forma adecuada y oportuna por sus obligaciones con terceros, sean estos proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o los usuarios. Se entenderá por liquidez la capacidad de pago que tienen las Entidades Promotoras de Salud y/o las Administradoras del Régimen Subsidiado para cancelar, en un término no superior a 30 días calendario, a partir de la fecha establecida para el pago, las cuentas de los proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o usuarios (Decreto 882, 1998).

En este nuevo cuerpo normativo también se derogaban las disposiciones que determinaban la existencia de un capital mínimo, superior en términos razonables al margen de solvencia, para poder invertir en contratos de fiducia mercantil: “ARTICULO 7o. DE LA VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga los artículos 8o. y 10 del Decreto 1485 de 1994” (Decreto 882, 1998). Con ello, y en la aplicación del principio jurídico según el cual todo lo que no se encuentra prohibido para los particulares se reputa permitido, se permitió la inversión del margen de solvencia por parte de las EPS, sin el cumplimiento previo de ningún requisito de solvencia. Propiciando las ya bastante comentadas prácticas rentistas de los actores del sistema de

salud que buscan rentabilidad en la inversión de los recursos del sistema en otros mercados con mejores tasas de retorno y menores regulaciones.

Análogamente se eliminaron las disposiciones que determinaban la manera de calcular el margen de solvencia, como un promedio ponderado mensual de la UPC multiplicado por el número de afiliados, al igual que el piso de dos mil quinientos salarios mínimos como garantía del plan obligatorio de salud. Este es el primer ejemplo de una tendencia que se va a repetir en el tiempo en lo relativo al margen de solvencia y las condiciones financieras de operación de las EPS, que implica la intención manifiesta de todos los Gobiernos de flexibilizar las normas que ellos mismos imponen en beneficio de los operadores privados de la salud, en lugar de forzar su cumplimiento y sancionar su incumplimiento.

Con el advenimiento del Decreto 882 de 1998 la concepción de margen de solvencia se modificó y empezó a ser entendida como un marco mínimo de liquidez que debían tener las EPS para responder por sus obligaciones en menos de 30 días calendario (Decreto 882, 1998). Esta misma acepción se reiteró en el Decreto 574 de 2007 en donde por margen de solvencia se entendía: “Diferencia positiva que como mínimo debe haber entre el nivel de activos y las obligaciones de una entidad, tendiente a garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por esta, aun en condiciones adversas de la actividad económica” (Decreto 574, 2007). En esta nueva definición se destaca la eliminación del requisito de que este excedente de activos tenga que mantenerse en un estado de liquidez, al igual que la eliminación de la referencia al periodo máximo de 30 días para el cumplimiento de las obligaciones por parte de las EPS.

Sin embargo, en este decreto en su artículo 5 se implementa de nuevo una fórmula perentoria para el cálculo del margen de solvencia bajo la siguiente metodología:

[...] Los ingresos operacionales anualizados del Régimen Contributivo derivados de la UPC, como resultado de multiplicar los numerales 1 y 2 siguientes:

1. Número de afiliados promedio de los últimos 12 meses, activos y suspendidos, como consta en la Base de Datos única de Afiliados correspondientes a la respectiva entidad.
2. UPC anual promedio de la respectiva entidad, resultado de multiplicar la UPC mensual promedio para los últimos doce periodos compensados por 12.

Los ingresos operacionales anualizados del Régimen Contributivo se multiplicarán por un factor de riesgo de 12%.

La suma anterior se multiplicará por el valor resultante de la relación existente para el período entre los gastos operativos totales anualizados menos el monto correspondiente a los siniestros reconocidos por un tercero asegurador a la entidad por enfermedades de alto costo, y los gastos operativos totales del periodo, para así obtener el monto del margen de solvencia.

El valor obtenido en el inciso anterior nunca podrá ser inferior a 0,9 (90%). [...] (Decreto 574, 2007)

Se destaca igualmente que en su artículo 3 este decreto reitera la necesidad de la existencia de un capital mínimo para el funcionamiento de las EPS y las entonces administradoras del régimen subsidiado: “Para la habilitación financiera una Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo o Entidad Adaptada deberá acreditar y mantener un capital mínimo de 10.000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes” (Decreto 574, 2007). Allí se impone el mismo monto que por este concepto se había establecido en el Decreto 1485 de 1994, e igualmente se implementa en el parágrafo de ese artículo una disposición en el sentido de que “si de la aplicación

del correspondiente margen de solvencia previsto en el artículo 5o del presente decreto resulta una exigencia patrimonial más alta que la de aplicar el criterio de capital mínimo, primará el requerimiento de margen de solvencia” (Decreto 574, 2007); con lo cual se crea una exigencia más rigurosa para el funcionamiento de las EPS grandes que por su tamaño y número de afiliados requieran un margen de solvencia mayor a 10.000 salarios mínimos. También, sirva recalcar que la fórmula para el cálculo del margen de solvencia en este Decreto resulta en un valor un poco más alto que la que se estimaba en el Decreto 1485 de 1994; pues el cálculo del promedio anual de afiliados por el promedio anual de la UPC multiplicados por un factor de 12%, resulta superior al resultado de mensualmente realizar la operación de promediar el número de afiliados y multiplicarlos por el promedio de la UPC; ello siempre y cuando no existan variaciones muy pronunciadas en el número de afiliados de un mes a otro. Con lo cual esta medida implementada deja de castigar con la súbita imposición de un mayor margen de solvencia a las EPS que producto de su trabajo aumenten rápidamente en su número de afiliados.

Sin embargo, no todo resultó más demandante para las EPS en lo referente a la introducción de esta nueva normativa. Pues el parágrafo del artículo 5, que definía la forma de cálculo del régimen de solvencia, imprime la introducción de un régimen de transición mucho más condescendiente con las aseguradoras. En el cual las entidades, que a la entrada en vigencia de la norma presentasen defectos en el cumplimiento del margen de solvencia, podrían alcanzar el monto determinado ajustando el factor de riesgo definido en 12% de forma gradual, “comenzando con un 7% para el primer año contado a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, con un 8% para el segundo año, con un 9% para el tercer año, con un 10% para el cuarto año, con un 11% para el quinto año y con el 12% para el año sexto y siguientes” (Decreto 574, 2007). Si se contempla el hecho de que el resultado de dividir el total anualizado y promediado de ingresos corrientes de las EPS por los 12 meses del año arroja un 8.33%, se entiende que este decreto imprime al menos por dos años un régimen de margen de solvencia menos exigente que el que existía bajo la vigencia del Decreto 1485 de 1994 -dispuesto con 13 años de antelación-.

De la misma forma, este Decreto introduce un nuevo régimen de reservas técnicas en sus artículos 7, 8 y 9, como cuentas del pasivo de las entidades aseguradoras que se constituyen a través del gasto y disminuyen las utilidades. Estas reservas técnicas serían de cuatro categorías 1) por autorizaciones de servicios no cobrados, 2) para los servicios cobrados, 3) eventos no avisados y 4) otras reservas (Decreto 574, 2007). Análogamente se instituía la obligación de invertir estas reservas en TES del Gobierno, títulos del Banco de la República, de Fogafín, de entidades financieras, etc. Todas con el requisito de ser fácilmente liquidables y con altas calificaciones de riesgo, como mínimo DP1 o AA.

Posteriormente el gobierno emitió el Decreto 2702 de 2014, recién cumplía un año y unos meses la implementación completa del decreto 574 de 2007 en lo que se refería al porcentaje de factor de riesgo para el cálculo del margen de solvencia. En este nuevo Decreto, inspirado con el objeto de “actualizar y unificar las condiciones financieras y de solvencia de las EPS, así como criterios generales para que la información financiera reúna las condiciones de veracidad, consistencia y confiabilidad necesarias para la inspección vigilancia y control” (Decreto 2702, 2014) y habida cuenta de que el sistema de seguridad social demostraba avances con respecto a la unificación y

universalización del aseguramiento, y que el riesgo financiero dimanado de la administración de ambos regímenes era el mismo; se determinó que resultaba necesario “actualizar y ajustar las condiciones financieras y de solvencia unificándolas y haciéndolas más exigentes y **estableciendo plazos razonables** para su cumplimiento” (Decreto 2702, 2014); se destaca de los considerandos de la norma la idea de establecer, en el año 2014, plazos razonables para el cumplimiento de condiciones financieras mínimas en un sistema que llevaba para el momento 20 años de funcionamiento.

Con este prurito fijado se propició una normativa para evitar las prácticas rentistas en las que ya se veían inmersas las aseguradoras. Precisamente con ello en mente, y como prueba manifiesta de que el fenómeno ocurría, bajo la ineluctable lógica de que nada de lo que no sucede se prohíbe, en el artículo 4 de la precitada norma se estipula:

[...] Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos en el territorio nacional ni en el exterior, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Constituirá una práctica insegura y no autorizada, la realización de inversiones de capital de estos recursos en entidades constituidas en el exterior. En el caso de las entidades solidarias, los aportes que posean dichas entidades en otras entidades de naturaleza solidaria se consideran inversiones de capital (Decreto 2702, 2014).

A su vez se profirieron disposiciones que modificaban los otrora requerimientos de capital mínimo para la autorización y permanencia del funcionamiento de las EPS, en el artículo 5 se dispuso que:

El monto de capital mínimo a acreditar para las entidades que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del presente decreto será de ocho mil setecientos ochenta y ocho millones de pesos (\$8.788.000.000) para el año 2014. Además del capital mínimo anterior, deberán cumplir con un capital adicional de novecientos sesenta y cinco millones de pesos (\$965.000.000) por cada régimen de afiliación al sistema de salud, esto es contributivo y subsidiado, así como para los planes complementarios de salud.

Para efectos de acreditar el capital suscrito y pagado o el monto de los aportes en el caso de entidades solidarias, solo computarán los aportes realizados en dinero.

Las entidades que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto se encuentren habilitadas para operar el aseguramiento en salud, deberán acreditar el Capital Mínimo señalado en el presente numeral, en los plazos previstos en el artículo 9º del presente decreto. Estos valores se ajustarán anualmente con el IPC (Decreto 2702, 2014)

Este nuevo capital mínimo efectivamente resultaba más exigente y superior a la previa suma de 10.000 salarios mínimos estipulada en los Decretos 1485 de 1994 y 574 de 2007, pues para el año en que el decreto fue sancionado el valor del salario mínimo era de \$616.000 pesos. Igualmente en este decreto, particularmente en su artículo sexto, se instituían nuevas regulaciones con respecto a los patrimonios técnico y adecuado de las EPS: aquel -compuesto por un capital primario y uno secundario- siempre superior a este. Además, el patrimonio adecuado se entendía como un piso mínimo patrimonial del 8% de los ingresos operacionales (Decreto 2702, 2014).

Otra de las modificaciones estatuidas en el Decreto 2702 de 2014 fue la referente al régimen de reservas técnicas, pues de las 4 reservas existentes en el decreto 574 se pasa a un régimen de 2 reservas técnicas: la reserva para obligaciones pendientes y la denominada como “otras reservas”; en la primera se agrupan las obligaciones conocidas y no conocidas pero ocurridas, agrupando

todas las obligaciones referentes al Plan Obligatorio de Salud, los planes complementarios y las incapacidades por enfermedad, el monto de esta reserva debería corresponder al valor facturado o estimado de los servicios; en lo relativo a la segunda, esta se constituía con el fin de conjugar las pérdidas probables y cuantificables después de un ejercicio contable.

En el artículo 8 de la norma también se disponía, de forma similar al Decreto 574, que las EPS deberían mantener inversiones de al menos el 100% de las reservas técnicas del mes calendario anterior, con los requisitos de que estas inversiones resultasen de aquellas de la más alta liquidez y seguridad, y de que correspondieran a: TES emitidos por la Nación o el Banco de la República, títulos de renta fija emitidos, avalados, aceptados o garantizados por entidades financieras incluyendo a Fogafín y Fogacoop y depósitos a la vista de Entidades Financieras. Todo ello con unos parámetros y requisitos de inversión minuciosamente detallados. Estas inversiones debían mantenerse libres de embargos o demás gravámenes que limitaran o impidieran su fácil y expedita circulación comercial.

Todas estas nuevas condiciones, efectivamente más demandantes para las aseguradoras que los regímenes anteriores, traían consigo la posibilidad de acogerse a un plazo de 7 años para que las EPS, que se encontraran habilitadas para operar el aseguramiento en salud sin el pleno de las condiciones financieras y de solvencia previamente descritas, de forma progresiva se adaptasen al nuevo régimen:

ARTÍCULO 9. PLAZO PARA CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS Y DE SOLVENCIA. Las entidades a que hace referencia el artículo 2° del presente decreto que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, se encuentren habilitadas para operar el aseguramiento en salud y no cumplan con los requisitos financieros de capital mínimo, patrimonio adecuado, e inversión de las reservas técnicas, previstos en el presente decreto, los deberán cumplir progresivamente dentro de los 7 años siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto. En todo caso, **al final del primer año de este plazo la entidad deberá haber cubierto al menos el 10% del defecto, al término del segundo año el 20%, al término del tercer año el 30%, al término del cuarto año el 50%, al término del quinto año 70%, al término del sexto año 90% y al final del séptimo año el 100%** (resaltado fuera del texto) (Decreto 2702, 2014).

En orden cronológico, de manera subsiguiente a la expedición de este decreto, se expidió el Decreto 780 de 2016 -Decreto Único Reglamentario del Sector Salud- en el cual se compilaron las normas vigentes hasta el momento que regulaban el sector salud. En este sentido el nuevo decreto simplemente unificó la regulación con el ánimo de facilitar su acceso y búsqueda, al igual que su aplicación y control.

A pesar de que el Decreto 780 de 2016 no introduce ningún cambio, pocos meses después de expedido este decreto, y seguramente por virtud de la presión de algunas aseguradoras que encontraron demasiado gravoso el cumplimiento de las disposiciones financieras y de solvencia económica, el mismo Gobierno que había expedido el Decreto 2702 de 2014 (Santos) impartió una nueva directriz flexibilizando la implementación del mismo con la expedición del Decreto 2117 de 2016. Según los considerandos de la norma suscrita: en el proceso de implementación de las condiciones financieras, las EPS “han presentado situaciones financieras que deben ser contempladas en el periodo de transición” (Decreto 2117, 2016).

Este decreto inicia modificando las disposiciones del Decreto 780 de 2016 que fueron recogidas del Decreto 2702 de 2014. En primera instancia aquellas referentes al patrimonio adecuado de las EPS, inicialmente contempladas en el artículo sexto del Decreto 2702 y ahora contenidas en el artículo 2. 5. 2.2. 1. 7 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. En esta modificación se introducen dos incisos que permitían disminuir en dos puntos el porcentaje de 8% de los ingresos operacionales que debía ser estatuido como piso mínimo de patrimonio adecuado:

[...] El porcentaje a que hace referencia este literal podrá ser disminuido máximo en dos (2) puntos porcentuales, cuando la EPS cumpla con los siguientes requisitos:

1. Acreditar un porcentaje de inversión permanente de la reserva técnica, en los términos establecidos en el presente decreto igual o superior al cien por ciento (100%).
2. Estudio técnico que sustente la disminución del porcentaje a que hace referencia este literal, aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, debiendo remitir copia de dicha aprobación al Ministerio de Salud y Protección Social" (Decreto 2117, 2016)

Seguidamente se modificó el otrora artículo 8 del Decreto 2702 de 2014, ahora artículo 2. 5. 2.2. 1. 10, en el sentido de eliminar las disposiciones referentes al régimen de plazos de transición y de agregar los certificados de reconocimiento de deuda por servicios No POS emitidos por el gobierno a título de las EPS como inversiones computables de las reservas técnicas:

[...] d) Certificados de reconocimiento de deuda por servicios No POS auditada y aprobada, suscritos por el representante legal de la entidad territorial, el ordenador del gasto del FOSYGA o el representante legal de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) (Decreto 2117, 2016)

De esta manera se alivió, por medio del reconocimiento de deuda por parte del Estado, la obligación de las aseguradoras de tener una inversión de las reservas técnicas en títulos valores y demás instrumentos de inversión de rápida liquidez, violentando el espíritu motivador de esta norma, cuyo propósito era el de mantener títulos de rápida transacción para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los planes de salud cuando fuere menester volverlos líquidos. Con el reconocimiento de esta deuda de los servicios No POS, simplemente se acata con una mera formalidad un requisito que el mismo gobierno impuso a las aseguradoras algunos años atrás.

Sin embargo, el obsequio más importante de este nuevo decreto para con las aseguradoras no se constituye aún con este par de normas. La concesión más importante fue la estipulación de unos nuevos plazos, muchísimo más condescendientes, para el cumplimiento y adaptación de las condiciones financieras, de solvencia e inversiones que se habían fijado perentorias en el 2014. En esta disposición se determina que las EPS tendrán un tratamiento financiero especial y podrán acceder a plazos mucho más laxos siempre que acrediten haber cumplido lo estipulado en el artículo 9 del Decreto 2702 de 2014, recopilado en el Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.5.2.2.1.12:

ARTÍCULO 4 ADICIÓNENSE UNOS ARTÍCULOS A LA SECCIÓN 1 DEL CAPÍTULO 2, DEL TÍTULO 2, DE LA PARTE 5 DEL LIBRO 2 DEL DECRETO 780 DE 2016, ASÍ: "Artículo 2.5.2.2.1.17. Condiciones, plazos y tratamiento financiero por parte de las EPS. Las EPS tendrán un tratamiento financiero especial y podrán acceder a los plazos del presente artículo, siempre que acrediten las siguientes condiciones:

Condiciones:

- a) Avance en el fortalecimiento patrimonial. Se entenderá que una EPS presenta avances en el **fortalecimiento patrimonial cuando haya capitalizado el porcentaje acumulado previsto en el artículo 2.5.2.2.1.12 del presente decreto con corte al año anterior, con aportes en dinero o capitalización de acreencias y demuestre el compromiso de capitalizar el porcentaje correspondiente al año en el cual se solicitan las medidas de tratamiento financiero especial contempladas en el presente artículo.**
- b) Modelo de atención orientado a la mitigación del riesgo en salud. La EPS debe acreditar la implementación del modelo de atención para la mitigación del riesgo en salud, con base en un Plan de Gestión del Riesgo, cuyos resultados se reflejen en un comportamiento con tendencia a la generación y restablecimiento del equilibrio financiero, sin afectar en ningún momento la calidad y la oportunidad en la prestación de los servicios de salud a la población afiliada.
- c) Reservas técnicas: Constituir las reservas técnicas según lo establecido en el artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016. Para el caso de las incapacidades por enfermedad general, la reserva técnica de obligaciones pendientes aún no conocidas se deberá mantener mínimo por un año de acuerdo con el estudio que presente la EPS y apruebe la Superintendencia Nacional de Salud [...] (resaltado fuera del texto) (Decreto 2117, 2016).

Es decir, este decreto permitía que si las EPS se habían sometido al cumplimiento de las normas, en sus niveles más asequibles (pues hay que recordar que para la fecha en la que se profiere el decreto solo tenían que haber solventado 20% del defecto en lo que a cumplimiento de la totalidad de requisitos de solvencia, financiación e inversiones refiere), resultaban eventualmente autorizadas a no seguir cumpliendo. Ello aunado a la “demostración de un compromiso” de seguir capitalizando las entidades, más un modelo de atención orientado a la mitigación del riesgo, y la institución de las reservas técnicas; con el aliciente de que ahora podían reivindicar como inversión la deuda por la prestación de servicios no contemplados en el POS (es decir lo que no se reputan con cargo a la UPC) por parte del gobierno. Valga instar que para la época en este rubro se incluían los tratamientos negados en principio por las EPS y reconocidos por vía de tutela.

Las EPS, que demostraran para la fecha este mínimo requerimiento de acatamiento de la Ley y las normas, podrían acceder a una ampliación del plazo transitorio de implementación progresiva de los requisitos financieros, de solvencia, reservas e inversiones de 7 a 10 años, ello sin contabilizar los 2 años previamente transcurridos antes de la promulgación de este nuevo acto administrativo. De igual forma, ahora se les autorizaba a ajustar según su propio acomodo los porcentajes para el cubrimiento del defecto de capital mínimo, patrimonio e inversiones pendientes, para lograr el límite mínimo que el Gobierno consideraba adecuado para poder operar a título de aseguradores de la salud. Todo ello simplemente con la presentación de un manifiesto de buenas intenciones:

#### **Plazos y tratamiento financiero especial**

Las EPS que acrediten las condiciones de avance podrán acceder a los siguientes plazos y tratamiento financiero especial para el cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia, mediante solicitud elevada a la Superintendencia Nacional de Salud:

- a. El defecto se tomará con base en la medición realizada por la Superintendencia Nacional de Salud con corte a 31 de diciembre de 2015.
- b. El plazo del periodo de transición para el cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia, a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1.12 del presente **decreto** podrá ser hasta **de diez (10) años, contados a partir del 23 de diciembre de 2014.**
- c. Los porcentajes para cubrir el defecto de capital mínimo, patrimonio adecuado e inversión de las reservas técnicas, podrán ser ajustados por la **EPS y aprobados por la Superintendencia Nacional**

**de Salud, a partir del 23 de diciembre de 2017. En todo caso al final del quinto año (diciembre de 2021) deberán haber cubierto como mínimo el 50% del defecto a diciembre 31 de 2015 y para cada uno de los siguientes años un adicional mínimo del 10% hasta cubrir el total del defecto.**

- d. Para el cumplimiento de lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.5 sobre acreditación de capital mínimo y en el numeral i), del literal n. del numeral 1.1. del artículo 2.5.2.21.7 del presente **decreto**, sobre deducciones al capital primario, las entidades de que trata el presente artículo, **podrán descontar proporcionalmente las pérdidas incurridas en el ejercicio del año 2016 y siguientes, de acuerdo con el momento en que se realiza la pérdida y el periodo de transición respectivo.**

**Parágrafo.** La Superintendencia Nacional de Salud aprobará los plazos y tratamiento financiero especial mencionados en los literales b), c), y d) del presente artículo, con base en un plan de ajuste y recuperación financiera que presente la EPS. La anterior aprobación debe constar en acto administrativo, copia del cual debe enviarse al Viceministerio de Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social. El plan de ajuste y recuperación financiera deberá evidenciar acciones de fondo en términos del modelo de atención en salud y una adecuada gestión de riesgos para garantizar mejores resultados en desarrollo de su objeto social a corto y largo plazo. (resaltado fuera del texto) (Decreto 2117, 2016).

Esto sin embargo, no es un tema de raigambre menor, no se supone que el gobierno está alterando algunas condiciones de carácter accesorio, fútil e intrascendente, cuyo cumplimiento no reputara en ningún riesgo contundente para el sostenimiento y funcionamiento del sistema. De lo que se tratan las disposiciones que han sido el motivo de iteradas y subsecuentes modificaciones es de las condiciones mínimas y de base que habilitarían a cualquier privado a participar en el sistema como asegurador, estas condiciones han de ser entendidas como un piso mínimo de garantía frente a los usuarios y frente al sistema en general de que se cuenta con los suficientes recursos económicos para garantizar el cumplimiento óptimo de las obligaciones que se adquieren. Quizá el caso análogo más paradigmático sea el que existe en el sistema financiero, este símil normativo está contenido en el Capítulo IX del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto Ley 663 de 1993- dentro de sus artículos 80 a 87, que no ha sido modificado desde el año 2003, y cuyas modificaciones han tenido como propósito hacer más exigentes en términos generales las condiciones económicas acreditables para la constitución de entidades financieras.

De manera tal, que lo que se concluye es que para el Estado colombiano ha resultado más imperiosa la garantía del funcionamiento y la seriedad de las entidades que participan en el sistema financiero que lo referente al sistema de salud. Igualmente se evidencia con preocupación que, tras más de 20 años de la creación artificial del curioso mercado del sistema de salud, aún no se hayan dado las condiciones necesarias para que quizá los actores más importantes del sistema, los que fungen como aseguradores, cumplan con los requisitos mínimos de operación que debieron haber demostrado desde su primigenia irrupción como actores de este sistema.

En esta misma línea de intención reguladora, el gobierno expide en el 2017 el Decreto 718 motivado en la propensión por la protección de la continuidad en la prestación de los servicios de salud y del aseguramiento integral de las entidades solicitantes de procesos de reorganización institucional. En este sentido, en las propias palabras del gobierno:

[...] se requiere reglamentar la situación de aquellas entidades que adelanten procesos de este tipo, orientados a la creación de nuevas entidades mediante mecanismos distintos a la escisión y la fusión, en los cuales, la

solicitante proponga la enajenación de la partición que llegare a tener en la EPS resultante para financiar las obligaciones que tiene a su cargo (Decreto 718, 2017).

En este nuevo instrumento regulador se adicionan dos párrafos a la normativa que regula los procesos de reorganización institucional para la creación de nuevas EPS con base en los activos y afiliados de antiguas aseguradoras. La lógica fundamental que está detrás de esta nueva normativa es la de, de nuevo, brindarles unos plazos más laxos a las aseguradoras, en este caso a las creadas producto de procesos de reorganización institucional, para el cumplimiento de los requisitos económicos y financieros necesarios para obtener la habilitación como actores dentro del sistema de salud. Esto impartido en defecto de crear regulaciones en el sentido de garantizar el cumplimiento de estos mínimos como requisito condicional para que la Superintendencia Nacional de Salud aceptara los procesos de reorganización, que normalmente resultan de previas deficiencias administrativas de las aseguradoras.

Este tipo de normatividad “sastre” hecha a la medida de las necesidades económicas y organizativas de las entidades operadoras del sistema, ahora les brinda un nuevo plazo de 10 años para el cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia, condicionado al antojo de las entidades solicitantes. Con la única condición es que para el año quinto de la aprobación del plan de reorganización se cumpla como mínimo el 50% del defecto proyectado al finalizar la vigencia fiscal en la cual se realiza el requerimiento:

ARTÍCULO 1º: Adiciónense dos párrafos al artículo 2. 1. 13.9 (procesos de reorganización institucional) del Decreto número 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, modificado por el Decreto número 2117 de 2016, así:

[...]

**Parágrafo 2º.** En los procesos de reorganización institucional previstos en el presente artículo las entidades podrán presentar, junto con el plan de reorganización institucional, una propuesta para el **cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia durante un plazo de cumplimiento de hasta diez (10) años**, contados a partir de la aprobación del plan de ajuste que haga la Superintendencia Nacional de Salud.

En todo caso al final del quinto año deberán tener cubierto como mínimo el 50% del defecto proyectado al cierre de la primera vigencia fiscal de la operación. Para efectos del cálculo del capital mínimo y el patrimonio adecuado podrán descontar las pérdidas que se presenten al cierre de cada vigencia y estas deberán ser cubiertas en el periodo de transición restante.

La Superintendencia Nacional de Salud evaluará el cumplimiento de las condiciones financieras de permanencia y solvencia, al cierre de cada vigencia fiscal" (resaltado fuera del texto) (Decreto 718, 2017).

De esta manera, se permitía de forma infausta que aquellas entidades que desde el comienzo de la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud no hubiera logrado comprobar los mínimos requerimientos económicos y fiscales para garantizar su operación como aseguradoras en salud, incluso considerando las indulgentes modificaciones normativas que cada vez los hacían más condescendientes; pudieran entrar en un proceso de reorganización institucional, como última herramienta para mantener el negocio, dentro del cual obtendrían de nuevo un plazo de 10 años para cumplir las condiciones, que de nuevo, en principio deberían garantizarse desde el comienzo de su operación como aseguradores en salud.

En esta misma línea de formulación normativa se expide el Decreto 1683 de 2019, aquí ahora lo que se pretende es adicionar dentro de las inversiones computables de las reservas técnicas, el

reconocimiento del pago de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a los recursos de la UPC, que se introdujo en el la subsección 4 de la tercera sección del Plan de Desarrollo 2018-2022 -Ley 1955-, especialmente en los artículos 231, 237, 238 y subsiguientes; y que fueron denominados como “Ley de Punto Final”.

En resumen, lo que se proponía en las disposiciones denominadas como “punto Final” era mejorar las condiciones de liquidez y rentabilidad de las entidades del sector salud, por medio del saneamiento de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC. Esta serie de normas se introdujeron en el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia Pacto por la Equidad” en donde se dispuso que el Estado reconocería de manera inmediata todas aquellas prestaciones no respaldadas por la UPC que hubieran sido efectivamente realizadas y pagadas tanto por las EPS como por las IPS, con lo cual se solventaba la inmensa cartera que existía por este concepto en las arcas generales del sistema. Dejando claro una de las manifiestas deficiencias de este mercado sui generis, pues uno de sus principales pagadores sigue siendo el Estado, y el desembolso de los dineros por parte del ente estatal normalmente se realiza de forma tardía y sin el reconocimiento de intereses de mora, sin embargo más adelante ahondaremos con mayor profusión en este tema. Cerrando la digresión, se establece la existencia de una crisis financiera en el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano y la intención gubernamental de solventarla con dineros estatales, al respecto los considerandos del Decreto 1683 de 2019 advierten:

Que a través de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022: "Pacto por Colombia, pacto por la equidad", se establecieron medidas para otorgar liquidez al sistema de salud y para lograr el saneamiento de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC, no obstante, mientras las mismas se materializan, se hace necesario, en el inmediato plazo, adoptar las medidas contenidas en el presente decreto.

Que como una medida de correspondencia para lograr el saneamiento que plantea la Ley del Plan Nacional de Desarrollo se requiere mejorar las condiciones de liquidez y la rentabilidad de las inversiones del sector salud, así como los criterios de verificación de las condiciones financieras y de solvencia de las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud (Decreto 1683, 2019).

Igualmente, en la expedición de este decreto se reconoce el incumplimiento iterado por parte de las EPS de las condiciones mínimas de solvencia y capacidad financiera, que habrían de entenderse como condición de posibilidad para su operación dentro del sistema, aunque haya sido progresiva y repetitivamente aplazada su observancia por parte del gobierno nacional. En este sentido el mismo gobierno, 26 años después de establecido el nuevo sistema de salud, reconoce su manifiesta incapacidad para lograr que quienes actúan dentro del sistema como aseguradores cumplan las mínimas condiciones de solvencia para poder prestar adecuadamente los servicios a su cargo; y su miedo a hacer cumplir las normas impuestas so riesgo de afectar el equilibrio en el sistema y devenir en la descontrolada concentración de afiliados en unas pocas aseguradoras:

En el marco del seguimiento, inspección, vigilancia y control de las condiciones de habilitación financiera de las entidades responsables del aseguramiento, se ha evidenciado que estas afrontan dificultades para la observancia de las mismas en los plazos establecidos en la normativa vigente, como consecuencia del inadecuado flujo de recursos del SGSSS, especialmente, de los que cubren los servicios y tecnologías no

financiados por la UPC, lo que conllevaría a la adopción de algunas de las medidas especiales de las que tratan los artículos 113 y 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sobre un número significativo de esas entidades, afectando el equilibrio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en razón a que ello podría derivar en una concentración de afiliados de manera descontrolada y en una acumulación de acreencias insolutas a la red de prestadores de servicios de salud (Decreto 1683, 2019).

Con lo cual se repite el comportamiento previamente observado de expedir nuevas normas para solventar el incumplimiento de las pretéritas, con el pretexto de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema; equilibrio inexistente e inalcanzado pues, establecido este comportamiento gubernamental, parece que se ha generado una suerte de confianza legítima en los actores aseguradores del sistema de que el incumplimiento o la inobservancia de las normas que regulan el mínimo margen de solvencia no acarrea consigo una sanción; y por ende no hay una necesidad de adaptarse a las condiciones normativas, sino que las normas son las que se adaptan a las condiciones de los aseguradores. En este sentido en el Decreto 1683 se expresa:

El Gobierno Nacional considera necesario adoptar medidas que en lo relacionado con las condiciones de habilitación financiera y de solvencia de las entidades aseguradoras, permitan la mejora en el flujo de recursos entre los diferentes agentes del SGSSS y que por tanto, dichas medidas impacten en los prestadores de servicios de salud, proveedores y en general, todos los intervinientes en el proceso del aseguramiento y la prestación de los servicios de salud.

Que igualmente se estima necesaria la adopción de medidas con miras a contrarrestar las dificultades evidenciadas para el cumplimiento de las condiciones de habilitación y permanencia que afrontan las entidades aseguradoras y que deviene de la falta del adecuado flujo de recursos según lo anteriormente anotado (Decreto 1683, 2019).

Con estas estimaciones, por medio del suscrito decreto el gobierno nacional implementó tres medidas normativas. La primera de ellas tendiente a permitir en la contabilidad de la inversión de las reservas técnicas como inversiones computables el valor de las cuentas por concepto de servicios no financiados con la UPC, en este sentido el literal (e) del numeral 2, que se agrega al artículo 2.5.2.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud determina:

**ARTÍCULO 2.5.2.2.1.10 INVERSIÓN DE LAS RESERVAS TÉCNICAS.** Las entidades a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1 .2 del presente decreto, deberán mantener inversiones de al menos el 100% del saldo de sus reservas técnicas del mes calendario inmediatamente anterior, de acuerdo con el siguiente régimen:

[...]

1. Inversiones computables. El portafolio computable como inversión de las reservas técnicas debe corresponder a:

[...]

- e. El valor de las cuentas radicadas por concepto de servicios y tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), entre el 1° de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2019, cuyo resultado definitivo del proceso de verificación y control, no se tenga o no se hubiese notificado, siempre que no estén siendo utilizadas como garantía de otras obligaciones.

Estas cuentas solo podrán ser computadas como respaldo de las reservas técnicas hasta que se haya notificado el resultado definitivo del proceso de verificación y control, cuando este sea negativo, o, hasta el momento del pago cuando el resultado sea positivo (Decreto 1683, 2019).

Sin embargo, el hecho de hacer, de nuevo, más flexibles las regulaciones con respecto al régimen de inversión de las reservas técnicas, computando como inversiones valores que no son propiamente inversiones sino, en estricto sentido, derechos de crédito, no acota la totalidad de las disposiciones normativas contenidas en este nuevo decreto. Quizá lo más importante para el presente análisis es que este decreto de nuevo extiende el plazo para el cumplimiento de las condiciones de habilitación de las EPS, esta vez no circunscrito al ámbito financiero, sino que en lo referente a: la capacidad científica, la capacidad tecnológica, la capacidad técnico administrativa, y demás condiciones de habilitación dispuestas en el capítulo 3 del Decreto 780 de 2016 (Único reglamentario del Sector Salud), esta vez hasta el 31 de diciembre de 2020:

ARTÍCULO 2. Modifíquese el artículo 2.5.2.3.3.6 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, el cual quedará así:

"Artículo 2.5.2.3.3.6. *Progresividad para el cumplimiento de las condiciones de habilitación.* Las entidades responsables del aseguramiento en salud deberán cumplir con las condiciones de habilitación previstas en este capítulo, a más tardar el 31 de diciembre de 2020, de acuerdo con la progresividad que defina el Ministerio de Salud y Protección Social para el cumplimiento de dichas condiciones.

A partir del de enero de 2021, las entidades responsables del aseguramiento en salud deberán cumplir de forma permanente con las condiciones de habilitación de que trata el presente capítulo.

La Superintendencia Nacional de Salud realizará la verificación de las condiciones de habilitación de acuerdo con los procedimientos, instrucciones y herramientas que para el efecto expida.

Parágrafo. Las EPS podrán hacer uso de las figuras jurídicas previstas en el Sistema, para reestructurarse, fortalecer su capacidad operativa y dar cumplimiento a las condiciones de habilitación y permanencia establecidas en el presente capítulo. Las entidades resultantes deberán cumplir con las condiciones de habilitación y permanencia previstas en los plazos establecidos." (Decreto 1683, 2019).

Este nuevo plazo de verificación se extendió nuevamente en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1711 del 19 de diciembre de 2020 -11 días antes de que venciera el plazo estipulado en el decreto 1683- proferido por el gobierno Duque, que ahora, con ocasión del advenimiento de la pandemia generada por el virus SARS-Cov-2, vuelve a extender el plazo del cumplimiento de las condiciones habilitantes para actuar como aseguradoras en salud (recálquese en este punto que son condiciones mínimas para garantizar la aptitud de las aseguradoras) hasta el 31 de diciembre del año 2021. Con el sórdido argumento de que “dados los efectos ocasionados por la pandemia derivada del COVID -19, las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud se han visto obligadas a ajustar, entre otros, los procesos técnicos, operativos y administrativos, lo que ha impedido el cumplimiento de las condiciones de habilitación previstas en las normas que regulan la materia, por lo que se hace necesario ampliar el plazo previsto para que acrediten las mismas” (Decreto 1711, 2020):

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 2.5.2.3.3.6 del Decreto 780 de 2016, el cual quedará así:

Artículo 2.5.2.3.3.6. Progresividad para el cumplimiento de las condiciones de habilitación. Las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud deberán cumplir con las condiciones de habilitación previstas en este capítulo, a **más tardar el 31 de diciembre de 2021**, de acuerdo con la progresividad que defina el Ministerio de Salud y Protección Social para el cumplimiento de dichas condiciones.

A partir del 1° de enero de 2022, las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud deberán cumplir de forma permanente con las condiciones de habilitación de que trata el presente capítulo. La Superintendencia Nacional de Salud realizará la verificación de las condiciones de habilitación de acuerdo con los procedimientos, instrucciones y herramientas que para el efecto expida.

Parágrafo 1. Las EPS podrán hacer uso de las figuras jurídicas previstas en el Sistema, para reestructurarse, fortalecer su capacidad operativa y dar cumplimiento a las condiciones de habilitación y permanencia establecidas en el presente capítulo. Las entidades resultantes deberán cumplir con las condiciones de habilitación y permanencia previstas en los plazos establecidos. (resaltado fuera del texto) (Decreto 1711, 2020)

Igualmente, en lo que respecta a la verificación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de las condiciones de habilitación financieras y de solvencia de las EPS, para la que se había establecido como fecha límite el 31 de diciembre de 2020, el mismo día en el que vencía el plazo se profiere el Decreto 1811 del 31 de diciembre de 2020. En el cual, bajo el precario argumento de que:

Dado que el Acuerdo de Punto Final aún se encuentra en implementación y ejecución, mientras culmina el saneamiento previsto, se hace necesario prorrogar, por un año más, el plazo con que cuentan las EPS para acreditar ante la Superintendencia Nacional de Salud, las condiciones de habilitación financieras y de solvencia, en los términos dispuestos por la normativa vigente. (Decreto 1811, 2020).

De modo que el cumplimiento de los requisitos de habilitación financiera, establecidos desde el año 1994 como condición mínima de posibilidad para la participación de las EPS como aseguradoras en el Sistema General de Seguridad Social en Salud será verificado, si es que esto sucede, en su cumplimiento el 31 de diciembre del año 2021:

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 2.5.2.2.1.20 del Decreto 780 de 2016, el cual quedará así:

"Artículo 2.5.2.2.1.20. De la verificación de las condiciones financieras y de solvencia de las Entidades Promotoras de Salud. **Hasta el 31 de diciembre de 2021**, la Superintendencia Nacional de Salud, al verificar las condiciones de habilitación financieras y de solvencia de las EPS, descontará el efecto del deterioro de las cuentas por cobrar asociadas a servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC de los regímenes contributivo y subsidiado, que se encuentren registradas como tal en los estados financieros, de acuerdo con la política contable de cada EPS, vigente al 30 de junio de 2019, para la acreditación del capital mínimo y del capital primario". (resaltado fuera del texto) (Decreto 1811, 2020).

Con lo cual se colige que no existe una garantía de que todos los operadores del sistema de salud cuenten con las condiciones mínimas que los habilitan para prestar el servicio que están supuestos a garantizar. Ello al menos hasta el 31 de diciembre del 2021, es decir, que 27 años después de proferida la norma que creo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se ha logrado el cumplimiento de los requisitos mínimos para que el sistema funcione. Si esta situación no es entendida como un error sistémico y estructural ciertamente la capacidad de diagnóstico de cualquier análisis debe ser cuestionada.

Únicamente como nota de contexto, valga señalar que el país se vio abocado a enfrentar la pandemia del virus SARS-Cov-2, probablemente la crisis de salud pública más importante de la historia contemporánea, dependiendo de unas EPS aseguradoras que no han logrado cumplir los requisitos mínimos de capacidad financiera y solvencia para poder participar en el sistema. Quizá ello de cuenta de las limitaciones del sistema a la hora de cumplir las expectativas de toma de pruebas, atención médica y vacunación.

Pero el problema no se reduce a la incapacidad del Estado y de la sociedad de lograr que quienes prestan el servicio público de salud, garantizado por el artículo 48 constitucional, tengan unas mínimas condiciones materiales para hacerlo; el fenómeno previamente detallado, que alude a la generación normativa que encuentra su génesis en el año 1994, genera serios incentivos perversos en términos del comportamiento económico de los actores de este mercado particular.

Para explicar esta afirmación valga hacer explícitos algunas premisas desde las que surge el análisis: en primera instancia valga explicitar que en cualquier sistema de mercado, es decir en cualquier sistema de intercambio de bienes o servicios, tiene que haber algunas reglas básicas observadas y respetadas por todos los actores. Estas reglas de mínima observancia son las que garantizan la estabilidad del mercado, pues de no existir o de convivir de manera pacífica con su inobservancia, no habría ningún motivo para que se geste un sistema de expectativas recíprocas en el cual, fruto mismo del sentido propio del concepto “intercambio”, se espere recibir algo distinto pero equivalente a cambio de lo que se entrega. Ello implica no solo la necesidad de la existencia de unas reglas observadas por la totalidad de los actores en un sistema de intercambio o mercado, sino que de manera análoga implica que se sancione a todo aquel que no las atienda; esta sanción puede provenir de autoridades públicas o surgir por vía de los acuerdos o las iniciativas privadas, como lo muestra Avner Greif en su texto sobre los comerciantes magrebíes en la edad media (2012).

Bajo esta lógica la observancia de las normas que instituyen un sistema de mercado es una condición de necesidad para su existencia y permanencia en el tiempo. Sin embargo, todo sistema está sujeto a variadas contingencias y es un hecho que en el momento en que las condiciones materiales cambien, las normas que rigen cierto sistema de mercado deban hacer lo propio. Con lo cual se sobreentiende que las normas no necesariamente tienen una existencia pétrea inmune al paso del tiempo y al cambio. Ello no es óbice para afirmar que así las normas no sean completamente inmunes al cambio, ni estén supuestas a serlo, cuando menos tienen una vocación de permanencia en el tiempo, lo que implica que se promueven al menos con la intención de que permanezcan en lo que en un momento se determine el transcurso ordinario de los eventos.

El sistema de salud colombiano, entendido como un sistema de mercado, se presta como un objeto de estudio particular en este respecto, pues, como se estableció con antelación en este texto, no surgió de forma espontánea como un sistema de mercado, al menos entendido en términos liberales, sino que fue creado de forma artificial y forzada por parte del Estado colombiano. Con lo cual las normas que se suponían regularlo no fueron producto de la observación de patrones en el tránsito ordinario de los eventos sino que estuvieron dispuestas con antelación a la participación de los actores en el sistema. Ello, al menos en uso de sana lógica, debería implicar que sus

lineamientos fuesen acatados a plenitud desde el primer momento en el que el sistema operara, pues igual existía desde el comienzo la tutela e inspección del Estado como garante del cumplimiento de las normas de base, dado que seguía en cabeza del Estado la responsabilidad por la dirección, coordinación y control del sistema de salud y la garantía de los derechos que de él dimanaban.

Es en parte por esta razón que para que los particulares tuviesen la posibilidad de participar en este mercado, similar a lo que ocurre en el mercado financiero, deberían cumplir una serie de exigencias más apremiantes y demandantes que las que se reclaman en otros sectores de la economía, pues no solo está en juego la prestación de un servicio público sino de varios derechos de carácter fundamental. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el sistema financiero, el acatamiento de estas condiciones mínimas de habilitación para la participación de los particulares en el sistema de salud se ha ido aplazando en el tiempo de manera sucesiva y reiterada.

Ello sin duda tiene repercusiones serias sobre el comportamiento de los actores en el sistema, pues al no existir un incentivo real para el cumplimiento de las normas, es decir la inexistencia real de una sanción por su inobservancia, siempre que cuando se van a cumplir los plazos legales para el cumplimiento de las condiciones financieras de los aseguradores, y habida cuenta de su negativa a acatarlas, el Estado lo que ha hecho es extender estos plazos; lo que sucede de manera obvia es que los actores no las observan. Y quienes lo hacen en algún momento tienen todos los incentivos para dejar de hacerlo.

Estos incentivos funcionan de la siguiente manera: teniendo en cuenta que el margen de administración que puede cobrar una EPS está regulado y limitado por la Ley y las normas, las aseguradoras que no cumplen ni han cumplido las normas del margen de solvencia tienen todos los motivos para seguir incumpléndolas, ya que en lugar de colocar el dinero en las inversiones fácilmente liquidables y poco riesgosas -de rentabilidad limitada- que exige la norma, o tenerla acumulada en forma de capital mínimo disponible para el funcionamiento; prefieren, porque resulta más rentable, colocarla en inversiones más riesgosas y menos liquidables. Y quienes se comportan de manera adecuada en plena observancia de las normas tienen todos los motivos para dejar de hacerlo pues sus competidores directos -los aseguradores que no lo hacen- adquieren una ventaja comparativa dado que invierten sus recursos en actividades más rentables, que garantizan un mayor crecimiento patrimonial y un beneficio mayor en términos de utilidad.

En este respecto, al momento de ser el Estado condescendiente con el incumplimiento de las normas que él mismo establece, cambiando sucesivamente la fechas límites es las cuales deban ser acatadas, promueve no solo la inobservancia de las mismas prolongada en el tiempo, sino que fomenta la competencia desleal en desigualdad de condiciones, favoreciendo de forma injusta a quienes actúan al margen de la formalidad y de análoga manera los comportamientos rentistas de las EPS que ha identificado como problemas ínsitos del sistema, al menos desde el año 2013.

Sin embargo, las resultas de este proceso fueron, y son, desastrosas. Ya que, cada vez que se acercaba el plazo para verificar las condiciones habilitantes financieras y de solvencia de las EPS; y sancionar, retirando del mercado a quienes no cumpliesen las mínimas condiciones de participar

en él (a la usanza de lo que ocurre en el sistema financiero), el Gobierno decidía aplazar este término de forma reiterada. Bajo la idea de que el riesgo de excluir a uno de estos actores del sistema era muy alto, pues se comprometía por una razón financiera la garantía de los derechos de los afiliados. Incluso en contra de cualquier lógica económica, porque se fomenta la competencia desleal, en el entendido de que quienes invierten recursos, capital y esfuerzo en cumplir la norma compiten con quienes no la cumplen.

A pesar de lo perturbador que resulta reconocer que el Estado mismo, por vía de la regulación normativa, promueve comportamientos anticompetitivos y desleales que en toda forma atentan contra la práctica ortodoxa del mercado liberal. Este no es el mayor problema de los que encuentran sus causas en las acciones estatales que caracterizan el sistema de salud colombiano al ser evaluado como un sistema de mercado. El fenómeno que se abarca a continuación tiene consecuencias mucho más adversas en el funcionamiento mercantil del sistema de salud y se describe como la falta de asignación de valor al dinero en el tiempo.

### **Los requisitos habilitantes y la inexistencia del valor del dinero en el tiempo en el sistema de salud**

Probablemente uno de los problemas endémicos, con mayores consecuencias negativas en lo que respecta al manejo administrativo de los recursos financieros del Sistema de Salud, es la inexistencia del reconocimiento del valor del dinero en el tiempo. Es decir, el curioso hecho de que a pesar de que la legislación comercial desde antaño procurara una sanción monetaria -el pago de intereses moratorios- para las obligaciones que se pagaran después de su debido plazo, en los manejos internos del sistema de salud esto parece no tener ninguna relevancia<sup>7</sup>.

Es prácticamente una perogrullada hacer referencia al ya bien connotado retraso perenne en la administración y pagos de los dineros dentro de los actores del Sistema de Salud, Gobierno y administraciones locales incluidas. Sin embargo, lo que resulta más curioso es el pertinaz retraso con el que las aseguradoras del sistema, quienes tienen la función de administrar los riesgos y pagar los servicios a los prestadores, reconocen sus deudas a sus acreedores dentro del sistema.

Sirva para ejemplificar la situación instar que para el año 2013 la cartera por venta de servicios de salud de las EPS del régimen contributivo con las IPS públicas y privadas ascendía a \$5.1 billones, el 89% se concentraba en las IPS privadas por valor de \$4.5 billones, frente al 11% de las IPS públicas que correspondía a \$548.846 millones. De esta cartera, el 68% presentaba mora frente al 32% de cartera no vencida (Superintendencia de Salud, 2013).

---

<sup>7</sup> Valga destacar que esta obligación del pago de intereses moratorios también está contemplada en la regulación propia del sistema de salud, específicamente en lo que refiere al artículo 13 de la Ley 1122 de 2007. Al igual que por el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011.

La Tabla 1 desglosa la deuda de las principales EPS que hacen parte del régimen contributivo por la cartera que adeudan a las IPS (instituciones prestadoras de salud) tanto públicas como privadas. En ella se muestra de forma descendente cuáles son las EPS con mayores montos de deuda y los valores adeudados, así como el porcentaje de participación de cada una en el total de la cartera morosa del sistema. De ahí podemos colegir que la inmensa mayoría de la cartera de las aseguradoras privadas se agrupaba en prestadoras de servicio igualmente privadas.

**Tabla 1**

*Principales deudores EPS Régimen Contributivo*

ENTIDAD	IPS Privadas	IPS Públicas	Total	% Part
NUEVA EPS	1.302.227	138.737	1.440.964	28
SALUDCOOP	670.758	145.174	815.932	16
COOMEVA EPS	592.364	49.210	641.574	13
FAMISANAR EPS	354.399	24.509	378.908	7
CAFESALUD	204.199	19.999	224.199	4
SALUD TOTAL	169.628	17.507	187.135	4
SOS	150.596	8.006	158.602	3
SANITAS EPS	141.793	13.224	155.018	3
SURA EPS	142.823	7.496	150.319	3
SOLSALUD	105.850	21.653	127.503	2
COMPENSAR EPS	124.624	2.699	127.323	2
CRUZ BLANCA EPS	97.790	8.433	106.223	2
HUMANA-VIVIR EPS	71.088	31.591	102.679	2
COMFENALCO ANTIOQUIA	91.705	9.350	101.055	2
SALUDVIDA EPS	72.766	13.407	86.173	2
OTRAS EPS (18)	258.814	37.851	296.655	6
TOTAL	1.552.427	548.846	5.100.272	100

**Nota.** Fuente: Superintendencia de Salud (2013).

En este respecto lo que más preocupa no solo es el abultado estado de la cartera en el Sistema de salud, que ya por sí solo habría de ser considerado como un problema mayor. No, la preocupación mayor resulta de constatar que la gran mayoría de la cartera se encuentra en mora:

Tabla 2

*Participación de la cartera Régimen Contributivo por edades*

Tipo	IPS Públicas	% Part	IPS Privadas	% Part	TOTAL	% Part
No Vencidas	92.843	17	1.526.377	34	1.619.220	32
En mora	456.003	83	3.025.050	66	3.481.053	68
Total CxC	548.846	100	4.551.427	100	5.100.273	100
% Part	11		89			

**Nota.** Fuente: Superintendencia de Salud (2013).

Ello implica que cerca de 3,5 billones de pesos de la cartera del sistema de salud en el año 2013 correspondía a obligaciones vencidas. Este fenómeno moratorio es explicado por el profesor Félix Martínez de la siguiente manera: “la verdadera causa del incumplimiento de los pagos es, por supuesto, el hecho de que desde un comienzo se permitió, y se sigue permitiendo, en este “particular mercado”, que el dinero no tenga valor, por lo que no se reconocen intereses de mora” (2019, pág. 259).

Esta situación genera una enorme distorsión en el mercado, especialmente en el particularísimo mercado del sistema de salud, habida cuenta que, en la generalidad de la realidad comercial los bienes y servicios se pagan a su costo en la fecha en la que fueron entregados o consumidos, de lo contrario, el deudor deberá pagar un interés moratorio a título de reconocimiento del valor del dinero en el tiempo que perdió su acreedor al no haber recibido el pago en el plazo pactado. La razón fundamental de esto es permitir la existencia de liquidez en la economía y una mayor cantidad de transacciones económicas generadoras de valor en el tiempo.

Si esta norma comercial y civil no existiera, no solo no habría ningún incentivo para realizar prontamente los pagos debidos, sino que se gestaría una situación comercial en la cual se privilegiaría injustamente a los deudores, que estarían en la capacidad de obtener rendimientos financieros de dineros y liquidez que en estricto sentido no les pertenecen. Es por ello que la tasa del interés moratorio es significativamente más alta que lo intereses corrientes del mercado, habida cuenta de que no solo debe compensar al acreedor por los intereses que no recibió en el tiempo, sino que además debe establecerse como sanción suficiente -y desincentivo- para que los deudores no incurran en estas prácticas.

Bueno, es precisamente esto lo que sucede en el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, con el agravante de que sucede en una especie de burbuja, en un mercado sui generis al que se accede sólo con autorización estatal; y en el que por simple falta de diligencia las deudas que no se extinguen en su debido momento simplemente no se sancionan. Con lo cual, los pocos actores que participan en este mercado y tienen la liquidez económica para tomar ventaja de esta situación -las aseguradoras-, por cuenta de las transferencias que reciben según su número de afiliados, cuentan con todos los incentivos del caso para exacerbar su comportamiento rentístico por esta vía. Sustraen los recursos del sistema de seguridad social, es decir de su actividad económica principal, que por lo demás está tan regulada que sólo les permite un margen de utilidad

del 10% por concepto de gastos de administración<sup>8</sup>, para ponerlos a producir en otras actividades económicas con márgenes de ganancia muy superiores; y luego reintegrarlos al sistema con una dilación enorme sin la existencia de ningún tipo de sanción.

En palabras del profesor Martínez:

Desde el inicio, hizo carrera en el Sistema y es una realidad de bulto, la desviación de las prácticas comerciales aceptadas en Colombia y el mundo entero, relacionadas con el reconocimiento oportuno de las obligaciones y el pago de los intereses en los casos de mora. La ruptura de las normas más elementales relativas a los contratos entre empresas, respecto a las obligaciones monetarias, sus efectos y las consecuencias y responsabilidades financieras que de ellas se derivan, falsea la condición propia de la economía de mercado relativa al valor del dinero y crea de hecho una subcultura o “economía especial”, que no todos los empresarios e inversionistas parecen dispuestos a aceptar. Otros se ajustan, incluyendo por anticipado en el costo del bien o servicio los costos financieros derivados de la cartera prolongada (Martínez, 2015, pág. 7).

Además advierte:

Nunca fue posible ulteriormente, en este extraño “mercado” la recuperación de las prácticas comerciales, basadas en la necesidad de honrar oportunamente las obligaciones contraídas y en la existencia de medidas coercitivas ante las conductas opuestas, para dar seguridad a los inversionistas en el sector. Una enorme cartera en el Sistema, con promedios reales superiores a tres o cuatro meses y con porcentajes significativos a seis u ocho meses, denunciados en múltiples publicaciones, evidencian la falta de seguridad jurídica y financiera en este “particular mercado” (Martínez, 2015, pág. 7).

Según la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC) en el año 2017 el valor real de la cartera por venta de servicios de salud ascendía a 8,5 billones de pesos (casi 3,5 billones más de lo evidenciado en el 2013), de la cual un 54,6% o 4,6 billones sobrepasaban los 90 días (2018).

El fenómeno de la cartera no solo aterra por sus enormes cifras con retraso sino por su vertiginosa tendencia al ascenso según la Superintendencia de Salud para diciembre de 2018:

las 41 EPS registraron un total de \$21 billones en sus cuentas por pagar, de los cuales el 43.9% corresponde a pasivos con IPS privadas, el 16.1% a IPS públicas, el 13.5% a otros pasivos (pasivos laborales y financieros, impuestos, multas, entre otros), y el 8.8% corresponde a otras cuentas por pagar en salud, las cuales incluyen reservas técnicas por obligaciones conocidas no liquidadas y por obligaciones no conocidas relacionadas con servicios de salud. El 17.7% restante corresponde principalmente a cuentas por pagar a ADRES/Fosyga/Minsalud, otras EAPB, empresas comercializadoras de productos farmacéuticos, profesionales independientes y empresas de transporte especial de pacientes (Superintendencia de Salud, 2019).

---

<sup>8</sup> Artículo 23 de la Ley 1438 de 2011.

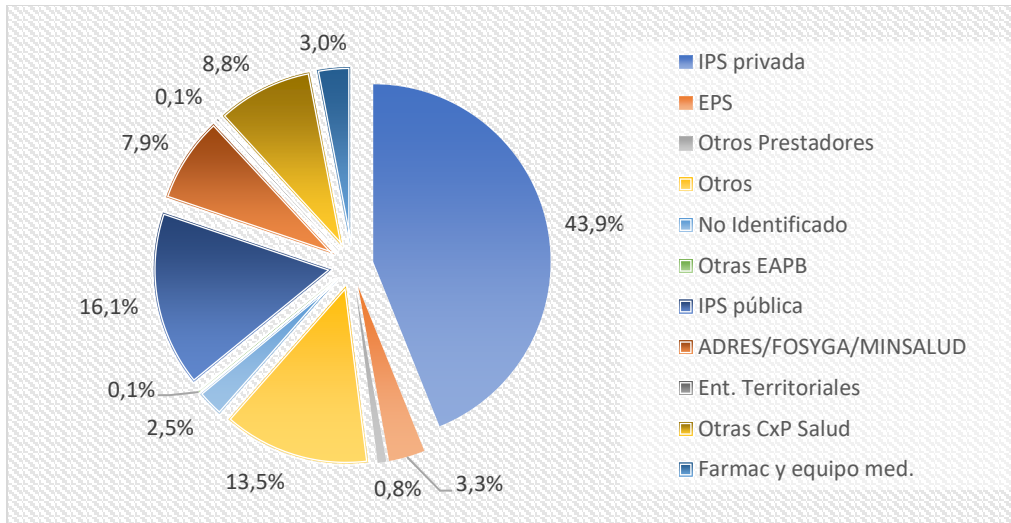


Figura 2. “Cuentas por pagar de EPS por actividad económica del acreedor 2018-II \$21 billones”. (Superintendencia de Salud, 2019)

En lo que respecta a las cuentas por pagar de las EPS a las IPS estas cifras ascienden a \$14,5 billones de pesos, de los que \$9.2 billones corresponden a IPS privadas, \$3.4 billones a IPS públicas, y \$1.9 billones de reservas técnicas por obligaciones conocidas no liquidadas y por obligaciones no conocidas relacionadas con servicios de salud (Superintendencia de Salud, 2019).

Para el 2019 la deuda de las EPS creció en 3 billones de pesos, la Superintendencia de Salud determina:

Las 37 EPS registraron un total de \$24,3 billones en sus cuentas por pagar, de los cuales el 40,1% corresponde a pasivos con IPS privadas, el 14,1% a otros pasivos (pasivos laborales y financieros, impuestos, multas, entre otros), el 12,5% a IPS públicas, el 12,1% a ADRES, el 8,9% a otras cuentas por pagar en salud, las cuales incluyen reservas técnicas por obligaciones conocidas no liquidadas y por obligaciones no conocidas relacionadas con servicios de salud, y el 12% restante corresponde principalmente a cuentas por pagar a empresas comercializadoras de productos farmacéuticos, otras EAPB, otros prestadores y entidades con actividad económica sin identificar (Superintendencia de Salud, 2020)

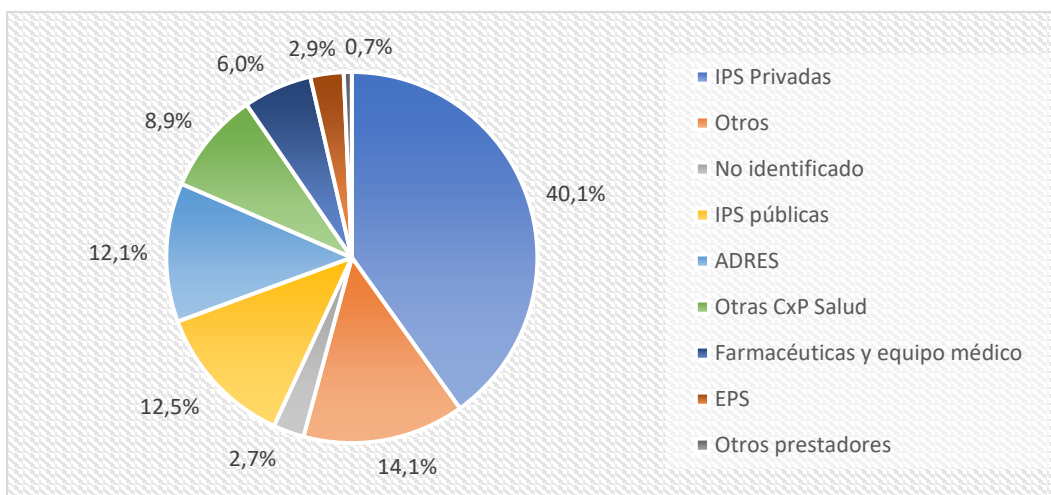


Figura 3. “Cuentas por pagar de EPS por actividad económica del acreedor Diciembre 2019 \$24.3 billones”. (Superintendencia de Salud, 2020)

Para el 12 de diciembre del año 2021 el monto total de la deuda de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB) asciende a la escandalosa cifra de 43,41 billones de pesos, de los cuales 33.5% corresponde a deudas con IPS privadas y 11.3% a deudas con IPS públicas (Superintendencia de Salud, 2022).

Sin embargo, el énfasis en este punto hay que ponerlo en la composición de la cartera por edades de vencimiento, bajo este criterio de análisis se observa que el 57,3% de las deudas reportan una cartera de hasta 60 días; con lo cual, al menos en términos porcentuales, se mejora el resultado obtenido en el año 2017 en donde más de la mitad de la deuda superaba los 90 días. Sin embargo, se observa con asombro que el 26,5% de esa carrea, más de una cuarta parte, representa una cartera superior a 180 días, es decir, medio año de atraso en la cartera.

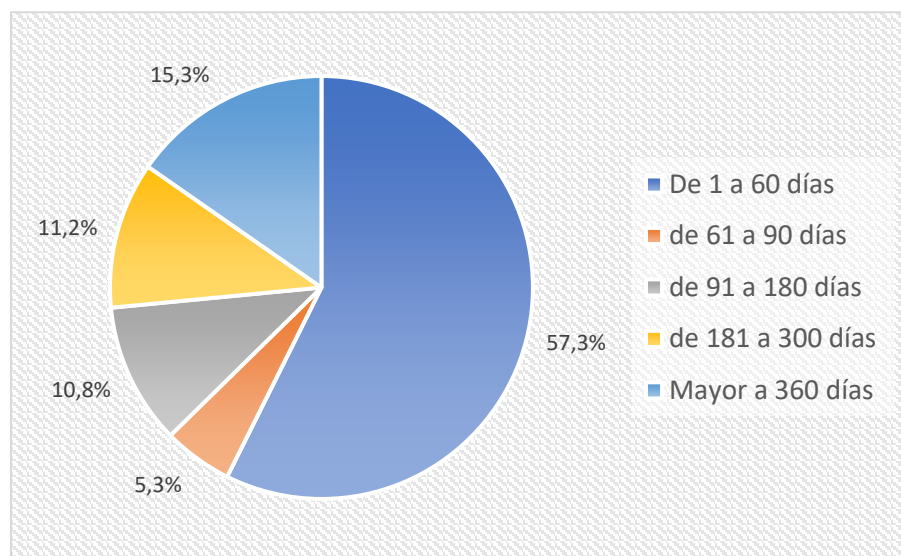


Figura 4. “Cuentas por pagar de EPS a IPS por edad de la cartera 2018-II”. (Superintendencia de Salud, 2019)

Para el año 2019, prácticamente se reitera el escenario con respecto a la edad de la cartera de las EPS, ello permite advertir que este comportamiento moratorio es una tendencia marcada en el sistema y que se repite más o menos con las mismas características año tras año. Pues bien, como se evidencia en la figura 5, los valores porcentuales de la cartera son prácticamente los mismos que los que se evidenciaron en el 2018, repitiendo insidiosos resultados como que más de una cuarta parte de la deuda supere un retraso de 180 días.

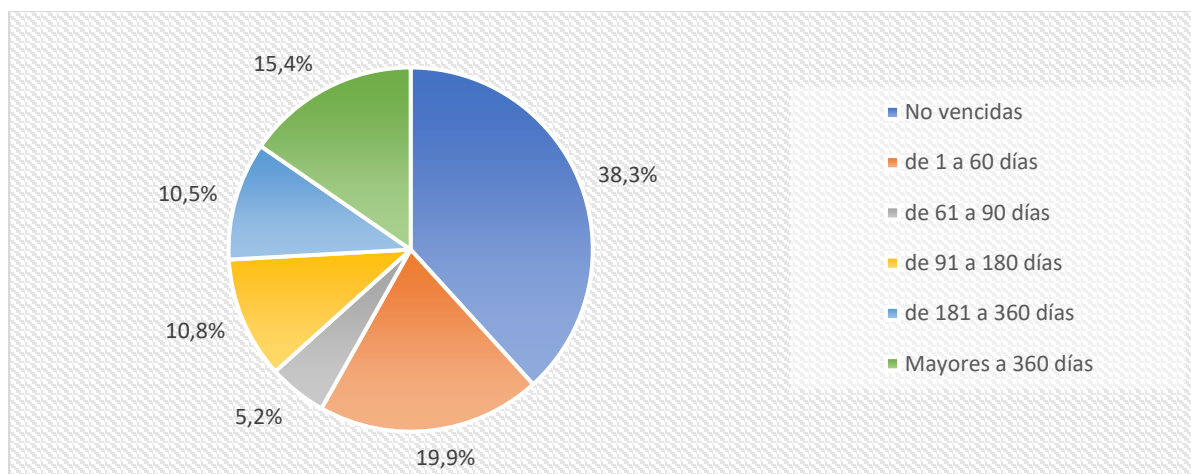


Figura 5. “Cuentas por pagar de EPS a IPS por edad de la cartera diciembre 2019”. (Superintendencia de Salud, 2020)

Esto ciertamente demuestra una pérfida tendencia dentro de las aseguradoras del sistema de salud a retrasar de forma injustificada el pago de las obligaciones adeudadas, a pesar de contar con un flujo de caja constante y mensual, pues los dineros que recolectan, al menos en el régimen contributivo, provienen de las cotizaciones mensuales que cada empleador y empleado del país está obligado mensualmente a consignar. Con lo cual, resulta apenas evidente que el avanzado estado de la mora en la cartera del Sistema de salud no se explica por la falta de liquidez de los pagadores.

Sin obstar lo anterior, otra de las grandes irregularidades financieras en el sistema estriba en la abrumadora disparidad entre lo que reportan adeudar las EPS y lo que reclaman de ellas en acreencias las IPS. Pues mientras, como se mostró previamente, las EPS indican adeudar una suma de \$12,6 billones a las IPS, estas reclaman acreencias por la suma de \$18,5 billones. Y en estas acreencias reclamadas por las IPS 51,3 % de la cartera supera los 90 días de mora (Superintendencia de Salud, 2019). Así lo demuestra la Figura 6.

Esta enorme disparidad entre lo que dicen adeudar las EPS y lo que sostienen las IPS como cuentas por cobrar se reitera preocupantemente en el año 2019, siempre que las EPS señalan adeudar una suma equivalente a \$14,8 billones de pesos, mientras las IPS reclaman en acreencias a las EPS por un valor de \$18,2 billones de pesos. Y advierten tener una cartera de cobro que asciende a los \$37,3 billones de pesos, de los cuales el 49,8% está representado en deudas de las EPS (Superintendencia de Salud, 2020).

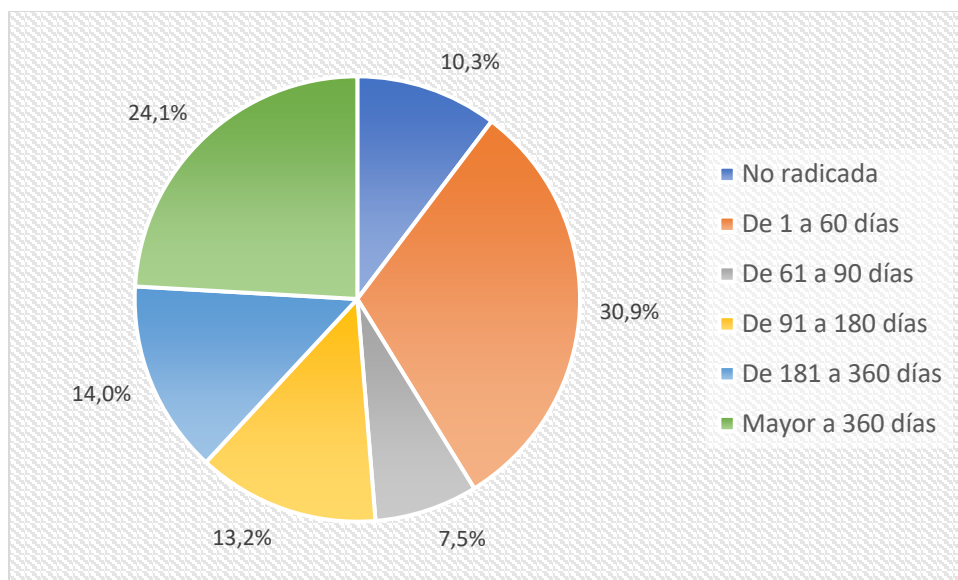


Figura 6. “Cuentas por cobrar de las IPS a EPS por edad de la cartera”. (Superintendencia de Salud, 2019)

Con lo cual el resultado encontrado en el año 2017 demuestra pocas mejorías en términos porcentuales y ciertamente ninguna en términos numéricos. Ya que, lo reportado por la ACHC indicaba que la cartera de las IPS superior a 90 días era de \$4,6 billones de pesos, lo que equivalía a un 54,6% del total de la cartera; mientras que según lo reportado por la Superintendencia de Salud para el año 2018 la cartera superior a 90 días que reclamaban las IPS era de 51% del total de la deuda, es decir \$9,49 billones de pesos. Ello indica, una evidente tendencia de aumento progresivo, vertiginoso y sostenido de la cartera morosa de las EPS. Evidenciando de manera clara la existencia de un incentivo monetario a no cumplir sus obligaciones en el tiempo debido.

El colosal tamaño de la cartera, como lo advertía Félix Martínez es un problema de antaño, no pocas han sido el número de normas expedidas con el prurito de solucionar esta penosa realidad, sin embargo, como se observa en la evolución de las cifras de los últimos años, el problema sigue vigente y creciendo. De ello se colige que su diagnóstico a la hora de enmendarlo ha sido, cuando menos, errático. Pues bien las medidas implementadas parecen no atinar en el busilis del asunto y pretenden solucionarlo con medidas paliativas que prescinden deliberadamente de entender el problema como un asunto sistemático ateniende a la estructura misma del SGSSS que promociona este tipo de comportamientos malsanos en sus actores.

Una de estas pretendidas medidas de saneamiento fue la presentación en el año 2013, por parte del gobierno nacional, de un proyecto de Ley titulado: “Por el cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, de este proyecto sirve destacar que en la exposición de motivos el gobierno nacional reconoce la situación de la cartera y los retrasos en los pagos como un problema sistémico de la estructura mismas del SGSSS.

Las deudas reportadas por los hospitales crecieron de manera preocupante [...]. Este crecimiento afecta negativamente la calidad de la atención a los usuarios, debido a que las IPS no pueden costear los pagos a los proveedores o a que las IPS utilizan como una medida de presión para lograr el pago de las acreencias, el

riesgo en el deterioro en la calidad. De acuerdo con la Resolución 2509 de 2012, más del 40% de las IPS públicas fueron categorizadas en riesgo fiscal y financiero medio o alto

[...]

Otro de los retos que busca solucionar la reforma a la salud es el pago oportuno a los prestadores de servicios. La norma obliga a los prestadores a brindar atención a quien lo solicite, pero no es igual de imperativa en obligar al asegurador o pagador a cancelar los servicios prestados. Aunque medidas como el Giro Directo en el régimen subsidiado han comenzado a tener efectos positivos en cuanto a la oportunidad de los pagos, los hospitales continúan atendiendo a los enfermos pero los pagos por parte de las EPS han ido disminuyendo y la cartera vencida creciendo [...] Tanto instituciones públicas como privadas se han visto afectadas y su sostenibilidad ha sido puesta a prueba (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013, pág. 15).

Según el propio gobierno, la trazabilidad de las cuentas, a pesar de haber implementado medidas como las cuentas maestras, las bases de datos de afiliados y la planilla integrada de liquidación de aportes; una vez llegan los recursos a las arcas de las EPS deja de ser clara (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013). Es por ello que el gobierno paulatinamente adoptó medidas para procurar disminuir al máximo el papel de intermediación financiera de las aseguradoras (EPS) en la administración del sistema.

Una de estas medidas implementada por el gobierno fue la generación de giros directos a las entidades prestadoras de los servicios de la salud (especialmente las IPS), ello con el propósito de evitar la intervención financiera de las EPS y procurar el raudo arribo de los dineros a las cuentas de quienes prestaban los servicios. Este sistema se implementó en primera instancia en el régimen subsidiado, donde no existían cotizaciones monetarias por parte de los afiliados, y en donde el papel de las EPS consistía únicamente en administrar los recursos.

La primera norma que se expidió en este sentido fue el artículo 29 de la Ley 1438, en la cual se estipuló de forma concreta la forma en la que se iba a administrar financieramente el giro de los recursos de las entidades territoriales para el régimen subsidiado.

**ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.** Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

La Nación podrá colaborar con los municipios, distritos y departamentos, cuando aplique, con la identificación y registro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Los distritos y los municipios de más de cien mil habitantes (100.000) podrán continuar administrando los recursos del Régimen Subsidiado hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, utilizando el instrumento jurídico definido en el presente artículo (Ley 1438, 2011).

La regulación de esta norma se estableció por medio del Decreto 971 de 2011 en el cual se determinó que para efectuar el giro directo por parte del Ministerio de Salud y Protección Social

de la UPC a las EPS y a los prestadores de servicios de salud, este generará la liquidación mensual de afiliados con fundamento en la información suministrada por las EPS y validada por las entidades territoriales de la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) (Decreto 971, 2011).

Esta fue la génesis de una serie de modificaciones normativas, todas tendientes a eliminar progresivamente el papel de intermediarios financieros que cumplían las aseguradoras, habida cuenta de su iterado retraso en el pago de las cuentas debidas. Para el año 2014 se giraron aproximadamente \$3,5 billones de pesos de forma directa a cerca de 2.600 instituciones Prestadoras de Salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014).

Para este propósito se expidieron varias normas, para de forma progresiva marchitar el papel de las EPS en la intermediación de los recursos. En el año 2013 se expide la Ley 1608 “Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud”; en el artículo 10 de la norma se estipula la introducción de las medidas de giro directo para las EPS que se encuentren en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación:

ARTÍCULO 10. GIRO DIRECTO DE EPS EN MEDIDAS DE VIGILANCIA ESPECIAL, INTERVENIDAS O EN LIQUIDACIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud, que se encuentren en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación por parte del organismo de control y vigilancia competente, girarán como mínimo el 80% de las Unidades de Pago por Capitalización reconocidas, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, directamente desde el Fosyga o desde el mecanismo de recaudo o giro creado en desarrollo del artículo 31 de la Ley 1438 de 2011.

El giro directo en el caso del Régimen Contributivo, se hará una vez se reglamente por el Gobierno Nacional el procedimiento que corresponda (Ley 1608, 2013).

Esta norma fue regulada por el Decreto 2464 de 2013 y luego fue recogida en el decreto 780 de 2016 (Único Reglamentario del Sector Salud). Por estas vías normativas cada vez se reducía el papel que en principio se le había asignado a las EPS desde su constitución en la Ley 100 de 1993.

En esta misma línea regulatoria prosiguieron las normas expedidas con posterioridad, empezando por el Plan de Desarrollo del gobierno Santos (Ley 1753 de 2015) la cual en su artículo 259 establece la imposición del giro directo a las EPS que no cumplieren con el régimen de solvencia:

'ARTÍCULO 259. DEL GIRO DIRECTO EN RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. El Fondo de Solidaridad y Garantías Fosyga o quien haga sus veces girará directamente los recursos del régimen contributivo correspondiente a las Unidades de Pago por Capitalización (UPC) destinadas a la prestación de servicios de salud a todas las instituciones y entidades que prestan servicios y que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, de conformidad con los porcentajes y las condiciones que defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

El mecanismo de giro directo de que trata el presente artículo solo se aplicará a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo que no cumplan las metas del régimen de solvencia, conforme a la normatividad vigente y de acuerdo con la evaluación que para el efecto publique la Superintendencia Nacional de Salud

[...] (Ley 1753, 2015).

Esta misma norma, prácticamente se repitió en su redacción en el artículo 7 de la Ley 1797 de 2016, “por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Sin embargo, el enfoque manejado cambió hasta hace poco con la introducción del Plan de Desarrollo del gobierno Duque (Ley 1955 de 2019), ampliando esta cobertura del giro directo del régimen subsidiado y las empresas del contributivo con alguna medida de intervención, a todas las EPS del régimen contributivo. Igualmente se amplía el uso del giro directo a tecnologías no incluidas en el plan de beneficios. En esta nueva norma se estatuye el giro directo de los recursos a las prestadoras como norma general y no como excepción. Las únicas EPS que se exceptúan de la aplicación de esta medida son aquellas que cumplan con el patrimonio adecuado, sin embargo, como se precisó con profusión en el acápite pasado, estas normas atinentes al cumplimiento de los mínimos patrimoniales y de capacidad financiera se han venido prorrogando en su aplicación prácticamente desde el momento en que se instituyeron.

El artículo 239 de la precitada norma determina:

ARTÍCULO 239. GIRO DIRECTO. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en nombre de las Entidades Promotoras de Salud y demás Entidades Obligadas a Compensar, realizará el giro directo de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación (UPC) de los regímenes contributivo y subsidiado destinadas a la prestación de servicios de salud, a todas las instituciones y entidades que presten dichos servicios y que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, así como a los proveedores, de conformidad con los porcentajes y condiciones que defina el Ministerio de Salud y Protección Social. También aplicará transitoriamente el giro directo de los recursos asociados al pago de los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC para los regímenes contributivo y subsidiado, según lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO 1o. La información de este mecanismo será de consulta pública.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de las funciones de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio de Salud y Protección Social realizará el seguimiento permanente a la oportunidad del giro de los recursos, así como a su programación, destinación y ejecución por las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, instituciones prestadoras y proveedores de tecnologías en salud, últimos responsables de estos procesos.

PARÁGRAFO 3o. Lo dispuesto en el presente artículo en lo referente a los servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado comenzará a operar a partir del 1 de enero de 2020.

PARÁGRAFO 4o. No estarán sujetas a lo dispuesto en este artículo las EPS adaptadas del Estado y aquellas que en su desempeño financiero cumplan con el patrimonio adecuado (Ley 1955, 2019).

En esta nueva perspectiva no se impone el giro directo como sanción a quienes no hayan cumplido con el régimen de solvencia, bajo la lógica de que el cumplimiento de este régimen ha sido postergado de forma perenne por el propio Gobierno Nacional, sino que se esgrime su excepcionalidad como una suerte de premio o compensación a las pocas EPS que cumplan a cabalidad con las normas de solvencia financiera (6 de 41 en el momento en que se escribe este texto<sup>9</sup>).

Análogamente el Plan de Desarrollo del gobierno Duque sirve como evidencia de la manera particular en la que se maneja el dinero en este mercado *sui generis* de la salud en el país. Pues en la adopción de las normas que se denominaron en su época como de “punto final”, dado su

---

<sup>9</sup> Para ello es pertinente consultar el portal “consultor salud” en el cual se explica de manera generalizada las implicaciones de la nueva normatividad implementada en el Plan de Desarrollo, además de describir cuáles son las EPS que a la fecha cumplían con las condiciones de solvencia. Disponible en: <https://consultorsalud.com/nuevo-giro-directo-en-colombia-videocolumna/>.

propósito de procurar el saneamiento de buena parte de las deudas del sector, se introdujeron varias disposiciones en las cuales se obliga a los acreedores de obligaciones en mora a aceptar el pago de las mismas sin el reconocimiento de los intereses moratorios correspondientes.

En el artículo 137 de la precitada norma en el acápite en donde se hace referencia a el saneamiento definitivo de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías no financiados con la UPC, se determina que para acceder a este saneamiento, las entidades que cobran, deberán renunciar al cobro de cualquier tipo de interés generado por concepto de esta deuda.

ARTÍCULO 237. SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Con el fin de contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el Gobierno nacional definirá los criterios y los plazos para la estructuración, operación y seguimiento del saneamiento definitivo de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo. Los servicios y tecnologías en salud objeto de este saneamiento deben cumplir los siguientes requisitos:

[...]

1. Como requisito indispensable la entidad recobrante y la ADRES suscriban un contrato de transacción en el que la primera se obligue como mínimo a:

[...]

1.3 **Renunciar expresamente al cobro de cualquier tipo de interés** y otros gastos, independientemente de su denominación sobre las cuentas presentadas, al momento de radicarlas por este mecanismo.

[...]

PARÁGRAFO 5o. Las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos se indexarán utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC), **sin lugar a intereses de mora**.

[...] (negrilla fuera del texto) (Ley 1955, 2019)

En el artículo 238 se repite la misma norma, ahora haciendo referencia al saneamiento de las cuentas no financiadas con la UPC que tengan pendientes las entidades territoriales. Lo cual nos demuestra de golpe la existencia de una malhadada realidad, en la que se crea una burbuja financiera de forma artificial, ideando un sistema que moviliza ingentes cantidades de dinero, pero en el que, a diferencia de toda la realidad económica concomitante, el dinero no tiene un valor en el tiempo.

Bajo esta premisa y la generación de este tipo de incentivos, aplicando la lógica económica previamente expuesta se entiende el porqué de los iterados y crecientes retrasos en el reconocimiento de las deudas por parte de las empresas aseguradoras a sus prestadoras de servicios en salud. Bajo una lógica de incentivos que opera de la siguiente manera: las aseguradoras (EPS) recolectan mensualmente el dinero proveniente de los aportes de los afiliados, al menos en lo que respecta al régimen contributivo,<sup>10</sup> a pesar de que estos dineros pertenezcan formal y legalmente al sistema general, las aseguradoras hacen un cruce de cuentas con la administradora de recursos del sistema, en la que por el reconocimiento de las UPC de las afiliados se genera un saldo a favor o en contra de la entidad. Estas cuantiosas sumas de dinero en poder de las aseguradoras habrán de ser dispuestas para el reconocimiento de los servicios prestados a sus afiliados por parte de su red de instituciones prestadoras. Hasta ahí una descripción general de cómo debería operar el sistema. Sin embargo, con el desconocimiento del valor del dinero en el tiempo, y la inaplicación

---

<sup>10</sup> Así lo dispone el artículo 182 de la Ley 100 de 1992.

de sanciones por el pago inoportuno de las obligaciones, no existe ningún tipo de incentivo para reconocer sus deudas en el periodo supuesto; es más, todo lo contrario, existen todos los incentivos para no hacerlo, siempre que en otras actividades económicas la tasa de retorno de la inversión es mucho mayor a la que existe en el sistema de salud.

Con esta situación en mente quienes, siendo actores aseguradores dentro del sistema, reconozcan a tiempo sus deudas, obtienen de facto un lucro cesante por no aprovechar la rentabilidad aumentada que les permitiría sacar ese dinero del sector salud y hacerlo generar rendimientos en sectores de la economía con mayor rentabilidad. Determinación, que como se ha repetido hasta el cansancio, carece de sanciones en la práctica y además es usada por todas sus competidoras. Con este ambiente de cosas, y siendo evidente para todos los actores del sistema la existencia de este tipo de incentivos y los comportamientos concordados, quienes se dedican a la prestación de servicios de salud tendrán que implementar mecanismos económicos para contrarrestar los efectos adversos que implican estas prácticas, de conformidad a lo planteado se verán abocados a inflar los precios de sus bienes o servicios con el ánimo de compensar las pérdidas económicas que implica el no reconocimiento del valor del dinero en el tiempo.

Esto deviene en una espiral inflacionaria en la cual, el valor total de la cartera y los tiempos de mora se acrecientan, y además el precio de los productos tiende a incrementar de forma desproporcionada con el ánimo de equiparar las pérdidas financieras que para los prestadores representa esta inmensa cartera moratoria.

Quienes resultan más perjudicados con esta terrible tendencia al alza son los pagadores finales de los servicios de salud: el gobierno en el régimen subsidiado y los afiliados en el contributivo; pues su dinero pierde con mayor avidez valor en el tiempo, al destinarse a un sector, que por sus dinámicas económicas particularísimas genera una espiral inflacionaria superior a la existente en el resto de la economía.

## **Conclusiones preliminares**

A título de conclusión, y en conciencia de lo extenso del presente capítulo, valga recordar que las temáticas tratadas fueron en su orden: 1) la existencia de una crisis sistémica, que no meramente de financiamiento o de algunos actores, en el sistema de salud colombiano; 2) la tendencia académica de atribuir la causa de esta crisis sistémica a la prevalencia de las lógicas comerciales, por encima de la protección de los derechos; y 3) la inexistencia, al menos en sentido estricto, de un libre mercado en la asignación de recursos y la prestación de servicios en el SGSSS.

Precisamente en esta última materia tratada es en la que resulta menester, por concreción, realizar unos apuntes conclusivos. Pues bien, sirva recordar que la reflexión en ese respecto empezó con la definición conceptual de lo que se entiende por un sistema de mercado y por mercado competitivo. Como aquel sistema de intercambio cuyo rasgo principal es que se organiza en torno

a las decisiones tomadas por individuos privados, en lugar de una autoridad de planeación centralizada, en el que los vendedores y compradores, actuando plenamente informados y como tomadores de precios, intercambian bienes o servicios estandarizados, sin costos de transacción, y regido por las leyes de la oferta y la demanda, cuya conjunción genera un equilibrio (Karlán & Morduch, 2021).

Las condiciones sociales para la existencia de un sistema como el relatado resultan principalmente del mayor nivel de libertad posible de los individuos, o de las empresas individualmente consideradas. Es por ello que las teorías que preconizan las ventajas distributivas del mercado y centran su atención en el individuo son naturalmente denominadas como “liberales”. Bajo estas perspectivas teóricas la distribución de los productos del intercambio social se logra de forma mucho más eficiente y espontánea dando carta abierta a la gestación de mercados competitivos.

El fundamento principal de esta presunción de eficiencia se basa en la idea de que, por conducto de la conjunción de las leyes de la oferta y la demanda, con el tiempo suficiente, la competencia de bastantes individuos encontrados en un mismo sistema de intercambio gestará el abaratamiento de los precios de los bienes y servicios ofertados, al igual que una producción más eficiente de los mismos.

Por último, y a pesar de que suene una tautología, este sistema de intercambio de bienes y servicios solo resulta posible en tanto a que se tenga un sistema de reglas básico que genere expectativas reciprocas. Este básico sistema reglamentario debe partir de la premisa perentoria del cumplimiento y honra de las obligaciones que se contraen; e incentiva a que estas obligaciones se cancelen en el momento en que los individuos se comprometieron a hacerlo.

Habiendo establecido estas proposiciones como estamentos de base del modelo de libre mercado, para poder contrastar las características del SGSSS, se escogió como marco conceptual de referencia el enfoque del “rational choice” por su cercanía proposicional con el modelo en cuestión.

En ese sentido el sistema de salud colombiano fue examinado bajo la una óptica individualista de sujetos auto interesados, movilizados por el propósito de maximizar su bienestar individual, determinando su accionar con base a incentivos y a una proyección al futuro. Sin embargo, en este enfoque analítico se reconoce por defecto la existencia de fallas en el mercado, producto de la falta de información, las externalidades, la selección adversa, el riesgo moral, etc. Frente a las que la teoría proporciona como solución la creación de entramados normativos, o instituciones; cuyo propósito principal es la subsanación de las fallas del mercado.

Igualmente, este enfoque reconoce que, si bien las instituciones pueden operar como una enmendación de las fallas mercantiles, al constituirse de reglas que generan beneficios concentrados y costos repartidos, corren el riesgo de someterse a un fenómeno denominado “la captura regulatoria”, más aún en tratándose de instituciones creadas en el marco de Estado democráticos y representativos.

Al analizar las características del sistema de salud colombiano bajo el crisol analítico relatado se encontraron varios fenómenos que vale la pena destacar. En primera instancia, al analizar el origen mismo del sistema se descubrió que lo que se conoce como el “mercado” de la salud en Colombia no surgió de forma espontánea por el ánimo libre de los individuos, o grupos económicos individualmente considerados.

Todo lo contrario, por las mismas características de los mercados de salud en términos generales (el inevitable riesgo moral; la selección adversa; una demanda irregular, no asimilable por mucho con la demanda en el contexto general del análisis económico<sup>11</sup>; la incertidumbre general que significa el consumo de los bienes y servicios de salud, adeudada en parte a la equivalencia entre el producto y el proceso de producción; y los constantes incentivos perversos que refuerzan el riesgo moral) y por la manera misma en que la regulación constitucional limitaba el ejercicio empresarial en este sector sometiéndolo desde el comienzo al escrutinio y tutela del Estado, lo que se hizo en Colombia, fue crear a la fuerza un mercado a como diera lugar. Primero, forzando a las empresas de medicina prepagada a participar en este nuevo sistema so riesgo de perder la autorización para ejercer el negocio que desempeñaban desde antaño; y luego, ante la evidencia del fracaso de la primera estrategia, se permitió la participación de un tipo de empresas muy distintas al paradigma del empresario auto interesado, las cooperativas y las cajas de compensación familiar.

Ya en este punto varias de las premisas del modelo del libre mercado se violentaron solo con la “creación” del sistema en comento. En primera instancia se fulmina de plano la idea del intercambio organizado en torno a las decisiones tomadas por individuos privados, libres y autónomos. Es evidente que el origen del “mercado de la salud” en Colombia no surgió ni surgiría de forma espontánea. Con lo cual su génesis tiene más que ver con la planeación estatal centralizada que con la libertad individual.

En segunda instancia, se pone en duda el paradigma constitutivo de la libertad del empresario, al evidenciar que quienes desempeñaban un negocio similar al nuevo sistema no llegaron a él por voluntad propia, sino coaccionados por el poder estatal, bajo la amenaza de no poder ejercer las actividades comerciales a las que se desempeñaban.

En tercera instancia, al autorizar la participación de organizaciones como las cooperativas y las cajas de compensación familiar se rompe el paradigma analítico del individuo auto interesado que opera por la maximización de su bienestar. Ello habida cuenta de que, como se demostró con profusión, este tipo de organizaciones no solo carecen por mandato legal de ánimo de lucro, sino que además, por la profusión de sus propietarios, son utilizadas como vehículos o cascarones para la persecución malsana de los intereses rentísticos de sus administradores. Incluso en desmedro de los propios intereses económicos de las organizaciones, contratando bienes y servicios muy por encima de los precios competitivos, de empresas de propiedad de sus administradores o sus familiares. Situación que se torna más paradójica cuando se constata que este tipo de organizaciones compendian a la mayoría de los afiliados del sistema.

---

<sup>11</sup> Se sugiere incluso que en términos reales no existe una demanda por atención médica, sino que esta es una demanda derivada, pues la demanda real es de buena salud.

El paradigma del individuo libre y auto interesado no solo se viola desde el lado de la oferta de los servicios, sino que también, e incluso más, desde la demanda. Pues el sistema cuenta con un tipo de consumidor al que se le cercena de tajo la libertad fundamental de no consumir. Y al estar compelido al consumo carece de la posibilidad de actuar en virtud de la maximización de su interés particular. Las resultas de este fenómeno son la gestación de una gran masa de afiliados desinteresados que carecen de las necesidades fundamentales que motivan el consumo, que de forma paradójica son el prototipo de consumidor más buscado por las empresas aseguradoras.

El propio desinterés del consumidor a la hora de aproximarse a este mercado implica de forma necesaria la violación del paradigma del individuo plenamente informado. Y si bien puede argumentarse que este paradigma se viola en todos los sistemas de seguros de salud por las propias particularidades de este tipo de mercado, previamente señaladas. En el sistema colombiano se suma a la desinformación la inmensa cantidad de instancias burocráticas que interceden entre el consumidor y el servicio; y que causan que incluso los consumidores interesados carezcan de algo siquiera parecido a una información completa para el consumo.

En lo que respecta a la actuación como tomadores de precios vale destacar que, si bien en el SGSSS ni vendedores ni compradores tienen la capacidad de influir en los precios, esto no sucede por virtud de la competencia en el mercado, sino porque los precios son fijados de forma centralizada por la autoridad estatal; al igual que la cartera de servicios a prestar, en un plan de beneficios al que las empresas suelen ceñirse por lo bajo. Con implicaciones directas en lo que al paradigma del libre mercado respecta, pues bien, al no poder competir en el precio, la calidad y cantidad de servicios obtenidos, se impide de súbito la acción de las leyes de la oferta y demanda para la determinación de los precios y cantidades en equilibrio. El valor de la UPC pagada a las aseguradoras es fijado unilateralmente por la autoridad estatal; lo más lejano posible al libre mercado.

En este particular punto de la competencia hay varias precisiones por destacar. En primera medida, una de las razones que justificó la implementación de este tipo de sistema en el ámbito colombiano fue la presunción de que, por virtud de la sana competencia entre los privados, los bienes y servicios serían prestados de forma más eficiente y barata. Sin embargo, lo que se evidencia en el sistema es lo más alejado a la sana competencia, la eficiencia y el abaratamiento de los precios.

Empezando por el hecho de que la moneda corriente del sistema no es el peso colombiano sino la UPC, que se paga a las aseguradoras habiendo, o no, prestación efectiva del servicio. Esto conlleva a que el incentivo de las aseguradoras no se vuelque a la eficiente prestación de los servicios, sino a la desbocada afiliación de personas, incluso por encima de sus capacidades materiales de atención. Esta vocación de afiliadores y no de prestadores de servicios que adquieren las aseguradoras del sistema deriva en un desprecio por el tipo de consumidor que regularmente reclama de los servicios de salud, en su lugar se privilegia la búsqueda de consumidores desinteresados y poco demandantes, y por ello el sistema no crea ningún incentivo para motivar el óptimo servicio de salud a quien lo demande, todo lo contrario, el sistema motiva la infame imposición de barreras de acceso a quienes efectivamente requieren los servicios de salud.

Ello implica que en términos materiales el desempeño económico positivo de una EPS (número de afiliados a su cargo/número de UPC que recibe) no dependa de la calidad de sus servicios ni de la satisfacción de sus afiliados, sino del uso racional que le dé a los recursos de las UPC que recibe y de sus estrategias para afiliar cuantas más personas tenga en oportunidad (Dávila & Rueda, 2013). Con lo cual se viola a toda costa la presunción de que la competencia genera una mejor y más eficiente prestación de los servicios, todo lo contrario, el sistema genera todos los incentivos económicos posibles, bajo una lógica individual de análisis costo beneficio, para prestar el peor servicio posible. Esta evidencia se profundiza al advertir el buen desempeño en la prestación de servicios por parte de las EPS, según evaluaciones de usuarios y hospitales, carece de relación con el número de afiliados que ostentan (Dávila & Rueda, 2013).

Igualmente, por el amplio escrutinio estatal y por la limitación del margen de ganancia que pueden obtener las empresas aseguradoras, se promueve que por vía de la integración vertical los aseguradores terminen buscando rentabilidades en negocios secundarios y no relacionados con la salud, pagando servicios secundarios a precios no competitivos, procurándose de manera subrepticia las utilidades que se les niegan en el ejercicio de su actividad principal.

Por último, la violación de la proposición que sugiere que de la competencia surge una prestación más eficiente y económica de servicios se culmina con la actuación estatal, que patrocina las prácticas desleales del incumplimiento normativo, principalmente en lo que atañe a los requisitos financieros y organizacionales que se yerguen como barreras de entrada al sistema, generando la expectativa legítima dentro de los actores del sistema de que si el cumplimiento de una norma se torna gravoso, lejos de ser sancionados por su inobservancia, la norma será modificada con arreglo a las necesidades de los actores financieramente más irresponsables. Igualmente, al permitir la gestación de un sistema en el que no existe un valor del dinero en el tiempo, se incentiva la competencia desleal, se premia la búsqueda de rentabilidades en actividades diferentes a la salud, se acrecienta la cartera morosa del sistema, se traiciona la presunción contractual del cumplimiento de las obligaciones y se encarecen los bienes y servicios ofertados para el intercambio.

Siendo que, tratándose de un mercado tan particular como el de la salud en el que las fallas como la falta de información, la selección adversa y el riesgo moral son parte misma de su naturaleza, el entramado conceptual analizado propone como solución la gestación de instituciones que afecten el cálculo racional individual para reparar hasta donde sea posible estas inconsistencias. No obstante, en el caso del sistema de salud colombiano las instituciones y la regulación no operan con el ánimo de solventar las fallas mercantiles, sino que más bien las profundizan, pues del conjunto regulativo se derivan incentivos a la mala prestación del servicio, la falta de transparencia, la desinformación, la competencia desleal, la mala prestación de servicios y las prácticas rentistas y de integración vertical.

Igualmente, habiendo analizado la tendencia gubernamental de gestar una regulación tipo “sastre” hecha a la medida de las necesidades de los vigilados, se levantan serias dudas sobre hasta qué punto el fenómeno de la captura regulatoria tiene cabida en la creación normativa del sistema de salud.

Finalmente, en lo que refiere a los costos transaccionales, se ha referido hasta el cansancio que el sistema proporciona a las aseguradoras todos los incentivos posibles para que generen la mayor cantidad de trabas burocráticas en la prestación de los servicios. Tantas que incluso sus falencias repercuten en el sano flujo del sistema judicial, por el perverso fenómeno de la volitiva negación de servicios para que sean reconocidos después por vía de tutela. Estableciendo a la salud como la segunda mayor causa de interposición de tutelas en el país.

Por todos los fenómenos previamente destacados, sin siquiera instar con ahincó en las practicas rentistas y de integración vertical que de igual manera violentan los supuestos básicos del libre mercado, es que se advierte sin temor al equivoco que en el SGSSS no puede predicarse la existencia de un sistema de mercado. Por lo cual, aseverar, como buena parte de la academia, que los fundamentos de la crisis estructural del sistema se adeudan a una prevalencia de las lógicas mercantiles por sobre la garantía de los derechos adolece de rigor conceptual, pues elude la realización de que el sistema de salud colombiano se aparta, tanto o más, de la defensa del modelo del libre mercado como de la garantía de lo derechos.

En ese orden de ideas la búsqueda de una explicación sobre las causas de la crisis estructural del sistema sigue pendiente. Pues bien, con este estudio pormenorizado de la distribución de recursos y el intercambio de bienes y servicios dentro del SGSSS la idea de la existencia de una crisis sistémica no hizo nada diferente a reforzarse, teniendo en cuenta que buena parte de las falencias en la prestación de servicios y la distribución de recursos son producto mismo de la regulación y la estructuración del sistema. Pero si esta crisis no puede ser explicada echando mano de la mercantilización del sistema, entonces, ¿cuáles son sus verdaderas causas?

Frente a este nuevo interrogante valga destacar algunas situaciones. Aunque se demostró de forma denodada y profusa que no existe algo siquiera similar a un modelo de libre mercado en el sistema de salud colombiano, igualmente se demostró que incluso sin la existencia de un mercado competitivo, sus actores, y especialmente las aseguradoras, sí se comportan de forma auto interesada y con la pretensión de maximizar sus intereses y utilidades.

Es decir, que puede que no exista en ortodoxia un mercado, pero sí existen en el sistema actores que se mueven bajo lógicas auto interesadas de maximización del propio interés, buscadores de utilidades que obran incluso en contra de la lógica mercantil, pero con una motivación egoísta. En cierto sentido el sistema de salud manifiesta lo peor de ambos mundos, pues surge y opera bajo la tutela y el escrutinio de una coactiva autoridad estatal, altamente burocratizada, con una regulación insondable, y que limita de manera intensa el ejercicio de la libertad individual; pero se compone de actores auto interesados, buscadores de rentas y utilidades cuyo propósito principal es obtener cuanta mayor parte puedan del botín que constituyen los recursos públicos del sistema.

Esa contradicción conduce a deducir que el sistema de salud en Colombia no opera bajo los lineamientos de una única lógica estructural y coherente, que haga las veces de cimiento de su funcionamiento. La evidencia implica que, de no existir un único sistema de pensamiento que sustente el funcionamiento complejo del sistema de salud, tiene que haber varios paradigmas conceptuales que operen de forma concomitante en la fundamentación de los objetivos del sistema

de salud. Toda vez que, si las instituciones no son otra cosa que conjuntos de reglas que determinan el comportamiento humano, por medio de sanciones e incentivos, detrás de todas ellas hay una postura concreta sobre los comportamientos que se consideran adecuados, y los que no; en otras palabras, se todas ellas se fundamentan sobre una idea muy precisa acerca de lo justo,

De no existir un único modelo de pensamiento que fundamente los cimientos del sistema de salud, un único concepto sobre lo justo, la conclusión evidente es que varios sistemas de pensamiento - varias teorías sobre lo justo- se dan cita en la estructuración del sistema. Varias formas en las cuales se organizan los objetivos que se persiguen con el sistema, al igual que la manera apropiada de dirigir el comportamiento de sus actores y los diversos arreglos que determinen cuáles son las demandas sociales que se pretenden atender, y cuales no, así como la forma de atenderlas.

Estas diferentes estructuras de pensamiento que conviven como fundamento del funcionamiento del sistema de salud, no solo dan cuenta de la forma en la que opera el sistema de salud, al ser proposiciones más profundas y de base, versan sobre el papel mismo del Estado frente a la sociedad. Pues su disposición conceptual no se concentra en la forma en la cual una norma o institución particular opera sobre las acciones de los miembros de una sociedad, sino más bien, sobre la manera en la cual han de constituirse estas normas o instituciones. Es decir que sus disquisiciones se centran en la forma en la cual se modelan las estructuras que condicionan el comportamiento de los individuos dentro de una sociedad moderna, un Estado moderno; en otras palabras, son diferentes modelos de Estado.

En opinión de este autor, esta aparente contradicción interna del sistema es producto mismo de la forma en la que fue estructurado, desde sus cimientos constitucionales, con base en un sistema institucional que persigue distintos conceptos de lo justo y que por lo tanto genera regulaciones y situaciones contradictorias, problemáticas, irredimibles y que en términos generales se erigen como la causa de la crisis del sistema.

Por lo tanto, lo que se plantea a continuación es una discusión más de fondo con respecto a la forma en la que distintos modelos de Estado, con las teorías de lo justo que les fundamentan, se conjuran en la organización de un mismo sistema. Como premisa de este análisis se erige la idea de que la Constitución política de 1991, a causa del proceso constituyente del que fue resultado, no se decanta por un solo modelo de Estado. Situación que se refleja en el tratamiento que el texto constitucional le da a fenómenos como la propiedad privada, la libertad de empresa, los derechos sociales, económicos y culturales; y en lo que a este trabajo concierne: la seguridad social en salud.

En respuesta al interrogante sobre las causas de la crisis sistémica del sistema de salud se hipotetiza que las incoherencias existentes en el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran cimentadas en unas contradicciones más fundamentales, materializadas en un texto constitucional donde perviven dos modelos de Estado distintos. Y que por las diferentes maneras en las que cada modelo determina el canon de la estructura de la sociedad, subsisten contradicciones de base en los criterios para la creación de normas e instituciones sociales. Estas contradicciones se materializan entonces en principios constitucionales, que, a pesar de contradictorios, operan como lineamientos para la formulación normativa de un mismo sistema.

Así las cosas, a continuación, se abordarán la idea de que en la concepción constitucional del SGSSS se contrastan dos modelos de Estado diametralmente opuestos: el Estado Social de Derecho y el Estado neoliberal, que se sustentan en entramados conceptuales opuestos y contradictorios, en diferentes teorías sobre lo justo. Y que producto de esta contradicción se formuló un sistema de carácter ecléctico cuyos resultados distan de las expectativas que la sociedad deposita en él.

De modo que, en los capítulos posteriores se pretenderá desarrollar la anterior proposición llenándola de contenido conceptual. Con el propósito último de demostrar que tanto el modelo del Estado Social de Derecho, como el modelo de Estado neoliberal se sustentan en unas respectivas teorías sobre la justicia; que se manifiestan en el sistema de salud por medio de los principios constitucionales de solidaridad y sostenibilidad financiera, propendiendo, cada uno, por un modelo de salud diferente, y correspondientemente coherente con sus propias premisas fundacionales.

Así pues, en el capítulo subsiguiente se pretenderá abarcar la relación que hay entre la teoría de la justicia de Amartya Sen y el modelo del Estado Social de Derecho, y cómo de esta relación dimana el principio de solidaridad en la seguridad social bajo una propuesta puntual de un modelo de salud beveridgeano.

## **CAPÍTULO II**

### **DE LA TEORÍA JUSTICIA DE AMARTYA SEN AL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

El propósito principal del presente capítulo será el de trazar una conexión lógica entre los planteamientos teóricos propuestos por el economista Amartya Sen, especialmente en lo relativo a su teoría de la justicia, y el principio de solidaridad en la seguridad social, especialmente en lo relativo a la salud, entendida como servicio público y como derecho, y el modelo de sistema de salud correspondiente. Para ello se propone de forma ineludible un paso intermedio en las justificaciones y características del Estado Social de Derecho, a título de transición lógica necesaria entre la propuesta teórica de Amartya Sen y su materialización en el principio de solidaridad.

En ese orden de ideas, lo que se propone realizar en el presente capítulo es una suerte de silogismo extenso, que tenga como primera premisa la identificación de los postulados teóricos de Amartya Sen, como segunda premisa general, un argumento de identidad entre esos postulados y los que se defienden en el modelo del Estado Social de Derecho, como tercera premisa un argumento de causalidad entre las características del modelo del Estado Social de Derecho y el principio de

solidaridad, como un derivado de las mismas; y una conclusión que advierta la relación lógica entre los postulados de autor con la naturaleza y características del principio de solidaridad y por ende, con el modelo de sistema de salud que le corresponde.

Para lograr el desarrollo argumentativo propuesto se partirá de una breve exposición de la propuesta teórica de Amartya Sen, empezando por la descripción de su concepto de igualdad, su énfasis en el interrogante ¿igualdad de qué?, para luego devenir en su defensa de la libertad y desembocar en su propuesta de análisis de la desigualdad basado en los conceptos de “capacidades” y “funcionamientos”; con el propósito de entender su enfoque sobre la pobreza, entendida como el fracaso en las capacidades, y las ventajas que acarrea esta perspectiva de análisis para derivar de ella una teoría de la justicia.

Posteriormente, se procederá a enlazar este planteamiento con la propuesta teórica de Hermann Heller en su teoría del Estado, para inquirir en las condiciones de posibilidad de la realización del principio de justicia propuesto, con un análisis acerca de la función del Estado como organización social, para proseguir con una caracterización del Estado Social de Derecho, enfatizando en sus orígenes y rasgos distintivos, especialmente lo que concierne a la posición de este modelo de Estado con respecto a la protección y promoción de los derechos, y derivar, por último, de esta caracterización las condiciones que justifican y posibilitan la existencia del principio de solidaridad.

Para por último determinar las causas, orígenes contenido y naturaleza del principio de solidaridad, ahondando en su precisión conceptual y las implicaciones prácticas de este principio en la aparición de los seguros sociales. Igualmente se trazará una relación de identidad entre el concepto del seguro social y el de servicio público, como instrumentos para la realización de los derechos, especialmente el derecho a la salud, cuya naturaleza lo relaciona directamente con el principio de justicia de Amartya Sen y el modelo del Estado Social de Derecho, en la medida de que se erige como derecho habilitador, y condición de posibilidad para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Para por último exponer las características del modelo de sistema de salud que corresponde con este principio.

## **Teoría de la justicia de Amartya Sen**

El Nobel de Economía Amartya Kumar Sen, es un filósofo y economista indio, quien desde 1972 se desempeña como profesor universitario en los Estados Unidos y el Reino Unido en las universidades de Harvard, Cambridge, Berkley, Cornell, entre otras. Sus principales contribuciones teóricas se centran en los campos de la economía del bienestar, las teorías de la elección social, y la justicia social. En esta investigación centraremos nuestra atención principalmente en el desarrollo de su teoría de la justicia, haciendo una breve exposición de sus principales argumentos y proposiciones teóricas en relación a los ordenamientos sociales y la forma en la cual determinar y medir su calidad de justos. Pues bien, es con base en esta teoría que se estipulan los elementos de juicio para determinar la adecuación o el desajuste de las instituciones

sociales con el ideal de desarrollo individual que propone el autor; y que, como se verá con el desarrollo subsiguiente, coincide con el modelo solidario del Estado Social de Derecho.

Amartya Sen advierte que para determinar las valoraciones de injusticia o justicia de una organización social es necesario tener como criterio de evaluación la capacidad de ese sistema de permitir, o fomentar, que sus miembros alcancen los fines que valoran. Cualquiera que sea la combinación de estos fines, y las diferencias personales que existan en la determinación de los mismos. En otras palabras, el criterio de justicia de un sistema social se determina por la capacidad de las personas -dentro de él- de realizarse a conformidad con las metas, objetivos y propósitos individuales que cada uno se trace. Ello lo explicita cuando señala: “La vía de aproximación elegida se concentra en nuestra capacidad de conseguir aquellos <funcionamientos> valiosos que componen nuestra vida, y más generalmente de conseguir nuestra libertad de fomentar los fines que valoramos” (Sen, 2010, pág. 9).

Con este criterio evaluativo como derrotero principal para determinar la justicia de una organización social, surge entonces la cuestión de determinar un sistema de valoración ético que se le ajuste. En esa reflexión el autor evidencia que a la hora de proponer un sistema de valoración ético con respecto a las valoraciones de justicia de un ordenamiento social cualquiera resulta ineludible efectuar un cuestionamiento acerca de la igualdad. La igualdad para Sen es una interrogante ineluctablemente presente en cualquier sistema de valoración ética. Esta percepción la sustenta con base a dos razonamientos, según el primero, cualquier sistema de valoración ético que tenga la pretensión de contar con algún tipo de acogida generalizada debe esgrimir una proposición igualitaria de cualquier suerte, pues de otra forma le resultaría imposible despertar la empatía necesaria en el público para ser acogido. En segundo lugar, evidencia que incluso los planteamientos teóricos que propenden de manera denodada evadir las proposiciones sobre la igualdad, terminan de cualquier manera propendiendo por alguna consideración igualitaria en uno u otro sentido (Sen, 2010, pág. 15).

En ese sentido, explicita el autor que incluso teóricos de raigambre radicalmente liberal, que profesan cierta aversión por el concepto generalizado de la igualdad y la procura de la misma en la distribución de los resultados del intercambio social, como Robert Nozick, terminan ineludiblemente proponiendo alguna consideración igualitaria determinada, en este caso la igualdad con respecto a el acceso a un amplio espectro de libertades o derechos libertarios. En sus palabras:

Por ejemplo si se mira desde un punto de vista libertario (como hizo con gran autoridad Robert Nozick en su *Anarquía, Estado y Utopía*), es posible que se dé prioridad a que libertades de amplio alcance sean garantizadas a cada uno por igual y esto puede exigir el tener que rechazar la igualdad -o cualquier tipo de diseño de estados finales (por ejemplo la distribución de la felicidad) (Sen, 2010, pág. 15)

Bajo esa lógica, lo que propone el autor se centra en explicitar que las diferencias entre los distintos tipos de consideraciones éticas no consisten en si se está de acuerdo o no con la igualdad, sino más bien en que variable es que deben concentrarse las demandas igualitarias, en otras palabras, las diferencias teóricas dependen de la respuesta que se le dé a la pregunta ¿igualdad de qué? Esta variable distintiva que diferencia los sistemas de valoración éticos la denomina el autor la “variable focal”. Para él: “el juicio y la medida de la desigualdad depende esencialmente de qué variable se

elija (ingresos, riqueza, felicidad, etc.), en función de la cual se establecen las comparaciones. La llamaré <la variable focal>” (Sen, 2010, pág. 14).

Habiendo considerado esto, su siguiente disquisición gira en torno a determinar cuál es la variable focal que se tiene que tener en cuenta con el propósito de lograr un juicio que permita reconocer la capacidad de un sistema para otorgarle a las personas aquello que valoran. En este sentido, Sen parte de la indeterminación de este criterio evaluativo para advertir, que por difícil que resulte agrupar en un solo criterio lo que todas las personas valoran, sí es posible colegir que esta indeterminación es producto de una diferencia determinante y variopinta en las características personales de los miembros de una sociedad.

De modo que, así resulte imposible la agrupación de los bienes o situaciones valoradas, sí se puede tener como criterio para determinar las categorías evaluativas de los sistemas sociales la variedad de base existente entre los hombres. Así que, cualquier sistema de valoración ética, no solo tiene que contemplar algún criterio igualitario determinable, sino que tiene que partir del reconocimiento de la insondable diferencia que existe entre los seres humanos.

Con lo cual a la hora de determinar reclamos igualitarios que pueden parecer en primera instancia razonables, como la igualdad de ingresos, si no se tiene en cuenta las diferencias entre los hombres, se puede terminar procurando un escenario injusto o al menos inadecuado, al soslayar las diferentes demandas y necesidades de las personas. Esto lo advierte Sen diciendo:

Por ejemplo, un ingreso igual puede dejar subsistir mucha desigualdad respecto a nuestra capacidad para llevar a cabo lo que valoramos. Una persona disminuida no puede funcionar de la misma manera que una persona sana, aunque ambas dispongan exactamente del mismo ingreso. Por esta razón. La desigualdad con respecto a una variable (por ejemplo, ingresos), puede llevarnos en una dirección muy diferente de la desigualdad en el ámbito de otra variable (por ejemplo, la capacidad de funcionamiento o bien-estar) (Sen, 2010, pág. 33).

Con ello en mente, para logra una adecuada escogencia de las variables focales en las que se ha de centrar la evaluación de la justicia de los sistemas, es necesario advertir que la escogencia de una variable igualitaria acarrea de forma inevitable la aceptación de la desigualdad en las demás.

Amartya Sen referencia a Robert Nozick para clarificar este punto:

El planteamiento de Nozick es un ejemplo lúcido y elegante de esta estrategia general. Para defender racionalmente (y no eliminando a nuestros contrarios) la tesis de que la exigencia de desigualdad es correcta en algún ámbito importante (o bueno, o aceptable, o tolerable), tendremos que decir que esta desigualdad es una consecuencia de la igualdad en algún otro ámbito más importante (Sen, 2010, pág. 33).

Esa lógica incuestionable imprime la necesidad de advertir como consecuencia necesaria de la escogencia de una variable focal para la igualdad, la inevitable convivencia con variadas desigualdades en otros aspectos.

Por ejemplo, el demandar igual título para todos a un conjunto de derechos libertarios como una condición básica de la organización social (como lo hace Nozick) al propio tiempo socava cualquier insistencia en la igualdad de ingresos o utilidades. [...] Por ello, la elección de la libertad basal tiene una importancia práctica tremenda para la expresión de unas demandas y el rechazo de otras. La realización de demandas basales, incluida la igualdad basal, implica la aceptación de desigualdades en lo que se ve como la periferia <extramuros> (Sen, 2010, pág. 149).

Entendida la importancia de la escogencia de la variable focal en la cual han de centrarse las demandas igualitarias, y habida cuenta de la necesidad de tener en consideración para su escogencia, como base, una clara concepción de la diversidad humana; procede entonces el proceso para la identificación de esta variable focal. El autor colige que, teniendo en cuenta su objetivo general de procurar la libertad para que cada miembro de la sociedad logre conseguir aquellos fines que considera valiosos, su énfasis conceptual se debe circunscribirse al concepto de las libertades, pues entiende que existe una relación directa entre la libertad y el bienestar de las personas que se desarrollan en el entramado social.

En este sentido el autor centra su análisis en las posibilidades reales que tienen los miembros de un grupo social para lograr los objetivos que valoran, por encima de la constatación de que finalmente consigan o no estos objetivos. “Uno de los aspectos de la valoración de la desigualdad que no ha recibido tanta atención como se merece trata de la distinción entre la realización y la libertad para realizarse” (Sen, 2010, pág. 16); para Sen existen dos formas diferentes de evaluar la situación de una persona en un organigrama social:

La posición de una persona en la organización social se puede considerar desde dos puntos de vista distintos, el primero se refiere a los objetivos alcanzados y el segundo a la libertad para llegar a alcanzarlos. La realización de los objetivos atañe a aquello que nos ingeniamos por conseguir y la libertad concierne a la oportunidad real que tenemos para alcanzar aquello que valoramos [...] la desigualdad puede verse en términos de realizaciones y de libertades, que no tienen por qué coincidir (Sen, 2010, pág. 45)

Sin embargo, Sen considera más apropiado la escogencia del enfoque de las libertades, pues entiende que resulta mucho más relacionado con el desarrollo de las personas. Varias razones existen para adoptar esta postura, en primera instancia, el logro de los fines que se valoran varía de forma diametral cuando se consideran distintos miembros de un grupo o sociedad, con lo cual, incluso si muchos coinciden en la existencia de bienes básicos como la salud, la educación, el resguardo y la seguridad, la escala de valoración que se le atribuye a cada uno de estos en relación con los demás también será tan variada como cuantos individuos se comparen. En segundo lugar, porque pretender la igualdad en el acceso a canastas básicas de bienes, como propone Rawls, soslayando las diferencias o particularidades individuales puede derivar en escenarios de injusticia rampantes; como cuando se le otorga la misma canasta de bienes a una persona discapacitada y a una en perfecto estado de salud.

Aunado a esto la libertad tiene una relación mayor con el proceso de desarrollo individual en Sen, así lo sostiene Liliana Bedoya advirtiéndolo que:

Existen dos razones por las cuales la libertad es fundamental para el proceso de desarrollo:

1. La razón de la evaluación. La forma de evaluar el progreso de los individuos está en función del aumento o no de las libertades de los individuos. El éxito de una sociedad debe evaluarse en función de las libertades fundamentales de que disfrutaran sus miembros. Esta postura se diferencia de los enfoques normativos tradicionales, que centran la atención en variables como la utilidad, los procedimientos para alcanzar la libertad o la renta real.
2. La razón de la eficiencia. El desarrollo depende de la libre agencia de los individuos. El aumento de la libertad mejora la capacidad de los individuos para ayudarse a sí mismos y a influir en el mundo (Bedoya, 2010, págs. 284-285).

En ese sentido hay que recalcar la postura de Sen como un teórico liberal, pues considera indiscutible el hecho de que la libertad sea un atributo connatural al hombre, con lo cual no puede concebir al desarrollo personal y social, y a la justicia de paso, más que como un proceso de expansión de las libertades. Liliana Bedoya advierte que Sen “permite mostrar la importancia de concebir el desarrollo como un proceso de expansión de libertades fundamentales relacionadas entre sí” (Bedoya, 2010, pág. 285).

Para hacer más explícita la distinción Amartya Sen apunta que la distinción que hay entre las realizaciones y las libertades se ilustra con dos posibles interpretaciones distintas frente al análisis de los ingresos reales. Por un lado, está la perspectiva de la selección, que se refiere a la valoración de los ingresos reales por medio de la evaluación del beneficio que una persona obtiene por una canasta determinada de bienes, en esta perspectiva la comparación se dirige exclusivamente a la naturaleza del conjunto de bienes. Por el otro, la perspectiva de las opciones, que consiste, no en centrar la atención sobre el contenido concreto de los bienes, sino en el conjunto de todas las cestas que una persona podría adquirir con estos ingresos (Sen, 2010, pág. 48).

Y explica su posición sosteniendo que “mientras la perspectiva de la elección va directamente a la bondad de las cestas de bienes, pero no implica nada más, la perspectiva de las opciones puede utilizarse también para comparar la extensión de la libertad de elección” (Sen, 2010, pág. 50). De esta manera clarifica que un análisis centrado en las libertades individuales no solo no soslaya la consideración de la diversidad entre individuos, sino que además resulta ser una medida mucho más acertada de su bienestar.

El bienestar de una persona puede entenderse considerando la calidad (por así decirlo, la bondad) de su vida. La vida puede considerarse como un conjunto de <funcionamientos> interrelacionados, consistentes en estados y acciones. La realización de una persona puede entenderse como el vector de sus funcionamientos. Los funcionamientos pertinentes pueden abarcar desde cosas tan elementales como estar suficientemente alimentado, tener buena salud, evitar posibles enfermedades y mortalidad prematura, y demás, hasta las realizaciones más complejas como el ser feliz, el tener dignidad, el participar en la vida de la comunidad, etc. (Sen, 2010, pág. 53).

Es en este punto de su razonamiento donde el autor esgrime lo que se considera como el busilis de su teoría de la justicia, el concepto de funcionamientos, como una manifestación concreta de las libertades de las que goza una persona, y que da cuenta de los estados y acciones que efectivamente una persona realiza en procura de los fines que valora. En otras palabras, el autor entiende que al ser la libertad un concepto de naturaleza abstracta, su única forma de materialización se encuentra manifestada en las acciones humanas.

En esa lógica de pensamiento el humano es considerado como un ser contingente que se manifiesta por medio de acciones, es decir, considera al humano como un sujeto de la acción. En este orden de ideas, la realización de un ser humano (el logro de los fines que valora) se entiende como el vector (proyección o función) de sus funcionamientos, consistentes estos en estados y acciones.

Los funcionamientos consisten en estados y acciones porque son estas las que tienen influencia directa sobre el actuar humano, verbigracia: el estar bien alimentado, gozar de buena salud o tener un lugar que brinde resguardo, son estados que condicionan la posibilidad de las acciones o el quehacer humano. Al igual que el recibir una educación, ser tratado con respeto y ejercer la

dignidad son acciones que posibilitan o no el actuar de las personas en sociedad. Para Amartya Sen que los funcionamientos reflejan el bienestar de una persona, entiende el estado de las personas como una función de los funcionamientos alcanzados (Sen, 2010, pág. 54)..

De esta relación estrecha que existe entre los funcionamientos y el bienestar de una persona, analizados desde la perspectiva de la libertad real que esta persona tiene, el autor se apoya para esgrimir su segundo concepto cardinal, el de la “capacidad”, entendida como una serie de combinaciones de funcionamientos:

Estrechamente relacionada con la noción de funcionamientos es la capacidad de funcionar. Representa diversas combinaciones de funcionamientos (estados, acciones) que la persona puede alcanzar, por ello, la capacidad es un conjunto de vectores de funcionamientos, que reflejan la libertad del individuo para llevar un tipo de vida u otro. Así como el denominado <conjunto presupuestario> en el espacio de los bienes representa la libertad de una persona para comprar haces de productos, el <conjunto de capacidad> en el ámbito de los funcionamientos refleja la libertad de la persona para elegir entre posible modos de vida (Sen, 2010, pág. 54)..

El enfoque de las capacidades nos permite retener una visión clara acerca de las posibilidades reales que tienen las personas en el entramado social, no solo para determinar los fines que valoran, sino los medios efectivos para alcanzarlos y en últimas el hecho de lograrlos o no. De esta manera, para Sen resulta evidente que a la hora de evaluar las condiciones de una sociedad, en lo que respecta al bienestar y la libertad de sus individuos, y la capacidad que esta les otorga de alcanzar los fines que valoran, el enfoque de las capacidades y los funcionamientos resulta por lejos el más adecuado, en sus palabras:

La capacidad de una persona para realizar aquellas funciones que piensa que tienen valor nos proporciona un punto de vista desde el que valorar las condiciones sociales y ello nos permite una visión especial de la evaluación de la igualdad y la desigualdad (Sen, 2010, pág. 17).

La virtud del enfoque de las capacidades y los funcionamientos propuestos por el autor es que no solo se enfoca en el bienestar material de las personas, bajo la égida de su acceso real a una canasta de bienes y servicios determinados (como propone Rawls); ni se centra únicamente en la libertad de las personas, entendida como su acceso a un amplio espectro de derechos libertarios que le proporcionen elecciones reales (como lo hace Nozick). Más bien logra la manera de combinar ambos enfoques sin soslayar ninguno de sus elementos fundamentales, verbigracia: la capacidad real de elegir y el acceso material a los bienes que posibilitan el bienestar. Pues los funcionamientos forman parte de los elementos que constituyen un estado de bienestar, mientras que la capacidad es un reflejo de la libertad para la búsqueda de estos elementos constitutivos. Teniendo incluso un papel directo en el estado de bienestar de las personas, siempre que la libertad de elegir es una parte fundamental de la vida (Sen, 2010, pág. 56).

En sus propias palabras:

La capacidad es principalmente un reflejo de la libertad para alcanzar funcionamientos valiosos. Enfoca directamente la libertad como tal, más que los medios para alcanzar la libertad. Identifica las alternativas reales que se nos ofrecen. En este sentido, puede entenderse como un reflejo de la libertad sustantiva. En la medida en que los funcionamientos son constitutivos del bien-estar, la capacidad representa la libertad de una persona para alcanzar el bien-estar (Sen, 2010, pág. 63).

La conveniencia de este enfoque resulta de considerar a la libertad y al bienestar como fines en sí mismos, que poseen la cualidad de imponderables, con lo cual, el autor encuentra dos variables focales sobre las cuales realizar sus demandas igualitarias, en las que no se presenta la dicotomía libertad versus bienestar, en lugar de ello logra centrarse en los elementos que realmente constituyen la vida humana. El autor explicita una de las ventajas del enfoque de la capacidad es que, no centrándose en el ámbito exclusivo de los bienes, ahonda en el ámbito de los elementos constitutivos de la vida (Sen, 2010, pág. 64). Sen destaca que no existe diferencia fundamental entre el ámbito de las capacidades y los funcionamientos<sup>12</sup>. Y advierte que inclusive si la libertad no tuviese un valor en sí misma para el bienestar de una persona, y fuera meramente instrumental, “bastaría para la evaluación del bien-estar con identificar simplemente el valor del conjunto de capacidades con el valor de la combinación de funcionamientos elegida” (Sen, 2010, pág. 64).

Sin embargo, para Sen la libertad sí tiene una importancia propia en el bienestar de las personas, pues el hecho de elegir es una parte fundamental de la vida y “ <hacer x> se distingue de <elegir x y hacerlo>” (Sen, 2010, pág. 66). Concluye entonces que la consideración del bienestar de una persona resulta influida directamente por la libertad materializada en la amplitud de las opciones del conjunto (Sen, 2010, pág. 66). De nuevo, aquí se recalca su perspectiva eminentemente liberal. Para Sen, “ni los bienes primarios, ni los recursos en el sentido amplio, pueden representar las capacidades de que una persona disfruta realmente” (Sen, 2010, pág. 99).

Probablemente esta lógica de pensamiento se entienda mejor utilizando algún ejemplo para determinar la importancia de concebir dentro del marco de análisis del bienestar las libertades materiales que tiene las personas a la hora de lograr los fines que se proponen, por encima incluso de su posesión de una canasta determinada de bienes. Para ello de forma extremadamente pertinente el autor acude al ejemplo del ayuno:

Se puede formular los funcionamientos de manera que reflejen realmente las alternativas posibles y, por tanto, las elecciones disfrutadas. Por ejemplo, <el ayuno> como funcionamiento no es simplemente pasar hambre; es elegir pasar hambre cuando uno tiene otras opciones. Al examinar el bien-estar obtenido por una persona que pasa hambre, interesa directamente saber si está ayunando o simplemente no tiene medio para obtener bastante comida (Sen, 2010, pág. 66).

El ayuno como elección de vida de una persona en un tiempo determinado resulta bastante esclarecedor para clarificar la importancia del enfoque planteado. Ciertamente es posible equiparar, al menos en el aspecto material, la situación de una persona que pasa hambre y la de una persona que ejerce el ayuno, pues bien, ninguno de sus organismos está recibiendo el aporte calórico que los alimentos le proporcionan al cuerpo. Sin embargo, este punto de vista, meramente material, adolece de precisión a la hora de evaluar el bienestar de ambas personas, porque a pesar de que sus estados materiales resulten equiparables, es innegable que las razones que los motivan cambian diametralmente el análisis del bienestar de cada individuo.

Pues bien, quien ayuna por voluntad propia tiene el acceso a una canasta de funcionamientos determinados como la comida y la capacidad física para ingerirla, mientras que quien pasa hambre en contra de su voluntad puede carecer de alguna de estos funcionamientos básicos, por

---

<sup>12</sup> Una combinación de funcionamientos es un punto en ese ámbito, mientras que la capacidad es un conjunto de tales puntos (Sen, 2010, pág. 64).

inconvenientes en su capacidad de adquirir los bienes necesarios para proporcionarse el sustento, o por dolencias de salud que le impidan procurarse los alimentos que su cuerpo requiere para sobrevivir. En este sentido, un enfoque de análisis que se negase a evaluar tanto la libertad como el acceso a los recursos, equipararía erróneamente la situación del bienestar de ambos sujetos.

Es por ello que el enfoque de las capacidades y los funcionamientos no solo resulta mejor para evaluar el verdadero bienestar de las personas, sino que además, proporciona elementos de análisis más apropiados para medir sus carencias. Como lo advierte el autor, incluso la medición de la pobreza adolece de plenitud cuando se centra únicamente en los ingresos o los bienes de una persona: “nuestra crítica concierne a todas las distintas medidas que comparten este enfoque al interpretar la pobreza en términos de bajos ingresos” (Sen, 2010, pág. 123).

El hecho de identificar la pobreza con el nivel de ingresos, sin considerar de forma efectiva la capacidad de funcionar de las personas reviste un problema fundamental para Sen, pues desde su perspectiva “la suficiencia de los ingresos para escapar de la pobreza varía paramétricamente con las características y las circunstancias personales” (Sen, 2010, pág. 127).

El autor explica su razonamiento echando mano de un ejemplo práctico:

Consideréense dos personas 1 y 2. La persona 1 tiene un nivel de ingresos algo inferior que el de 2. Pero 2 tienen un problema de riñón y necesita utilizar una máquina de diálisis que le cuesta muchísimo, y también tiene una vida mucho más empobrecida que la persona 1. ¿Quién es el más pobre de los dos, la persona 1 porque sus ingresos son inferiores, o la persona 2 porque su conjunto de capacidades está más restringido? (Sen, 2010, pág. 124).

A la luz de este razonamiento resulta evidente que la perspectiva de los ingresos no es para nada suficiente al momento de analizar y determinar las carencias (pobreza) de una persona. Si se soslayan las características personales de los individuos, se termina con enfoques miopes ante la complejidad de las realidades sociales. Para Sen, “en la línea de razonamiento anterior, es posible abogar por una visión de la pobreza como el fracaso de las capacidades básicas para alcanzar determinados niveles mínimamente aceptables” (2010, pág. 126).

En este punto, el ejemplo del ayuno, utilizado por el autor para sustentar la pertinencia del enfoque de las capacidades a la hora de evaluar el nivel de bienestar de una persona, también resulta pertinente a la hora de evaluar su oportunidad en el análisis de la pobreza:

Esta cuestión se relaciona con el hecho de que la preocupación principal en el análisis de la pobreza es la capacidad para funcionar, antes que los funcionamientos conseguidos. Viene al caso aquí, el ejemplo discutido anteriormente, la persona con medios que decide ayunar, en contraposición con otra que tiene que morir de hambre debido a su falta de medios. Ambos podrían terminar muriéndose de hambre por falta de nutrición adecuada, pero la persona sin medios y por lo tanto sin la capacidad para alimentarse adecuadamente, es pobre de una forma que la persona que ayuna no es (Sen, 2010, pág. 128).

Entender la pobreza como la privación de las capacidades permite identificar varias situaciones. La primera es que el reclamo igualitario debe centrarse en las capacidades que efectivamente tienen las personas en el entramado social para lograr los fines que se proponen y por ende valoran. La segunda es que el ámbito de los ingresos adolece de una estrechez de espectro de análisis, a través de la cual no resulta posible analizar a plenitud la complejidad de la vida humana, con lo cual un reclamo igualitario en términos de un acceso equitativo a una determinada canasta de bienes, o un

nivel de ingresos determinado, simplemente no sería suficiente para garantizar el bienestar de las personas en su desarrollo dentro de un entramado social.

Es por ello que, el enfoque de las capacidades puede tener un símil mucho mejor con el de los derechos fundamentales que con el acceso determinado a ciertos bienes, a pesar de que sin determinados bienes como la alimentación o la salud resulte indiscutible la imposibilidad de realizarse como individuo. El enfoque de los derechos permite el nivel de abstracción necesario para dar cuenta de la diversidad de las personas a la hora de evaluar su bienestar y sus carencias, sin entrar en un nivel de relativización absoluta.

Es por ello que María Teresa Carreño y Mónica Aristizábal advierten que:

“La pobreza para SEN es la privación de esas capacidades básicas que pueda tener una persona y por ende se constituye en una limitación de sus derechos. De donde es importante relacionar las capacidades con los derechos y fundamentalmente con aquellos de orden colectivo, dado que tener la posibilidad de ser feliz, es un asunto también de carácter social” (Carreño & Aristizábal, 2006, pág. 35) .

A título de breve conclusión de lo sostenido hasta este momento, puede señalarse que Sen reconoce una necesidad de todo planteamiento ético o teoría de la justicia de procurar un reclamo igualitario en alguna variable focal. La demanda de igualdad que surge de su propuesta se centra en el ámbito de las capacidades y los funcionamientos de una persona. Con lo cual, a la hora de juzgar la justicia o injusticia de una sociedad se tiene que analizar qué tanta igualdad de capacidades y funcionamientos tienen garantizadas las personas que la componen.

La determinación de lo justo en esta perspectiva no arriba en un mero análisis del resultado final del intercambio social. Tiene más que ver con el proceso por medio del cual este resultado fue obtenido. De manera que, si una sociedad se organiza de forma tal que a un individuo responsable y libre, que no goza de menos libertades que los demás sobre unas bases preestablecidas, pero que por sus propias determinaciones desperdicia sus oportunidades y por ello acaba en una situación menos beneficiosa que los demás, no puede decirse que haya habido una injusticia (Sen, 2010, pág. 165). Como quien por su ayuno auto infligido termina muerto o gravemente enfermo.

Encuentra el autor que entre más igualitaria, en términos de capacidades y funcionamientos, sea una sociedad será más justa. Esta relación de identidad solo reconoce una excepción en el razonamiento de Sen, y se manifiesta en términos de la eficiencia de la distribución de los recursos sociales. Para el autor “todo intento de lograr la igualdad de capacidades que no tome en cuenta consideraciones agregativas como es la eficiencia puede llevar a una limitación contraproducente de las capacidades que todos podrían alcanzar” (Sen, 2010, pág. 20).

Este particular razonamiento se explica debido a que para Sen, a pesar de que la igualdad resulta el requerimiento por excelencia de todas las teorías éticas, no es el único que deba ser considerado. Sostiene el autor que:

Los requerimientos de la igualdad no pueden sopesarse debidamente sin verlos en el contexto de otras exigencias, especialmente las de los objetivos agregativos y la eficiencia en general. Cuando se contempla la igualdad aisladamente, hay una tendencia a distorsionarla cargándola con un fardo que no es el suyo (al forzársela a hacer de *proxy* o sustitutivo de objetivos de eficiencia que se acomodan mejor en otro lugar) (Sen, 2010, pág. 22).

En este respecto Sen justifica su posición discutiendo el concepto de “asimetría operativa” con John Rawls. Para ambos autores resulta evidente que no existe entramado social ajeno al concepto de poder y por ende inmune a las jerarquías sociales; en cualquier sociedad habrá la necesidad de tener un acceso restringido a posiciones de mando que faculten a quienes las ostentan poder de decisión e influencia sobre las acciones de los demás. Y existe en este respecto una evidente situación de desigualdad entre quienes ocupan estas posiciones de poder y quienes no.

Para Rawls esta distribución inequitativa de poder, o asimetría operativa, resultará justa, siempre y cuando todos los miembros de una sociedad tengan igualdad de posibilidades de competir por estos puestos, con lo cual sólo quienes resulten más capacitados tendrán la opción real de ocuparlas; lo que satisface un concepto de mérito personal a la hora de acceder a estos cargos de importancia. Es decir, para Rawls no resulta inequitativo que los más peritos desempeñen cargos de dignidad e importancia social (Sen, 2010, págs. 162-163).

A diferencia de Rawls, Sen parte de la premisa de que “el haber nacido con una habilidad mental inferior no es culpa por la cual una persona deba ser penalizada” (Sen, 2010, pág. 163). Bajo esa égida la existencia de una desigualdad en lo relativo a la ostentación de puestos de dignidad o importancia solo se justifica en consideración a la eficiencia de la distribución de los resultados de la interacción social. Para Sen es evidente que las decisiones sociales de importancia no pueden estar sometidas al arbitrio de toda la sociedad, con lo cual reconoce que la “asimetría operativa” reviste un papel social de importancia, debido a que “las decisiones operativas tienen que tomarlas unas pocas personas para evitar confusión” (Sen, 2010, pág. 158).

Bajo esta lógica, a pesar de que sea evidente que la asimetría operativa implique determinadas desigualdades en un aspecto específico, en especial en el poder de mando, puede muy bien no conllevar desigualdades en otros espacios, como los de la distribución de las utilidades del intercambio social (Sen, 2010, pág. 158).

Así las cosas, el autor sostiene:

El argumento de que tal desigualdad pueda a pesar de todo ser aceptable se comprende mejor en términos de eficiencia, y no negando que haya ninguna desigualdad aquí porque todos tienen la misma oportunidad de competir por los puestos. [...] la justificación de la desigualdad de capacidades se defendería entonces argumentando que su eliminación reduciría las capacidades de mucha gente muy sustancialmente, lo que sería ineficiente e inaceptable (Sen, 2010, pág. 163).

Pues para Sen, no es intrínsecamente justo que los más peritos gocen de mayores capacidades, en relación a su ejercicio de puestos y dignidades de poder, que los menos peritos. En últimas, el argumento en favor de un sistema de selección de puestos influyentes está relacionado con la eficiencia del sistema en general (Sen, 2010, pág. 163). Es decir, la justicia del sistema no depende del acceso meritario a estos puestos de dignidad, sino de que el ejercicio de estos puestos de poder repercuta en una distribución más eficiente de las capacidades y los funcionamientos, que la que existiría en su ausencia.

En otras palabras:

Si pudiéramos haber conseguido la igualdad en la ocupación de puestos y funciones influyentes sin que ello diera lugar a la ineficiencia y pérdida de ventajas en general, sostengo que la justicia habría exigido que

impusiéramos tal igualdad. Lo que nos hace aceptar la desigualdad en este caso es precisamente la imposibilidad de alcanzar esa situación hipotética (Sen, 2010, pág. 163).

De esta discusión teórica en lo relativo a la “asimetría operativa” es posible colegir dos cosas fundamentales. La primera, es que a pesar de que en principio aparente lo contrario, la teoría de la justicia de Amartya Sen no es una del tipo meramente idealista, que adolece de elementos pragmáticos que le impidan ser implementada en la realidad social. Y la segunda, estrechamente relacionada con la primera, es que reconoce la necesidad de la existencia de una organización social determinada, que permita la satisfacción de las necesidades de la eficiencia a la hora de implementar un determinado parámetro de justicia, en este caso, el de la igualdad en términos de capacidades y funcionamientos.

En este sentido, cuando el autor reconoce la necesidad de que la toma de decisiones sociales aterrice en cabeza de unos pocos para evitar confusiones y garantizar la distribución más eficiente de las utilidades del intercambio social, es evidente que reconoce la necesidad intrínseca de una organización social, que no solo atribuya jerarquías y cargos de importancia, sino que se desempeñe en el ámbito de las acciones sociales para ordenarlas, y sancionarlas en el caso en que diverjan de la realización de los bienes sociales.

Esta exigencia de un tipo determinado de organización social, que determine las reglas e instituciones que permitan la materialización del principio de justicia previamente explicado, a la vez que satisfaga un criterio de eficiencia en la distribución de los resultados del intercambio social, resulta de cardinal importancia en el entendimiento de la teoría de Amartya Sen. Pues se erige como condición de posibilidad material para la realización del fin último sobre el que se erige su propuesta teórica: el de brindar la posibilidad a cada miembro de la sociedad de perseguir los objetivos que valora.

Teniendo en cuenta que, tanto en el momento en que Amartya Sen teorizaba como en la actualidad, el tipo por excelencia de organización social es el Estado moderno, es dado asumir que el autor se refiere, por supuesto, a una forma de organización estatal que posibilite la realización de su principio de justicia. Sin embargo, no se puede colegir que el particular principio de justicia desarrollado por Sen sea habidero en cualquier forma de organización estatal; pues bien, la organización estatal deberá estar constituida con base en lineamientos y principios coherentes con la teoría de justicia propuesta para posibilitar su realización.

Bajo esta lógica resulta ahora menester inquirir en el tipo particular de organización estatal que se adecúa a las proposiciones esgrimidas por Amartya Sen. Es por ello que en la siguiente sección se analizará, de la mano del desarrollo conceptual de Hermann Heller, la forma en la que se debe estructurar esta organización estatal, que en el contexto de los Estados modernos adaptará la particular forma de un Estado Social de Derecho.

## **Hermann Heller y el Estado Social de Derecho**

Hermann Heller (1891-1933) fue un reputado teórico político alemán de principios del siglo XX, famoso por ser uno de los baluartes ideológicos de la social democracia alemana durante la fugaz república de Weimar, sus reflexiones sobre la teoría del Estado trazaron los cimientos teóricos de lo que hoy se conoce como el modelo del Estado Social de Derecho. Su actividad de producción individual tuvo una implementación práctica al haber sido uno de los fundadores del Partido Socialdemócrata alemán,

Sus disquisiciones teóricas se centran en la figura del Estado como realidad social en la que se desarrolla la vida del humano moderno, como lo referencia en sus palabras “el Estado hay que explicarlo partiendo de la conexión social total, en la cual, al realizarse todo nuestro ser, se realiza también su lado político” (Heller, 1997). Su desarrollo intelectual es la continuación de una tradición académica que se nutre de autores de la relevancia del Kelsen y Schmitt, sin embargo su relevancia en la presente investigación alude al denodado esfuerzo intelectual que el autor imprimió en inquirir acerca de las razones y fenómenos que justificaban la existencia del Estado moderno, habida cuenta de su importancia como organización social de primera línea en la cual está dispuesta a desarrollarse la existencia humana.

Como se precisó en la sección anterior, para la realización del principio de justicia expuesto por Sen es necesaria la existencia de una organización social que le sirva de condición de posibilidad, si se concuerda con que en el mundo moderno resulta imprescindible que esta organización social adquiera la forma de un Estado, es necesario entonces advertir cuáles son los fundamentos que justifican la existencia de esta organización, para lograr entender a plenitud las condiciones necesarias que posibiliten la realización del principio de justicia susodicho.

En ese respecto, como señala Gerhart Niemeyer la virtud del trabajo intelectual de Hermann Heller consiste en indagar en el “para qué” del Estado, en otras palabras, su principal pretensión es la de explicar al Estado como organización social, determinar cuál es su función.

Prescindiendo de la línea científica concreta que no lleva a Heller a aproximarse a Kelsen ni a seguir a Schmitt, sino más bien a adoptar una posición intermedia entre las de ambos, su actitud de conocimiento que es radicalmente distinta de la de aquellos, se caracteriza por la cuestión, para él fundamental, del porqué y del para qué del Estado y del Derecho, superando así el formalismo político, cuestión que, en nuestra época, sólo puede ser resuelta mediante la determinación de la función social del Estado. Por esta función social, y solo por ella, hay que explicar causalmente todas las propiedades, instituciones y notas conceptuales del Estado y, asimismo, la referencia a la función es la única actitud fundamental posible para una comprensión esencial del Estado (Niemeyer, 1997, pág. 9)

Es por ello que Heller dedica los primeros capítulos de su estudio a evaluar distintas hipótesis con respecto a la función del Estado. De forma que analiza separadamente si el Estado puede esgrimirse como la función de la voluntad del pueblo, a título de manifestación legítima de su querer, luego inquiriere acerca del Estado como función de la nación, entendida esta como un grupo más o menos homogéneo de personas que comparten determinados rasgos culturales circunscritos a una geografía específica. Posteriormente, evalúa las posibilidades reales de entender al Estado -de la mano de las teorías marxistas- como una función de la clase dominante en una sociedad. Seguido a ello, inquiriere acerca de las posturas que determinan al Estado como una expresión o función de la opinión pública. Para por último, estudiar las implicaciones de considerar al Estado como una Función del derecho.

En el primer acápite de su reflexión Heller analiza las premisas que fundamentan la concepción del Estado como función de la voluntad unitaria del pueblo: “hasta hace poco se aceptaba el sofisma, que no es raro encontrar todavía, de que la función objetiva social del Estado o de cualquier institución política, corresponde siempre a una intención de los hombres que forman parte de ella, conscientemente dirigida a ese “fin”” (Heller, 1997, pág. 34). Esta asunción, argumenta el autor, surge de posiciones republicanas nacidas de las revoluciones francesa y norteamericana, según las cuales el “pueblo” puede ser predicado como alguna suerte de unidad de la cual dimana una voluntad única e inteligible que gesta al Estado como organización social y política.

Sin embargo, este tipo de posturas no resisten su sometimiento a un escrutinio intelectual relativamente severo, pues para el autor resulta más que evidente que no puede predicarse bajo ningún respecto y en ningún momento un concepto así como el de la “unidad del pueblo” o la “unidad nacional”. Pues cualquier grupo social, por más homogéneo que pretenda ser, siempre encontrará dentro de sí disidencias en lo que respecta a la toma de decisiones que afecten al conglomerado. Así lo determina cuando advierte que:

La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad, y, aún en los casos de pleno apogeo nacional, existe siempre, frente a la unidad nacional que tiene su expresión en la actuación del Estado, un grupo del pueblo que disiente de ella en los fines o en los medios. Es inadmisibles, sobre todo en la actual sociedad de clases, hablar de una unanimidad política capaz de obrar, de la conexión nacional de voluntad (Heller, 1997, pág. 180).

Es más, entiende el autor que si existe una relación de origen o causalidad entre el pueblo y el Estado se presenta a la inversa, asevera que “muy frecuentemente fue la unidad del Estado -como antes dijimos- la que, al contrario, cultivó y creó la unidad “natural” del pueblo y de la nación” (Heller, 1997, pág. 181). Para Heller resulta mucho más evidente que sea el Estado el que con sus medios de poder se encuentre en las mejores y más aptas condiciones para obtener un solo pueblo de pueblos variopintos que se diferencian por su lengua y su antropología (Heller, 1997, pág. 181). Por lo tanto “no puede pues, considerarse al Estado como simple función de la unidad del pueblo o de la nación. Su peculiar legalidad no consiste tampoco en ser una organización cualquiera del pueblo, aun cuando esta sea de carácter político” (Heller, 1997, pág. 182)

Luego entonces, evalúa la posibilidad de entender al Estado como producto o función de los intereses de las clases dominantes, o las élites de una sociedad, funcionando en forma de una super estructura cuya única función es preservar las condiciones de dominación de una clase determinada en un momento de la historia. Y a pesar de lo relativamente loable que pueda parecer esta postura a la hora de contrastarla con la realidad, para Heller asumir esta premisa implicaría subordinar completamente la función política y social del Estado, y de las organizaciones sociales en general, a un ámbito exclusivamente económico. De modo que advierte que “hay que estimar inadmisibles la relativización del Estado a la economía, ya se trate de la del pueblo dividido en clases, ya de la del pueblo económicamente solidario” (Heller, 1997, pág. 190).

Posteriormente evalúa las premisas que sostienen que el Estado es la función o expresión de la “opinión pública”, sin embargo, las desestima directamente como variantes de la relativización del estado a la voluntad de pueblo, y adolece las mismas carencias. Advierte entonces que “la doctrina

del Gobierno por la opinión pública venia, pues, a ser una variante de la concepción demoliberal que relativiza al Estado al pueblo, otra de las formas que presenta aquella ficción de un Gobierno por una voluntad del pueblo” (Heller, 1997, pág. 198).

Por último, resta evaluar la concepción del Estado como una función del derecho. Esta posición advierte alguna suerte de sentido porque, como señala el autor:

El ordenamiento jurídico tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho. En el Estado moderno estos órganos de creación y mantenimiento del derecho son, inmediata o mediatamente, órganos del Estado (Heller, 1997, pág. 203)

No obstante, resulta difícil establecer una relación de causalidad entre el derecho y el Estado, ni mucho menos suponer que aquel es la razón de ser de éste, ello implicaría, como advierte Heller en su crítica a la teoría pura del derecho de Kelsen, la desaparición de la autonomía de la teoría del Estado; sostiene el autor que esto derivaría en una ciencia normativa sin normatividad y un positivismo sin positividad, pues “el Estado es absorbido completamente por el Derecho y, en cuanto sujeto del derecho, no es otra cosa que “el derecho como sujeto” (Heller, 1997, pág. 216).

Para Heller, al tratar de determinar la relación existente entre el Estado y el derecho, si se considera al derecho como la “ordenación normativa social establecida y garantizada por los órganos de la organización estatal” (Heller, 1997, pág. 206), no se puede considerar que uno anteceda al otro, sino que deben entenderse como entidades en correlativa vinculación (Heller, 1997, pág. 206).

Y a título de conclusión señala que:

De todo lo que hemos ido exponiendo llegamos a la conclusión de que el Estado no puede ser concebido ni como una función de la tierra, ni como fenómeno de expresión del pueblo, de la sociedad de clases o de la opinión pública y que no puede ser, en manera alguna, disuelto por el derecho (Heller, 1997, pág. 216).

Así pues, estima el Heller que para lograr una concreta determinación de la función del Estado hay que partir de criterios objetivos de evaluación, en sus palabras: de la “ciencia de la realidad” que es la convivencia humana real. De forma que esgrime:

Si queremos determinar el sentido del Estado no conseguiremos gran cosa con una intuición de las esencias en el reino ideal de las unidades de significación, o cualquier otra pura comprensión de sentido. La totalidad de la que hay que partir, necesariamente, para poder comprender el sentido del Estado, según el modo de la ciencia de la realidad, es la convivencia humana real, “la producción y reproducción de la vida real”. Según una consideración no metafísica, el sentido del Estado sólo puede ser su función social, es decir, la misión que tiene que cumplir como “factor”, como unidad de acción en la conexión de actividad social. “Comprender” este sentido no significa otra cosa sino “explicar” al Estado por la conexión social total en la que se encuentra (Heller, 1997, pág. 216).

Así las cosas, para el autor la Teoría del Estado debe centrarse en las acciones sociales objetivas que efectivamente emprende el Estado, verbigracia: el cobro de impuestos, la construcción de obras públicas, la garantía de la seguridad, etc.; con lo cual deduce que el Estado no puede entenderse como un ente metafísico, sino que su existencia solo resulta comprobable en sus efectos reales:

El Estado no es posible sin la actividad, conscientemente dirigida a un fin, de ciertos hombres dentro de él. [...] La realidad del del Estado el cual ha de ser supuesto aquí como una unidad, consiste en su acción o

función, la cual, tal como ella es, no precisa que sea querida como fin, ni por todos los miembros ni siquiera por uno solo. El Estado existe únicamente en sus efectos (Heller, 1997, pág. 219).

De forma tal que la razón de su existencia, su para qué, radica única y exclusivamente en su función social, es decir en la función que desempeña como ente organizador de la vida y las actividades humanas, en sus propias palabras:

La función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de interés dentro de una zona geográfica (Heller, 1997, pág. 221).

Sin embargo, la reflexión de Heller no se agota en señalar que la razón del Estado radica en su función social, probablemente su reflexión más importante alude al porqué de la existencia del Estado. Muy diferente resulta evidenciar la función que cumple una organización, a dilucidar cuales son las razones que la justifican, más aún cuando se trata de una organización social que no solo monopoliza el ejercicio de la coacción legítima, sino que demanda de la sociedad, y por consiguiente de las personas que la componen, un alto grado de sacrificio.

Por lo tanto, para Heller, el objetivo del problema de la justificación del Estado no se acota a la cuestión del porqué soportar la coacción estatal, sino la de los motivos que justifiquen la obligación de ofrecer al Estado máximos sacrificios personales y patrimoniales. Ya que el Estado nace y se mantiene primeramente por este sacrificio, y luego sí, por la coacción soportada (Heller, 1997, pág. 235).

Ello implica que el Estado demande un elevado nivel de legitimidad moral, por encima del mero reconocimiento de su función social, habida cuenta del elevado nivel de sacrificio social que significa su existencia. En otras palabras, el inmenso nivel de sacrificio que dimana de la existencia del Estado debe estar justificado por razones que superen la mera organización de la sociedad en un territorio. Pues esta función social explicar por qué existe el Estado como institución, pero nunca justificar por qué esta institución en concreto debe existir (Heller, 1997, pág. 235).

De modo que, la exigencia de una organización social cualquiera no resulta suficiente para constituirse como la motivación última del Estado, el nivel de legitimidad moral que reclama el sacrificio social demandado por su existencia solo puede satisfacerse si la organización social que resulta de las actuaciones del Estado se acomoda a una idea de justicia, con la inminente pretensión de resultar moralmente aceptable. Así Heller concluye que el Estado no solo debe desempeñar una función social, sino que esta función social debe, cuando menos, procurar la forma de una ordenación justa.

Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure “cualquier” ordenación social territorial, sino, tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa. La consagración del Estado únicamente se hace posible relacionado la función estatal con la función jurídica. Así como el Estado sólo se puede explicar por la totalidad de nuestro ser social, del mismo modo sólo se le puede justificar por la totalidad de un ser aceptado por nuestra conciencia moral (Heller, 1997, pág. 236).

De esta forma se entiende que existe una correlación intrínseca, si se quiere una relación de identidad, entre el principio de justicia que se detallaba en la sección anterior de este capítulo, para cuyo cumplimiento y demandas de eficiencia se requiere un tipo específico de organización social;

y la organización estatal que propone Heller para cuya existencia es necesaria la concepción de un principio de justicia que lo justifique.

Así pues, el Estado en la teoría de Heller adquiere la forma de un Estado de Derecho, en tanto que al derecho le incumbe la función de ordenar de manera recta la vida social, atribuyendo a todos sus miembros lo que les corresponde en una justa relación (Heller, 1997, pág. 236). Esta atribución justa hace referencia a los principios morales del derecho que se erigen como la base de las normas jurídicas positivas. De forma que le resulta inmanente, como manifestación de principios morales, la exigencia de una validez social; es decir, el ser considerada como justa (Heller, 1997, pág. 240).

En conclusión, para Heller:

El género próximo del Estado es, pues, la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de la decisión y la acción. La diferencia específica, con respecto a todas las demás organizaciones, es su calidad de dominación territorial soberana. En virtud de la soberanía y la referencia al territorio del poder estatal, todos los elementos de la organización estatal reciben su carácter específico. El Estado es soberano únicamente porque puede dotar su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones sociales, es decir, porque puede actuar sobre los hombres que con sus actos le dan realidad de muy distinta manera a como lo hacen las otras organizaciones (Heller, 1997, pág. 255).

La realización de este principio de justicia que le brinda legitimidad al Estado se materializa en la forma de la garantía de unas condiciones mínimas de existencia que, como se explicitó previamente, justifique el sacrificio social y personal que demanda para sí la entidad estatal.

En lo que refiere a la realización material de este principio de justicia, Heller evidencia que consta principalmente en la consecución de una igualdad material; lo cual, a pesar de las diferencias cronológicas, es a todas luces concordante con el planteamiento sobre el principio de justicia de Amartya Sen -explicitado con antelación-. De esta manera, la profesora Elsy Luz Barrera advierte:

Hermann Heller busca con su propuesta lograr una igualdad social real, y señala que se concretará a través de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación de cada país. Su aplicación está referida a los principios de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, al ambiente sano y a la cultura, así como con la prohibición de cualquier clase de discriminación, entre otros (Barrera, 2017, pág. 81).

La persecución de este ideal de igualdad real provoca el salto en la propuesta teórica de Heller entre el Estado de Derecho (modelo de Estado imperante en el momento en que él se encuentra teorizando) y el Estado Social de Derecho. En donde se presume del Estado un papel más activo a interviniente en la organización de la convivencia social con el ánimo de garantizar la igualdad material.

Esta posición la advierte Heller al descubrir en el Estado Social de Derecho una alternativa intermedia entre el Estado de Derecho, o el estado gendarme, y las dictaduras, entendidas como un modelo de organización estatal en el cual la función del Estado dentro de la sociedad cobra un papel imperante. Luis Villar Borda explica esta evolución conceptual:

El creador del concepto de Estado social de derecho es el jurista alemán Hermann Heller (1891-1933). Por primera vez en 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura. El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho

en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real (Villar Borda, 2007, pág. 83).

Esta posición sostiene la incapacidad material del Estado de Derecho para realizar los logros de la igualdad real, en la garantía de los derechos de los ciudadanos, incluyendo específicamente a los denominados derechos sociales. Por lo tanto, “de acuerdo con el concepto de Estado Social de Derecho introducido por el jurista alemán Herman Heller en 1930, como el Estado resulta insuficiente para lograr la igualdad social real, es necesario recurrir a la forma Estado Social de Derecho” (Barrera, 2017, pág. 79)

Es allí, en la protección de los derechos sociales, que encuentra su génesis la concepción de la idea del Estado Social de Derecho. Su acontecimiento histórico se concentra en la Europa de finales del siglo XIX<sup>13</sup> y principios del XX<sup>14,15</sup>, habida cuenta del progreso de la revolución industrial en ese continente y la profundización de las desigualdades sociales que acaecieron como consecuencia de ese fenómeno, al igual que la configuración de una clase medianamente unificada de trabajadores. De esta forma, “el surgimiento de los derechos sociales está directamente vinculado al desarrollo industrial de los países más avanzados y a la aparición en la escena política de la clase trabajadora organizada en sindicatos y partidos” (Villar Borda, 2007, pág. 83).

La profundización del movimiento sindical en Europa occidental, aunada a lo que políticamente significó la revolución rusa de comienzos del siglo XX, imprimieron en la sociedad europea una necesidad irredimible de transformar sus instituciones políticas para atender los clamores sociales. Situación que se perpetró por medio de la profundización de la democracia y la acogida de las demandas sociales promovidas por los movimientos sindicales y organizaciones afines.

Bernardo Vela relata con buen tino esta situación:

Se constata que la consolidación del Estado social de derecho en Europa occidental está asociada, en primer lugar, a la profundización de la democracia y, en segundo lugar, a los movimientos sociales que la promovieron, como el sindicalismo, por ejemplo. Hosbawm recuerda, en este sentido, que la intervención del Estado para la regulación de los procesos económicos, la obligación del Estado de proveer asistencia a los grupos sociales más vulnerables y, en fin, el reconocimiento que éste hace del papel de los trabajadores en la negociación y elaboración de las políticas públicas, se convirtieron en Europa en las fórmulas más exitosas para garantizar la paz después de la crisis ocasionadas por las guerras mundiales (Vela, 2010, pág. 291).

Sin embargo, fueron diversos los fenómenos sociales que se concatenaron para que una idea como la del Estado Social de Derecho surgiera en la Europa del siglo XX, Anthony Giddens da cuenta

---

<sup>13</sup> Según Villar Borda “El surgimiento de los derechos sociales está directamente vinculado al desarrollo industrial de los países más avanzados y a la aparición en la escena política de la clase trabajadora organizada en sindicatos y partidos. Dos tendencias, la una revolucionaria y la otra reformista, nacieron de los movimientos socialistas y obreros del siglo XIX, representada la primera por Carlos Marx y la segunda por Ferdinand Lasalle” (2007, pág. 83).

<sup>14</sup> Para Ignacio Sotelo, esta etapa (desde los años ochenta del siglo XIX hasta el fin de la primera guerra mundial) marca la primera etapa del desarrollo y consolidación del Estado social (2010, pág. 160), marcada por las pérdidas del liderazgo económico de las potencias europeas, las crisis periódicas, el aumento del desempleo; lo que causó una apertura a las ideas intervencionistas, tanto para disminuir el paro, como para aminorar la miseria de los trabajadores (2010, pág. 178).

<sup>15</sup> En el curso del medio siglo comprendido entre los años 80 del siglo XIX y los años 30 del XX, casi todos los Estados de origen liberal realizaron las principales reformas legislativas y sociales que representaron las premisas esenciales para la institución de un moderno “Estado social” (Baldassarre, 2001, pág. 23).

de este proceso sugiriendo que la “intervención del Estado en la economía era, en primer lugar, un instrumento de fortalecimiento del Estado y, en segundo lugar, un instrumento para ejercer un control más eficiente de los riesgos propios de la sociedad industrial” (Giddens, 1996).

Por esta razón, “la intervención estatal no debería considerarse como un logro de las clases obreras organizadas, sino como el producto de un proceso impulsado por el miedo de la sociedad capitalista a las crisis económicas” (Giddens, 1996), siempre que los efectos de la gran depresión y las guerras mundiales habían tenido impacto en Europa con gravísimas consecuencias, colige, los programas sociales se concibieron en Europa como una forma de compartir los riesgos, esta estrategia política se ajustaba perfectamente a las demandas de solidaridad social pero, principalmente, respondía de manera clara a la necesidad de fomentar la industria y de garantizar el modelo económico (Giddens, 1996).

Empero, no es gratuito que estas transformaciones en el modelo de estado hayan surgido en la Alemania de principios del siglo XX, resulta innegable que la revolución rusa ejerció trascendental influencia en los constituyentes alemanes, quienes se vieron en la necesidad de procurar una suerte de alternativa entre rampante liberalismo industrial y el Estado totalitario de las primeras constituciones revolucionarias soviéticas.

En ese sentido el modelo del Estado Social de Derecho

Sostiene, pues, una cierta autonomía con respecto a las teorías y acontecimientos del socialismo revolucionario, sin que por otra parte pueda negarse la influencia que la Revolución rusa y las primeras constituciones soviéticas tuvieron en los trabajos de los constituyentes de Weimar, autores de la Constitución Republicana de Alemania, en 1919, luego de la finalización de la Primera Guerra Mundial y el derrumbe de la monarquía wilhelmiana (Villar Borda, 2007, pág. 84)

Precisamente por esta influencia ejercida en la Alemania de principios de siglo, que luego de la primera guerra mundial atestiguaba un momento de fuerte efervescencia política a causa de la disolución del imperio y el surgimiento de la brevísima república de Weimar, es que surgen teóricos como Heller que propugnan por la creación de un modelo de Estado que contraste la vieja institucionalidad únicamente apegada a principio de legalidad y ciega a las demandas sociales de la época.

No es, sin embargo, el propósito de este texto hacer un recuento historiográfico de los motivos y acontecimientos que fomentaron la creación del Estado Social de Derecho, ni la de evaluar el peso relativo de cada una de estas en la transformación institucional que de ellas dimanó. Valga simplemente con constatar que varios autores coinciden en señalar la ineficiencia de las instituciones preexistentes -el Estado de Derecho- para dar respuesta a las demandas sociales de unas clases trabajadoras consolidadas en organizaciones sindicales, que evidenciando las

consecuencias de un capitalismo industrial desmedido propugnaban por una intervención más activa del Estado en la economía y en la vida en general<sup>16 17</sup>.

Si bien, se ha descrito con cierta profusión los eventos sociales y políticos que derivaron en la necesidad de propender por un nuevo modelo de Estado, hasta ahora no se ha ahondado en su contenido conceptual. Para la realización de esta concreción conceptual es menester recurrir -de nuevo- a las posiciones teóricas doctrinales, pues como lo advierte Villar Borda “la Constitución no define el Estado social de derecho ni menos aún el Estado de derecho, que nunca se expresó taxativamente en ella, quedando así su aclaración a las exposiciones doctrinales” (Villar Borda, 2007, pág. 73).

Para esta concreción conceptual es menester entonces definir el tipo de formación institucional frente a la cual se erige como alternativa el Estado Social de Derecho, verbigracia: el Estado de Derecho. Su concepción positivista tiene un origen puramente liberal, formada con el propósito de blindar al ciudadano de garantías frente a los poderes absolutos y muchas veces abusivos de la administración en los regímenes absolutistas. En palabras de Villar Borda:

El concepto de Estado de derecho, tal como se le conoce en la época moderna, nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XVIII Y XIX y tiene un origen claramente liberal. Se trata de oponer un Estado respetuoso de la Ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista. La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano, su objeto la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como ente común (res publica) (Villar Borda, 2007, pág. 74)

Bajo esta égida de pensamiento lo que se propendía era la protección y cobertura del ciudadano frente a los desiguales poderes de la administración, con ello su principal pretensión es la de acotar los poderes del Estado en su relación con el ciudadano utilizando como herramienta para tal cometido la Ley. Surge entonces como consecuencia la jerarquización normativa y el acogimiento de un criterio de validez jurídica que limita los poderes normativos de la administración y el Gobierno, erigiéndose como garantía mínima de respeto de una esfera propia del individuo frente a las intromisiones estatales.

El “Estado de Leyes”, concepto puramente formal. “Estado de derecho”, en este sentido específico, es un orden jurídico relativamente centralizado, en el cual la jurisprudencia y la administración están vinculadas mediante leyes, o sea normas generales, proferidas por un parlamento elegido por el pueblo con o sin participación de un jefe de Estado colocado a la cabeza del Gobierno (Villar Borda, 2007, pág. 75).

Por ello los elementos principales del Estado de Derecho son: una Constitución escrita, la separación de poderes, el principio de legalidad, el principio de garantía de los derechos fundamentales, la seguridad jurídica y la protección de la confianza (Villar Borda, 2007).

---

<sup>16</sup> Para ahondar en esta proposición revisar: Laski, Harold. (1932). *El Estado Moderno*. Barcelona: Librería Bosch; Mirkin-Guetzevitch, Boris. (1934). *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Reus; Gurvitch, Georges. (1932). *L Idée du Droit Social*. Paris: Recueil Sirey; Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado*, 73-96.

<sup>17</sup> Es claro que en el presente texto no se está evaluando precisamente al modelo de Estado Social de Derecho europeo. El pequeño énfasis que se ha hecho al explicar las situaciones sociales que le dieron origen al modelo se puede explicar en términos de Sotelo, quien señala que: “para captar el sentido último de una institución no queda otro remedio que partir de los orígenes” (Sotelo, 2010, pág. 139).

A pesar de lo loable de estas pretensiones, y lo ajustado que resultaron para la época en la que se concibieron, la obcecación con las pretensiones del formalismo positivista llegó al punto de querer fundir la función del Estado con la del derecho, lo que, como lo advierte Heller, deriva en la pérdida de sentido de la actuación estatal (Heller, 1997, pág. 216).

Este modelo de Estado puramente legalista es producto del auge del positivismo kelseniano, en donde el estado queda vacío de contenido, sino que se reduce exclusivamente a sus principios formales. Siendo estos principalmente los postulados de la legalidad de la Administración, la prelación y primacía de la Ley formal, la reserva legal y la protección del derecho de la administración por medio de tribunales independientes (Villar Borda, 2007, pág. 75).

La evolución del modelo no implica echar por borda los triunfos obtenidos con la introducción del positivismo jurídico, sino procurar una evolución del mismo para que dé cuenta de las necesidades sociales que le permitan una mejor interlocución con las nuevas demandas que la sociedad le requiere. Es por ello que se obra dentro del marco del positivismo normativo y “como Estado social se define aquel que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles” (Villar Borda, 2007, pág. 82).

Así las cosas, el almendrón de la diferencia entre ambos modelos de Estado reside en la concepción de los derechos sociales como realidades jurídicas de primer orden en las prioridades de protección y garantía del Estado. Esta idea también la suscribe Villar Borda al destacar que:

La característica de los derechos sociales es que no plantean, como las libertades civiles y políticas, derechos negativos de defensa, sino fundan derechos de prestaciones a cargo del Estado. La primera Constitución en consignar tales derechos fue la alemana de 1919, conocida como Constitución de Weimar. Luego la Constitución de la República española (1931) y varias otras, entre ellas la colombiana de 1936, incluyeron algunos de esos derechos (Villar Borda, 2007, pág. 82).

De modo que para concretar alguna suerte de definición de lo que se entiende por Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado de Derecho, podría decirse que

El Estado que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles, es conocido como Estado social- [...] Los derechos sociales son, a diferencia de los derechos políticos y civiles, positivos, es decir que obligan a determinadas prestaciones por parte del Estado o de los particulares. Los derechos civiles y políticos se han clasificado como negativos o de defensa, pues se trata de evitar que sean conculcados o desconocidos (Villar Borda, 2007, pág. 86).

Aun así, esta concepción parece en principio un poco anodina, pues reducirse a decir que el Estado Social debe garantizar los derechos sociales, así no más, suena a tautología. Es por ello que se debe llenar la idea de los derechos sociales de un contenido práctico y tangible. Con ese propósito resulta conveniente entonces recurrir a los planteamientos teóricos de Alfred Katz, quién concreta los elementos del estado Social de derecho en:

1. Obligación de establecer condiciones de vida soportables, estándares mínimos para toda la sociedad o un mínimo existencial.
2. Seguridad social (seguro social, código de asistencia).

3. Igualdad social (igualdad de oportunidades, protección a los socialmente débiles). La igualdad no es un principio absoluto, se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos y, en todo caso, a una igualdad de oportunidades.
4. Equidad social, o sea, la eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia. El Estado social “penetra todos los derechos fundamentales”.
5. Sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos.
6. Comportamiento social justo del individuo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras, y subsidiariedad del derecho social (Katz, 1987).

Aunado a estos factores que constituyen el espíritu de un Estado Social de Derecho, es claro que la pretensión existente desde los tiempos de Heller, y que permanece como estandarte vivaz del modelo de Estado social, es la de la procura de una suerte de igualdad material dentro de una sociedad. Ello, por supuesto, tiene una implicación directa en lo relativo a la distribución de los recursos producto del intercambio social; es decir, una incidencia directa en términos de economía política.

En términos de economía política no se puede construir un verdadero ESD sin la “inclusión sostenible de la población al sistema económico, político y social” [...] Para la construcción de un ESD se debe “analizar la dinámica de la exclusión social, la tributación por grupos de la sociedad y la orientación de los recursos públicos por sectores sociales” (Garay, 2010, pág. 368).

Si se pretende esta acción en materia social del Estado, dirigida a la realización de algún tipo de cambio en las estructuras de una sociedad, como lo señalan María Teresa Carreño y Mónica Aristizábal, es claro que se debe atender no solamente a los grupos sociales más necesitados de la población, sino a todos los individuos que componen el tejido social (2006, pág. 39). Valga reiterar entonces que para la inclusión efectiva de la población en lo que respecta a la construcción del sistema económico es menester garantizar y reconocer todo tipo de derechos, no únicamente los referentes a las libertades positivas, Luis Jorge Garay describe este proceso con gran precisión:

Un Estado Social de Derecho Democrático (ESDD) parte del reconocimiento, la necesidad y la observancia fundamental de los derechos económicos, políticos. Civiles, sociales y culturales tanto de primera como de segunda y a veces de tercera generación. Para alcanzar la satisfacción y goce efectivo de estos derechos se requiere: 1) construir unas bases de participación ciudadana en el proceso de configuración del ESD, reconociendo el aporte de los diferentes grupos sociales en la formulación de políticas públicas que lleven al cumplimiento de los derechos fundamentales, y a construir un modelo específico del Estado Social de Derecho; 2) reconocer la “necesidad de la construcción de un verdadero ESD democrático, representativo y con acatamiento de los derechos fundamentales con equidad y aceptación de la diferencia; 3) considerar que la construcción de un ESD es el resultado de un proceso de renovación permanente, muy diferente de lo que ocurre en los estados sociales tradicionales [...] 4) tener en cuenta que un ESD avanzado reconoce los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como derechos fundamentales y que se pueden exigir bajo cualquier condición; 5) reconocer que al progresar en la construcción del ESD no basta con exigir nuevas dimensiones de derechos fundamentales, también se requiere del cumplimiento integral de todas las dimensiones de los DESC, y 6) afirmar que no basta con acatar parcialmente los derechos fundamentales, sino que también se debe observar su cumplimiento de forma integral (Garay, 2010, pág. 365).

Esta concepción de la procura de la igualdad material como prurito de la institucionalización de un Estado Social de Derecho la confirma la positivización de sus premisas en los textos

constitucionales, solo por instar un ejemplo la Asamblea Nacional Constituyente de la que surgió la Constitución Política de 1991 sentó su posición en este respecto señalando:

Nuestra opción es por un Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social. La finalidad social deberá ser permanente, anticipatoria y prioritaria y no, como hoy, esporádica, reactiva y discrecional. El gasto social en Colombia debe ser prioritario por mandato constitucional, *primando el concepto de rentabilidad social sobre el de fríos rendimientos económicos*. La gestión social debe ser la piedra angular sobre la cual se construyan los ideales de la paz y de la democracia (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

Igualmente esta posición la reitera la Corte Constitucional cuando señala que:

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades. [...] El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término en la consagración del principio de igualdad y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia C-566, 1995).

Este apartado jurisprudencial que analiza las características del Estado Social de Derecho vale para poder trazar el argumento de identidad que se pretende en el presente capítulo entre ese modelo de Estado y el principio de justicia de Amartya Sen. Varios elementos resultan importantes para destacar a título de conclusión. En primera instancia este modelo de Estado, al igual que el principio de justicia expuesto, centran su atención en la importancia trascendental que tiene en términos del bienestar la protección y garantía de la libertad, tanto en un sentido general, alusiva al conjunto del conglomerado social, como en el ámbito individual; erigiéndose como condición *sine qua non* de la realización personal. Igualmente reconoce la necesidad de procurar un propósito igualitario, que como lo propone Sen, no se reduce al mero otorgamiento de algunos bienes materiales, sino entendido como la garantía de ciertos derechos prestacionales, la seguridad social, derechos educativos; y en fin, una serie de garantías sociales que obran a la manera de las “capacidades” sobre las que teoriza Sen con el ánimo de superar obstáculos e impedimentos de desarrollo que sobrepasen el ámbito de las fuerzas y posibilidades del individuo. Todo ello obrando en la forma de fines sociales del Estado (a la usanza la función del Estado tratada por Heller) que le den un contenido de justicia legitimadora a la organización social, que tienen como prurito la autodeterminación de los individuos para controlar su vida, desarrollar libremente su personalidad y, en los propios términos de Sen, lograr los fines que valoran.

En ese mismo sentido reconoce Villar Borda que la esencia del Estado Social se centra en el hecho de que “protege y estimula el desarrollo de todas las fuerzas naturales, desarrollo reconocido por el pueblo como objetivo de la vida del individuo y del conjunto de la sociedad” (Villar Borda, 2007, pág. 74).

Así las cosas, habiendo estipulado que la razón de ser de una forma tan particular de organización social, como lo es el Estado moderno, solo puede estribar en torno a su función social, y que esta función social debe desarrollarse en concordancia con un criterio específico de justicia; se ha logrado determinar que la forma más adecuada de organización estatal para la materialización de un principio de justicia igualitario, como el esgrimido por Amartya Sen, es la que se denomina como Estado Social de Derecho, pues sólo en ella se persigue el propósito de la igualdad material por medio de la garantía de una amplia gama de derechos, muchos de los cuales exigen una participación activa y positiva del aparato estatal en el conglomerado social. Ahora bien, tratando de forma particular el tema que a esta investigación concierne, resulta necesario ahondar en las implicaciones que tiene este particular modelo de Estado en lo que respecta al tratamiento de la prestación de los servicios de salud. En este sentido emerge la discusión alrededor del principio de solidaridad, como garantía material del goce de los derechos que dependen de los servicios de salud al igual que como manera de evitar las posibles exclusiones que derivan de la prestación de servicios que dependen de la disposición material de recursos económicos para su realización.

En palabra de la autora Elsy Luz Barrera:

En un Estado Social de Derecho, el sistema de salud debe estar orientado a la prestación de servicios oportunos, con calidad, dignidad y respeto con cubrimiento de toda la población sin distinción [...] basando el financiamiento en recursos fiscales y contribuciones solidarias que eviten la exclusión e inequidades del sistema (Barrera, 2017, pág. 28).

En el próximo acápite del capítulo se ahondará en la forma en la que opera la relación lógica y conceptual que existe detrás de la afirmación anterior, en aras de demostrar cómo el principio de solidaridad no es sino una materialización de lo expuesto previamente en referencia al principio de justicia de Amartya Sen y el modelo del Estado Social de Derecho.

### **La materialización de la teoría de justicia de Amartya Sen y el modelo de Estado Social de Derecho en la seguridad social y la salud**

Previo a la aparición de la idea misma del Estado Social de Derecho, en la convulsionada época de guerras de la segunda mitad del siglo XIX que trajo como resultado el surgimiento del imperio alemán, en cabeza de Otto Von Bismark, aparece en Alemania la idea de la creación del seguro social, producto de una revolución histórica que se proponía como objetivo el de la rectificación de los causes de la economía capitalista con un componente eminentemente nacionalista. En este sentido lo que se buscaba era reconciliar la afinidad de los trabajadores con el propósito común del desarrollo industrial y económico alemán.

En lo que respecta a los seguros sociales, se conoce que

Bismarck los implantó inspirado en las teorías de Stein, Schmoller y Wagner. Estos dos últimos fundaron la Asociación para la Política Social que, en oposición al liberalismo de la economía política clásica y del socialismo, había postulado una vía intermedia de reforma social mediante la introducción en la economía del principio de justicia distributiva y la exigencia de la intervención del Estado en ella. Fueron beneficiarios de los seguros sociales, en sus inicios, los trabajadores asalariados de la industria cuyos ingresos no superasen una cantidad legalmente establecida. En estos momentos las diferencias económicas y sociales entre patronos y obreros por efecto del liberalismo económico —la «cuestión social» o «problema social»— se encontraban en plena efervescencia (Alonso, 2020, pág. 140).

La forma en la que se procuró esta reconciliación de las masas de obreros con el naciente capitalismo industrial fue la de brindar alguna suerte de cobertura frente a los riesgos propios de la vida fabril. Entendiendo que los obreros o proletarios eran aquellos sin nada más que ofrecer en el mercado que su fuerza laboral, resultaba evidente que la enfermedad, los accidentes de trabajo, la vejez e incluso la muerte eran riesgos insuperables que atentaban directamente contra los medios de supervivencia de las masas obreras y las familias que de ellas dependían; generando así una suerte de animadversión en contra del trabajo industrial del que se lucraban los empresarios y el Estado, pero cuyos mayores costos eran asumidos por los trabajadores, el eslabón más débil de esta cadena.

De tal forma que, a modo de solución surge la idea de, modificando su naturaleza, utilizar la lógica de protección frente a los daños futuros existente ya en el mercado de seguros para adaptarla a la situación de vulnerabilidad de las clases trabajadoras. Así las cosas, la introducción del seguro social en Alemania se da bajo la lógica del seguro privado (pago de una prima para obtener una prestación cuando acaece un riesgo), pero con la conciencia de la necesidad de crear instituciones sociales que resolvieran el desamparo de quienes carecían de la posibilidad de sufragar esos gastos (Alonso, 2020, pág. 146). En un modelo tripartita de los trabajadores, los empresarios y el Estado en donde el aseguramiento resultaba obligatorio.

De esta manera, seguridad social entendida como un derecho irrenunciable fue establecida por primera vez en Alemania por el Canciller Otto Von Bismarck, el cual, constituyó un sistema público de prestación de los servicios relacionados a la seguridad social, con el ánimo de brindarle una mejor calidad de vida a la inmensa cantidad de trabajadores que constituían el Reich alemán, en contra de los riesgos sociales de vejez invalidez y enfermedad, entre los años de 1883 y 1889. Entre los principios originales del seguro social estaban la obligatoriedad, la cotización de empleadores y trabajadores y el papel regulador del Estado (CEPAL, 2005).

Este modelo bismarckiano se desarrolló gradualmente en Europa y otros países industrializados, para adquirir una concreción universal con la fundación en 1919 de la OIT, la cual estableció el seguro social como un instrumento fundamental de protección a los trabajadores y sus familias contra los riesgos sociales (CEPAL, 2005).

Sin embargo, sería Inglaterra la pionera en el establecimiento de un sistema de seguridad social, el concepto moderno del término fue desarrollado por Sir William Beveridge (1879-1963) en su famoso informe “El Seguro Social y sus Servicios Conexos” de 1942, que proponía un plan de seguridad social integrador de los diferentes seguros sociales, la asistencia social y los seguros voluntarios. El autor abogaba por una seguridad social que no estuviera fragmentada en una diversidad de seguros sociales sin conexión entre sí, sino formando parte de una política de

progreso social más amplia. No limitada a los trabajadores asalariados sino cobijando a los independientes, que en muchos casos estaban más necesitados de asistencia social, habida cuenta de que su independencia económica los hacía mucho más vulnerables a las vicisitudes de la vida (Alonso, 2020, pág. 147).

En consecuencia, en este nuevo sistema anglosajón de seguridad social está presente el principio de solidaridad del mismo modo que en el modelo alemán, pero mucho más incrementado. En efecto, existe un seguro social contributivo para cobertura de un mínimo de ingresos, garantizado por el Estado, al que se añaden otras prestaciones no contributivas financiadas exclusivamente por la hacienda pública, sin perjuicio de la existencia de seguros voluntarios adicionales. [...] Si el modelo alemán respondía al principio de solidaridad entre clases, es evidente que la solidaridad social resplandece más en esta nueva modalidad de seguridad social, dado que tiene por finalidad la reducción de la pobreza por medio de aportaciones comunes entre todos los miembros de la sociedad, sea de manera directa a través de contribuciones, sea de manera indirecta a través de impuestos (Alonso, 2020, pág. 148)

La ampliación de los beneficios del seguro social a las personas que, en principio, no tenían el derecho de recibirlos, por no haber sufragado los costos de su mantenimiento, es probablemente la primera materialización real del principio de solidaridad. Es decir, la materialización de la idea de ampliar la cobertura de los beneficios producto de la interacción social bajo una lógica de redistribución de los recursos, solo por el hecho de pertenecer al género humano.

La implantación de seguros sociales surge, pues, como consecuencia del concepto de justicia distributiva, con el fin de mejorar las situaciones de desvalimiento del trabajador y su familia. Pero tiene también —nos interesa recalcar este aspecto— como motivación a la solidaridad (Alonso, 2020, pág. 142)

Posteriormente en 1944, cuando la Segunda Guerra Mundial estaba próxima a concluir, la OIT en su Declaración de Filadelfia elevó la seguridad social a instrumento internacional y proclamó la necesidad de extender su cobertura. (CEPAL, 2005).

En la concepción de Beveridge, toda la población debe estar afiliada al sistema de seguridad social y debe contribuir a su financiamiento para garantizar su sostenimiento; también debe haber solidaridad entre las generaciones y entre sanos y enfermos, todo lo cual tendrá un efecto redistribuidor progresivo (CEPAL, 2005).

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 estableció que toda persona tiene derecho a la seguridad social. Esta es definida por la OIT como:

la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente del trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos (CEPAL, 2005).

Con posterioridad a esto la OIT en sus conferencias internacionales ha aprobado una serie de acuerdos y recomendaciones sobre la constitución y el reforzamiento de los principios rectores de la seguridad social. En 1952 estableció la llamada Norma Mínima de seguridad social que reunió varios instrumentos previos y estableció requisitos básicos en cada contingencia social sobre cobertura, prestaciones y condiciones de acceso (CEPAL, 2005).

Para la OIT los principios de Universalidad e Igualdad están intensamente relacionados con el principio de Solidaridad, ya que, sin la existencia de éste, se hace imposible la consecución de aquellos.

La solidaridad supone que exista una suerte de igualdad tanto horizontal como vertical, puesto a que dispone que los trabajadores activos colaboren con su contribución a quienes se encuentra inactivos por cuestiones relativas a la enfermedad o la incapacidad. Asimismo, dispone que los trabajadores ricos, en virtud de un pago de tasas mucho más altas contribuyan con el aseguramiento de los trabajadores más pobres, y además supone una suerte de colaboración intergeneracional, en tanto que, los trabajadores activos contribuyen con el gasto de los que ya se encuentran pensionados (CEPAL, 2005).

La relación entre la institución histórica de los seguros sociales y el desarrollo del principio de solidaridad parece de perogrullo, mucho más cuando se tiene en cuenta el factor realidad que determinó la cobertura de los riesgos sociales de los más vulnerables como el prurito que justificaba la existencia de los mismos. Sin embargo, esta evolución histórica no hace ningún ahínco en el contenido conceptual del principio de solidaridad, casi que dejando su definición tácita; y el desarrollo que ha tenido el principio en los distintos instrumentos normativos tampoco le hace justicia a la intención de concretar una definición acotada de este principio.

De modo que, como el ánimo del presente texto es trazar unas relaciones lógicas del tipo conceptual entre el principio de justicia esgrimido por Amartya Sen y el modelo del Estado Social de Derecho, resulta menester procurar alguna suerte de definición del principio de solidaridad que nos permita estipular sus elementos y condiciones. Es por ello que resulta imprescindible acudir a la doctrina para lograr este propósito. Esta intención se justifica aún más cuando se entiende la importancia cardinal que ha tenido el desarrollo del principio de solidaridad en la civilización occidental, al menos en el periodo de tiempo transcurrido después de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII.

La palabra «solidaridad» ha adquirido una extraordinaria significación en los dos últimos siglos. Gide escribió en 1893 que había alcanzado tanto prestigio e importancia como en años anteriores lo había tenido la libertad, hasta el punto de que, si el lema republicano «libertad, igualdad, fraternidad» se formulara de nuevo, la solidaridad tomaría el lugar de uno de esos tres términos, o quizá incluso reemplazaría a los tres (Alonso, 2020, pág. 131).

Es por ello que para la presente investigación resulta, cuando menos, relevante hacer un breve recuento del desarrollo histórico del concepto de solidaridad. En lo que respecta a la civilización occidental, quizá el primer atisbo de la aparición del concepto de solidaridad aparece en la sociedad romana. El derecho romano lo contemplaba en la forma de obligaciones indivisibles conforme a las cuales se aplicaba el principio *in solidum*: “en caso de pluralidad de sujetos -varios acreedores y deudores- cada acreedor tenía el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación total; y cada deudor el deber de cumplirla a cabalidad” (Alonso, 2020, pág. 131). En este sentido la solidaridad se entendía en principio como un componente de la responsabilidad civil, “responsabilidad de los que mancomunadamente se obligan a hacer un servicio o pago determinados, respondiendo cada uno de ellos de la totalidad de la prestación o de la deuda” (Alonso, 2020, pág. 131).

Este origen eminentemente jurídico y civilista dice mucho con respecto a la naturaleza misma del concepto, pues en principio no se erige como una garantía para los miembros de un grupo social, sino por el contrario, como un deber de responsabilidad de los miembros de un grupo para con sus congéneres. Se sustenta su aparición en la existencia de una suerte de sistema de expectativas recíprocas en el que se espera, cuando menos, que quien se compromete con otro a cumplir una obligación se vea compelido a cumplir lo pactado. La existencia de este sistema de expectativas recíprocas hacia el cumplimiento de los pactos es tomada tan en serio, que quien mancomunadamente se obliga al cumplimiento de una obligación común puede ser interpelado para que responda, incluso de manera individual, por la totalidad de lo que se ha obligado.

Con la llegada del cristianismo se impone una nueva mentalidad y filosofía que cobra un efecto directo sobre el concepto de la solidaridad. Este cobra una dimensión ética y religiosa, que teniendo como modelo a la familia, se basa en el vínculo de amistad y amor, que en el credo cristiano, debe unir a todos los hombres: “amad a tu prójimo como a ti mismo”. San Pablo habla de la comunidad cristiana como “un solo cuerpo” y entiende a todo el género humano como parte del rebaño de Dios, sin distinción de raza, sexo, etnia o cultura (Alonso, 2020, pág. 132).

Bajo esta lógica cristiana, la solidaridad adquiere la forma de un deber moral para con el más necesitado. La misericordia se convierte en un imperativo de comportamiento y en el camino de la salvación. El concepto evoluciona de un precepto jurídico normativo para el sostenimiento de un sistema de expectativas recíprocas, a un imperativo moral para procurar la salvación de todo el género humano.

Hay sin embargo en la época moderna una ruptura conceptual con la solidaridad de la cultura clásica, su asunción como imperativo moral de conducta basado en el vínculo de amistad y amor que predica el cristianismo evoluciona para constituirse como una forma de rechazo al *laissez faire, laissez passer* del liberalismo económico, con un acentuado carácter laico y público, se vuelve un elemento de legitimidad y se erige en la forma de principio jurídico-político (Alonso, 2020, pág. 131).

Puede que haya sido Pierre Leroux el primer pensador en introducir el término solidaridad en el ámbito de la filosofía, en 1839. Se refirió precisamente a la “solidaridad mutua de los hombres”, entendida como la “comunidad del género humano” (Alonso, 2020, pág. 133). Luego su desarrollo conceptual prosiguió con Auguste Comte, positivista francés, quien relaciona el concepto de solidaridad con el de humanidad y advierte que para el espíritu positivo el hombre propiamente dicho no existe, sólo puede existir más que humanidad, porque todo nuestro desarrollo es debido a la sociedad (Alonso, 2020, pág. 133).

Probablemente uno de los autores que mayor desarrollo conceptual impuso a la idea de la solidaridad fue Émile Durkheim, discípulo de Comte. Durkheim distingue entre dos formas de solidaridad: “mecánica o por semejanzas” y “orgánica o por división del trabajo” (Alonso, 2020, pág. 134). La mecánica, propia de los pueblos primitivos, consistente en vínculos generales e indeterminados del individuo con un grupo debido a sus semejanzas. La solidaridad orgánica nace, en cambio, de la división del trabajo, implica la diferencia entre los individuos producto de la cual cada uno tiene una esfera propia de incumbencia. Esta teoría de Durkheim sobre la solidaridad

orgánica constituiría el fundamento para aplicar la solidaridad, bajo la forma de cooperación, a las relaciones entre empresarios y trabajadores (Alonso, 2020, pág. 134).

El desarrollo conceptual prosigue en lo que se denominó el solidarismo francés, que de la mano de autores como Gide y Bourgeois, buscaba procurar fórmulas para afirmar la identidad del individuo con una referencia necesaria a la sociedad, de forma tal que no hubiese prevalencia del principio individualista de lucha por la existencia, en relación al principio social de solidaridad (Alonso, 2020, pág. 134). Gide reconoce tres fases de la solidaridad: 1) la natural que reviste la forma de inconsciente, propia de las células, los organismo y los pueblos primitivos; 2) la voluntaria, que surge del entramado social y es reconocida como necesaria y buena; y 3) la de libre cooperación que prescinde de la necesidad de coacción, propias de asociaciones mutuales o gremiales (Alonso, 2020, pág. 134). León Bourgeois por su parte, advierte que el nexo entre la existencia individual y colectiva del hombre es la solidaridad, materializada en la asociación humana, considera al individuo como parte inseparable de la sociedad; quizá su aportación más relevante es que concibe a la solidaridad como un “deber social” una deuda fundamentada en un cuasi contrato, que tiene también una dimensión intergeneracional y universal, retomando en parte el concepto de solidaridad de la antigüedad clásica del derecho romano (Alonso, 2020, pág. 135).

León Duguit introduce la noción de “servicio público”, como la de toda actividad de obligatorio cumplimiento que debe ser reglada y garantizada por el Estado, dada su indispensabilidad en la realización de la interdependencia social (Alonso, 2020, pág. 137). Esta idea se relaciona estrechamente con la de solidaridad social o interdependencia social, al rechazar la concepción individualista del Estado, para pasar a una social, fundamentada en la solidaridad -a la usanza del Estado Social de Derecho-. “La función del poder público no será imponer su voluntad soberana a otros ciudadanos, sino satisfacer sus necesidades tomando como base la solidaridad social o interdependencia social” (Alonso, 2020, pág. 137). Los servicios públicos son, en ese sentido, un instrumento de la solidaridad e interdependencia social.

la aportación de Duguit resulta de cardinal importancia pues deja entrever que “los seguros sociales tienen la consideración de servicios públicos; es así que los servicios públicos son expresión de la solidaridad e interdependencia social” (Alonso, 2020, pág. 137). Esto tiene una implicación relevante en el desarrollo normativo occidental, pues bien, es claro que la génesis del derecho administrativo o el derecho público surge del concepto del servicio público. Es por ello que el concepto de solidaridad adquiere una variación entre el derecho privado y el público. Esto lo ratifica Ernesto Vidal cuando advierte que:

Desde esta premisa es fácil comprender la función que la solidaridad cumple en el Derecho privado: reforzar, aumentar y asegurar las garantías del acreedor y del tráfico jurídico, ya que el de la solidaridad, en su vertiente pasiva de solidaridad de deudores, que es el ámbito en el que realmente despliega su eficacia es, de entre todos los regímenes de pluralidad de partes, el más grave y oneroso para el deudor (Vidal, 1993, pág. 98)

Mientras que en el derecho público se instituye como principio y fundamento de los derechos sociales, en cierta medida como su condición de posibilidad en la forma de un contrapeso al prejuicio egoísta en el que se sustentan las sociedades liberales.

Solidaridad como fundamento de los derechos que si bien corrige el contractualismo clásico no es incompatible con él y cuya finalidad es contribuir a la autonomía, independencia y libertad de las personas,

constituyendo, ahora sí, un contrapeso al prejuicio egoísta. La solidaridad realiza los derechos sociales (Vidal, 1993, pág. 100).

A título de conclusión, para concretar la inmensa variedad de elementos que contienen los desarrollos teóricos del concepto de solidaridad José María Alonso propone un sumario de elementos y características que lo componen:

A nuestro juicio, sin embargo, contiene varios elementos que es preciso poner de manifiesto: 1) implica la existencia de individuos inseparablemente unidos con las comunidades sociales en que se integran, familia, vecindario, empresa u otras agrupaciones; 2) es un vínculo que une a unas personas con otras y a ellas con la sociedad; 3) no se fundamenta solo en el individualismo ni en el socialismo, es un intento de conjugar lo individual con lo social; 4) es contraria al principio de lucha por la existencia, de la libre concurrencia; 5) es un vínculo necesario, nacido de causas biológicas, psicológicas, sociológicas o económicas, que adquiere su mayor perfección con la división del trabajo y, de modo especial, en las formas voluntarias de asociación, como el mutualismo y la cooperación; 6) es un vínculo que une a las personas que viven en un tiempo determinado, y también a estas con las de generaciones anteriores y venideras; 7) no solo une a las que viven en un mismo lugar, sino en todos los territorios; 8) debe traducirse en una acción recíproca práctica y proyectarse a distintos ámbitos de la política social, entre ellos la asistencia social, las relaciones laborales, la seguridad social, los servicios sociales y otros servicios públicos; 9) no puede reducirse a un postulado sociológico, sino que ha de ser la esencia del Derecho; 10) la aplicación práctica de la solidaridad lleva a la intervención del Estado para nivelar situaciones de los miembros que integran la sociedad.

[...]

1) la solidaridad se ha ido vinculando con la noción de igualdad, en concreto con la igualdad efectiva, en cuanto categorías axiológicas ambas cuya estrecha relación contribuye a dificultar y hacer borroso su respectivo sentido y alcance; 2) se ha relacionado con la justicia distributiva; 3) ha surgido, potente, la solidaridad mundial, fundamentada en la equidad y la justicia social, esto es, que los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados; 4) es fundamento y compromiso de la Unión Europea; 5) es el fundamento de los derechos sociales, incorporándose a algunos instrumentos jurídicos de derechos humanos del más alto rango; 6) dota de contenido al Estado social y democrático de Derecho, es fin público esencial de un Estado social moderno (Alonso, 2020, págs. 138-139).

Destacan en esta definición propuesta del principio de solidaridad su condición de punto medio entre el individualismo y el socialismo, propio de la idea del Estado Social de Derecho, que parte de la necesidad de la colaboración y la coexistencia social para el logro de la realización de los individuos, como lo advierte Amartya Sen en su principio de justicia. Y a título de conjunción entre las posturas del principio de justicia de Sen y el modelo de Estado Social de Derecho, su aplicación práctica implica la intervención del Estado en la sociedad para nivelar, igualar (en términos de capacidades y funcionamientos) la situación material de los miembros que integran la sociedad. Igualmente, en este punto es importante señalar que el principio de solidaridad es el fundamento, la razón de ser, (en términos de Heller: la función) de los derechos sociales, que constituyen el elemento fundamental del Estado Social de Derecho, con lo cual lo dota de contenido instituyéndose como un fin público esencial de cualquier Estado moderno.

En palabras de Ernesto Vidal:

El Estado social y democrático de Derecho definirá la solidaridad como un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad [...] un deber general de los poderes públicos para que mediante la solidaridad sea

posible promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas y remover obstáculos que dificulten su plenitud (Vidal, 1993, pág. 103)

Esta misma idea se itera en las cartas constitucionales de las que Colombia no es ninguna excepción. Leonardo Cañón señala como dentro de la esencia misma de la organización política adoptada por el Estado colombiano en su Constitución Política se incorpora el principio de solidaridad, como garantía de los derechos fundamentales y del respeto a la dignidad humana (2017, pág. 11). Así la corte Constitucional colombiana define al principio de solidaridad en la Sentencia C-529 de 2010 de la siguiente manera:

La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa ‘adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros’, tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en el cual asume las conocidas formas activa y pasiva y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber –impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social– consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas. La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el Sistema de Seguridad Social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social... La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como compromiso común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un Sistema de Seguridad Social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2010)

Hay entonces una relación casi directa entre la Seguridad Social y el principio de solidaridad, entendida aquella como ese esfuerzo mancomunado que propende por la protección frente a las contingencias de la vida de cada individuo que integra el entramado social. Con la pretensión de garantizar un acceso igualitario a unas libertades mínimas que le permitan palear los riesgos de vejez, enfermedad, invalidez, desempleo; que en el caso de no poder ser cubiertos con los resultados del esfuerzo individual recaen en los frutos de la interacción social.

Para Sen “La idea básica de la seguridad social apunta a prevenir la privación, y la vulnerabilidad ante la privación” (Drèze & Sen, 1991, pág. 5). La privación en este sentido debe ser entendida como una ausencia o fracaso de las capacidades, esta puede ser extendida -en todo el conglomerado social- o puede reputar la forma de la fragilidad de la capacidad individual. Este fracaso en las capacidades está abocado a ser solventado por la existencia de la seguridad social, fenómeno que se presenta en dos maneras diferentes: la primera contrarrestando los efectos de ese decline en las vidas de aquellos que lo experimentan, como por ejemplo quienes caen enfermos o incapacitados, y la segunda en la procura de incrementar la seguridad en las vidas de todos los miembros del conglomerado social (Drèze & Sen, 1991, págs. 10-11).

La seguridad social en el planteamiento teórico de Sen debe, por vía del principio de solidaridad (implementado en el modelo de Estado Social de Derecho), materializarse por medio de la intervención del Estado, o de la intervención social, en la distribución de los recursos producto del intercambio social. Todo ello, habida cuenta de que “los bienes primarios necesitados para la protección y promoción de condiciones de vida (como las provisiones de salud pública) no pueden ser poseídas individualmente, y el sector público puede estar en la capacidad de proveerlas más eficientemente que el mercado” (Drèze & Sen, 1991, pág. 14).

En este sentido Sen toma partida por una forma de Estado que intervenga directamente en la economía, como en el Modelo del Estado Social de Derecho, pues la garantía de las capacidades básicas, incluyendo la salud, no es normalmente el resultado del simple crecimiento económico de las sociedades. Advierte Sen que “la necesidad de seguridad social por lo tanto permanece fuerte incluso cuando un país es exitoso en sus intentos de generar crecimiento económico” (Drèze & Sen, 1991, pág. 13). Esto lo justifica señalando que:

Los mejoramientos en los niveles de vida en las economías ricas han sido normalmente el resultado directo de la intervención social en lugar del simple crecimiento económico. La expansión de estas capacidades básicas como la posibilidad de longevidad y de evitar la mortalidad prematura y prevenible ha ido típicamente de la mano con el desarrollo del apoyo público en los campos de la salud, el empleo, la educación, e incluso comida en algunos casos importantes. La tesis de que los países ricos han logrado altos niveles de capacidades básicas simplemente porque son ricos es, por decir lo menos, una sobre simplificación (Drèze & Sen, 1991, pág. 11)

La imposibilidad de sufragar los gastos producto de una necesidad de salud en el ámbito individual resulta apenas evidente para Sen, es por ello que, en lo que respecta a la seguridad social es evidente que Sen aboga por una intervención social que garantice al individuo una previsión en contra de su vulnerabilidad; vulnerabilidad que se hace más incisiva cuando acaecen fenómenos que le privan sus capacidades de funcionar, verbigracia la enfermedad. Ello lo argumenta advirtiendo con tino que:

El patrón del tiempo de los ingresos no siempre se empata con el patrón de tiempo de las necesidades. De hecho, a veces las necesidades se maximizan precisamente cuando los ingresos tienden a ser mínimos (por ejemplo, cuando una persona cae seriamente enferma) (Drèze & Sen, 1991, pág. 13)

No obstante, la conexión del principio de Solidaridad en la seguridad social y el principio de justicia esgrimido por Amartya Sen quizá adquiera una relevancia mucho mayor en tratándose de la seguridad social en salud. Sen considera a la salud como uno de los funcionamientos cardinales sobre los que en cualquier caso, circunstancia y momento resulta evidente la exigencia de una demanda igualitaria (Sen, 2010, pág. 53). La materialización más clara del principio de la justicia de Amartya Sen en la seguridad social y en la salud se encuentra en la implementación eficaz y universal del principio de solidaridad, pues es mediante este principio que se garantiza el acceso universal a los servicios de salud, y la previsión general de los riesgos de enfermedad, invalidez y muerte, a todos los miembros que integran el entramado social, independiente de su condición particular y de su capacidad de sufragar o no los costos del acceso a estos servicios.

La salud, en este sentido, para Sen se establece como una condición de posibilidad del bienestar y de las libertades que, como humanos, somos capaces de ejercer.

Hay que destacar que la salud es esencial para nuestro bienestar y que las libertades y posibilidades que somos capaces de ejercer dependen de nuestros logros en salud. Porque no podemos hacer muchas cosas si estamos discapacitados o incesantemente abrumados por la enfermedad y son muy pocas las que podemos hacer si no estamos vivos. [...] La penalidad de la enfermedad puede no limitarse únicamente a la pérdida del bienestar, sino incluir también la falta de libertad para hacer lo que uno considere sus responsabilidades y compromisos (1, 20–24). La salud y la supervivencia son fundamentales para entender no solo la calidad de vida, sino también para que uno haga lo que quiere. Difícilmente se puede exagerar la importancia de la equidad en salud para la justicia social en general (Sen, 2002, pág. 306)

De esta manera, la salud no solo se instituye como una de las capacidades cardinales que tienen que ser garantizadas igualitariamente a los humanos, sino que puede constituirse como criterio de evaluación del nivel de libertades y bienestar que tiene una persona, debido a que tendemos a darle prioridad a una buena salud siempre que tengamos la oportunidad de elegir, incluso en situaciones excepcionales como el tabaquismo, argumenta el autor que estos componentes adictivos atentan contra nuestra libertad de elegir (Sen, 2002, pág. 303).

Así reconoce Alba Lucía Vélez en su texto “Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el Estado Social de Derecho” que, el concepto de salud que analiza Sen es similar en casi todos los aspectos al que se debe garantizar en el marco de un Estado Social de Derecho, pues va más allá de la sola ausencia de enfermedad e “integra el conjunto de capacidades que facilitan el desarrollo del ser humano en sus diferentes facetas, conlleva niveles de calidad de vida, acceso a servicios básicos y debe entenderse este anhelo en el marco del Estado social de derecho” (2007, pág. 73). En otras palabras:

El concepto de salud actual se integra a la necesidad de contar con unas condiciones de bienestar del individuo, a su derecho a una calidad de vida digna, al acceso a servicios básicos que le garanticen un desarrollo de aquellas libertades fundamentales (capacidades). Este concepto de capacidades es desarrollado por Amartya Sen y por Martha Nussbaum (Vélez, 2007, pág. 72).

Se entiende entonces que para Sen la salud, garantizada mediante la aplicación del principio de solidaridad, debe ser parte esencial de cualquier concepción de la justicia social. En otras palabras, la garantía de un acceso igualitario a la salud, entendida como un funcionamiento fundamental para el desarrollo del ser humano, debe ser parte, y de hecho lo es, de cualquier principio de justicia; en especial de aquél que demanda un acceso igualitario a las capacidades y funcionamientos que le permitan a todas las personas alcanzar los fines que valoran.

En sus propias palabras Sen señala:

La salud es una de las condiciones más importantes de la vida humana y un componente fundamental de las posibilidades humanas que tenemos motivos para valorar. Ninguna concepción de la justicia social que acepte la necesidad de una distribución equitativa y de una formación eficiente de las posibilidades humanas puede ignorar el papel de la salud en la vida humana y en las oportunidades de las personas para alcanzar una vida sana, sin enfermedades y sufrimientos evitables ni mortalidad prematura. La equidad en la realización y distribución de la salud queda así incorporada y formando parte integral de un concepto más amplio de la justicia (Sen, 2002, pág. 303)

Es por ello que la enfermedad y la salud deben tener un papel destacado en cualquier discusión sobre la justicia, como característica central de los acuerdos sociales en general (Sen, 2002, pág. 301). Estos acuerdos no se circunscriben únicamente al ámbito de la salud, entendido como la

previsión de la enfermedad, sino que deben abordarse en un estadio mucho más amplio que incluya a la justicia de los acuerdos sociales y de la distribución económica (Sen, 2002, pág. 302).

Esta concepción de Sen de la salud como condición de posibilidad de las demás libertades y capacidades es plenamente coherente con la idea que se tiene, en el modelo del Estado Social de Derecho, acerca del derecho a la salud. Pues en este modelo de Estado el derecho a la salud también abarca situaciones por mucho más amplias que la simple previsión de la enfermedad. Igualmente se erige como garantía necesaria para el goce de los demás derechos y libertades. Jaime Gañán en su texto “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia” señala:

El derecho a la salud en clave de lectura del estado social (se concibe) como un derecho integral e integrador bajo la premisa que el derecho a la salud implica la garantía real a gozar de un estado físico, mental, emocional y social que permitía al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general (Gañán, 2013, pág. 8)

En concordancia con lo anterior la profesora Elsy Luz Barrera advierte que el derecho a la salud guarda una necesaria e irrevocable conexión con los demás derechos humanos.

De esta manera, existe una conexidad de la salud como derecho fundamental con otros conjuntos de derechos, en la medida que, sin garantizar los factores que determinan la salud, no es posible el ejercicio de los otros derechos humanos [...] en consecuencia la salud se concibe como un elemento central de la dignidad de las personas y factor determinante de sus derechos humanos (Barrera, 2017, pág. 41)

De modo que, si se concuerda con la profesora Barrera al evidenciar que “la salud, como derecho humano fundamental, debe ser universal, de calidad, accesibilidad y disponibilidad” (2017, pág. 26), se entiende de forma inequívoca, cómo el principio de solidaridad en la seguridad social, y especialmente en la salud, es la materialización del principio de justicia esgrimido por Amartya Sen y el modelo del Estado Social de Derecho.

De esta manera, en aplicación de los principios de justicia de Amartya Sen, las premisas de protección social que implica el modelo del Estado Social de Derecho y el concepto de ayuda mutua, colaboración y cohesión social que envuelve el principio de solidaridad; todas ellas abocadas a la consecución de una igualdad material entre el conglomerado social, es menester ahora decantar el modelo de sistema de salud que más encuadra con estas premisas.

Para lograr una estipulación del tipo de modelo de salud que más se adecúa a las premisas previamente relatadas es necesario echar mano de la clasificación tipológica que ha hecho la literatura en los análisis comparados de los modelos de salud. En este sentido se recurrirá a la clasificación de tipos ideales de modelos de salud realizada por Rothgang, Frisina & Wendt (también reconocida en la literatura como la tipología RW), pues esta ha sido largamente utilizada como soporte y marco de comparación para amplias descripciones y evaluaciones de los sistemas de salud, así como para el agrupamiento cuantitativo de los sistemas de salud basados en el acceso y la provisión de servicios (Böhm et al., 2013, pág. 259).

A pesar de la inmensa variedad de tipologías existentes en la literatura académica sobre el tema<sup>18</sup>, las virtudes fundamentales de esta clasificación recaen en su utilidad para ilustrar las varias

---

<sup>18</sup> Al respecto revisar: Field, M. G. (1973), The concept of the ‘health system’ at the macrosociological level, *Social Science and Medicine*, 763–85; Frenk, J. and Donabedian, A. (1987), State intervention in medical care: types, trends

diferencias existentes entre tipos de sistemas de salud en el mundo, con base a su lejanía o proximidad con los tres modelos ideales que esgrime, utilizando a aproximación weberiana de los tipos ideales (Wendt et al., 2009, pág. 71).

Esta tipología parte de la distinción de tres dimensiones principales de sistemas de salud: “financiamiento, provisión de servicios de salud y regulación (o gobernanza)” (Wendt et al., 2009, pág. 71). Sin embargo, no es el nivel o grado de aplicación de estas dimensiones lo que sirve en la descripción de los respectivos tipos de sistemas de salud, sino el interrogante acerca de quién efectivamente es el que financia, regula y provee los servicios de salud. Evidenciando que en los sistemas de salud no es únicamente el Estado el que se encarga de estas labores, sino también los actores societales y privados (Wendt et al., 2009, pág. 71).

Las dimensiones de la financiación y la propiedad de la prestación de los servicios cobran relevancia en la mayoría de las tipologías (Wendt et al., 2009, pág. 74). No obstante, a diferencia de otras áreas de la seguridad social como las pensiones o los esquemas de desempleo, que se concentran principalmente en transferencias monetarias, la tarea principal de los sistemas de salud es la provisión efectiva de servicios de salud. Por lo tanto, la creación de tipos ideales de salud requiere una apelar a dimensiones diferentes (Wendt et al., 2009, pág. 73).

Así pues, Los autores combinan las dimensiones de financiamiento y la provisión de servicios consideradas cruciales en la mayoría de las tipologías, con la dimensión de la regulación, que requiere un análisis más cualitativo, pues se preguntan principalmente si las relaciones entre los agentes financiadores, los proveedores de servicios, y los beneficiarios potenciales son principalmente reguladas por actores gubernamentales, societales o privados (Wendt et al., 2009, pág. 77). Pues consideran que en términos generales existen tres responsabilidades en los sistemas de salud (Wendt et al., 2009, pág. 78). La primera, el financiamiento, que puede darse por medio de la tributación, las contribuciones a un seguro social, o por medios privados; la segunda, la provisión efectiva de los servicios de salud, que puede ser administrada en instalaciones estatales, respectivamente por actores estatales, en instalaciones societales o en instalaciones de carácter privado con ánimo de lucro<sup>19</sup>, respectivamente por actores privados; y la tercera, la regulación de los aspectos relativos al financiamiento y la provisión de servicio, es decir el establecimiento de reglas con estos propósitos (Wendt et al., 2009, pág. 78).

Aplicando este análisis los autores identifican tres tipos ideales de sistemas de salud, en relación con las características uniformes que muestran en las tres dimensiones. Estos tres tipos comprenden: los *sistemas estatales de salud*, en donde la financiación, la provisión de servicios y la regulación son llevadas a cabo principalmente por actores estatales; los *sistemas societales de salud*, en donde los actores societales sin ánimo de lucro toman la responsabilidad de financiar,

---

and variables, *Health Policy and Planning*, 17–31; OECD (1987), *Financing and Delivering Health Care: A Comparative Analysis of OECD Countries*, Paris: OECD; Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge: Polity Press; Moran, M. (1999), *Governing the Health Care State: A Comparative Study of the United Kingdom, the United States and Germany*, Manchester: Manchester University Press; Bamba, C. (2004), The worlds of welfare: illusory and gender blind? *Social Policy and Society*, 3, 3: 201–11;

<sup>19</sup> Para estos autores, las diferencias más relevantes entre los actores societales y privados recaen en el ánimo de lucro (Wendt et al., 2009, pág. 78).

regular y prestar los servicios; y finalmente los *sistemas privados*, en los que las tres dimensiones caen en el auspicio de los actores del mercado (Wendt et al., 2009, pág. 81).

Esta clasificación se sistemas guarda fuertes similitudes con otras tipologías. Verbigracia, la OCDE propone tres modelos básicos: el modelo del *servicio nacional de salud* con cobertura universal, financiado principalmente con tributación general, y dominio público de la provisión de servicios de salud; el modelo del *seguro social* con cobertura universal, financiamiento por medio de las contribuciones al seguro social, y con la provisión de servicios de salud en manos pública, privadas o en ambas; y el modelo de seguro privado con cobertura de aseguración privada, financiamiento privado de seguros, y propiedad privada de la provisión de servicios de salud (OECD, 1987, pág. 24).

En lo que respecta al caso en cuestión el modelo típico de sistema que más se ajusta a las premisas previamente establecidas es el modelo de *sistema estatal de salud*, o *servicio nacional de salud*, también referido en la literatura como modelo de Beveridge o público (Lamerie et al., 1999, pág. 3). Es pertinente realizar varias precisiones en este respecto, la primera es que este es un tipo de modelo ideal, sustentado en la pretensión de clasificación weberiana cuyo propósito no es el de proveer descripciones exhaustivas sino el de agrupar a los sistemas con base en características generales (Wendt et al., 2009, pág. 71). En segunda instancia, no se quiere aseverar aquí que este es el único tipo de sistema de salud posible en el marco del Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad de la seguridad social o la teoría de la justicia de Amartya Sen, ni mucho menos se quiere esgrimir la idea de que por la aplicación de otro tipo de modelo de salud se pierde la calidad de Estado Social de Derecho o se inaplica el principio de solidaridad. Lo único que se quiere advertir en este caso es que, siendo un modelo de tipo ideal, este modelo es el que mejor, o más aproximadamente, aplica las premisas previamente esgrimidas en el análisis de la teoría de la justicia de Amartya Sen, el Estado Social de Derecho y el principio de solidaridad. Si se quiere, este es el modelo de sistema de salud que lleva esas premisas a sus más últimas consecuencias.

En este orden de ideas, el modelo de *sistema estatal de salud* se caracteriza como aquel que prioriza la equidad y la solidaridad como valores cardinales (Organización Mundial de la Salud, 2000, pág. 37). En ese sentido, todas las personas, independientemente de sus medios, edad, sexo u ocupación deben tener las mismas oportunidades de beneficiarse de los servicios médicos, de mejor calidad y más actualizados que se puedan obtener, dichos servicios tienen que ser gratuitos, integrales y promover la buena salud, además de tratar las enfermedades (Organización Mundial de la Salud, 2000, pág. 37).

Debido a la gratuidad y a la universalidad del servicio se propone que el financiamiento de los gastos del sistema provenga principalmente de la tributación general, los recursos han de ser distribuidos por medio de presupuestos, a veces sobre la base de razones fijas, a veces sobre las bases del número de personas, trabajadores y establecimientos de salud (Organización Mundial de la Salud, 2000, pág. 38).

Los sistemas de financiamiento que se sustentan principalmente en la tributación son generalmente considerados como más equitativos en su impacto financiero y fomentan una mayor equidad en el acceso al servicio de salud. Debido a que la demanda por servicios no esta intermediada por costos

directos o indirectos en lo que incurran los posibles pacientes (Docteur & Oxley, 2003, pág. 6). Igualmente, como advierte Sotelo “el Estado de bienestar socialdemócrata, apelando al principio de solidaridad, cuestiona que las prestaciones hayan de estar en relación directa con las contribuciones de cada uno” (Sotelo, 2010, pág. 232).

En lo que refiere a la provisión de los servicios de salud esta directamente a cargo del Estado, lo que quiere decir que es el Estado el propietario de los centros de salud en donde los servicios se prestan, igualmente, quienes proveen estos servicios (personal médico y de enfermería) normalmente son funcionarios públicos (Wendt et al., 2009, pág. 79). Por supuesto, no existe algo así como el ánimo lucrativo en la prestación de los servicios de salud, pues son considerados como servicios públicos, y la salud se entiende como un bien colectivo, del cual todos los ciudadanos que pertenecen a una sociedad deben beneficiarse (Lamierie et al., 1999, pág. 4).

Es por ello que en los grupos de países en donde este sistema tiene una prevalencia predominante existe una cobertura cercana al 100% en lo que respecta a la financiación y a la prestación de servicios (Lamierie et al., 1999, pág. 6). Este tipo de modelo manifiesta de manera clara la perspectiva igualitarista de Sen en lo que respecta al ámbito de las capacidades y los funcionamientos. Pues en él se garantiza un acceso universal y gratuito al sistema de salud, con lo cual se solventa la demanda igualitaria. Igualmente, se provee todo tipo de atención necesaria, sin importar la complejidad, el costo, y la duración de los tratamientos o tecnologías en salud necesarios para atender a una persona.

De esta forma, al no haber una correspondencia entre las demandas en salud de la gente y la aportación al sistema, cada cual demanda de este tipo de sistemas la cantidad y calidad de servicios que su estado de salud le demande. En ese orden de ideas, este modelo ideal tiene, cuando menos, la pretensión de implementar el razonamiento de Sen en lo que respecta a la demanda igualitaria, pues bien supone que todos los ciudadanos tengan un acceso ilimitado y universal al sistema; de la misma forma, implica la aplicación de la distinción personal que subyace a la idea propia del enfoque de las capacidades y los funcionamientos, pues trata a todos los miembros de la sociedad como individuos con necesidades diferentes, no ofrece en este sentido una misma canasta limitada de bienes y servicios, sino que oferta un igual acceso adecuado a las necesidades de cada individuo.

En el ámbito de la regulación, que refiere a la estimación de las reglas relativas a la relación que hay entre agentes financiadores del sistema, los proveedores de servicios y los beneficiarios de estos (Wendt et al., 2009, pág. 80), es el Estado el que regula la remuneración, el acceso de los pacientes al servicio, los paquetes de beneficios, las tasas de contribución (Wendt et al., 2009, pág. 81), el costo de los servicios, los tiempos de espera para la atención y la cobertura. El Estado tiene la responsabilidad de gobernar la relación entre los principales actores del sistema, y la decisión privada solo juega un rol en lo que respecta al acceso de los pacientes a los servicios (Böhm et al., 2013, pág. 264), es decir, su agencia se reduce a escoger si acceden o no al servicio.

En este punto cobran relevancia las reflexiones sobre la asimetría operativa que abarca Sen en su crítica a Rawls. Ya que Sen acepta como justa la existencia de jerarquías sociales y la distribución de roles sociales de poder en una sociedad, no en razón a la diferencia en la pericia de las personas,

sino por un motivo de eficiencia en la generación de un mayor nivel de bienestar social. De modo que se entiende que en lo relativo a un ámbito tan particular como el de la salud, frente a la manifiesta incapacidad e impericia de la mayoría de personas para proveerse una buena salud, en caso de enfermedad, por falta de conocimientos o por falta de acceso a medicinas y tratamientos especializados, se justifique la existencia de jerarquías sociales en las relaciones médico-paciente.

Incluso en lo referente a la administración centralizada del sistema, pues la evaluación de costos y beneficios de los servicios que el sistema provee o no, de acuerdo con sus propias restricciones presupuestales tiene implicaciones sobre el bienestar general. El análisis utilitarista de la perspectiva de Sen en este punto cobra cardinal relevancia. Sirva como ejemplo la decisión de suministrar un procedimiento o tecnología extremadamente costoso a un paciente, teniendo como costo de oportunidad la garantía de muchos más tratamientos más económicos a un número superior de personas. La toma de estas decisiones implica la necesidad de establecer jerarquías sociales en el sistema de salud, no justificadas en la pericia de quienes las ostentan, sino en los resultados sobre la eficiencia del bienestar general que causen.

Igualmente, este tipo de sistema de salud materializa la idea Helleriana de que el estado existe en razón de la función social que efectúa. Pues bien, en este punto se entiende que la salud comporta la doble naturaleza de derecho fundamental y de servicio público, cuya prestación efectiva sirve como sustento, entre otros, a la existencia misma del Estado. Asimismo, en lo que atañe al principio de solidaridad Alonso sostiene que en este tipo de sistema de salud está presente de forma intensificada, pues tiene como finalidad la eliminación de la pobreza por medio de las aportaciones comunes de todos los miembros de la sociedad (Alonso, 2020, pág. 148).

Po último, el argumento en favor de la coherencia de este modelo de sistema de salud con la teoría de justicia de Sen y las características del Estado Social de Derecho se complementa si se argumenta con las profesoras Carreño y Aristizábal que las capacidades de las que habla Sen son asimilables a los derechos fundamentales y colectivos (2006, pág. 35), siendo la salud uno de sus referentes más relucientes.

Conforme a lo establecido en la metodología detallada para la presente investigación, y habiendo desarrollado de forma suficiente la relación existente entre la teoría de la Justicia de Amartya Sen, el Estado Social de Derecho y el principio de solidaridad en salud; corresponde entonces, de forma subsiguiente, desarrollar lo relativo a las proposiciones teóricas opuestas, con el fin de tener los elementos suficientes para poder trabar una discusión adecuada de las posturas teóricas en contienda, analizar de manera profusa sus diferencias y similitudes y poder estipular las tensiones que existen entre ellas. Por lo cual, en el siguiente capítulo se desarrollarán los postulados teóricos de Robert Nozick, con el fin de entender su relación con el modelo de Estado Neoliberal y su materialización en el principio de sostenibilidad financiera, con su correlativo modelo de salud.

### CAPÍTULO III

#### DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE ROBERT NOZICK AL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

En este tercer capítulo, a la usanza de la metodología utilizada en el segundo capítulo, lo que se pretende es trazar una conexión lógica entre los planteamientos teóricos del filósofo Robert Nozick, especialmente en lo que refiere a los postulados de su teoría de la justicia y su defensa del Estado mínimo, con el desarrollo que ha tenido el principio de sostenibilidad financiera en el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo un tránsito lógico y necesario en lo que respecta a la constitución y defensa del modelo de Estado neoliberal.

Sin embargo, a diferencia del capítulo anterior, en el presente capítulo no se derivará un modelo de Estado de un tipo particular de teoría de la justicia, a causa de que el modelo teórico de justicia que propone Robert Nozick se subsume en un planteamiento más general acerca de una propuesta de Estado mínimo. Por lo tanto, en lugar de concluir un modelo determinado de Estado que permita la realización de un principio de justicia como criterio constitutivo del primero; lo que se hará en este capítulo -por ser esta la forma en la que lo manifiesta el autor- será derivar un modelo determinado de Estado de unos planteamientos concretos basados en una teoría de los derechos individuales fundamentada en el derecho de propiedad, para extraer de este modelo un principio de justicia que sea una consecuencia lógica de la estructuración de un modelo de Estado.

Así las cosas, para el desarrollo de los objetivos trazados, en el presente capítulo se pretenderá – de la misma forma en la que se realizó en el primero- desarrollar una suerte de silogismo extenso que tenga como primera premisa el desarrollo y justificación del modelo de Estado mínimo propuesto por Nozick. Como segunda premisa general la derivación de una teoría retributiva de la justicia, compuesta por tres principios fundamentales, como materialización en términos de la distribución de los frutos del intercambio social de la máxima moral que supone que la libertad individual es un imperativo ético incontrovertible. Como tercera premisa, un argumento de identidad entre el modelo de Estado Mínimo y el Estado neoliberal, haciendo un énfasis en sus elementos y características. Y como conclusión, un argumento de causalidad entre los tres principios de justicia dilucidados por Robert Nozick, las características del Estado mínimo o neoliberal con el desarrollo del principio de sostenibilidad financiera en el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano y el tipo ideal de sistema de salud que le corresponde.

Con ello en mente, en primera instancia se hará un breve despliegue de los argumentos de Robert Nozick en relación al cuestionamiento acerca de la necesidad de la existencia de una organización social determinada denominada Estado. En este punto se partirán de premisas individualistas defendidas por el autor, para que con la simple conjunción de unos atributos individuales determinados se logre, por medio de un “argumento de mano invisible”, la justificación, si es que la hay, de un modelo de Estado que surja como consecuencia necesaria de un estado de naturaleza.

En segundo lugar, con base en la propuesta analítica de un Estado mínimo, y siguiendo el mismo planteamiento metodológico (esto es: las explicaciones de la mano invisible), aunado a una

perspectiva histórica, que no de resultado final; se tratará el asunto de la distribución de los bienes sociales, para determinar los criterios de justicia dispuestos a evaluar la adecuación de las distribuciones posibles de bienes entre los miembros de un determinado entramado social.

A renglón seguido se trazará un argumento de identidad entre lo propuesto por Nozick en el marco de la organización del poder en una sociedad: el “Estado mínimo”, y lo que diferentes desarrollos teóricos han denominado como el Estado neoliberal, con el único propósito de lograr dilucidar algunas de sus características y consecuencias de aplicación en un entorno real.

Luego, de la mano de la crítica formulada por Nozick a la teoría de la justicia esgrimida por John Rawls, se argumentará la justificación de un principio de sostenibilidad financiera en la seguridad social, como desarrollo natural de los planteamientos del Estado mínimo -neoliberal- y la teoría retributiva de la justicia. Para por último culminar con una descripción del tipo o modelo ideal de sistema de salud que más se acopla a estas premisas.

### **Consideraciones acerca del Estado mínimo en Robert Nozick**

El filósofo estadounidense Robert Nozick (1938-2002), profesor de las universidades de Harvard, Oxford, Columbia y Princeton, hizo parte de la tendencia de pensamiento, que a finales del siglo XX, propendió por el rescate de los argumentos liberales clásicos expuestos por la teorías contractualistas como alternativa teórica al auge del marxismo, las teorías socialistas y la socialdemocracia. Sus planteamientos han sido enmarcados dentro de las tendencias liberal-libertarias, habida cuenta de su defensa a ultranza de las libertades individuales como único sustento posible para la configuración de una sociedad justa; incluso ha llegado a ser denominado -erróneamente- como precursor del anarco capitalismo o como un autor anarco-liberal.

En palabras de Mario Hernández:

El planteamiento liberal no es una vieja historia del siglo XVII. Su rescate le significó a Robert Nozick ganar el premio Pulitzer en Estados Unidos por su best seller titulado *Anarchy, State, and Utopia* en 1974 (9). El desarrollo filosófico de Nozick sirvió de fundamento moral a las propuestas de Hayek y Friedman, y se convirtió en una de las vías radicales del neoliberalismo en los años 70 (Hernández, 2008).

Su análisis teórico de las organizaciones sociales, el poder, y en consecuencia el Estado, se desarrolla por medio una argumentación que fija como premisas de análisis una concepción particular del individuo, dotado de un amplio conjunto de derechos y libertades connaturales a su existencia y por lo tanto inalienables.

Es por ello que el punto de partida de su análisis teórico se centra en el individuo liberal y de él deriva todas sus conclusiones. Lo que quiere decir que la justicia o la legitimación de las instituciones sociales, en el pensamiento de Nozick, se evalúa conforme a su lógica deducción y coincidencia con la existencia de un amplio espectro de derechos y libertades que se predicán de los miembros de una sociedad, considerados como individuos separados, libres y autónomos. De modo que, la instituciones o normas que regulan el accionar de los individuos en sociedad deben

concluirse, al menos en el campo del análisis, de las decisiones que un tipo particular de individuo tomaría de consuno con otros que compartan su naturaleza.

Así que, el punto de partida de su argumentación no se estriba en determinar qué tipo de institución social, o qué tipo de organización social sería la más adecuada para la gestación de este tipo de individuos. Al contrario, la génesis de sus disquisiciones al respecto de las organizaciones e instituciones sociales parte incluso del cuestionamiento sobre su necesidad. Su discusión con respecto al Estado, y en general al poder, no da por descontada la existencia de las organizaciones sociales, de modo que se ve en la necesidad de dar un paso previo y justificarlas a partir del individuo como base analítica y metodológica. En sus propias palabras, su teorización con respecto a la organización social parte de las preguntas: “¿SI NO existiera el Estado, sería necesario inventarlo? ¿Sería *requerido* uno y habría que *inventarlo*?” (Nozick, 1974, pág. 17).

Para dar respuesta a estos interrogantes es necesario decantar las características el individuo que sirve de base metodológica al análisis realizado. Pues bien, el individuo que se constituye como modelo de análisis utilizado por Robert Nozick coincide con la descripción del individuo en estado de naturaleza propuesto por Locke, es decir, un individuo racional, auto interesado, desatado de cualquier restricción social que limite su capacidad de acción, adjudicatario de un amplio espectro de libertades que solo se encuentran limitadas bajo la estipulación general de no cometer daño a los demás.

En palabras de Nozick:

Las propuestas tradicionales para las importantes características individualizadoras conectadas con las restricciones morales son las siguientes: sensible y autoconsciente; racional (capaz de usar conceptos abstractos no vinculados a respuestas de estímulos inmediatos); poseedor de libre albedrío; ser un agente moral capaz de guiar su conducta por principios morales y de comprometerse con limitaciones mutuas de conducta; tener un alma. (Nozick, 1974, pág. 59).

A partir de esa descripción individual la empresa intelectual de Nozick busca gestar una explicación *fundamental* de lo político, en otras palabras, una explicación *fundamental* de las organizaciones sociales. En este sentido Nozick entiende por “explicación fundamental” aquella que más características de la naturaleza humana recoja, es decir aquella que se acondicione de mejor manera con el modelo de individuo liberal previamente descrito.

En sus palabras:

Cuanto más fundamental sea el punto de partida (cuanto más características básicas, importantes e ineludibles de la situación humana recoja) y cuanto menos cerca esté o parezca estar de su resultado (cuanto menos político o menos estatal parezca), mejor será el punto de partida. (Nozick, 1974, pág. 20).

De este modo el único criterio de explicación de lo político que se compadece con este requerimiento analítico es aquél que justifica lo político desde lo no político, es decir, aquél que deriva lo político (el Estado) como una consecuencia de la extensión de las premisas que constituyen el modelo del individuo liberal.

Su intención es entonces la de decantar consecuencias necesarias y lógicas del estado de naturaleza que deriven, si es que ello es posible, en la explicación y justificación de la existencia de un modelo

de Estado particular. Su propósito entonces es determinar “cómo un Estado surgiría de este estado de naturaleza” (Nozick, 1974, pág. 20).

Esta explicación de no puede derivarse de la imposición de una pauta externa a la voluntad de las personas, en otras palabras, no puede ser impuesta de manera forsoza. Este tipo de explicación no pautada la denomina Nozick como una “explicación de mano invisible”, de la cual es dado derivar una pauta de comportamiento, que en principio pareciera que requeriría de alguna imposición de voluntad (como la existencia del dinero) por la simple superposición de acuerdos y comportamientos esperados de individuos que solo persiguen su interés (Nozick, 1974, pág. 32).

Para Nozick los individuos en este estado de naturaleza se encuentran en un estado de plena libertad que les permite ordenar sus actos a su medida y disponer de sus posiciones y personas de la manera en la que juzguen conveniente, “dentro de los límites del derecho natural, sin requerir permiso y sin depender de la voluntad de ningún otro” (Nozick, 1974, pág. 23). Sin embargo, al igual que Locke, advierte que algunas personas en este estado de naturaleza pueden transgredir los límites morales invadiendo el derecho de otros y procurándoles alguna suerte de daño. En este sentido reconoce de forma manifiesta que pueden existir “inconvenientes del estado de naturaleza”, de los que Locke deriva la justificación del Gobierno civil.

Sin embargo, para Nozick es necesario considerar a todos los arreglos posibles que puedan formularse dentro del estado de naturaleza, para que, pueda colegirse de forma innegable la necesidad de la existencia de una institución social que trascienda el estado natural. En otras palabras, solo luego de que todos los recursos del estado de naturaleza sean considerados, “a saber: todos aquellos arreglos y acuerdos voluntarios que las personas pudieran realizar en el ejercicio de sus derechos” (Nozick, 1974, pág. 23), será posible verificar cuantos de estos inconvenientes del Estado de naturaleza quedarán por ser resueltos con la institución de un Gobierno o Estado, y únicamente ahí poder estimar si el remedio resulta peor que la enfermedad.

Nozick prosigue estipulando que, teniendo en el estado de naturaleza el individuo acceso a un amplio espectro de derechos y libertades individuales, y existiendo la posibilidad de que estos derechos sean violentados por el accionar de otros individuos; cualquier individuo en el estado de naturaleza tendría no solo el acceso a una amplia gama de derechos sino el derecho al reclamo justo frente a otros individuos en el caso en que los primeros le sean violentados.

El derecho al reclamo justo frente a otros individuos implica la demanda de una compensación por el daño sufrido, es decir un acto de represalia en contra de quién ha perpetrado un daño. Sin embargo, este acto de represalia acarrea un riesgo moral, pues los hombres “sobrestimarán la cantidad de daño y perjuicio que han sufrido, y la pasión los conducirá a intentar castigar a los otros más allá de lo proporcional, y a exigir compensación excesiva” (Nozick, 1974, pág. 24). Se sigue que, si quién es víctima de una represalia considera en justicia que su castigo no resultó proporcional al daño infligido, tendrá entonces, a su buen entender, el derecho de impartir una contrarrepresalia. De modo que, la aplicación privada y personal de los propios derechos conduciría de forma inevitable a contiendas excesivas y series interminables de actos de represalia y contrarrepresalia (Nozick, 1974, pág. 24).

Igualmente, advierte Nozick que un individuo puede ejercer de manera privada y personal el cuidado, defensa e imposición de sus derechos; mientras que, otros podrán acudir a los demás en su defensa “ya sea porque tienen espíritu cívico, porque son sus amigos, porque fueron ayudados en el pasado, porque quieren que él les ayude en el futuro, o a cambio de algo” (Nozick, 1974, pág. 25).

Dado el reconocimiento de la amenaza sobre los derechos como un inconveniente del estado de naturaleza, grupos de individuos pueden formar asociaciones de protección mutua, en ejercicio legítimo de la libertad de empresa y asociación (Nozick, 1974, pág. 25). Al estar conminados a la protección de cualquier miembro de esta asociación de protección mutua, y bajo el evidente riesgo de estar sometidos a la voluntad de los miembros más pendencieros o paranoicos, o de aquellos que pretendan hacer uso de la asociación como medio para violar los derechos de otros; resulta evidente que está en el interés de cualquier tipo de asociación de protección mutua la estipulación de alguna suerte de procedimiento para determinar la justicia de un reclamo (Nozick, 1974, pág. 25).

La estipulación de un tipo de procedimiento para la determinación de la justicia de un reclamo resulta incluso más pertinente de presentarse alguna disputa entre los miembros de una misma asociación de protección, siempre que una política de no intervención en el caso de las disputas intestinas podría conducir a la discordia, división en subgrupos y eventual disolución de la asociación de protección mutua. Ante la plétora de posible arreglos procedimentales para la determinación de los reclamos justos, y la cabida de muchos procedimientos de carácter arbitrario (como el de atender la primera queja en el tiempo), solo puede esgrimirse que la mayoría de personas querrán unirse a asociaciones que sigan alguna suerte de procedimiento objetivo y justo -o lo más cercano a ello- para determinar la justicia de los reclamos (Nozick, 1974, pág. 25).

Igualmente, habida cuenta de la incomodidad que puede presentar para cualquier miembro de la asociación de protección mutua el hecho de estar constantemente disponible para prestar su ayuda a otros, sin estimar a su disponibilidad, capacidades e inclinaciones, se implementaría en las asociaciones una división del trabajo en la cual algunos serían contratados para realizar funciones de protección y otros simplemente pagarían por ellos, según las reglas del intercambio (Nozick, 1974, pág. 26).

De la misma manera puede entenderse que varios individuos busquen, conscientes del riesgo que representa ser juez de sus propias causas, que la decisión sobre la existencia de un daño y el eventual derecho de una reparación recaiga en cabeza de una parte neutral que no tenga implicación en el asunto a discutir. Esta tercera parte deberá, por sus propias condiciones, de ser considerada como neutral y recta; y dimanar una sensación general de respeto. Ello con el fin de que varios individuos sientan el incentivo de acordarla como juez en sus asuntos y se comprometan a someterse a su decisión. Con el tiempo esto devendrá en la tendencia de que estas funciones converjan en el mismo agente o agencia (Nozick, 1974, pág. 27).

Sin embargo sigue existiendo el riesgo, para las agencias, de que sus miembros actúen de forma privada en represalia contra los daños causados por individuos independientes a la agencia, por la subsiguiente consecuencia de tener que enfrentar las contrarrepresalias provenientes de otros

individuos o de otras agencias. Es por ello que las agencias podrían exigir como parte de su acuerdo de suscripción que sus miembros renuncien a el ejercicio privado de la represalia y la compensación contra individuos independientes de ellas (Nozick, 1974, pág. 27). En lo que respecta a el tratamiento entre sus propios clientes, únicamente se verían avocadas a negar a sus clientes protección contra las contrarrepresalias dirigidas a ellos por parte de otros clientes. Ellos sumado a que la agencia actuaría en contra de estos clientes, como cualquiera que no fuese cliente. Esto reduce el riesgo de las represalias privadas de los clientes, y de ellos con respecto a otros sujetos a una expresión mínima (Nozick, 1974, pág. 27).

Subyace sin embargo, el asunto de la posible existencia de conflicto entre agencias que ofrezcan sus servicios en la misma zona. Si ambas, llegan al mismo veredicto sobre la pena, solo existiría el problema de quién ejecutara la pena, pero si divergen en las decisiones referentes a los méritos del caso habrá de manera inevitable un conflicto entre agencias de protección que puede devenir en varias situaciones: 1) en el encuentro de fuerzas de las agencias una siempre ganará la contienda, con lo cual, los clientes de la agencia perdedora no encontrarán protegidos sus derechos y se afiliarán a la agencia victoriosa; 2) la agencias pelean reñidamente y con frecuencia o ganan o pierden, con el tiempo se percatarán de que tales luchas ocurrirán, con el subsiguiente desperdicio de recursos, a menos de que se logren medidas preventivas; con lo cual será solo cuestión de tiempo para que acuerden resolver pacíficamente los conflictos en los que lleguen a decisiones disímiles, acordando avocarse de consuno a un juez o tribunal que resuelva de forma imparcial estos casos (Nozick, 1974, pág. 29). De cualquier manera, casi todas las personas se encontrarán bajo un sistema común de protección, que falla sobre la justicia de sus reclamos, y aplica sus derechos.

Hasta aquí el autor ha desarrollado un sistema de acuerdos voluntarios muy similar a la existencia de un Estado, sin la necesidad de la imposición de la voluntad de ningún individuo sobre otro. Únicamente determinando las condiciones y elecciones racionales que tomarían los individuos en el estado de naturaleza. Igualmente, al no existir una pauta exterior o voluntad superior que se erija para la imposición de este ordenamiento en un sistema de agencias de protección, el análisis cumple la condición de instituirse como una explicación de mano invisible.

De forma que, para determinar si, como advierte Locke, sigue existiendo en el estado de naturaleza una necesidad para la constitución de un Estado o de un Gobierno civil ajeno a la voluntad manifiesta de los individuos que lo constituyen, habrá que determinar cuáles son las diferencias entre un Estado y el modelo de agencias de protección. A pesar de sus múltiples similitudes, resulta medianamente evidente que el Estado tiene la capacidad de imponer sus decisiones incluso a quienes no las acordaron de manera previa. Esto en atención al monopolio del uso de la fuerza que ostenta la organización estatal a diferencia del sistema de agencias de protección (Nozick, 1974, pág. 38).

En otras palabras, la distinción principal entre el sistema de agencias privadas de protección y el Estado estriba en la relación que estas tienen con quienes no son sus asociados o clientes, las relaciones con los independientes. Frente a ellos también tienen que procurar la protección de los derechos, habida cuenta de que el sustento fundamental que sirvió de justificación para la existencia misma del sistema de agencias de protección privada es el de la protección de los derechos individuales; y servir como vehículo para su violación las deslegitimaría.

Empero, a diferencia de lo que ocurre en el sistema voluntario de las agencias de protección, el Estado que propende por el monopolio de la fuerza para imponer su voluntad a los terceros que no han brindado su consentimiento para su institución, adolece de inmoralidad, pues castigar a quien en forma privada ejerce sus derechos sin hacer daño a nadie es una violación injustificada de sus derechos y libertades.

Igualmente, el Estado que monopoliza para sí el derecho de la aplicación de la fuerza no opera como una agencia de protección, a la cual sus clientes han voluntariamente cedido el ejercicio de la fuerza y la protección, renunciando a la ejecución privada de sus derechos; seguramente por el pago de una compensación equivalente. Pues al monopolizar el ejercicio de la violencia estará otorgándole seguridad no solo a quienes cooperan con él de forma voluntaria, mediante el pago de una compensación, sino a quienes no lo hacen. En este sentido, el Estado que monopoliza el uso de la fuerza serviría como herramienta de redistribución de la propiedad, pues otorgaría servicios de seguridad, pagados con los recursos de algunos, a la totalidad de personas que estuvieran cobijadas por su soberanía (Nozick, 1974, pág. 40).

De esta forma, Nozick arriba a dos conceptos diferentes: 1) el del Estado que por medio de su monopolio de la fuerza viola los derechos de los individuos; y 2) el que denomina Estado ultramínimo, que constituye un sistema auto generado de agencias de protección que es moral y se forma en atención a los requerimientos explicativos de la mano invisible. De modo que de existir un estadio medio entre estos conceptos, debe haber una manera de estribar en él de forma moral, esto es con deducciones que obedezcan la restricción intermedia de no violar los derechos individuales, lo que denomina como la restricción libertaria (Nozick, 1974, pág. 46).

Valga recordar en este punto que el almendrón de la discusión reside en la relación de las agencias de protección con quienes en ejercicio de su libertad no concuerdan con ellas, es decir con sujetos independientes al poder de restricción de las agencias. Con respecto al ejercicio de su deber de castigo a quienes apliquen sus propios medios de compensación con relación a sus clientes, las agencias se encuentran en la encrucijada de si este ejercicio puede constituirse en una violación injustificada de los derechos de algún individuo.

Con esta reflexión Nozick introduce los conceptos de riesgo, compensación del daño y prohibición. En principio el ejercicio de las libertades de las personas debería imponer como límite de sus acciones el respeto del derecho de los demás. Ello implica la obligación de compensar el daño causado al traspasar la esfera de derechos de otro sujeto. Sin embargo, no es del todo claro que de ahí se pueda colegir que no existen en términos globales restricciones a las acciones de los individuos siempre que se oponga como condición la de compensar el daño que se le cause a otra persona. Pues bajo esa condición podría establecerse una patente de corso para el actuar desprevenido y violento, siempre que después se compensen los daños causados, ello implicaría un acuerdo “contractual más favorable al comprador del derecho” (Nozick, 1974, pág. 71).

Por ello, el hecho de permitir indefinidamente el traspaso de los límites bajo la condición de que se pague una compensación completa es una resolución injusta y arbitraria del problema de la distribución de los beneficios del intercambio social. Esto es por el hecho de que determinar cuánto es el daño producido por una acción de manera previa a que suceda resulta cuando menos un

imposible, o una arbitrariedad, teniendo en consideración la subjetividad de las partes. Cualquier determinación de valor que se considere previamente como compensación completa puede terminar favoreciendo a una de las partes, si no se conoce cuál es su curva de indiferencia. En este sentido la única forma de aproximarse a una valor justo de la compensación es dejando que la negociación entre las partes implicadas suceda. Lo que implica ciertamente permitir el riesgo de violación a los derechos de una persona dentro del acuerdo social, bajo la expectativa racional de ser compensado.

La admisión de este riesgo para el autor puede implicar, además, que las personas y sus derechos sean consideradas por otras como simples medios para la realización de sus fines. Pues bien, el respeto de los derechos de los demás simplemente estaría condicionado al pago de una determinada compensación. Lo cual, en términos de Nozick constituye una situación inmoral, pues coincide con Kant que cualquier organización social que surja del acuerdo libre de voluntades de sus constituyentes tiene que respetar el imperativo de tratar a las personas como fines en sí mismas. No como medios (Nozick, 1974, págs. 42-45).

Es por ello que el autor recurre al principio de prevención para la protección de los derechos. Sin embargo, esta prohibición generalizada efectivamente limita el ejercicio de la libertad de acción de las personas interesadas en la ejecución de la actividad riesgosa. Pues la acción no se ha realizado y como tal no ha materializado el daño que se previene.

En palabras del propio autor:

prohibir actos riesgosos [...] limita la libertad de actuar de los individuos, aun cuando la acción, efectivamente, pudiera no implicar costo a alguien más, en absoluto. Cualquier epiléptico, por ejemplo, podría conducir toda su vida sin por ello dañar a otro. Prohibirle que conduzca podría no disminuir efectivamente el daño a otros, y por lo que sabemos, así es (Nozick, 1974, pág. 85).

Así las cosas, si bien no es moralmente permisible que las personas causen daños de forma indiscriminada a los demás, ni tampoco que las sometan a asumir riesgos por el ejercicio de actividades de las cuales no hacen parte ni perciben ningún beneficio; tampoco lo es prohibir indiscriminadamente la ejecución de actividades riesgosas por el miedo a daños que aún no se han materializado. Al menos no lo es si no se le compensa a quien se le acota el ejercicio de su libertad de acción por esta restricción en su libertad.

En este sentido es posible determinar que quien esté dispuesto a la realización de una actividad riesgosa que puede, o no, materializarse en un daño a un tercero, y por ello resulte prohibida, se encuentra en una situación de desventaja frente a los demás, producto de esta prohibición (Nozick, 1974, pág. 88). Con lo cual tiene el derecho a ser propiamente compensada por esta desventaja.

Con arreglo a esta lógica, tratándose de las relaciones de las agencias de protección con aquellos individuos que son independientes de su constitución, podría determinarse que hacer uso de la justicia privada entraña mucho riesgo y peligro -castigar a un inocente o excederse en el castigo- o por implicar un procedimiento desconfiable (Nozick, 1974, pág. 71).

Estos riesgos implicarían la potestad de prohibir la acción de castigo de quien ejerce ese procedimiento desconfiable. Bajo esa lógica, un operador de un sistema de justicia privado

desconfiable puede que no viole ningún derecho de un culpable, sin embargo, por la desconfianza en su sistema de justicia, pierde la potestad de castígallo, o de reclamarle una compensación (Nozick, 1974, pág. 110).

Una agencia de protección dominante, en ejercicio de este derecho de juzgar y castigar los procedimientos de justicia no confiables, sin la necesidad de proponérselo, ni arrogándose el derecho de ser la única en ejercicio de este derecho; puede constituirse en un monopolio de facto. “Como la asociación de protección dominante juzga que sus propios procedimientos son confiables y justos, y cree que esto es generalmente conocido, no permitirá a nadie defenderse contra ellos” (Nozick, 1974, pág. 113). Por virtud de su tamaño y en alusión únicamente a su poder, incluso sin proponérselo, resultaría la única en aplicar procedimientos de justicia determinados, e igualmente sería la única capaz de garantizar a sus clientes que solamente aquellos procedimientos que considere apropiados serán los que efectivamente se realicen (Nozick, 1974, pág. 114).

En este sentido, por virtud de su tamaño, y por considerar que los procedimientos de justicia empleados por los independientes, incluso en ejercicio de su autoayuda, se manifiestan como un riesgo, la agencia de posición dominante prohibirá la ejecución privada de la justicia por personas independientes a ella. Al prohibir el ejercicio legítimo de una actividad solo por el hecho de considerarla riesgosa para los derechos de sus clientes, la agencia crea una desventaja frente a quienes se les prohíbe el ejercicio privado y autónomo de la justicia. Por virtud del principio de compensación antes expuesto, la agencia de posición dominante estaría en la obligación de compensar el daño generado por esta prohibición; y la forma más fácil de hacerlo sería la de otorgar a los independientes sus servicios de protección como compensación por la desventaja creada.

Bajo estas consideraciones es evidente que la agencia de protección dominante satisface todas las condiciones para ser considerada un Estado, pues ejerce un monopolio de la fuerza y protege los derechos de cualquiera en su jurisdicción. Y siendo que se llegó a la conclusión de la institución de esta agencia como Estado, o como una “entidad estadoide” en una disquisición en la que se trazó como lineamiento la restricción indirecta del respeto de los derechos individuales; al igual que su arribo simplemente estuvo determinado por la proyección racional de la actuación de individuos interesados sin la imposición de una pauta de voluntad; le es dado al autor considerar este Estado como una entidad moral que respeta los derechos de los individuos.

Este tipo de estado que supera al Estado ultramínimo de distintas agencias de protección es denominado por Nozick como el “Estado mínimo”. De modo que concluye el autor:

Hemos cumplido nuestra tarea de explicar cómo surgiría el Estado a partir del estado de naturaleza sin que los derechos de nadie fueran violados. Las objeciones morales que el anarquista individualista dirige al Estado mínimo quedan superadas. Éste no es una imposición injusta de un monopolio. El monopolio *de facto* crece por un proceso de mano invisible y *a través de medios moralmente permitidos*, sin que los derechos de nadie sean violados y sin que se reclamen ciertos derechos que otros no poseen. Requerir que los clientes del monopolio *de facto* paguen por la protección de aquellos a quienes prohíben la autoayuda en contra de ellos, lejos de ser inmoral es moralmente requerido por el principio de compensación (Nozick, 1974, pág. 118).

Hasta aquí se evidencia entonces de manera clara la aparición, justificación y desarrollo de un modelo de Estado propuesto por Robert Nozick como conclusión de sus premisas. El modelo de Estado mínimo no solo aparece como necesario sino como deseable para la protección de los

derechos de los individuos, y se ajusta a la condición de haber sido construido de una forma natural y no pautada, en apego máximo a las condiciones del estado de naturaleza de las cuales parte el análisis.

En sus palabras:

Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto. Dos implicaciones notables son que el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su *propio* bien o protección (Nozick, 1974, pág. 7)

Sin embargo, queda por dilucidar el tipo de modelo de justicia que sería aplicado por este Estado, un modelo que para su construcción deberá cumplir con las mismas condiciones metodológicas evidenciadas en este acápite, so riesgo de ser considerado injusto o impuesto de manera inmoral. La trascendencia de esta discusión no solo se manifiesta en los objetivos propuestos del presente trabajo de investigación -comparar las dos teorías de la justicia de los autores presentados y sus implicaciones sobre los principios que sustentan el SGSSS colombiano-. Sino porque además, la institución de una suerte de justicia distributiva suele ser uno de los argumentos mayormente esgrimidos para defender un modelo de Estado más extenso del que propone Robert Nozick. En el próximo acápite se ahondará en la propuesta del autor con respecto a la justicia, esgrimida como oposición a estas proposiciones.

### **Teoría de la justicia de Robert Nozick**

Como se señaló con antelación, la institución de una teoría de la justicia realizada por Robert Nozick tiene que cumplir con las mismas características de las que deviene el Estado mínimo, habida cuenta de que sólo bajo el cumplimiento de estas características constitutivas (expuestas profusamente con antelación) es posible predicar la moralidad de un determinado sistema de organización de la acción social, o en este caso un sistema de determinación de lo que considere justo o no.

El desarrollo de los principios de juzgamiento de la adecuación de una determinada distribución de recursos producto del intercambio social sólo puede entonces gestarse en atención al amplio espectro de las libertades individuales de los miembros de una sociedad, y gestarse en la manera de una explicación de mano invisible que dé cuenta de una explicación funcional, esto es: lo más próximo a las características del estado de naturaleza posibles. Pues bien, si se considera como una función del Estado mínimo la de propender por el cuidado de los derechos de las personas y la de obligar la restitución de los mismos cuándo estos sean violentados; es evidente a todas luces que las herramientas que utilice el Estado como criterio de justicia habrán de ser construidas de igual forma en la que se determinó la justificación de su existencia.

Es por ello que se advierte que la teoría de la justicia de Robert Nozick se inscribe y subsume en los apartados de su teoría del Estado. Sin embargo, aparte de las precisiones metodológicas ya utilizadas para dar paso a la justificación moral de la existencia del Estado el autor describe algunas precisiones procedimentales a la hora de construir un determinado sistema o teoría de la justicia.

En primera instancia, el autor es consciente que de ser evidente y justificada la demanda de un sistema de justicia que distribuya con un criterio diferente a la lógica expuesta hasta este punto los frutos del intercambio social, esta justificación implicaría la necesidad de construir un Estado más que mínimo para garantizar estos principios de justicia distributiva.

Sin embargo, el autor comienza evidenciando que la necesidad de cualquier aparato de justicia distributiva se motiva en la creencia de que algún ente o persona utilizó un mecanismo determinado para hacer una distribución de los bienes fruto del intercambio social. Y por la posible existencia de un error en este criterio de distribución resulta imperativo moralmente procurar una redistribución de los mismos (Nozick, 1974, pág. 153).

Frente a esta afirmación el autor aclara que no existe ninguna distribución central, que no existe ninguna persona o grupo facultado con el control de los recursos que decida cómo es que estos deben repartirse, pues bien, todo lo que es poseído lo es en atención a una serie de procesos históricos.

Lo que cada persona obtiene, lo obtiene de otros que se lo dan a cambio de algo, o como obsequio. En una sociedad libre, diversas personas controlan recursos diferentes, y nuevas pertenencias surgen de las acciones e intercambios voluntarios de las personas (Nozick, 1974, pág. 153)

El criterio histórico aquí advertido se erige como condición analítica de la construcción de una teoría de la justicia para Nozick, pues bien entiende que si todas las pertenencias de una persona son justas, es decir, que su proceso de consecución no violó los derechos de los demás en su trazado histórico, se puede predicar que el conjunto total, de las pertenencias es justo (Nozick, 1974, pág. 156).

Es por ello que, a diferencia de las diferentes teorías de la justicia – incluyendo a la de Sen- el autor advierte que su propuesta es histórica (Nozick, 1974, pág. 157). En contraste con aquellos principios de justicia que solo consideran objeto de juicio las distribuciones actuales evaluadas de conformidad con algunos principios estructurales, su modelo de juicio se interesa por la forma en la que los bienes y derechos fueron adquiridos y transmitidos a lo largo del tiempo, “si una distribución es justa o no, depende de cómo se produjo” (Nozick, 1974, pág. 157).

Ello tiene que ver con el acogimiento de un criterio de mérito justo de la distribución de los beneficios del intercambio social. Es decir, la evaluación de las acciones previas que derivaron en una distribución de los bienes conforme a como los evaluamos en su estado actual; en este respecto Nozick da cuenta de una analogía con la situación de un preso condenado en relación a los criterios de justicia sobre su condición actual:

Si algunos están en prisión por asesinato o crímenes de guerra, no decimos que para determinar la justicia de la distribución en la sociedad debemos mirar solamente lo que esta persona tiene, lo que esa persona tiene, y lo que aquella persona tiene, . . . actualmente. Consideramos pertinente preguntar si alguno hizo algo de modo que *mereció* ser castigado, mereció tener una parte menor (Nozick, 1974, pág. 157).

En este sentido el punto de contraste de la teoría de la justicia desarrollada por Nozick con respecto a las que él denomina como teorías o principios de “resultado final” se centra en la historicidad del juicio que se evalúa con su criterio. Pues estima que “las situaciones o acciones pasadas de las personas pueden producir derechos diferentes o merecimientos diferentes sobre las cosas” (Nozick, 1974, pág. 158), y siendo consciente de esta situación concluye que “se puede cometer una injusticia pasando de una distribución a otra estructuralmente idéntica, porque la segunda, la misma en perfil, puede violar los derechos o merecimientos de las personas; puede no corresponder a la historia real” (Nozick, 1974, pág. 158).

Igualmente, el autor evidencia que todos los principios de justicia distributiva obedecen a una pauta determinada, cualquiera que sea, todos estructuran la necesidad de proveer a cada quién según alguna característica establecida de manera arbitraria: “a cada quien según su mérito moral, o sus necesidades, o su producto marginal; o según lo intensamente que intenta, o según la suma de pesos de lo anterior, etcétera” (Nozick, 1974, pág. 159).

A diferencia de este procedimiento de determinación arbitraria de las pautas de distribución el principio de justicia que propone el autor tiene que cumplir la característica metodológica de no ser pautado. En su opinión un sistema retributivo solo es defendible en tanto esté constituido por objetivos individuales de transacciones individuales, sin la necesidad de requerir una pauta distributiva cualquiera. Esto lo justifica Nozick advirtiéndole que los procesos de producción y distribución de bienes hacen parte de la misma urdimbre, pues quien realiza un objeto tiene el derecho sobre el mismo. Así pues señala:

Pensar que la tarea de una teoría de justicia distributiva es llenar el espacio de "a cada uno según sus ——" es estar predisposto a buscar una pauta; y el tratamiento separado de "de cada quien según sus ——" trata la producción y la distribución como dos cuestiones separadas e independientes. Según la opinión retributiva, éstas *no* son dos cuestiones separadas. Quienquiera que hace algo, habiendo comprado o contratado para todos los otros recursos tenidos que se usan en el proceso (trasmitiendo algunas de sus pertenencias a cambio de estos factores de cooperación), tiene derecho a eso. La situación *no* es de algo que se está haciendo y que haya una pregunta abierta de quién debe obtenerlo. Las cosas entran en el mundo ya vinculadas con las personas que tienen derechos sobre ellas. Desde el punto de vista de la concepción histórica retributiva sobre la justicia de pertenencias, los que comienzan nuevamente a completar" a cada uno según sus ——" tratan los objetos como si aparecieran de ningún lugar, de la nada (Nozick, 1974, pág. 162).

Su objeción más contundente en contra de lo que él denomina como principios pautados es que ninguno de estos principios puede instituirse y ser realizado a plenitud sin la intervención continua en la vida de las personas para estarse realizando.

Para mantener una pauta se tiene, o bien que intervenir continuamente para impedir que la persona trasmita recursos como quisiera, o bien intervenir continua (o periódicamente) para tomar recursos de algunas personas que otras, por alguna razón, decidieron trasmitirles a ellas (Nozick, 1974, pág. 166)

Es decir que habría que mantener un determinado ordenamiento social que reiterara la realización de la pauta en el tiempo, que por ende constantemente violaría los derechos y libertades de los individuos. En este punto Nozick estriba una de las críticas al planteamiento de Amartya Sen. Pues para él Sen propone que el ordenamiento social está determinado por la escogencia entre alternativas que realizan los individuos, es decir por el ejercicio de sus derechos, sin embargo para Nozick el establecimiento del orden social debe ser independiente al ejercicio de los derechos de

los individuos, pues bien, de otra manera las alternativas del orden social estarían determinadas por el ejercicio de los derechos de las personas, y de este modo si unánime o mayoritariamente una alternativa de la composición del orden social fuese escogida por un grupo determinado de personas, esta determinación acotaría o limitaría drásticamente el poder de decisión de cualquier individuo que no la estimase como apropiada.

En respuesta a ello Nozick propone que “Los derechos no determinan un ordenamiento social sino que establecen los límites dentro de los cuales una opción social debe ser hecha excluyendo ciertas alternativas, fijando otras, etcétera” (Nozick, 1974, pág. 186), es decir que los derechos o las libertades de elección de las personas no forjan el orden social, no determinan la forma en la que las instituciones deben ser creadas, más bien funcionan sobre un orden social determinado.

Si por el contrario se fija una alternativa del ordenamiento social con base en la predilección de las elecciones de los individuos, deberá igualmente establecerse una pauta sobre las decisiones individuales futuras para que no alteren la alternativa social fijada. En este sentido, afirma Nozick que “el argumento de Sen nos conduce nuevamente al resultado de que establecer pautas requiere intervención continua en las acciones y opciones de los individuos” (Nozick, 1974, pág. 186).

Adicionalmente para Nozick quienes defienden los principios pautados de justicia soslayan el derecho que tienen las personas de disponer libremente de sus pertenencias, debido a que sus planteamientos se concentran en las razones por las cuales las personas son “merecedoras” de recibir una canasta determinada de bienes de acuerdo a su contingencia personal, méritos, circunstancias, etc. Estos principios dependen de opiniones particulares sobre las fuentes, la legitimidad o la ilegitimidad de las pertenencias, opiniones por lo demás arbitrarias y que bien podrían estar erradas (Nozick, 1974, pág. 172).

Señala entonces que:

Los proponentes de principios pautados de justicia distributiva concentran su atención en las normas para determinar quién debe recibir las pertenencias: consideran las razones por las cuales alguien debe tener algo y, también, el cuadro completo de las pertenencias. Si es o no mejor dar que recibir, los proponentes de principios pautados pasan por alto completamente el dar. Al considerar la distribución de bienes, ingresos, etcétera, sus teorías son de justicia receptiva; pasan por alto completamente cualquier derecho que una persona pudiera tener de dar algo a alguien (Nozick, 1974, pág. 170).

Sin embargo, probablemente su crítica más contundente a la elaboración de teorías de la justicia basadas en principios pautados sea la que evidencia que estos principios de resultado final se integran en la estructura jurídica de una sociedad, por lo cual brinda a los individuos un reclamo legítimo y exigible sobre alguna porción del producto del intercambio total de la sociedad. Que no es más que la sumatoria de los productos hechos individualmente. “Este producto total es creado por los individuos que trabajan, usando medios de producción que otros ahorraron para producirlos, por personas que organizaron la producción o crearon medios para producir cosas originales o cosas de una nueva manera” (Nozick, 1974, pág. 173). En conclusión, los principios pautados le otorgarían derecho a los individuos sobre el futo del trabajo de otros, y esto en sí mismo constituye una flagrante violación de los derechos individuales.

El apoderamiento de los resultados del trabajo de otros, por medio de la introducción de principios de justicia pautados, es equivalente a la apropiación sobre las horas que invirtieron en realizarlos. Esto es otorgarle a unas personas poder de decisión sobre las acciones y libertades de otras, y poder de determinación sobre los propósitos a los que su trabajo debe servir. Este proceso, por medio del cual las personas privan a otras de la autonomía sobre sus decisiones los hace copropietarios de su persona, otorga en cierta forma derechos de propiedad, así sea parciales, a unas personas sobre otras (Nozick, 1974, pág. 174). “Estos principios suponen un cambio: de la noción liberal clásica de propiedad sobre uno mismo a una noción de derechos de (co)propiedad sobre *otras* personas” (Nozick, 1974, pág. 174).

En este sentido la única máxima de justicia con la que estaría de acuerdo Nozick sería:

De cada quien según lo que escoge hacer, a cada quien según lo que hace por sí mismo (tal vez con la ayuda contratada de otros) y lo que otros escogen hacer por él y deciden darle de lo que les fue dado previamente (según esta máxima) y no han gastado aún o transmitido (Nozick, 1974, pág. 163)

Es por ello que el principio de justicia retributiva que propone Nozick se centra en el derecho de apropiación que tienen las personas sobre los objetos que existen en el mundo. En este punto Nozick concuerda con la propuesta de Locke que justifica a la propiedad privada sobre las cosas como un derecho connatural al hombre por la necesidad de procurarse, cuando menos, su propia supervivencia.

Coincide con Locke en que los derechos de propiedad sobre un objeto no poseído se originan en la mezcla que realiza esta persona de su trabajo con el objeto. Sin embargo, discute parcialmente su estipulación de que en el proceso de apropiación se deba dejar suficiente e igualmente bueno para los demás en común. Esta estipulación se establece en Locke como un límite a la capacidad de apropiación de las personas que tiene por objeto no empeorar, por medio de la apropiación privada, la situación de los demás. Sin embargo, pese a no arribar a una conclusión certera con respecto a la conveniencia o límites de la aplicación de la estipulación lockeana, sí logra dejar de presente algunas proposiciones. En primer lugar, que esta estipulación obliga a no empeorar la situación previa de los demás por medio de la propiedad, empero, bajo ninguna lógica obliga a que el proceso de apropiación deba reputar en un beneficio a los demás.

Igualmente,

El hecho de que alguien posea el abasto total de algo necesario para que otros se mantengan vivos *no* implica que su apropiación (o la de cualquier otro) de algo deja a algunas personas (inmediata o posteriormente) en una situación peor que la línea de base. Un investigador médico que sintetiza una sustancia nueva que cura efectivamente una determinada enfermedad y que se niega a vender si no es bajo sus condiciones, no empeora la situación de otros al privarlos de aquello que sea lo que se ha apropiado (Nozick, 1974, pág. 181).

Nozick concluye que incluso no determinando con precisión los límites de la estipulación de Locke, esta no es, bajo ningún punto de vista, un principio pautado o de estado final. Ya que esta estipulación, como se advierte en el ejemplo del investigador médico, concentra su atención sobre la forma en la que las acciones de apropiación afectan a otros y no en la estructura de la situación que de ella resulta (Nozick, 1974, pág. 181). Por lo tanto, “el libre funcionamiento de un sistema de mercado no entrará realmente en colisión con la estipulación lockeana” (Nozick, 1974, pág. 183).

La propiedad privada, y los derechos de apropiación sobre las cosas se estatuyen en Nozick como el fundamento general de su teoría de la justicia, advierte en ese sentido que la necesidad de procurarse una teoría de la propiedad no es exclusiva de quienes defienden la propiedad privada. Todo lo contrario, incluso quienes defienden la colectividad de la propiedad deben ofrecer una teoría de como surgen los procesos de propiedad, pues bien el uso y aprovechamiento de los recursos es una condición necesaria de la existencia del hombre.

De esta forma, utilizando un principio argumentativo de carácter histórico y no pautado, con base en la protección y respeto de los derechos individuales y teniendo como principal elemento el derecho de propiedad privada, Nozick dilucida su teoría retributiva de la justicia de las pertenencias:

El objeto de la justicia de las pertenencias consiste de tres temas principales. El primero es la *adquisición original de pertenencias*, la apropiación de cosas no poseídas. Esto incluye las cuestiones de cómo cosas no tenidas pueden llegar a ser poseídas, el proceso, o los procesos por medio de los cuales cosas no tenidas pueden llegar a ser tenidas, las cosas que pueden llegar a ser poseídas por estos procesos, el alcance de lo que puede ser poseído por un proceso particular, etcétera. Nos referiremos a la complicada verdad sobre este tema, la cual no formularemos aquí, como el principio de justicia en la adquisición. El segundo tema se ocupa de la *trasmisión de pertenencias* de una persona a otra. ¿Por qué procesos puede una persona transmitir pertenencias a otra? ¿Cómo puede una persona adquirir una pertenencia de otra persona que la tiene? Aquí aparecen descripciones generales de intercambio voluntario, obsequio y (por otro lado) fraude, así como referencias a detalles convencionales particulares establecidos en una sociedad dada. A la complicada verdad acerca de este tema (con poseedores de lugares para detalles convencionales) la llamaremos el principio de justicia en la transferencia (Nozick, 1974, pág. 154).

Con base en esta propuesta se evaluará la justicia de una distribución de bienes dentro de los miembros de una sociedad, conforme al arreglo que esta tenga con los principios de adquisición y transmisión de pertenencias de la siguiente manera:

- 1) Una persona que adquiere una pertenencia, de conformidad con el principio de justicia en la adquisición, tiene derecho a esa pertenencia.
- 2) Una persona que adquiere una pertenencia de conformidad con el principio de justicia en la transferencia, de algún otro con derecho a la pertenencia, tiene derecho a la pertenencia.
- 3) Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2 (Nozick, 1974, pág. 154).

Así las cosas, en aplicación de su metodología histórica, “una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos. Los medios legítimos para pasar de una distribución a otra están especificados por el principio de justicia en la transferencia” (Nozick, 1974, pág. 155). Igualmente, “los primeros "pasos" legítimos están especificados por el principio de justicia en la adquisición. Cualquier cosa que surge de una situación justa, a través de pasos justos, es en sí misma justa” (Nozick, 1974, pág. 155).

Sin embargo, dada la posibilidad de que algunas personas trasgredan los derechos de otras por medio de la apropiación ilegítima de sus pertenencias, robándoles, defraudándolos o esclavizándolos; tomando el fruto de su trabajo e impidiéndoles vivir como deseen, o excluyéndolos por la fuerza de su participación en el intercambio justo. Y no siendo esta una forma,

bajo ningún criterio, legítima de adquirir pertenencias, “la existencia de injusticias pasadas (anteriores violaciones a los dos primeros principios de pertenencias) da origen al tercer tema principal de la justicia de pertenencias: la rectificación de injusticias en las pertenencias” (Nozick, 1974, pág. 155).

En resumen, la teoría de justicia retributiva de Nozick o teoría de las pertenencias dilucida tres principios de justicia sobre los cuales debe evaluarse el carácter de justo de una distribución social determinada: el principio de adquisición, el principio de transferencia y el principio de corrección de injusticias pasadas.

En este sentido advierte el autor que el único modelo de justicia que encuentra cabida dentro del modelo de Estado mínimo por él defendido es el de la justicia retributiva, igualmente reafirma su postura de que no existe, con base en alguna teorización sobre la justicia, ninguna justificación válida para un modelo de Estado más extenso que el Estado mínimo (Nozick, 1974, pág. 226).

Ello da luces para determinar el tipo de acción que debería un Estado realizar en función a su labor de garante de la justicia en una sociedad, y sobre los cuestionamientos acerca de la persecución o no de la igualdad material que el Estado debería emprender. Pues bien en términos del autor:

La concepción retributiva de justicia de pertenencias no establece ninguna presunción en favor de la igualdad, ni de cualquier otro estado final superior o establecimiento de pautas. No se puede simplemente *suponer* que la igualdad tenga que estar integrada en cualquier teoría de la justicia (Nozick, 1974, pág. 228)

El principio de justicia hasta aquí dilucidado da cuenta del tipo de funciones que el autor le otorga en el marco de su teorización al Estado, abiertamente limitadas a pretender el cumplimiento y cabal respeto de los derechos individuales de las personas; y especialmente concentrada en la protección del derecho a la propiedad privada. En este sentido, para los propósitos de la investigación propuesta cabe destacar si este modelo de Estado tiene algunas otras implicaciones en su aplicación práctica dentro de los Estados modernos, y si ello significa alguna consecuencia particular en lo que refiere a la construcción y manejo de los sistemas de seguridad social. Para tal propósito, en la siguiente sección se discutirá la relación de identidad entre el Estado mínimo de Robert Nozick y el modelo de Estado neoliberal que ha sido impuesto en varios países desde la segunda mitad del siglo XX.

### **Características del modelo de estado mínimo de Robert Nozick**

Si bien la teoría desarrollada por Robert Nozick se enmarca en una defensa a ultranza del modelo del estado mínimo, y hasta el momento es posible para el lector decantar algunos elementos de este tipo de Estado, conviene para los propósitos de la presente investigación compararlo con el modelo que la doctrina ha denominado como Estado neoliberal, para verificar si sus características coinciden y resulta viable realizar entre ellos una relación de identidad.

De modo que, en el presente acápite se procurará inquirir acerca de las características del Estado mínimo propuesto por Robert Nozick y compararla con algunos elementos decantados de distintas

definiciones doctrinales del Estado neoliberal. Para advertir de manera manifiesta sus similitudes y las consecuencias con respecto a su aplicación práctica. En ese sentido se expondrán en primera instancia algunas características del modelo neoliberal para luego compararlas con la teoría del Estado Mínimo de Robert Nozick.

El neoliberalismo es una teoría político-económica que encontró sus primeras manifestaciones prácticas en la últimas décadas del siglo XX. Promovidas principalmente por los Gobiernos de Thatcher en el Reino Unido y de Ronald Reagan en los Estados Unidos de Norteamérica (Portilla, 2005, pág. 110). Muchos arguyen sin embargo que quizá el primer experimento neoliberal del mundo se realizó bajo la dictadura de Augusto Pinochet en el Estado de Chile, quien tras derrocar al Gobierno de Salvador Allende instauró un piloto de modelo neoliberal en la sociedad chilena asesorado por economistas discípulos de Milton Friedman que han sido conocidos como los “Chicago Boys”.

Sin embargo, sus raíces teóricas pueden encontrar sustento en las proposiciones de Friederich Hayek quien a mediados del siglo XX realizó una fuerte crítica a las economías planificadas, con base en el argumento principal de que la distorsión del sistema de precios impedía tener información cierta con respecto de la cual poder realizar una planeación económica, y que a diferencia de lo que ocurría en los países de raigambre socialista, la planeación económica en las economías de mercado ocurría de manera descentralizada con un sistema de información actualizado al instante con cada transacción realizada “ el precio” (Hayek, 1945).

Probablemente los orígenes de movimiento en términos ideológicos se dieron con la institución de la “Mont Pelerin Society” en la cual un grupo exclusivo de vivaces defensores de las ideas capitalistas y la economía de mercado, principalmente economistas, historiadores y filósofos, se reunieron en torno a la flagrante figura del filósofo Friederich von Hayek en 1947. “Los miembros de dicho grupo se retrataron a sí mismos como “liberales” (en el sentido tradicional europeo de la palabra) en atención a su compromiso personal con la defensa de los ideales de la libertad personal” (Harvey, 2007, pág. 20).

En lo que refiere a su concreción como escuela de pensamiento político y económico, David Harvey<sup>20</sup> otorga una definición más o menos completa de lo que significa el término “neoliberalismo”:

El neoliberalismo es en primera instancia una teoría de prácticas políticas y económicas que proponen que el bienestar de la humanidad puede ser mejor logrado desatando las libertades y habilidades de emprendimiento individuales dentro de un marco institucional caracterizado por unos derechos fuertes de propiedad privada, mercados libre y libre comercio. El papel del Estado es el de crear y preservar este marco institucional apropiado para dichas prácticas. El Estado tiene que garantizar, por ejemplo, la calidad e integridad de la moneda. Igualmente debe configurar aquellas instituciones militares, de defensa, de policía y legales y las

---

<sup>20</sup> David Harvey es un geógrafo, economista político y teorista social marxista, de procedencia británica, que describe su propio trabajo intelectual como “una preocupación por comprender la “unidad contradictoria entre las relaciones sociales en constante transformación” a través del poder de abstracción de Marx para imaginar un futuro anticapitalista” (Harvey, 2022, pág. 14). Su libro “*A Brief History of Neoliberalism*” es en sus palabras un ejemplo del “pensamiento de Marx en acción en relación con las condiciones contemporáneas” (Harvey, 2022, pág. 20). Con lo cual resulta evidente que su descripción del sistema neoliberal se realiza desde una perspectiva crítica, no por ello menos relevante para el presente análisis, pues se sucinta únicamente a los elementos descriptivos del modelo.

funciones requeridas para asegurar el derecho a la propiedad privada y para garantizar, por la fuerza si fuese necesario, el apropiado funcionamiento de los mercados. Además, si los mercados no existen (en áreas como la tierra, el agua, la educación, la salud, la seguridad social, o la contaminación ambiental) entonces deberían ser creados por la acción del Estado, de ser necesario. (Harvey, 2007, pág. 2).

Igualmente, advierte Harvey que el Estado debería abstenerse de aventurarse más allá de las funciones previamente señaladas, en razón de que la intervención estatal en los mercados, una vez creados, resulta inconveniente. Pues distorsionaría y viciaría el sistema de precios, dada su más que manifiesta incapacidad para procesar información suficiente de las señales del mercado “precios”, sumada a la posible injerencia de variados grupos de interés (Harvey, 2007, pág. 2).

La premisa fundamental del neoliberalismo es que “la interferencia estatal en los mecanismos del mercado causa un pobre desempeño económico, y que el retorno al fundamentalismo del mercado reestablece la prosperidad” (Prechel & Harms, 2007, pág. 5). Esto implica cinco cambios fundamentales en la relación entre el Estado y la sociedad:

1) expandir los mercados eliminando las políticas gubernamentales que interfieren con los mercados, 2) recortar impuestos para reducir simultáneamente los recursos de los gobiernos ineficientes y canalizarlos a los inversionistas privados para la formación de capital, 3) privatizar por medio de la venta de propiedades públicas a los actores económicos privados, 4) mercantilizar las cosas que no estaban originalmente producidas para ser intercambiadas en el mercado (p. ej. salud, educación, contaminación), y 5) la eliminación de los programas sociales para establecer responsabilidades personales (Prechel & Harms, 2007, pág. 5).

Así también lo advierte Mathieu Hilgers cuando señala que “la reingeniería del Estado aparece claramente en la teoría neoliberal como un paso necesario para catalizar la modificación de las relaciones subjetivas y sociales, para hacerlas corresponder con la metafísica del orden espontáneo del mercado” (Hilgers, 2012, pág. 82). Este elemento de crecimiento y glorificación del ala punitiva del Estado es un componente integral del modelo de Estado neoliberal (Hilgers, 2012, pág. 80)

La teoría neoliberal, supone entonces la extensión de las lógicas de mercado a todos los aspectos de la vida humana, así como una reingeniería institucional del Estado que consiste en la emergencia de un aparato judicial que permita y garantice la competencia en el mercado, a la par de liberar el potencial de la sociedad civil para auto regularse (Hilgers, 2012, pág. 83).

Esta reingeniería estatal, propende por la eliminación de las funciones del Estado en las esferas que no se consideren estrictamente necesarias, es decir, la garantía de la seguridad y el establecimiento de un sistema de justicia que defienda la propiedad y la iniciativa privada. Así lo advierte Portilla cuando señala que el neoliberalismo:

pugna por un Estado Mínimo, es decir incentivar la participación de la iniciativa privada y de la ciudadanía en diversos asuntos o áreas del Estado. Con esta visión, el Estado se apartaría de ser el eje rector de diversas actividades para otorgar a otros actores sociales la competencia de estas, y la cuestión social no sería la excepción (Portilla, 2005, pág. 110)

La eliminación de las funciones del Estado dentro del modelo neoliberal se erige en respuesta a los Estados de bienestar europeos, en donde se le otorgaba al Estado una amplia gama de participación y regulación de distintas esferas de la vida social. Este proceso de acotamiento de la

función estatal, se sustenta análogamente en la presunción de la superioridad de las lógicas del mercado para organizar las sociedades en torno a la satisfacción de las necesidades de las personas. Mabel Thwaites advierte en ese sentido que la teoría neoliberal predica “la superioridad del mercado libre para articular la sociedad a escala nacional y planetaria y el correlativo desprecio por la “interferencia política” del Estado en la actividad económica.” (Thwaites, 2010).

Con base en esa suposición de superioridad mercantil frente a la capacidad estatal se gestiona entonces un proceso sostenido de contracción del aparato estatal por las vías de la privatización y la desregulación (Herrera, 2009, pág. 14). Ariel Ramos relata cómo ese proceso ocurre en la forma de la desregulación del mercado financiero permitiendo el despliegue del sector y la especulación del mundo del dinero, al igual que por medio de la privatización de las otrora empresas públicas, la formación de empresas mixtas y la creación de “joint ventures” con empresas privadas, principalmente multinacionales (Ferrer, 2012, pág. 102).

La participación de empresas multinacionales, o de la economía global, deriva en el último elemento a destacar del modelo neoliberal: la estructuración de un mercado transnacional que supera las fronteras de los Estados nación y opera en una plataforma mundial, erigiéndose como un elemento de presión extra para el desmonte de los aparatos estatales.

La receta neoliberal clásica propuso, entonces, achicar el aparato estatal (vía privatizaciones y desregulaciones) y ampliar correlativamente la esfera de la “sociedad”, en su versión de economía abierta e integrada plenamente al mercado mundial. Es decir, la lectura neoliberal logró articular en un mismo discurso el factor “interno”, caracterizado por la acumulación de tensiones e insatisfacciones por el desempeño del Estado para brindar prestaciones básicas a la población enmarcada en su territorio, y el factor “externo”, resumido en la imposición de la globalización, como fenómeno que connota la inescapable subordinación de las economías domésticas a las exigencias de la economía global (Thwaites, 2010).

Estos elementos de la teoría neoliberal se desbocan principalmente sobre la organización estatal, pues bien, la inmensa mayoría de sus proposiciones corresponden al juzgamiento de lo que el Estado debe y puede hacer para garantizar el funcionamiento armónico de una sociedad. Por lo tanto se puede concluir que la teoría neoliberal, a pesar de su raigambre en las teorías económicas clásicas de mercado, es principalmente una teoría sobre el Estado, o más bien una teoría que promueve un modelo particular de Estado. Harvey resume este modelo de la siguiente forma:

De acuerdo a la teoría, el Estado neoliberal debe favorecer fuertes derechos individuales de propiedad privada, el Estado de Derecho, mercados que funcionan libremente y el libre comercio. Estos son los arreglos institucionales que se consideran esenciales para garantizar las libertades individuales. Su marco legal es aquel de las obligaciones contractuales libremente negociadas entre personas jurídicas en el mercado. La sacralidad de los contratos y el derecho individual de la libertad de acción, expresión, y elección deben ser protegidos. El Estado debe por lo tanto utilizar su monopolio del uso de los medios de violencia para preservar estas libertades a toda costa. Por extensión, la libertad de empresa y de las corporaciones (legalmente entendidas como individuos) para operar dentro del marco institucional de los libres mercados y el libre comercio es entendida como un bien fundamental. La empresa privada y la iniciativa emprendedora son vistas como las claves de la innovación y de la creación de valor. Los derechos de propiedad intelectual son protegidos (por ejemplo por medio de patentes) para fomentar los cambios tecnológicos. Los continuos incrementos en la productividad deben devenir en más altos estándares de vida para todos. Bajo la asunción de que “una marea ascendente levanta todos los botes”, y de la del “efecto derrame”, la teoría neoliberal sostiene que la eliminación de la pobreza (tanto doméstica como mundial) puede ser asegurada de mejor manera por medio de los mercados libres y el libre comercio (Harvey, 2007, págs. 63-64).

Si se considera que para Robert Nozick el único Estado justificable y moralmente legítimo es el “Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera” (Nozick, 1974, pág. 7), se podrá colegir algún nivel de coincidencia entre su perspectiva del Estado mínimo con el modelo de Estado neoliberal, pues este da cuenta de todos los elementos que defiende aquel, a saber: la disminución y acotamiento de las funciones del Estado a su mínima expresión, el énfasis en la función punitiva del Estado, la liberación de las fuerzas del mercado como principal fuente de organización de las sociedades y la subsiguiente desconfianza ante cualquier forma de intervención estatal en el funcionamiento de los mercados, las consecuentes políticas de desregulación y privatización; en definitiva, la reducción de la entidad estatal a su más mínima expresión.

No se quiere decir con esto que el modelo de Estado neoliberal coincida perfectamente con el Estado mínimo de Nozick, empero si resulta claro que las proposiciones teóricas de Nozick le sirven de fundamento conceptual. De manera que, “el itinerario que sigue la argumentación de Nozick sugiere, en términos reales, el paso del Estado benefactor al Estado neoliberal, es decir, el abandono de los principios de justicia social en favor de los principios de libertad individual”. (Marín-Zamora, 1998). Pues el “neoliberalismo articula un concepto de mercado claramente económico como uno de los argumentos básicos de su filosofía y de su concepción de justicia” (Martínez J. , 1996, pág. 251), de ahí su relación con la teoría de Nozick, quien reduce los derechos individuales al de propiedad privada, de donde deriva su teoría de justicia (Martínez J. , 1996, pág. 251).

Es claro, sin embargo, que elementos fundamentales del Estado neoliberal escapan del alcance de la concepción conceptual del Estado mínimo en Nozick. Ejemplo de ello son la apología de privatización de los activos, como solución a la tragedia de los comunes, por medio de la creación de mercados (Harvey, 2007, pág. 65); y la libre movilidad de capitales entre países, y el correspondiente desmonte de las barreras del intercambio (Harvey, 2007, pág. 66). No obstante, este tipo de premisas constituyen desarrollos posteriores de las premisas de un modelo mínimo de Estado, y si bien no encuentran una referencia directa en la teoría de Nozick, tampoco le controvierten; todo lo contrario, pueden derivarse lógicamente de ella.

Esta identificación en lo que a modelos representa es útil para la actual investigación en tanto permite dar cuenta de las consecuencias prácticas de la aplicación de este particular modelo de Estado. En lo que aquí concierne, particularmente, nos permite advertir cuáles son las implicaciones fácticas de la introducción de este modelo de Estado en la composición y funcionamiento de los sistemas de seguridad social. En el siguiente apartado del capítulo se inquirirá en la manera en la cual este modelo configura el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano.

### **La materialización de la teoría de Robert Nozick y el modelo de estado neoliberal en la seguridad social y la salud**

Habiendo estipulado el tipo de Estado que devendría de la materialización de la doctrina de Robert Nozick, para los efectos de la presente investigación, lo que prosigue es determinar la forma en la que estas proposiciones doctrinales, y el modelo de Estado que de ellas dimana, tratan o se materializan en lo que respecta a la institución de los sistemas de seguridad social, y cómo ello se ha materializado en el sistema de seguridad social colombiano.

Para seguir con el argumento del Estado neoliberal presentado en el apartado anterior, valga la pena reiterar que procura la desarticulación del Estado en las materias que no son estrictamente de su competencia (las de garantía de la seguridad e impartición de justicia), incluyendo las de la prestación de la seguridad social. El modelo no solo demanda la retirada de la acción estatal del estadio de la seguridad social, sino que además exige la acción positiva del Estado para la creación de un mercado, en un área donde previamente no existía (Harvey, 2007, pág. 2).

La gestación de los mercados mediante la acción estatal en estadios en donde tradicionalmente no existían, como es el caso manifiesto de la seguridad social creada desde sus orígenes como un apéndice de la función estatal (recuérdese lo expuesto en el segundo capítulo acerca de los orígenes del seguro social en el marco del Reich alemán gobernado por Bismark), implica la gestación artificial de sistemas generales contributivos. Que a pesar de que no siguen la lógica ortodoxa de un mercado en el que existe una retribución directa de bienes y servicios en contraprestación de un pago efectuado, si existe un modelo de afiliación que opera bajo la lógica de los mercados de seguros, es decir, el pago periódico de una prima para la cobertura de un riesgo que puede llegar o no a materializarse.

En este sentido se instituyeron, en los sistemas de seguridad social, modelos de mercados contributivos en los cuales el acceso a los servicios de la seguridad social estuviese condicionado al aporte de una prima o contribución determinada según distintos criterios, en unos casos según la capacidad económica, en otros según la cobertura del riesgo, etc. A pesar de sus diferencias, la lógica central de estas modificaciones estribaría en desaparecer el papel del Estado como garante de la prestación de los servicios de la seguridad social, que siendo ahora sistemas contributivos deberían sostenerse de forma autónoma sin general déficits presupuestarios que implicaran la participación del Estado en su cobertura. La garantía de esta situación de autoabastecimiento de los sistemas contributivos se positiviza en el ordenamiento jurídico como un principio rector de los sistemas de seguridad social: “el principio de sostenibilidad financiera”.

Aunque el plan de Beveridge mostró desde el principio preocupación porque el sistema como todo fuese sostenible financieramente (CEPAL, 2005), como se explicó con antelación, el principio de sostenibilidad financiera no estuvo contemplado dentro de los principios rectores de la seguridad social en su génesis ni en sus orígenes, más bien, fue consecuencia de la introducción de las lógicas del mercado en un estadio en el que tradicionalmente eran ajenas. Es por ello que la concreción conceptual de lo que se implica cuando se menciona este principio carece de unanimidad en la doctrina, habida cuenta de su relativamente reciente introducción en lo que respecta a la seguridad social.

La CEPAL da cuenta de la novedad del fenómeno cuando advierte que

las normas internacionales de seguridad social no han respondido a los cambios ocurridos en los últimos tiempos y carecen de guías para la búsqueda de métodos financieros justos y viables que enfrenten dichos retos; los convenios existentes son insuficientes para que las naciones sostengan el funcionamiento de la seguridad social en el clima económico actual (CEPAL, 2005).

De modo que a falta de una definición doctrinal, procede en esta investigación decantar una suerte de concepto unificado del principio de sostenibilidad financiera de la escasa doctrina que existe al respecto y de los desarrollos normativos y jurisprudenciales. Igualmente, como la materialización de los principios teóricos expuestos se pretende evidenciar en el desarrollo del sistema de seguridad en salud colombiano, las fuentes utilizadas para la determinación del concepto de la sostenibilidad financiera serán primordialmente fuentes normativas colombianas.

En el ordenamiento jurídico colombiano, así como en el resto del mundo, desde su institución hasta los primeros años del siglo XXI, los principios tradicionales de la seguridad social habían primado ininterrumpidamente, tanto así, que en la constitución de 1991 la seguridad social trascendió el contrato de trabajo y se configuró bajo la forma de un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado pero también como un derecho irrenunciable de los habitantes del territorio nacional (Cadena, 2006).

Sin embargo, la génesis del concepto de la sostenibilidad financiera se gestó porque años después de promulgada la Constitución Política, la añorada universalidad en la cobertura de la seguridad social no se había logrado. Además, en el sistema pensional la perspectiva sobre la cobertura era dramática: se estimaba que solamente el 25% de la población colombiana ha accedido o accederá a una pensión (Cadena, 2006).

Así mismo, el Gobierno sostuvo que el déficit pensional colombiano ascendía al 187% del PIB; sin duda una cifra bastante elevada para un nivel de cobertura tan bajo, equivalente al del Reino Unido o Japón que tienen una cobertura muchísimo más amplia que la colombiana (Cadena, 2006).

Según el Gobierno, el desorden en la ejecución del gasto era la causa principal de que no se hubiese logrado una cobertura universal en la seguridad social, y que en virtud de ello era necesario reorganizarlo para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas. “Además sostuvo que, dada la magnitud del pasivo pensional, no se estaba conciliando el derecho a las pensiones con otras necesidades de gasto en materia de salud, educación y otros gastos sociales” (Cadena, 2006).

Ante esta situación, el Gobierno presentó ante el Congreso de la República una suma de proyectos de ley que dictaminaban regímenes de transición para solucionar el déficit fiscal, sin embargo estos intentos legislativos fueron frenados por la Corte Constitucional<sup>21</sup>. Con el ánimo de resolver la tensión frente a la Corte, el Gobierno en el 2004 tramitó un proyecto de acto legislativo ante el Congreso de la República, en el cual se introducía el principio de sostenibilidad financiera. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, el Gobierno señaló:

se introduce dos nuevos criterios, el de equidad y el de sostenibilidad financiera del sistema, los cuales (sic) es necesario incluir por cuanto se dispone de recursos limitados que deben ser distribuidos de acuerdo con

---

<sup>21</sup> Revisar las sentencias las sentencias C-1056/03 y C-754/04 de la Corte Constitucional.

las necesidades de la población, para lo cuales deben establecer los mecanismos que logren su suficiencia con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho (Cadena, 2006).

Para muchos autores el problema surge porque la norma constitucional, embebida de un exacerbado optimismo, plantea y establece una gran cantidad de derechos que el Estado no tiene capacidad de garantizar, concretamente por su limitada capacidad económica. En términos del profesor Cadena, “si hubiésemos entendido el mandato constitucional como un derecho inmediato, apenas existe duda, el Estado habría quebrado. La cobertura de la seguridad social en Colombia era aproximadamente del 22% de la población, es decir, casi nula; y la deuda pensional, a favor de muy pocos beneficiarios, crecía exponencialmente” (2006).

Por lo cual, conjurando el principio de sostenibilidad financiera con el de cobertura, el mensaje que se transmitía era que, en efecto, incluso si derecho a la seguridad social es irrenunciable, la cobertura, debido a la escasez de recursos, solo podía lograrse de forma gradual asegurando la sostenibilidad del sistema a largo plazo (Cadena, 2006).

Sin embargo, con el posterior desarrollo legal del principio establecido, especialmente en la Ley 1438 del 2011, se abrieron nuevos debates con respecto al ejercicio del derecho a la salud y demás derechos emanados del sistema de seguridad social, cosa que describe con suficiencia el doctor Álvaro Franco cuando señala que:

La sentencia de la Corte constitucional del 2008 (T-760) y la emergencia social para salud de 2009 (declarada por el Gobierno colombiano mediante el decreto 4975) abrieron una nueva fase de la reforma sectorial de salud colombiana y avivaron el debate sobre el derecho a la salud y las fallas del sistema de salud colombiano, dadas las irregularidades en temas como el precio de los medicamentos, quizá lo más grave coyunturalmente, además de las fallas estructurales del sistema de salud colombiano, denunciadas desde el inicio de aplicación de la Ley 100 de 1993. (Franco, 2012).

Y en un análisis de la situación actual aduce que:

El escenario de ahora sigue siendo conflictivo, caótico y polarizado, basado en el mercado, con fuerte presencia de empresas poderosas de la salud de orden privado y en ocasiones monopólicas (que cumplen la tarea de intermediación financiera). El modelo implementado hasta ahora, en la etapa de la reforma ha sido de tipo económico, que no sanitarista, proclive al clásico liberalismo pero errático en su desempeño (Franco, 2012).

Al ser esta una disquisición de tipo normativo, dada la naturaleza del concepto abordado como principio constitucional, en este texto se recurrirá a las fuentes normativas formales en donde se manifiesta como concepto. En este sentido las fuentes abordadas fueron clasificadas según su jerarquía normativa y el grado de concreción conceptual que poseen, y abordadas cronológicamente.

Así las cosas, vale la pena retomar el texto constitucional de donde emana el principio susodicho, siendo este el artículo 48 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Este acto legislativo fue, como se enunció, una iniciativa gubernamental en respuesta a las constantes negativas de la Corte Constitucional de admitir las reformas a los regímenes especiales de pensiones por considerarlas contrarias a la Constitución. Ejemplo de esto son las sentencias C-1056/03 y C-754/04, que entre otras providencias evidenciaban que la limitación de los derechos

inherentes a la seguridad social era contraria a la Carta, en tanto que el legislador se extralimitaba en su libertad de regulación de los regímenes pensionales desconociendo los derechos adquiridos. Como solución jurídica a la crisis económica que vivía el Sistema General de Seguridad Social colombiano, se propuso ante el Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo N°127 del 2004 que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional.

Para el tema que nos aborda es menester señalar que el artículo 48 de la Carta determina que:

ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

[...]El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la Ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la Ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas (Const.,1991, art.48).

Es evidente que, tratándose de un texto constitucional, no haya una definición concreta de lo que se entiende por sostenibilidad financiera, sin embargo, no deja de ser curioso que siendo de un acto legislativo tan plétórico de artículos y de incisos de larga extensión el legislador no se haya molestado en hacer siquiera alguna alusión efímera de lo que entiende por sostenibilidad financiera.

Es por eso que con el ánimo de brindar concreción conceptual al respecto es necesario remitirse a las interpretaciones que a propósito ha hecho la Corte Constitucional en sus distintas providencias abordándolas por orden cronológico.

En primera instancia, en la sentencia C-111 del 2006 la Corte advierte que la Constitución Política le atribuyó al legislador un amplio margen de configuración para regular lo referente a la seguridad social. Amplitud que tiene su fundamento en los artículos 48 y 365 de la carta, que establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin acotar su desarrollo a una estructura unívoca o preestablecida. De forma tal que el legislador, en virtud de la libertad de configuración, está en capacidad de diseñar el sistema de seguridad social mediante distintos modelos; y el hecho de optar por uno diferente al que usualmente se había empleado, no implica *per se* su inconstitucionalidad (Corte Constitucional, C-111,2006).

En este orden de ideas, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas, a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces.

Se destacan dentro de ese catálogo de reglas generales a las que debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otras, las siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera (Corte Constitucional, C-111,2006).

Valga destacar que, a pesar de que en la redacción del artículo 48 constitucional se haga una referencia al sistema pensional cuando se introduce el concepto de sostenibilidad financiera, es claro que en la sentencia C-111 del 2006 la Corte constitucional le atribuye el carácter de principio regulador de todo el Sistema de Seguridad Social. Con lo cual extiende sus alcances no solamente al sistema pensional, sino a los demás subsistemas que se desprenden de la seguridad social. Bajo esa lógica, la definición de la sostenibilidad financiera como principio constitucional no puede atenerse a una interpretación exclusivamente exegética del artículo 48 constitucional, sino que debe realizarse conforme a los criterios sistemático y teleológico de la norma, pues bien, la Corte Constitucional en su papel de intérprete legítimo de la constitución le atribuyó la condición de principio general de la seguridad social.

Esta condición de principio regulador de la seguridad social, en aspectos que sobrepasan el espectro exclusivamente pensional, se ve reiterada en varios desarrollos normativos posteriores al Acto Legislativo 01 de 2005. Tanto así que, en la Ley 1438 de 2011 se estableció que las regulaciones referentes a la unificación del plan de beneficios, la universalidad del aseguramiento, y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país deberían estar ceñidas a un marco de sostenibilidad financiera:

ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. Esta ley tiene como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

Se incluyen disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, **en un marco de sostenibilidad financiera.** (negrilla fuera del texto) (Ley 1438, 2011).

En esta misma norma se destaca el papel de la sostenibilidad financiera como criterio orientador del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

ARTÍCULO 2o. ORIENTACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud. Para esto concurrirán acciones de salud pública, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y demás prestaciones que, en el marco de una estrategia de Atención Primaria en Salud, sean necesarias para promover de manera constante la salud de la población. Para lograr este propósito, se unificará el Plan de Beneficios para todos los residentes, se garantizará la universalidad del aseguramiento, la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país y se preservará la sostenibilidad financiera del Sistema, entre otros. (Ley 1438, 2011).

Y finamente se erige como principio del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

ARTÍCULO 3°. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Modifícase el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: "Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la Ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo (Ley 1438, 2011).

Asimismo, en la Ley 1751 de 2015 “Estatutaria de Salud” se estableció a la sostenibilidad financiera, tanto como una obligación del Estado colombiano (literal i, Artículo 5), como un principio del derecho fundamental a la salud (literal i, segundo inciso, artículo 6):

ARTÍCULO 5o. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

[...]

i) la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

[...]

ARTÍCULO 6o. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

[...]

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

[...]

Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

[...] (Ley 1751, 2015)

Así las cosas, y habiendo establecido la condición de principio constitucional regulador del Sistema General de Seguridad Social que reviste a la sostenibilidad financiera, es menester entonces proceder con su concesión conceptual dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Para ello, y a título de nota aclaratoria, resulta necesario reiterar que ante la carencia de una definición unificada de la sostenibilidad financiera como principio constitucional se hará uso de varias fuentes tanto normativas como doctrinales, entre las cuales destacan las sentencias de la Corte Constitucional. Frente a estas hay que precisar que, por la escasez y especificidad de su desarrollo -además del carácter rogatorio de muchas de sus providencias-, se implementará una interpretación de carácter sistemático. Teniendo en cuenta que, como ya se explicitó de forma denodada, la Corte Constitucional ha destacado el papel de principio del conjunto general de la seguridad social que reviste a la sostenibilidad financiera.

En ese sentido, y por la inexistencia de una mejor construcción conceptual del principio de sostenibilidad financiera, se debe destacar que muchas de las definiciones jurisprudenciales del principio de sostenibilidad financiera se han realizado en referencia al sistema pensional. Sin embargo, su interpretación sistemática como principio regulador de la seguridad social demanda extender su significado a los demás subsistemas. Aunado a ello, resulta imprescindible destacar que una postura contraria a esta interpretación sistemática resultaría a todas luces incoherente, pues bien implicaría sostener que los principios de la seguridad social (verbigracia: la solidaridad, la universalidad, la eficiencia, etc.) cobrarían una connotación distinta cuando se aplicaran a los distintos subsistemas; con lo cual, la un principio como la solidaridad revestiría características diferentes cuando se abordasen los sistemas de riesgos laborales, pensionales o de salud. Ciertamente este no es este el caso.

Dicho esto, la primigenia aproximación a una definición del principio de sostenibilidad financiera la brinda la Corte Constitucional en la Sentencia C-111 de 2006. En donde se concreta como aquel “mediante el cual se exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen

pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones.” (Corte Constitucional, C-111,2006). Aquí se advierte que el principio de sostenibilidad financiera, en términos normativo-conceptuales, se define como una suerte de límite a las libertades de regulación existentes en cabeza del legislador, trazando como lineamiento fundamental la preservación del equilibrio financiero dentro del sistema de seguridad social.

Esto se evidencia de igual manera en la sentencia C-530 del 2007 en donde la Corte ha recordado que el principio de eficiencia consiste en “lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social” (Corte Constitucional, C-530,2007). Además, reitera que el principio de sostenibilidad financiera “exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones” (Corte Constitucional, C-530,2007).

Para lograr entender lo que para este alto tribunal significa el equilibrio económico del sistema resulta pertinente remitirse a la sentencia T-138 de 2010. En donde se pone de manifiesto que una razón fundamental para que el derecho a la seguridad social, y en especial a la pensión de vejez, sea de carácter obligatorio es la atinente a la sostenibilidad financiera del sistema, ya que, permitiéndose la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico y financiero del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes y unos requisitos de edad mínimos, para que, en promedio, sea posible pagar pensiones sin imponer una carga excesiva sobre el sistema poniendo en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de contribuyentes (Corte Constitucional, T-138, 2010).

Verificando lo previamente expuesto la sentencia SU-555 DE 2014 advirtió que:

Como se indicó en la sentencia C-258 de 2013, para la fecha de promulgación del Acto Legislativo 1 de 2005, “Colombia tenía el cuarto pasivo pensional más alto del mundo con un 170 % del Producto Interno Bruto (PIB) con un nivel de cobertura muy bajo que correspondía al 23% de las personas mayores de 60 años.” (Corte Constitucional, SU-555,2014)

En esta providencia el alto tribunal define a la garantía de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones como un requisito básico del funcionamiento del sistema general de pensiones, es decir, las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de ese Acto Legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. En concordancia con lo anterior, se imprimen cambios sustanciales como la prohibición de las negociaciones colectivas en términos pensionales, aunada a la prohibición de devengar más de 13 mesadas pensionales al año, y a la que impide devengar más de 25 SMMLV por concepto de la pensión (Corte Constitucional, SU-555,2014).

Ese mismo año, en la sentencia C-313 de 2014 -que conceptuaba sobre la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud- la Corte destacó que la finalidad de la sostenibilidad financiera del sistema de salud requiere “disponer de un flujo permanente de recursos que le permita su mantenimiento para la oportuna y adecuada prestación” (Corte Constitucional, C-313, 2014). Con el fin de garantizar la viabilidad del sistema y su permanencia en el tiempo.

En esta providencia el tribunal destaca a la sostenibilidad financiera como una condición que posibilita el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio, garantizando la continuidad y permanente disponibilidad de recursos. Siempre que “una dificultad en la disponibilidad de recursos, contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo, para más personas” (Corte Constitucional, C-313, 2014).

Asimismo, destaca la Corte en esta sentencia una de las distinciones principales entre la sostenibilidad financiera, como principio constitucional de la seguridad social, y la sostenibilidad fiscal. En el entendido de que esta última no debe ser entendida como un principio constitucional, sino como un criterio ordenador, el cual “no es un fin constitucional en sí mismo considerado, sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho” (Corte Constitucional, C-313, 2014). Así entonces, el tribunal constitucional, a pesar de lo que se lee en el texto literal de la Ley 1751 de 2015, determina que el estatus jurídico de la sostenibilidad fiscal no es el de un principio sino el de un criterio ordenador.

Con ello, la situación de la sostenibilidad fiscal varía en el contexto del artículo 6, pues, pierde la fuerza propia de los principios. El papel de la sostenibilidad fiscal como herramienta y no como fin en sí misma, permite observar que se trata de un elemento reconocido por el constituyente con miras a evaluar políticas públicas, en este caso, en materia del derecho fundamental a la salud (Corte Constitucional, C-313, 2014).

Esta distinción resulta relevante para determinar que lo que en este texto se analiza son las implicaciones teóricas y sistemáticas que implica la existencia de la sostenibilidad financiera como principio regulador de la seguridad social. Soslayando de forma intencionada las discusiones en lo relativo a la sostenibilidad fiscal como criterio orientador del gasto en el Estado. No sin advertir que, a pesar de sus diferencias en lo que a estatus jurídico respecta, ambos conceptos se esgrimen como un límite de carácter presupuestal a la función estatal.

Posteriormente la Corte Constitucional advirtió que el principio de sostenibilidad financiera aludía a una especie de correlación entre la contribución al sistema y la posterior mesada que de él se devenga. Quiere decir esto que los insumos del sistema, individualmente considerados, deben ser equivalentes a los productos que dimana:

La sostenibilidad financiera a la que se refiere el artículo 48 de la Constitución se materializa, fundamentalmente, con la aplicación de las reglas que establece la misma disposición, en particular las relativas a la obligación de realizar aportes, la correspondencia entre la contribución al sistema y la liquidación de la mesada, el establecimiento de topes pensionales, y la prohibición de establecer regímenes especiales” (Corte Constitucional, C-110,2019).

En la misma providencia, reitera el alto tribunal la concepción del principio de sostenibilidad fiscal a la manera de un límite o barrera de la libertad normativa del legislador. Sin embargo, en este punto, utilizando una interpretación proveniente del Ministerio de Hacienda, introduce quizá una de las nociones más significativas del concepto: la aversión al déficit:

Que el sistema sea financieramente viable de acuerdo con la capacidad económica del país, es decir que toda modificación normativa pensional debe contar con una fuente de recursos que permita su financiamiento, pues de lo contrario al reconocerse prestaciones indebidamente financiadas puede generarse un escenario de déficit en el cual no existan recursos suficientes para atender las obligaciones pensionales ya adquiridas,

situación que vulneraría la propia Carta Política que establece que las pensiones reconocidas conforme a derecho no podrán dejar de pagarse, congelarse o reducirse” (Corte Constitucional, C-110,2019).

Su conceptualización con respecto a la institución del principio de sostenibilidad financiera en la forma de la aversión al déficit proviene de una larga cadena de instrumentos normativos, de los cuales quizá el más significativo sea el Tratado de Maastricht de la Unión Europea, que le brindaba posibilidades de intervención al Consejo Europeo en el caso de encontrar que un Estado miembro se encontrase en una situación de déficit excesivo (Unión Europea, 1992).

Esta procura por abolir el déficit, que se encuentra especialmente en discusiones sobre los sistemas de seguridad social, que no en los modelos de educación pública o seguridad ciudadana, surge de la idea de construir sistemas de naturaleza contributiva, en los que, como se advirtió anteriormente, el insumo (las contribuciones) tenga una correlación con el resultado esperado: las mesadas o los servicios de salud. Denominando desajustadas, o cuando menos inconvenientes, las situaciones en las cuales a causa de una situación deficitaria el Estado tiene que invertir dinero del erario público para el sostenimiento de un sistema contributivo.

Con el ánimo de buscar mayor concreción del concepto resulta pertinente la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo, en donde se explican las razones que justificaban la necesidad de emprender una reforma constitucional de este calado. En ella se advierte que el principal objetivo de la reforma de 2005 fue el de homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales para lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema (Corte Constitucional, SU-555,2014). De igual forma en esta exposición de motivos es posible evidenciar que las razones que motivan la introducción de este nuevo principio rector del Sistema de Seguridad Social son las previamente expuestas, como se manifiesto expresamente:

Estimamos necesario incluir el principio de sostenibilidad financiera en el proyecto de acto legislativo, teniendo en cuenta que la Constitución Política no establece expresamente ningún principio que imponga asegurar el equilibrio económico del sistema. Esto último puede entonces conducir a que hacia el futuro se adopten decisiones que no lo tengan en cuenta, lo cual a la postre pone en peligro el sistema mismo, la posibilidad de asegurar los derechos de los afiliados y la estabilidad financiera de la Nación, al tiempo que impide a las futuras generaciones a acceder al beneficio pensional.

[...]Este criterio vincula a todas las autoridades públicas, tanto al Congreso al expedir las leyes, como al Gobierno al reglamentarlas y a los jueces al examinar la constitucionalidad de las leyes o expedir las sentencias sobre este tema.<sup>22</sup>

En lo que respecta al desarrollo legal del principio, vale la pena instar que éste no es mucho más rico que lo que se expresó en términos constitucionales ni jurisprudenciales, existiendo pocos referentes del mismo, entre los que destacan un numeral del artículo 3 de la Ley 1438 del 2011, que a la letra determina:

ARTÍCULO 3°. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Modificase el artículo

---

<sup>22</sup> Exposición de motivos del Acto Legislativo N°127 del 2004 Cámara.

153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: "Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la Ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo (Ley 1438, 2011).

Y dos alusiones en la Ley Estatutaria de Salud:

ARTÍCULO 5o. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

[...]

i) la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

[...]

ARTÍCULO 6o. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

[...]

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

[...]

Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

[...] (Ley 1751, 2015).

De esta construcción normativa destaca la característica del principio como garantía regulatoria para la financiación del sistema de salud y el ejercicio de los derechos que de él se desprenden, a modo de aseguramiento de la existencia de recursos necesarios para la prestación y goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Esta concepción no solo coincide con lo conceptualizado por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014, sino que armoniza con la definición propuesta por el Grupo de Economía de la Salud que define a la sostenibilidad financiera como el

Equilibrio en el tiempo entre los recursos y las necesidades de la población o los objetivos del sistema de salud, de tal forma que el gasto esperado en el futuro guarde correspondencia con los ingresos disponibles de las próximas generaciones (Grupo de Economía de la Salud, 2017)

Estas conceptualizaciones del principio de sostenibilidad financiera, si bien comparten la idea de que se instituye como una garantía de la existencia de recursos para la prestación positiva de los servicios de salud, relacionada con las implicaciones de la faceta positiva del derecho: su costo (Corte Constitucional, C-313, 2014). También comparten la idea de que la existencia de recursos se erige como un límite ineluctable para el ejercicio del derecho a la salud, y lo demás derechos relacionados con los servicios que presta el sistema de salud. Y se reputa necesaria la existencia de una correspondencia entre el gasto y los recursos del sistema.

Una vez realizado el análisis normativo y conceptual, es posible esgrimir que en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de sostenibilidad financiera está compuesto por cinco elementos principales, el primero, un elemento restrictivo, que acota la libertad de la regulación en el tema,

en cabeza del legislador y las demás autoridades que estén facultadas a producir normas al respecto, ya sean el ejecutivo o el juez. El segundo, un elemento de carácter compensatorio en el que se pretende que las contribuciones, individualmente consideradas, realizadas por los individuos al sistema guarden una correlación con los resultados que de él esperan obtener. El tercero siendo este un criterio de carácter jurídico-económico, impone el lineamiento del equilibrio económico del sistema como derrotero para trazar las normativas que lo regulen, además, indica la imperiosa necesidad jurídica de preservar este equilibrio, en tanto que, si el denodado orden del sistema llegase a ser alterado, esto supondría la imposibilidad manifiesta, dada la escasez de los recursos, de garantizar todos los derechos inherentes al Sistema General de Seguridad Social para todos los ciudadanos que los reclaman en tiempos actuales y que lo harán a futuro. El cuarto elemento, quizá el más significativo de los enunciados es el elemento de la aversión al déficit, centrado principalmente en la desavenencia con la idea de utilizar los fondos del Estado para la financiación y sostenimiento de los sistemas de seguridad social; que en el marco del modelo neoliberal del Estado deberían estar financiados con dineros provenientes de las cotizaciones individuales de sus afiliados. Y el quinto elemento, que hace referencia a la institución del principio como una garantía de existencia de recursos para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, y los demás conexos con la prestación de los servicios que se desprenden del sistema de salud.

Como se advirtió con antelación, resulta cuando menos curioso que exista una apatía tan determinante al déficit en el marco de los sistemas de seguridad social, pues bien, esta suerte de razonamientos no se evidencia cuando se trata del sistema público de educación, de manejo de emergencias o de seguridad nacional y ciudadana. Esto es porque la institución del modelo neoliberal en las prácticas de estos sistemas implantó las lógicas de mercado dentro de los mismos, bajo la expectativa racional de quitarle un peso presupuestal de encima al Estado, muy en la lógica de desarticulación estatal y de creación artificiosa de mercados advertida en el acápite anterior.

En ese sentido la institución de sistemas contributivos de sostenimiento de los riesgos cubiertos por la seguridad social brindaría la expectativa racional de no tener que destinar recursos públicos a el cubrimiento de estos riesgos. Y cuando acaecen situaciones deficitarias, en las que el sistema consume más recursos de los que recolecta por vía de la contribución, ciertamente se traicionan estas expectativas racionales. Estas son las razones que fundamentan la institución de principios constitucionales como el de sostenibilidad financiera que actúen a la manera de camisas de fuerza del legislador, acotando su libertad de configuración normativa a las restricciones presupuestales.

Esta posición coincide en buena manera con los planteamientos de Robert Nozick en lo que al sistema de salud corresponde. Pues bien su crítica general ataca la pretensión de utilizar, por vía de la coacción estatal, recursos, pertenencias, y si se quiere horas de trabajo de unas personas para cubrir las necesidades de otras. Incluso cuando se trata de necesidades médicas. En este sentido resulta muy ilustrativa la crítica que le propina a la propuesta de Bernard Williams resumida a continuación:

Dejando aparte la medicina preventiva, el fundamento apropiado de la distribución de la atención médica es la mala salud: ésta es una verdad necesaria. Ahora bien, en muchísimas sociedades, mientras que la mala salud funciona como condición necesaria para recibir tratamiento, no funciona como condición suficiente, puesto que estos tratamientos cuestan dinero, y no todos los que están enfermos tienen el dinero; de ahí que

la posesión de dinero suficiente se convierte, de hecho, en condición necesaria adicional para, efectivamente, recibir el tratamiento. Cuando tenemos la situación en la que, por ejemplo, la riqueza es otra condición necesaria para recibir el tratamiento médico, podemos aplicar una vez más las nociones de igualdad y desigualdad: ahora no en conexión con la desigualdad entre el sano y el enfermo, sino en conexión con la desigualdad entre los enfermos ricos y los enfermos pobres, puesto que claramente tenemos la situación en la cual aquellos cuyas necesidades son las mismas no reciben el mismo tratamiento aunque las necesidades sean la base del tratamiento. Este es un estado de cosas irracional... es una situación en la cual las razones son insuficientemente operativas; es una situación insuficientemente controlada por razones —y, por ende, por la razón misma—. (Williams, 1962, pág. 121).

Para Nozick el caso de la salud no es nada diferente a lo que ocurre en cualquier otro aspecto de la vida, por lo cual tampoco sustentaría la pretensión de utilizar los recursos de un individuo para suplir las necesidades de otro. Pues ello lo considera abiertamente violatorio de sus derechos; y por ende inmoral. Así lo demuestra cuando señala:

Quando quitamos la cáscara del argumento de Williams, a lo que llegamos es a la afirmación de que la sociedad (esto es, cada uno de nosotros actuando juntos de manera organizada) debería subvenir a las necesidades importantes de todos sus miembros. Como otros, Williams sólo considera las cuestiones de repartición; desdeña la cuestión de saber de dónde vienen las cosas o acciones que van a ser repartidas o distribuidas. Consecuentemente, Williams no considera si vienen ya unidas a las personas que tienen derechos sobre ellas (seguramente el caso de actividades de servicios, las cuales son acciones de las personas), personas que, por tanto, pueden decidir por sí mismas a quién darán las cosas y sobre qué bases (Nozick, 1974, pág. 230)

En ello Nozick coincide con lo que se plantea en el principio de sostenibilidad financiera, especialmente en lo que atañe a la aversión al déficit, pues bien al existir un déficit con la necesidad de ser cubierto con recursos públicos, no se puede dejar de tener en cuenta que estos son, aunque suene tautológico, recursos de Estado; en otras palabras, recursos que el Estado extrajo de su ciudadanía para cubrir las necesidades de personas que no las retribuyeron de manera suficiente con el pago de sus contribuciones. Recursos que, de no existir la situación deficitaria en el sistema, podrían ser gastados de forma libre por personas en posición de decidir por sí mismas a quiénes se los dan y sobre qué bases.

Sin embargo, probablemente la coincidencia más trascendental de lo planteado por Nozick y lo contemplado dentro del principio de sostenibilidad financiera provenga de su crítica a el segundo principio de justicia de John Rawls.

Para dar un poco de contexto, la teoría de justicia de Rawls establece dos principios de justicia: el principio de igual libertad, según el cual toda persona tiene igual derecho a un amplio esquema de libertades fundamentales que sea compatible con un esquema similar de libertades para otros; y el principio de diferencia, según el cual las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: la de servir para el beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad; y la de estar asociadas con cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de igualdad y oportunidad. (Rawls, 1971).

No es el propósito del presente texto discurrir el dilecto procedimiento racional que utiliza Rawls para arribar a estas conclusiones, ni mucho menos realizar una comparación filosófica de cuál de las dos teorías (Nozick o Rawls) contiene mayores o mejores proposiciones lógicas. Lo que concierne al presente texto es presentar los argumentos que brinda Nozick en contra de Rawls para decantar su posición con respecto a la institución de un principio como el de la sostenibilidad financiera.

Así las cosas, Nozick analiza de forma crítica los principios de justicia de Rawls y advierte que ambos principios, especialmente el de la diferencia, concluyen que dado que el bienestar de todos los miembros de una sociedad, individualmente considerados, depende de la cooperación social, esta debería estructurarse de una forma tal que sea suficientemente seductiva para incitar a todos a que voluntariamente cooperen en ella. Haciendo énfasis en los que peor situados resulten en el reparto de los productos del intercambio social, pues ellos serían quienes menos incentivos tendrían para embarcarse en la cooperación:

La idea intuitiva es que, puesto que el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría tener una vida satisfactoria, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados (Nozick, 1974, pág. 189)

Para Nozick el segundo principio de Rawls (diferencia) sostiene que la estructura de normas de la sociedad deba estar dispuesta de forma tal que el grupo en peor condición dentro de la estructura mejoraría, cuando menos lo que mejoraría con otra estructura. Sin embargo, al analizar críticamente esta tesis, esto es extremando sus premisas hasta las últimas consecuencias, advierte Nozick que su conclusión final termina defendiendo el enunciado de que “en una situación particular alguien tenga menos para que otros puedan prosperar” (Nozick, 1974, pág. 191).

Al respecto Nozick eleva unos cuestionamientos de carácter hipotético, pero tendientes a cuestionar el enunciado susodicho:

¿Es la causa de mi estado actual el que usted no se convierta en mi esclavo? Puesto que al esclavizarse usted a una persona más pobre mejoraría su porción empeorando la suya, ¿debemos decir que la persona pobre está mal porque usted está tan bien como está? ¿Tiene ella menos para que usted pueda prosperar? (Nozick, 1974, pág. 191).

Frente a estos interrogantes esgrime Nozick que evidentemente el principio de diferencia no es neutral entre mejor y peor dotados. Retomando su premisa anterior -esta es que: el grupo en peor condición dentro de la estructura mejoraría, cuando menos lo que mejoraría con otra estructura- señala que cualquier individuo, especialmente los peor dotados en una sociedad, debería comparar su estado de cosas en una sociedad determinada de cooperación general, no con un estado de “no cooperación” absoluto, sino más bien con un estado de cooperación más limitada. Contemplando la posibilidad real de que la cooperación total no pudiera darse.

En este estadio de cooperación más limitada, en el que no todos cooperan con todos, sino solamente con algunos, puede resultar más lógico que quienes se encuentren mejor dotados, habida cuenta de su condición, tiendan a cooperar con otros en su misma o similar condición (Nozick, 1974, pág. 192). Y el proceso análogo se dará con quienes se encuentran peor dotados. Para que la cooperación general pueda sustentarse el beneficio de los peor dotados debería ser mayor en un

estadio de cooperación general, al que obtienen en un estadio de cooperación más limitada. No resulta muy difícil para el autor establecer que, si quienes están mejor dotados lo están en atención a su mayor capacidad productiva, condiciones naturales o algún otro factor que los beneficie en la repartición de los frutos del intercambio social; evidentemente el estadio de cooperación general resultará más atractivo para los peor dotados que el estadio de cooperación más limitada (Nozick, 1974, pág. 192). Hasta aquí en coherencia con lo que esgrime Rawls.

No obstante, bajo esta misma lógica, para Nozick no es igual de claro que quienes se encuentren mejor dotados encontrarían igual de atractivo el estadio de cooperación social general en comparación con el de cooperación más limitada. En este sentido señala:

*No quiero implicar que los mejor dotados deben recibir aún más de lo que ya reciben en el sistema retributivo de cooperación social general. Lo que sigue en realidad de la conclusión es una profunda desconfianza de imponer, en nombre de la imparcialidad, restricciones a la cooperación social voluntaria (y al conjunto de pertenencias que surgen de ella), de manera que los que ya se benefician más de esta cooperación general se beneficien aún más (Nozick, 1974, pág. 193).*

El principal argumento de Nozick en contra del principio de diferencia de Rawls es que, a pesar de proceder supuestamente de un proceso racional basado en la imparcialidad, este principio no parece ni imparcial ni neutral en su consideración de lo que Rawls denomina como los “mejor dotados”. Pues bien, estos individuos, al ser considerados bajo el mismo derrotero con el que se considera a los “peor dotados” (categorías de Rawls) no obtienen para sí las mismas condescendencias:

Rawls habría querido que imagináramos que las personas peor dotadas dijeran algo como lo siguiente: "Miren, mejor dotados: ustedes ganan cooperando con nosotros. Si quieren nuestra cooperación, tendrán que aceptar condiciones razonables. Sugerimos estas condiciones: cooperaremos con ustedes si nosotros obtenemos *tanto como sea posible*. Esto es, las condiciones de la cooperación deben darnos esa máxima porción de manera que, si se tratara de darnos más, terminaríamos con menos." Podría verse cuán generosas son estas condiciones propuestas si imaginamos que los mejor dotados hicieran una contrapropuesta casi simétrica: "Miren, peor dotados: ustedes ganan al cooperar con *nosotros*. Si ustedes quieren nuestra cooperación, tendrán que aceptar condiciones razonables. Proponemos éstas: cooperaremos con ustedes mientras *nosotros* obtengamos tanto como sea posible. Esto es, los términos de nuestra cooperación deben darnos la máxima porción, de manera que, si se tratara de darnos más, terminaríamos con menos." Si estos términos parecen escandalosos, como lo son, ¿por qué no lo parecen las condiciones propuestas por los peor dotados? ¿Por qué no deben los mejor dotados tratar esta última propuesta como digna de consideración, suponiendo que alguien tuviera el descaro de formularla explícitamente? (Nozick, 1974, pág. 194)

En términos de Nozick la clasificación que hace Rawls entre mejores y peores dotados solo tiene fundamento para justificar las consideraciones estipuladas en su teoría, es decir su única manifestación práctica parece ser la de servir de sustento al principio de diferencia, y por lo tanto parece arbitraria. A diferencia de lo dispuesto por Rawls, Nozick señala que su teoría retributiva no se sustenta en ninguna premisa de clasificación, ni siquiera sostiene que esta sea posible, tampoco se basa en ningún presupuesto elitista:

El teórico retributivo no acepta el principio pautado "a cada quien según sus dones naturales", puede fácilmente conceder que lo que el ejercicio de un don trae al mercado depende de los dones de los otros y de cómo deciden ejercerlos, de los deseos expresados en términos de mercado de los compradores, del distinto abastecimiento de lo que él ofrece y de cómo otros pueden sustituir lo que él ofrece, y de otras circunstancias que suman las miríadas de decisiones y acciones de otros (Nozick, 1974, pág. 193).

En definitiva, Nozick concluye que el principio de diferencia considerado por Rawls en última instancia implica disponer de los bienes y pertenencias de algunos para sustentar las necesidades de otros, sin considerar la forma en la que estas pertenencias fueron adquiridas y sin atender a su derecho de disponer de ellas en la forma en la que mejor les plazca. Esto reputa para el autor una flagrante e injustificada violación de los derechos de los individuos y como tal ha de ser tenida por inmoral.

En sus propios términos:

Rawls no ha mostrado que el más favorecido A no tenga fundamento para quejarse al requerírsele tener menos para que otro B pueda tener más de lo que de otra manera tendría. Y Rawls no puede mostrar esto, puesto que A si tiene fundamentos para quejarse. ¿O no? (Nozick, 1974, pág. 196)

Ya hasta este punto el lector habrá dado cuenta por sus propios medios de las similitudes evidentes que existen entre los propósitos que se persiguen con la instauración de un principio constitucional como el de sostenibilidad financiera y las posturas de Robert Nozick sustentadas en los argumentos aquí expuestos. Sin embargo, permítaseme por pundonor señalar algunas obviedades:

Como se relató, puede decirse que la quintaesencia del desarrollo conceptual del principio de sostenibilidad financiera recae en su constitución como imperativo de aversión al déficit. Ello producto de un proceso histórico en el cual los Estados modernos, especialmente el Estado colombiano, adoptaron de manera paulatina un modelo de Estado neoliberal que propende por la aminoración de la entidad estatal, materializada en su progresiva retirada de las actividades que otrora desempeñaba. Proseguida por la creación, incluso artificiosa, de mercados en los sectores en donde antes no existían, como es el caso de la salud.

Este imperativo se instituye en atención a que la constitución de un sistema mercantilizado de la seguridad social, no solo demanda la retirada del Estado en la prestación de sus servicios, sino que pretende la extinción de su responsabilidad como gestor y garante, asignándole funciones de mera regulación y vigilancia. Al desprenderse de su función como prestador del servicio se libera igualmente su responsabilidad de sostenimiento presupuestal de los sistemas y la forma normativa de garantizar esta situación es constituyendo principios reguladores, que operan como un límite a los creadores de normas. Para evitar que el presupuesto estatal tenga que suplir los faltantes “el déficit” entre los servicios prestados y aquellos efectivamente sufragados.

La asunción que se deriva de la institución de un principio de prevención del déficit es que el tamaño del Estado en términos generales debe reducirse, con la consecuente reducción de sus demandas presupuestarias en impuestos frente al conjunto de la sociedad. Ello implica una carga tributaria menor sobre los miembros de la sociedad, que como consecuencia de ello tendrán más capacidad de disponer libre y de forma volitiva de una mayor proporción de sus pertenencias o patrimonio; sin estar atados, o estándolo menos, a la obligación de entregar parte de sus bienes en la subvención de las necesidades de otros.

Al evidenciar que la crítica que plantea Nozick al principio de diferencia de Rawls estriba en la inmoralidad de disponer de los bienes de unos, incluso con base en un argumento de imparcialidad, para solventar las necesidades de otros. Pues bien, en coherencia con su construcción teórica, nadie más que el propio individuo tiene la capacidad moral de disponer de sus bienes. Es posible asegurar

que la estructuración de un principio de sostenibilidad financiera, entendido como un imperativo de aversión al déficit, en el sistema de seguridad social está plenamente justificado con los planteamientos y la teoría de la justicia de Robert Nozick; al igual que con el modelo de Estado neoliberal que se identifica con ella.

En contra de esta relación conceptual entre el principio de sostenibilidad financiera con las propuestas teóricas de Robert Nozick y el modelo de Estado Neoliberal puede esgrimirse como contraargumento que tanto la sostenibilidad financiera, como la sostenibilidad fiscal (la primera como principio y la segunda como criterio orientador) se erigen en el ordenamiento jurídico nacional como una forma de garantizar presupuestalmente el ejercicio de los derechos; pero bajo ningún motivo con el propósito de limitarlos. Pues su función sistémica consiste en procurar un equilibrio financiero que hagan que los sistemas, en este caso el de seguridad social, sean viables y sostenibles en el tiempo.

Esta postura es defendida por varios académicos que han desarrollado el tema, y constantemente estriba en señalar que: “el principio de sostenibilidad financiera guarda coherencia con el principio de progresividad, pues salvaguarda al sistema, ya que busca blindarlo contra crisis económicas y un eventual colapso financiero” (Jaramillo K. , 2014). Con ello en mente, la sostenibilidad consiste en una eficiente provisión de gastos y resulta “indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho” (Sánchez et al., 2012).

En concordancia con esta postura se han proferido varias providencias constitucionales que estriban en argumentos similares, señalando que la sostenibilidad “no es un fin constitucional en sí mismo considerado, sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho” (Corte Constitucional, C-313, 2014); que bajo ningún motivo puede prestarse para la negación de derechos, pues su único objetivo es el de garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo, dada la necesidad de un flujo permanente de recursos que le permitan su mantenimiento para la oportuna y adecuada prestación (Corte Constitucional, C-313, 2014).

Frente a esta postura se pueden postular varios argumentos. En primera instancia se puede estipular que la escasez de recursos es una constante general, no solo de los sistemas de seguridad social, sino de todos los asuntos de política pública. Incluso según Stiglitz “la escasez es un hecho cierto de la vida en todo el mundo” (1993). Con lo cual, el hecho de estipular la sostenibilidad financiera como principio constitucional, solo con el ánimo de procurar el flujo de recursos habida cuenta su escasez y volatilidad, no solo es innecesario, sino que redundante.

En segundo lugar, el límite presupuestario es un evidente coto a la capacidad de prestación de los servicios públicos y en cierto sentido a la garantía de los derechos que de ellos dependen. Sin embargo, cuando se trata otros servicios públicos como el sistema público de educación, de manejo de emergencias, de administración de justicia o la seguridad nacional y ciudadana; a pesar de existir las mismas restricciones, no se esgrime la sostenibilidad financiera como un principio regulador. El motivo de esto es que la seguridad social se instituyó como un sistema contributivo del que se presupone una relativa equivalencia entre lo aportado al sistema y los servicios que se

le reclaman. Expectativa racional que no existiría de no haberse establecido la contribución como requisito de pertenencia al sistema.

En tercer lugar, incluso si se tiene coincide con la concepción de que la sostenibilidad financiera no es un límite a la prestación de servicios, sino una garantía para que estos sean sostenibles en el tiempo; ello no contradice su asunción como principio de aversión al déficit. Asunción que permite establecer las conexiones lógicas con las posturas teoréticas de Robert Nozick y del Estado neoliberal. De modo que, al no contradecir la primera tampoco contradice las segundas.

En otras palabras, la pregunta fundamental con respecto a la declaración de la sostenibilidad financiera como principio alude a si el Estado deberá o no destinar recursos públicos -aquellos extraídos por medio de la tributación y otras herramientas del conjunto general de la sociedad- a la garantía del derecho a la salud y el funcionamiento del sistema, o si en cambio, deberá abstenerse de efectuar su rol de redistribuir recursos sociales en lo que respecta al sistema general de la seguridad social en salud, habida cuenta de su estructuración como un sistema contributivo, formulado para mantenerse de forma autónoma.

Es por ello que el modelo de sistema de salud que mejor se acopla, tanto con la teoría de la justicia de Robert Nozick, como con el estado Neoliberal y el principio de sostenibilidad financiera es el modelo de “seguro privado” (OECD, 1987, pág. 24) o el que en la tipología de Wendt, Frisina y Rothgang se denomina como modelo de “sistemas privados” en donde los actores privados con ánimo de lucro toman la responsabilidad de financiar, regular y prestar los servicios de salud (Wendt et al., 2009, pág. 81).

Ello, habida cuenta de que mientras la libertad individual y el mercado se garanticen, cada individuo debe responsabilizarse por sus propias acciones y bienestar, extendiendo este principio al ámbito de la salud (Harvey, 2007, pág. 65).

Así las cosas, en lo que respecta a la financiación del sistema de salud, todos los gastos referentes a los servicios y tecnologías de salud deben ser asumidos directamente por los consumidores a modo de gastos directos de bolsillo o por medio de el pago de una prima de seguro a compañías privadas (Lameire et al., 1999, pág. 6). En este punto se implementa de manera directa el principio de justicia de Nozick, pues cada persona es considerada individualmente en el sistema, y el acceso a los servicios de salud está mediado por su propia necesidad y voluntad. No existe un fondo común de seguridad social, con lo cual nadie sufraga con sus propios recursos las necesidades en salud de los demás.

Hay una correspondencia directa entre lo sufragado y lo efectivamente consumido en el sistema, de modo que, el principio de sostenibilidad financiera, en lo que respecta a su asunción de aversión al déficit, se implementa de forma completa. No existe financiación estatal de los servicios de salud, por lo que se implementa por completo la pretensión neoliberal de la sustracción del Estado y la coordinación de las relaciones sociales por medio del mercado.

La cobertura se limita solamente a ciertos grupos de población (Organización Mundial de la Salud, 2000, pág. 15), pues solo obtienen acceso a los servicios quienes tienen la capacidad económica de pagarlos, al igual que la voluntad personal de hacerlo. Pues no existe algo parecido a una

afiliación de carácter obligatorio. Por instar un ejemplo de esta situación, en Estados Unidos (uno de los pocos países, sino el único, que aplica este modelo) para 1999 el 15% de la población no tenía ninguna cobertura en salud (Lameire et al., 1999, pág. 7).

En este punto puede que el modelo encuentre mayor coherencia con las proposiciones teóricas de Robert Nozick. Ya que, al estar compuesta la sociedad de individuos libres y distintos, con una diferente priorización de necesidades y sin la existencia de un principio pautado que los compela a la colaboración social, nadie tiene por qué sufragar las necesidades de otros, cada uno valora su propia salud en un rango individual de prioridades y le asigna los recursos que a su buen saber y entender considera adecuados.

En lo que respecta a la provisión de servicios, esta es efectuada por actores privados, con ánimo de lucro, que son propietarios de los centros e instalaciones en donde los servicios de salud son prestados, o por profesionales de la salud independientes (Wendt et al., 2009, pág. 79).

Por último, en lo que atañe a la regulación, las relaciones entre las agencias de financiamiento, los proveedores de servicios y los beneficiarios están mediadas, en coherencia con el modelo de Estado neoliberal, por parte de los mecanismos de mercado (Wendt et al., 2009, pág. 80). La determinación de la cantidad de los servicios, el costo de los mismos, y los tiempos de espera para recibirlos está sometida al precio que se pague por ellos y a la conjunción de las leyes de oferta y demanda.

Habiendo estipulado entonces de forma pormenorizada las relaciones respectivas que existen entre las teorías de la justicia, los modelos de estado, los principios constitucionales y los tipos ideales de modelos de sistemas de salud analizados, procede ahora analizar la forma en la que todos esos factores se conjugan en un mismo aparato normativo y regulador, cuya función principal atañe a la prestación de servicios de salud, léase: el Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA TENSIÓN ENTRE LOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE ESTADO NEOLIBERAL EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COLOMBIANO.**

Hasta este punto se ha realizado un análisis pormenorizado del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, del cual se ha logrado concluir la existencia de una crisis sistémica. Igualmente, bajo el crisol de las teorías del “rational choice” -y del individualismo metodológico que estas suponen- se logró concluir que, si bien el sistema de salud no se compeadece con la premisa general de la garantía de los derechos, tampoco lo hace, y quizá menos, con las lógicas ortodoxas del libre mercado. Sin embargo, se arribó a la conclusión de que el sistema da muestras

contradictorias de acoger, intermitentemente y con referencia a distintos criterios, lógicas propias de ambos constructos conceptuales; sin decantarse de forma decidida por ninguno. Con lo cual, surgió la necesidad de implementar un análisis mucho más de fondo con respecto a las bases conceptuales de las instituciones que regulan el sistema, verbigracia: los principios constitucionales que lo rigen, con el ánimo de entender el origen de esta contradicción.

Así las cosas, se argumentó y demostró de forma suficiente la relación lógica existente entre la construcción normativa del principio de solidaridad con la teoría de justicia de Amartya Sen, enfocada en un reclamo de igualdad en términos de capacidades y funcionamientos, y el modelo del Estado Social de Derecho, emanado de las proposiciones teóricas de Herman Heller y centrado en la necesidad de garantizar un mínimo de condiciones sociales, manifestadas en derechos, por medio de la intervención estatal en la sociedad con miras a lograr un estado de igualdad social real -material- entre los miembros que la componen. Trazando de esta forma una relación de identidad entre los fundamentos de estos modelos y el principio constitucional de solidaridad, al igual que con el modelo beveridgeano o de sistemas estatales de salud.

Igualmente se ha sustentado de forma suficiente la relación lógica existente entre la institución del principio de sostenibilidad financiera con el modelo de Estado neoliberal, que coincide en sus fundamentos con la teoría del Estado mínimo propuesta por Robert Nozick y de la que deviene una teoría de justicia retributiva; basada en principios de justicia centrados en las pertenencias y en la propiedad privada. Que demandan un aminoramiento del ente estatal y una retirada de su intervención en la sociedad, acotándolo a su mínima expresión en la garantía de la justicia y la seguridad de los miembros de una sociedad. Con el arribo al consecuente modelo de sistemas privados de salud.

En términos generales, lo que aquí se ha planteado es una discusión de fondo en lo que respecta al interrogante sobre la justicia en salud. Frente a la evidencia de un deficiente funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, entendida en su incapacidad manifiesta de resolver y atender las demandas sociales que se le presentan, se planteó un modelo de análisis centrado en los principios constitucionales que lo fundamentan y las ideas y conceptos que se derivan de ellos. Sin embargo, antes de proseguir con el análisis es menester efectuar unas breves reflexiones con respecto a la naturaleza misma de esta empresa intelectual y de su relevancia académica.

### **Importancia e implicaciones de la pregunta sobre la relevancia moral de la salud.**

Como lo que se pretende comparar acá son estructuras de pensamiento que fundamentan el funcionamiento del sistema de salud, la discusión se ha llevado proposiciones más profundas y de base, que versan sobre el papel mismo del Estado frente a la sociedad. Sobre la forma en la que han de constituirse las normas o instituciones que regulan el comportamiento humano y las teorías de la justicia que las preceden y justifican. En este sentido, lo que se ha hecho en el presente texto

es elevar el análisis del sistema de salud a una discusión de carácter moral acerca del concepto mismo de lo justo.

De manera que, la pregunta fundamental que antecede a la discusión propuesta estriba en entender ¿por qué es relevante una teorización sobre la justicia en las discusiones relativas a la salud?; en palabras de Norman Daniels “¿cuál es la relevancia moral de la salud?” (2008, pág. 6).

La relevancia de este interrogante no solo atañe al hecho fundamental de que siendo las instituciones un conjunto de reglas que determinan el comportamiento humano, actúan con base en un criterio particular de lo que se considera adecuado o justo. Sino al hecho fundamental de que la salud, como fenómeno social, además de ser esencial para el bienestar individual, la calidad de vida y la habilidad de participar en sociedad; tiene implicaciones directas sobre todos los aspectos de la sociedad (Benfer, 2015, pág. 275).

la salud es un fenómeno social de una importancia tan cardinal que su pauperismo dentro de cualquier grupo poblacional tiene afectaciones en todos los demás (Benfer, 2015, pág. 277). Cuando un grupo poblacional determinado, en atención a distintos fenómenos, tiene un pobre desempeño en sus resultados en salud, se gestan una variedad de fenómenos indeseables: “más altas tasas de criminalidad, impactos económicos, un descenso en el valor de la vivienda, un incremento en los costos de salud, y otras consecuencias devastadoras” (Benfer, 2015, pág. 277).

Asimismo, la salud como fenómeno social está afectada por varios determinantes. Estos determinantes aluden a “las condiciones en las que las personas nacen crecen, trabajan, viven, y envejecen, y un más amplio conjunto de fuerzas y sistemas que forman las condiciones de la vida diaria” (Benfer, 2015, pág. 278). La evidencia científica ha probado que “en gran medida las condiciones económicas, societales, culturales, medioambientales, y sociales determinan la salud general de un individuo” (Benfer, 2015, pág. 306). Sin embargo, al ser un fenómeno social complejo, la salud guarda una relación de causación recíproca con varios de estos determinantes, por instar un ejemplo, es bien sabido que la pobreza se establece como un determinante social de la salud, sin embargo, es paradójico evidenciar que raramente se pueden superar las desventajas sociales que causan la pobreza sin gozar de una buena salud (Benfer, 2015, pág. 278).

En ese orden de ideas, a la pregunta acerca de la relevancia moral de la salud se puede contestar haciendo alusión a los efectos significativos que como fenómeno social genera. Por lo que, el tratamiento apropiado de las necesidades en salud tiene un efecto catalizador frente a otras variables sociales como la pobreza, el crecimiento económico, etc. Del efecto tan particular que tiene la salud en el bienestar individual se deriva un tratamiento diferenciado en términos de juicios morales; de ahí que muchas personas, que asumen una actitud condescendiente cuando confrontadas con inequidades en asuntos como la riqueza o el poder, tiendan a indignarse en situaciones en las que se niega la atención en salud a los enfermos, únicamente por su falta de capacidad económica (Daniels, 2008, pág. 18).

Para entender la relevancia del interrogante acerca de la moralidad de la salud, valga la cuestionarse hasta qué punto resulta socialmente tolerable que los servicios de salud puedan o deban ser vistos como cualquier mercancía. En otras palabras, cuestionarse hasta qué punto es admisible que las inequidades en el acceso a los servicios de salud varíen con respecto al mismo

criterio que varían las demás inequidades económicas que socialmente toleramos (Daniels, 2008, pág. 16)

Para responder estas preguntas resulta Norman Daniels desarrolla un silogismo en tres etapas. En primera instancia, esgrime que todos los individuos tienen derecho a la satisfacción de un tipo particular de necesidades, léase aquellas fundamentales para el funcionamiento normal de la especie<sup>23</sup> (Daniels, 2008, pág. 34). En segunda instancia, refiere la existencia de un amplio acuerdo social frente a la necesidad de subsanar este tipo de necesidades, debido a que las personas tienen un interés fundamental en mantener un rango normal de oportunidades (Daniels, 2008, pág. 36). Luego, define las necesidades en salud como: “aquellas cosas que se requieren para mantener, restaurar, o proveer equivalencias funcionales (cuando sea posible) con el funcionamiento normal de la especie humana (con las referencias apropiadas de género y edad)” (Daniels, 2008, pág. 43). Con lo que concluye señalando que, tratándose de las necesidades en salud, les asiste a los individuos un derecho general a su satisfacción, en atención a su cualidad de condicionar el funcionamiento normal y las oportunidades de las personas en una sociedad.

Así pues, a la pregunta sobre cuál es la relevancia moral de la salud, se responde señalando el efecto que tiene sobre las oportunidades sociales de los individuos. Siempre que “las necesidades en salud son paradigmáticas dentro de una importante categoría de necesidades básicas, o cosas que necesitamos para mantener un funcionamiento normal” (Daniels, 2008, pág. 46).

Para Daniels,

Solventar las necesidades de salud le permite a las personas la escogencia entre los planes de vida que responsablemente pueden perseguir, dados sus talentos y habilidades. Si las personas tienen un interés fundamental en la protección de ese rango de oportunidad, entonces se puede explicar la protección a la salud. (Daniels, 2008, págs. 77-78).

Con lo cual, de la respuesta que se dé frente a lo justo cuando se habla de salud, dependerá la posición que se sostenga con respecto a la igualdad de oportunidades en cualquier entramado social. En ese sentido, si la salud cobra relevancia moral por su impacto en las oportunidades, “proteger la salud resulta una obligación social, y no simplemente una de los individuos con roles particulares como los profesionales de salud” (Daniels, 2008, pág. 27).

Igualmente, La respuesta a este interrogante posibilita la evaluación de los resultados que muestran los sistemas de salud en la consecución de los objetivos se plantean <sup>24</sup>. Es en este punto donde gravita la última razón que fundamenta la relevancia moral de la salud. Pues bien, de la respuesta que se dé a la pregunta sobre la justicia en salud dependerá, no solo la evaluación de los resultados de los sistemas, sino la de su coherencia interna. Con ello se posibilita un juicio de valoración con

---

<sup>23</sup> En este punto Daniels hace una referencia al trabajo de Braybrook en lo que atañe a las “necesidades de curso de vida” (Braybrook, 1968) las cuales determinan el funcionamiento normal de un sujeto como miembro de una especie natural.

<sup>24</sup> ejemplo de ello es la herramienta de “Benchmarks of fairness” implementada por Daniels y otros para la evaluación de la equidad, responsabilidad y eficiencia de los sistemas de salud, en atención a su criterio de justicia distributiva en la salud (Daniels, 2008, pág. 246).

respecto a la naturaleza misma de las reglas que componen el conjunto de un sistema de salud. Ello en atención a que

El sistema legal es un determinante que puede tener consecuencias devastadoras en la salud individual o familiar. El sistema legal exagera, y en algunos casos causa, una salud deficiente en muchas maneras, incluyendo 1) al sistema judicial que aplica inconsistentemente estándares legales y mandatos o que no evalúa las circunstancias individuales cuando los aplica, 2) la promulgación de leyes que perpetúan una salud deficiente, y 3) la fortuita implementación de leyes diseñadas para proteger o remover las barreras de acceso a la salud (Benfer, 2015, pág. 307).

Habiendo establecido la relevancia y las consecuencias sociales de proporcionar una respuesta a la pregunta sobre la justicia en la salud, lo que prosigue en el presente texto es confrontar a los principios de justicia aquí evaluados y sus correspondientes entramados conceptuales, para determinar si en efecto puede colegirse del sistema de salud colombiano una única respuesta coherente al interrogante sobre la justicia en salud. De manera que, para dar trámite a este análisis se procederá a efectuar una comparación frente al tratamiento que dan ambos planteamientos conceptuales sobre algunos puntos que abordan en común, con el fin de evidenciar, con base en sus premisas y proposiciones, las posibilidades reales de conciliarlas como principios reguladores de un mismo sistema. Con ello en mente, se contrastarán ambos planteamientos en asuntos como sus premisas metodológicas, el tratamiento que le brindan a la igualdad, sus implicaciones en cuanto a los modelos de Estado, sus criterios relativos a lo que se considera como justo, frente a la función que cumple la propiedad, en lo que respecta a la capacidad y conveniencia de la acción estatal y a la apropiada utilización de los recursos públicos.

### **El contraste de los planteamientos abordados.**

En lo que concierne a las premisas que fundamentan el establecimiento de ambos planteamientos conceptuales hay que destacar que, por un lado, Amartya Sen establece que sus principios y teorías de la justicia buscan la generación de un resultado social, esto es en términos de Nozick un planteamiento de estado final. Su criterio de justicia busca la evaluar la capacidad de los sistemas sociales de lograr que cada persona, en un resultado final, logre los fines que valora (Sen, 2010, pág. 9). A diferencia de ello, Nozick propone que su teoría no es una de estado final, sino una de explicación fundamental (Nozick, 1974, pág. 20), que no tiene una expectativa frente al resultado de las relaciones sociales, sino que las examina con un criterio histórico (Nozick, 1974, pág. 153).

Igualmente en este sentido Nozick advierte que la forma en la que él instituye su teoría de la justicia es una que evita el establecimiento de pautas, pues bien, para Nozick cualquier establecimiento de un principio pautado del tipo “a cada quien según su...” será arbitrario (Nozick, 1974, pág. 159). En este sentido Sen difiere de su postura, y reclama que no pueda estimarse justo un sistema social que no considere dentro de sus expectativas, cuando menos, la posibilidad real de conseguir lo que añore como valioso. Para Nozick, la procura de un principio pautado, en este caso la pretensión de Sen de conseguir aquellos funcionamientos que se consideren valiosos, implicaría una intervención constante del Estado en la vida social, situación que estima no solo inconveniente

sino inmoral, pues impediría que las personas transmitan los recursos de la forma en la que se les antoje (Nozick, 1974, pág. 166).

De aquí se desprende que Sen propenda por un sistema de justicia que tenga una variable focal como reclamo igualitario, es más, sostiene que todos los sistemas de justicia, incluso así no lo pretendan e incluso si pretenden evitárselo (como en el caso de Nozick) (Sen, 2010, pág. 15), realizan un reclamo igualitario con respecto a alguna variable focal. En el caso de la teoría de la justicia de Sen hay un claro reclamo igualitario en términos de lo que él describe como capacidades y funcionamientos (Sen, 2010, pág. 66).

Por el contrario, Nozick advierte de forma categórica que su sistema de justicia retributiva no establece ninguna presunción en favor de la igualdad (Nozick, 1974, pág. 228). Más bien defiende que no puede suponerse que la igualdad tenga que estar integrada en cualquier teoría de la justicia.

Como consecuencia de su pretensión de igualdad en términos de capacidades y funcionamientos; y a título de un argumento que favorezca la eficiencia en el reparto de los beneficios del intercambio social, Sen acepta la condición de una asimetría operativa, es decir la concesión de que ciertas personas ocupen unos cargos de poder que les permitan tomar decisiones sobre la vida de otros, sus bienes, el reparto de recursos y la distribución de capacidades y funcionamientos (Sen, 2010, pág. 163); con el fin de que ello contribuya para un reparto más eficiente y equitativo de los resultados del intercambio social. Nozick desestima este pensamiento pues considera no solo inmoral, sino además injustificado que un individuo tenga poder de decisión sobre las libertades, decisiones y propiedad de otro.

Bajo esta misma lógica, el postulado del principio de solidaridad, derivado del pensamiento de Sen, supone que exista una suerte de igualdad tanto horizontal como vertical, puesto a que dispone que los trabajadores activos colaboren con su contribución a quienes se encuentra inactivos por cuestiones relativas a la enfermedad o la incapacidad. Asimismo, dispone que los trabajadores ricos, en virtud de un pago de tasas mucho más altas contribuyan con el aseguramiento de los trabajadores más pobres, y además supone una suerte de colaboración intergeneracional, en tanto que, los trabajadores activos contribuyen con el gasto de los que ya se encuentran pensionados (CEPAL, 2005).

En este respecto Nozick discute lo que define como la estipulación lockeana en sus implicaciones como condición límite de los derechos de propiedad, que obliga a no empeorar la situación de los demás por medio de la apropiación. Frente a ella concluye que si bien no son claros los límites de aplicación y conveniencia de esta estipulación, lo que si resulta evidente es que esta estipulación no establece bajo ninguna lógica que el proceso de apropiación deba resultar en beneficio de los demás (Nozick, 1974, pág. 181).

Quizá una de las distinciones más notorias entre ambos postulados se centra en el tratamiento que le da cada uno al modelo de Estado que establecen. Pues bien en el primer planteamiento, con base en los postulados de Hermann Heller, se advierte que a pesar de que el ordenamiento jurídico tenga a su disposición una organización especial a cuyos órganos compete garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho, y estos órganos sean órganos del Estado; resulta poco intuitivo reducir el Estado al derecho, y mucho menos suponer que este es la razón de ser de aquel, pues ello

implicaría subsumir por completo el Estado al derecho, vaciar de contenido a la teoría del Estado, obtener una ciencia normativa sin normatividad, toda vez que en este planteamiento “el Estado es absorbido completamente por el Derecho y, en cuanto sujeto del derecho, no es otra cosa que “el derecho como sujeto” (Heller, 1997, pág. 216).

En contraste, en el planteamiento de Nozick el modelo de Estado mínimo, reducido a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo, el fraude, de cumplimiento de contratos, etc.; es el único que se puede justificar como moral o legítimo (Nozick, 1974, pág. 7). Es decir, Nozick reduce las funciones del Estado a las de implementación, salvaguardia y mantenimiento de un ordenamiento jurídico, en otras palabras, reduce el Estado a su función jurídica: subsume el Estado al derecho. Por lo tanto, el modelo de Estado Neoliberal que deviene de los planteamientos del Estado mínimo propende la reingeniería estatal para que emerja en la forma única de un aparato judicial que y garantice la competencia en el mercado, a la par de liberar el potencial de la sociedad civil para auto regularse (Hilgers, 2012, pág. 83).

Esta diferencia entre los modelos del Estado se exagera aún más cuando se considera que para Heller la legitimidad moral de la institución estatal, que demanda para sí un máximo sacrificio, solo puede satisfacerse si la organización social que resulta de ella se acomoda a una idea de justicia (Heller, 1997, pág. 235). Es decir, la existencia del Estado depende del establecimiento, por medio de su acción, de un orden social justo. Nozick en cambio postula que el Estado solo garantiza un escenario de justicia cuando se limita a respetar los tres principios retributivos de justicia de las pertenencias. Es decir, cuando interviene menos en el ordenamiento social. En este sentido, el orden justo no se deriva de la acción positiva del Estado, sino que más bien prevalece a causa de su inacción.

Para Heller el Estado es el medio para conseguir lo que él denomina como una igualdad social real (Barrera, 2017, pág. 81), que provoca el salto en la propuesta teórica de Heller entre el Estado de Derecho (modelo de Estado imperante en el momento en que él se encuentra teorizando) y el Estado Social de Derecho. En donde se presume del Estado un papel más activo e interviniente en la organización de la convivencia social con el ánimo de garantizar la igualdad material. Nozick no sólo denuesta la idea de la intervención activa del Estado en la vida social, considerándola nugatoria de los derechos y libertades individuales, sino que además, el modelo de Estado Neoliberal considera que la intervención estatal en los mercados, una vez creados, resulta inconveniente, por la posible distorsión y vicio del sistema de precios que causaría (Harvey, 2007, pág. 2). Dicho sea de paso, la persecución de la igualdad material por medio de la acción del Estado en el pensamiento de Nozick es arbitraria, innecesaria y además injustificada; por lo tanto, inmoral.

Este papel activo de Estado interviniente en la sociedad se recalca con más ahínco en el primer planteamiento cuando se analiza, con base en la teoría de Sen, a la seguridad social. Pues bien, la seguridad social en el planteamiento teórico de Sen debe, por vía del principio de solidaridad implementado por medio del modelo del Estado Social de Derecho, materializarse por medio de la intervención del Estado, o de la intervención social, en la distribución de los recursos producto del intercambio social. Todo ello, habida cuenta de que “los bienes primarios necesarios para la protección y promoción de condiciones de vida (como las provisiones de salud pública) no pueden

ser poseídas individualmente, y el sector público puede estar en la capacidad de proveerlas más eficientemente que el mercado” (Drèze & Sen, 1991, pág. 14).

En oposición, el principio de la sostenibilidad financiera, en su asunción de aversión al déficit, pretende la paulatina retirada del Estado de la prestación de los servicios relativos a la seguridad social; así, se estatuye como una garantía de que la función presupuestaria del Estado no tendrá que entrar a solventar los faltantes del sistema de seguridad social.

Resulta un imposible intelectual pretender arribar al principio de solidaridad con base en un conjunto de premisas individualistas que se organicen en una lógica de “mano invisible”, como arriba Nozick al estado mínimo y a sus principios de justicia. De la misma forma, resulta imposible conciliar el principio de sostenibilidad financiera, especialmente en su acepción de aversión al déficit, con el reclamo igualitario en términos de capacidades y funcionamientos que teoriza Sen. Toda vez que, esgrimir la restricción presupuestal como un límite a este reclamo igualitario, implicaría convivir con la idea de que el intercambio social permita que unos individuos obtengan un amplio margen de posibilidades de desarrollo, mientras otros se vean fuertemente limitados, sin justificación de fondo alguna.

Por último, en cuanto a modelo de Estado, el Estado Social de Derecho se instituye como una evolución del Estado de Derecho cuya concepción positivista tiene un origen puramente liberal, formada con el propósito de blindar al ciudadano de garantías frente a los poderes absolutos y muchas veces abusivos de la administración. En este sentido el Estado meramente de Derecho guarda estrecha relación con el limitado concepto de Estado que se defiende en el modelo de Estado Neoliberal.

Así pues, mientras el Estado Social de Derecho reconoce la necesidad y la observancia fundamental de los derechos económicos, políticos, civiles, sociales y culturales. Y para alcanzar esta satisfacción y goce efectivo requiere: la obligación de establecer condiciones de vida soportables o un mínimo existencial, la implementación de un sistema de seguridad social, la búsqueda de la igualdad y la equidad sociales. A la vez que actúa como agente de la justicia social, con el propósito principal de lograr las condiciones materiales necesarias para la integración social (Garay, 2010, pág. 365) (Katz, 1987) (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991)(Corte Constitucional, Sentencia C-566, 1995).

El Estado Neoliberal favorece fuertes derechos de propiedad privada (como los que defiende Nozick con contumacia), a los mercados y al libre comercio. Su marco institucional se reduce al Estado de Derecho y su marco legal es el de las obligaciones contractuales privadas. Debe preservar las libertades individuales a toda costa y por extensión, la libertad de empresa y a las corporaciones (Harvey, 2007, págs. 63-64).

Como resultado de la proyección de estas características, el principio de solidaridad, producto del modelo del Estado Social de Derecho, busca la ampliación de los beneficios del seguro social a las personas que, en principio, no tenían el derecho de recibirlos, por no haber sufragado los costos de su mantenimiento. Es decir, la materialización de la idea de ampliar la cobertura de los beneficios producto de la interacción social bajo una lógica de redistribución de los recursos, solo por el hecho de pertenecer al género humano, mediante la justicia distributiva con el fin de mejorar las

situaciones de desvalimiento y desprotección de los trabajadores y sus familias (Alonso, 2020, pág. 142).

Para Nozick, sin embargo, esta lógica redistributiva atenta contra la concepción histórica en la que deben estar basados los principios de la justicia, soslaya las consideraciones acerca de los procesos legítimos de apropiación de las pertenencias por parte de los hombres, y equivale a dar propiedad a unos sobre otros. Siempre que, el apoderamiento de los resultados del trabajo de otros, por medio de la introducción de principios de justicia pautados, es equivalente a la apropiación sobre las horas que invirtieron en realizarlos. Esto es otorgarle a unas personas poder de decisión sobre las acciones y libertades de otras, y poder de determinación sobre los propósitos a los que su trabajo debe servir (Nozick, 1974, pág. 174).

Ahora bien, frente al papel que el Estado debe jugar en la sociedad, el primer planteamiento defiende una perspectiva del servicio público esgrimida por León Duguit como toda actividad de obligatorio cumplimiento que debe ser reglada y garantizada por el Estado, dada su indispensabilidad en la realización de la interdependencia social (Alonso, 2020, pág. 137). En lugar de ello, el modelo neoliberal del Estado defiende la superioridad de los mercados frente a la acción estatal (Thwaites, 2010), con base en esa suposición de superioridad mercantil frente a la capacidad estatal se gestiona entonces un proceso sostenido de contracción del aparato estatal por las vías de la privatización y la desregulación (Herrera, 2009, pág. 14), especialmente en lo que respecta a la prestación de los servicios públicos, en donde el Estado pasa de ser el directo prestador a ser un mero regulador de su prestación.

De esta diferencia diametral en lo que respecta a la posición del Estado frente a la provisión de servicios públicos surge otra diferencia a destacar entre ambos planteamientos, ya que, mientras en el modelo del Estado Social de Derecho en la seguridad social, especialmente cuando se trata de la salud, se equipara con un servicio público que debe estar orientado a la prestación de servicios oportunos, con calidad, dignidad y respeto con cubrimiento de toda la población sin distinción; basando el financiamiento en recursos fiscales y contribuciones solidarias que eviten la exclusión e inequidades del sistema (Barrera, 2017, pág. 28). En el modelo de Estado Neoliberal la seguridad social se encuentra regulada por el principio de sostenibilidad financiera que opera en la forma de un límite a la creación normativa de las regulaciones dentro del mismo, bajo la égida de la aversión al déficit, según la cual los recursos de financiamiento del Estado no deben comprometerse en el sostenimiento fiscal de un sistema contributivo diseñado para ser autosostenible.

Por último, y en relación con estas posiciones sobre la seguridad social, ambos planteamientos se distancian de manera diametral en el modelo de sistema de salud ideal que establecen, pues bien, mientras en el modelo de los seguros estatales las dimensiones de financiación, regulación y provisión de los servicios de salud debe ser asumidas por el Estado, en el modelo de seguros privados estas funciones las asumen los actores privados, con ánimo de lucro, sometidos a las reglas del mercado (Wendt et al., 2009, pág. 81).

Los puntos tratados hasta aquí dan cuenta de una diametral diferencia entre los postulados que defienden los dos planteamientos presentados, y permiten colegir sin miedo al equívoco que reputan teorías y posiciones abiertamente contrarias y contradictorias en lo que al manejo del

Estado y su papel frente a los sistemas de seguridad social y salud respecta. Toda vez en su tratamiento de: la igualdad, sus implicaciones en cuanto a los modelos de Estado, sus criterios relativos a lo que se considera como justo, la función que cumple la propiedad, la capacidad y conveniencia de la acción estatal y a la apropiada utilización de los recursos públicos; defienden posiciones completamente contrarias y en este sentido irreconciliables.

Así las cosas, puede aseverarse que constituir de forma arbitraria un sistema de seguridad social que tenga como cimientos, y por lo tanto busque reconciliar, principios tan diametralmente opuestos en sus concepciones como lo son el de solidaridad y el de sostenibilidad financiera, producto de modelos de Estado ampliamente diferentes, y sustentados en teorías de la justicia contradictorias entre sí, es, por decir lo menos, una incoherencia.

Con lo cual, señalar como lo hace el artículo 48 de la Constitución colombiana que:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

[...]El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la Ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la Ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas (Const.,1991, art.48).

Es una abierta contradicción en los términos, o cuando menos un oxímoron. Que, embebido de un eclecticismo ingenuo, pretende concordar a la fuerza principios diametralmente irreconciliables, que surgen de planteamientos conceptuales contrarios entre sí.

Se entiende entonces que el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano adolece de un defecto de carácter estructural pues se sustenta en principios rectores contradictorios y entre sí repelentes, lo cual da pie para advertir la carencia de un criterio rector único que determine la forma adecuada en la cual deben proceder los actores del sistema, quienes lo regulan y quienes lo vigilan y quienes proveen los servicios de salud. Esto genera una serie de expectativas contrarias que chocan en la demanda y provisión de servicios y que obtienen una respuesta normativa diferente según el actor del que dependa la toma de decisión.

Para ilustrar con un breve ejemplo el punto planteado, permítaseme plantear una situación hipotética pero altamente probable en el sistema de salud colombiano. Supongamos que un paciente X aquejado por una dolencia médica acude a su respectiva EPS para que, después de haber logrado una consulta con un médico tratante, le otorguen el procedimiento, medicina o tecnología recetada; en contraprestación de la prima que mensualmente paga. Supongamos, que su EPS, en atención a los cálculos de costos y beneficios expresados en el primer capítulo, niega la atención demandada; incluso estando incluida en el plan de beneficios. Ante esta situación, y tratándose del ejercicio de un derecho fundamental, el paciente X acude a la jurisdicción para que por vía de tutela le garanticen el servicio demandado. El juez de tutela, que adquiere la naturaleza de un actor del sistema de salud, ampara el derecho y otorga el tratamiento, con base a la lógica de

derecho fundamental que recubre a la salud en un Estado Social de Derecho. La EPS, que negó en principio el servicio por el que ya había sido compensada, se ve compelida por la fuerza del Estado a prestarlo; sin embargo, tratándose de un servicio garantizado por un actor estatal “ajeno” al sistema, no lo asume con cargo a la UPC que se le otorga por el paciente X, sino que lo recobra al Estado, pues fue la intervención estatal la que causó el costo. El Estado, aplicando el principio de solidaridad paga el servicio prestado, pero viola el principio de sostenibilidad financiera al igual que condesciende la violación de las prácticas mercantiles.

Ello manifiesta en sí una suerte de contradicción -o abierta tensión- que contrapone los fines sociales del Estado y las lógicas del mercado, que en determinado momento termina definiéndose en favor de uno por defecto del otro. De modo que, al perseguir fines contradictorios entre sí: el cumplimiento de los fines sociales del Estado y la sostenibilidad financiera, la regulación normativa suele fracasar en el cumplimiento de estas metas disímiles y concomitantes.

Reconciliar estos planteamientos contrarios entre sí resulta evidentemente en un galimatías normativo, pues los Gobiernos edifican sus agendas de política pública con base a ejes programáticos distintos y se ven avocados a privilegiar de forma intermitente e irregular uno por encima del otro.

En ese sentido, la limitación presupuestal, derivada de la aversión al déficit que proviene de la aplicación del principio de sostenibilidad financiera, riñe con la garantía real de los derechos de la población, especialmente del derecho a la salud. Por lo tanto, en la construcción normativa existe constantemente una necesidad de ponderar los criterios con los cuales se aplican la sostenibilidad fiscal con los criterios de la solidaridad (Barrera, 2017, pág. 454).

El énfasis brindado en la presente investigación acerca de las teorías de la justicia que prevalecen como fundamento teórico de estos principios que dictan los lineamientos del sistema y los llenan de contenido conceptual, se encuentra sustentado en la idea general de que la conveniencia del funcionamiento de una institución social se juzga en su relativa cercanía a lo que se entienda por justo.

El carácter de justicia de una organización social se determina en la medida en la que esta organización acoja e implemente unos principios concretos de justicia, y los materialice en instituciones -entendidas aquí como conjuntos de normas (North, 1989)- dispuestas a regular la convivencia social y las acciones de los individuos que coexisten en un sistema determinado. Igualmente, las acciones de quienes interactúan en un sistema se evalúan con respecto al acogimiento, por medio del cumplimiento o no de estos preceptos, de las normas que materializan los principios de justicia.

Igualmente, tratándose del particularísimo fenómeno de la salud, por las implicaciones morales que reputa, la respuesta que se dé a la cuestión sobre su justicia tendrá efectos significativos sobre la posición que se tome con respecto a la garantía de las oportunidades sociales (Daniels, 2008, pág. 76).

El problema que se evidencia en la presente investigación cuando se trata el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, es que la posibilidad de la existencia de una valoración de

justicia sobre la estructura del sistema, o sobre las acciones que ejecutan los actores del mismo, esto es: un dictamen de justo o injusto, se desvanece en el aire. Pues no existe un solo criterio unificado de justicia en el sistema. No existe porque como se mostró con denodado esfuerzo en lo hasta aquí expuesto, cuando menos existen dos planteamientos sobre lo justo que de forma concomitante actúan como criterios operadores del sistema.

No es ni será el propósito de este texto enervar argumentos en favor o en contra de ninguno de los planteamientos expuestos, pues bien, se ha evidenciado que cada uno está compuesto por un cuerpo coherente de premisas y conclusiones lógicas que se derivan de ellas. Lo que sí se pretende es demostrar que la pretensión ecléctica de conjugar dos esquemas de pensamiento opuestos como fundamento conjunto de un mismo sistema no solo no es provechoso ni lógico, sino que además genera gran cantidad de inconvenientes a la hora de pretender materializar el sistema en instituciones normativas.

En el próximo apartado se evaluarán algunas de las implicaciones que esta lógica siniestra de armonizar lo irreconciliable ha tenido en la implementación práctica del aparato del Sistema General de Seguridad en Salud colombiano.

### **La tensión entre los planteamientos abordados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

El propósito del presente apartado es el de brindar concreción conceptual a los planteamientos hasta aquí abordados. De esta manera, lo que prosigue a continuación es la evaluación conjunta de las características del sistema de salud colombiano, expuestas en el primer capítulo, analizadas a través de los constructos teóricos descritos en los capítulos dos y tres. Con el prurito de demostrar que la conjunción de principios constitucionales contrarios, léase: el principio de solidaridad y el de sostenibilidad financiera, genera una situación ecléctica y contradictoria en el Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano, cuando analizado en las dimensiones de financiación, regulación y provisión de los servicios; que deriva en un estado de crisis sistémica, esto es una imbricada en la misma estructura institucional del sistema.

Como se estableció en el segundo capítulo, la función principal de los sistemas de salud es la de proveer, aunque suene tautológico, servicios de salud (Wendt et al, 2009, pág. 73). Por lo que en la clasificación y evaluación de este tipo de sistemas no solo se debe abordar la dimensión de la financiación, sino que se tiene que recurrir de forma conjunta a las dimensiones de la provisión de los servicios y la regulación de los mismos (Wendt et al, 2009, pág. 71).

En ese sentido en el presente acápite se realizará un análisis de las características del sistema de salud, estructurado según las dimensiones de financiamiento, provisión y regulación de la prestación de los servicios, para evidenciar en ellas la tensión que existe en la implementación concomitante de dos criterios de justicia, modelos de Estado y principios constitucionales contrarios entre sí. Haciendo énfasis en las implicaciones que tienen en el sistema estas tensiones internas.

Al ser este trabajo un análisis preminentemente jurídico, enfocado en los principios constitucionales que rigen el sistema de salud, y las normas jurídicas que lo forman, implementan, regulan, organizan y controlan, la primera dimensión de análisis que se evaluará, y en la que más énfasis se pondrá, será la de la regulación del sistema de Salud.

Esta dimensión de regulación requiere un análisis más cualitativo que las de financiamiento y provisión, pues se pregunta si las relaciones entre los agentes financiadores, los proveedores de servicios y los beneficiarios potenciales son principalmente reguladas por actores gubernamentales, societales y privados (Wendt et al., 2009, pág. 80). La cuestión fundamental es inquirir quién regula de forma predominante la remuneración, el acceso de los pacientes al servicio, los paquetes de beneficios, el costo de los mismos, los tiempos de espera para el acceso, la cobertura, las tasas de contribución, etc.

Igualmente, es pertinente estipular que cuando se habla de regulación, no simplemente se trata de la producción estatal de normas jurídicas, también se aborda el asunto de la autorregulación por parte de actores no gubernamentales y la regulación por el mercado (Wendt et al., 2009, pág. 80).

En lo que respecta al SGSSS colombiano, en principio, la pregunta sobre quién es el que principal regulador de las relaciones entre financiadores, proveedores y usuarios del sistema se decanta rápidamente por el Estado. A la usanza del modelo ideal de los sistemas estatales de salud (Wendt et al., 2009, pág. 81). Sin embargo, como se expondrá con mayor cuidado a continuación, la participación estatal no es señera en este respecto. Muchas de las relaciones entre los proveedores y los posibles beneficiarios o usuarios del sistema son reguladas por agentes privados como las EPS, y algunas otras como las relaciones entre las financiadoras y los proveedores de los servicios se regulan por incentivos de carácter mercantil, pero en un escenario de regulación muy lejano al del mercado.

Dicho sea de paso, es claro que en el sistema colombiano de salud, al igual que sucede en la inmensa mayoría de modelos de salud del mundo, las tres dimensiones de análisis no manifiestan características uniformes. Sin embargo, por mayor grado de eclecticismo que demuestren, los sistemas guardan alguna suerte de lógica interna dependiendo de cuál sea el actor dominante en el nivel regulador, pues este tiene la capacidad de subordinar a los demás niveles (Böhm et al., 2013). Lo que se pretende demostrar a continuación es, entre otras cosas, que en el sistema colombiano, a pesar de haber una predominancia estatal en el ámbito regulador, esto no implica la gestación de una lógica interna coherente precisamente por las lógicas contradictorias que estructuran la regulación.

Para entrar en materia, la tensión entre los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera, con su correspondiente contenido proposicional, se manifestó en la regulación del SGSSS desde sus primigenios orígenes. El principio de solidaridad estuvo desde el comienzo dispuesto en el artículo 48 del texto constitucional, la idea de un modelo de Estado Social de Derecho y de una teoría de la justicia centrada en garantizar cuando menos una igualdad en términos de capacidades y funcionamientos a los individuos fue contemplada como piedra angular del sistema. Con lo cual como se manifestó en el capítulo primero, la gestación espontánea de un sistema de mercado en el

marco de la salud resultaba un imposible. Pues la actividad de privatización no resultaba seductora para el sector privado.

Es por ello que hubo que recurrir a la coacción estatal para poder contar con los actores que de manera previa prestaban en el sector privado servicios de salud: las empresas de medicina prepagada; pero que se dirigían a un sector poblacional muy puntual de amplia capacidad adquisitiva. En este punto se encuentra la primera de las tensiones evidenciadas, ya que al no resultar un mercado atractivo, pues el principio de solidaridad implicaba un fuerte escrutinio legal para todo aquel que participara en este nuevo mercado, se echó mano de la herramienta más anti mercado imaginable -la coacción estatal- amenazando a estos actores para adaptarse al nuevo sistema so pena de no poder seguir comercializando las pólizas de medicina prepagada (Martínez, 2016). Todo ello en nombre del mercado.

En esta medida, desde la propia génesis del sistema se empiezan a manifestar las consecuencias de procurar un sistema basado en modelos de Estado diferentes y opuestos entre sí. A razón de qué, si bien embebido de un amplio espíritu neoliberal y presionado por los organismos multilaterales, el gobierno de la época pretendió adoptar el modelo de Estado neoliberal sustrayéndose de la obligación de prestar los servicios públicos relativos a la seguridad social en salud y actuando de forma activa para la gestación de mercados nuevos en este sector; la exigencia del escrutinio control y garantía del sistema creado, derivada del modelo de Estado Social de Derecho, y del compromiso del ejercicio de derechos fundamentales dependientes del funcionamiento del sistema, generó la estipulación de unas condiciones mínimas de funcionamiento que hicieron que el mercado no resultase atractivo para la participación del sector privado; a la vez que la necesidad de incluir actores bien distintos a lo que la ortodoxia liberal plantea, permitiéndoles el desarrollo de prácticas separadas de los principios de especialización y profesionalización en la prestación de servicios, entre otras: la integración vertical y horizontal.

Como el modelo constitucional seguía refiriendo al principio de solidaridad como un derrotero en la organización y constitución del sistema de salud, lo que obligaba a tener una perspectiva de garantía de derechos concordante con la idea del Estado Social de Derecho. Se erigía un fuerte manto de duda sobre la rentabilidad del negocio, que se asociaba con un bajo per cápita o prima por afiliado aunado a la amplia cobertura del plan de beneficios, así como la eliminación de las preexistencias y demás restricciones al uso de los servicios. Pero sobre todo con la posibilidad de quedar sometidos a una intrusiva vigilancia gubernamental y las posibilidades de las sanciones subsiguientes (Martínez, 2016).

Frente al fracaso de la estrategia de obligar a las empresas de medicina prepagada se permitió la participación de un tipo de actores muy distantes del modelo paradigmático del empresario mercantil: las cajas de compensación familiar. Entidades creadas por el mismo Estado cuatro décadas atrás para otorgar servicios de recreación a las familias de los trabajadores, sostenidas por vía de la parafiscalidad; y que carecen del principal atributo del empresario mercantil, así como de los actores del modelo de seguros privados de salud: el ánimo de lucro (Martínez, 2019, pág. 244).

La introducción de este tipo de actores resultó en una serie de inconvenientes sistémicos. En primera instancia, por estar impedidas por Ley a repartir utilidades entre el pleno de sus

propietarios, y al estar difuminada su propiedad entre una plétora de afiliados y aportantes, se posibilitó el hecho de que sus administradores se procuraran utilidades en negocios subsidiarios de empresas de propiedad de sus allegados o familiares, a quienes contratan para la prestación de variados servicios que abarcan desde la seguridad hasta los servicios generales y aseo, a precios muy superiores a los competitivos del mercado (Martínez F. , 2019, pág. 245). En una perversa tendencia que se reproducirá de forma insidiosa en el comportamiento de las aseguradoras del sistema, a causa de la falta de transparencia y responsabilidad.

Igualmente, al permitírseles a estas organizaciones ser parte del sistema de salud, particularmente en el régimen subsidiado, como una extensión del principio de solidaridad (Corte Constitucional, Sentencia C-183, 1997) se violó la lógica misma de la parafiscalidad -que implica la reinversión de los recursos en único beneficio de la población que los aporta-. Avalando de forma perversa que con los recursos provenientes de los trabajadores de menores ingresos se subsanaran las necesidades en salud de la población de menos recursos, supuesta a sufragarse con la tributación general, que en teoría debe provenir mayoritariamente de los más ricos.

Con la creación de un mercado forzado en donde tuvo que “motivarse” a los actores privados a que participaran, en aplicación del modelo de Estado neoliberal, y haciendo alusión a una extensión del principio de solidaridad, se permitió que este tipo muy particular de actores tomaran partida en el nuevo sistema de salud. sin embargo, quizá lo más paradójico de este asunto, es que estas organizaciones sin ánimo de lucro, y con una propiedad difuminada en lo que pueden ser millares de asociados, terminaron por tomarse este nuevo mercado. Siendo las instituciones que más afiliados amasan, con casi la tercera parte de la totalidad de los afiliados, en números cercanos a los 14,1 millones de personas. Y que, contra ningún pronóstico, devengan la mayor cantidad de sus ingresos de sus actividades en el sector salud (El Tiempo, 2019).

Igual, en lo que respecta a la regulación de la relación entre la financiación y la prestación de los servicios, el sistema de salud devino en una situación en donde la moneda corriente no fuese el peso colombiano sino la UPC (valor pagado a las aseguradoras de forma periódica por cada afiliado, independientemente de la prestación efectiva de los servicios). Lo que incentiva a las aseguradoras a enfocar sus esfuerzos organizacionales, no a la prestación eficiente de los servicios, sino a la búsqueda desbocada de afiliados, incluso por encima de sus capacidades materiales de atenderlos. Violando uno de los supuestos fundamentales del modelo de mercado que supone una prestación más eficiente de los servicios en manos de actores independientes, bajo el prurito de lograr una mayor cobertura, muy de la mano con el principio de solidaridad.

Otra de las consecuencias de que este “mercado de la salud” haya sido creado de manera artificiosa por el Estado colombiano es su obligatoriedad. Es decir, es un mercado, que por estar creado por vía legal, es de perentoria participación para todos los colombianos.

Aquí de nuevo se presenta una perversa situación de contraste entre los principios que sirven de sustento al sistema, pues para garantizar la existencia de un sistema único, elaborado forzosamente a similitud de un mercado, y a la vez poder garantizar los derechos que de su prestación dependen; se utiliza la fuerza coactiva del Estado para atentar contra el atributo más importante que existe en todos los mercados: la libertad individual. Así las cosas, no solo no se implementa el modelo del

Estado Social de Derecho y el principio de solidaridad pues el sistema opera bajo las lógicas neoliberales de pago en contraprestación de un servicio; sino que tampoco se implementa el modelo neoliberal pues se obliga de forma coactiva a la gente a que participe en este mercado, atentando contra su propia libertad individual por medio del poder Estatal.

No se cumple el reclamo igualitario en capacidades y funcionamientos, pues se somete a un sistema de pago por contraprestación de servicios, pero a la vez se viola de manera flagrante el clamor libertario de Nozick, pues se cercena de tajo la quizá una de las libertades más fundamentales de los individuos en un sistema de intercambio: la de abstenerse de participar.

Las resultas de este proceso son la generación de una inmensa masa de afiliados desinteresados, que no tiene un incentivo de consumo promovido por una necesidad, ya porque no consideran en riesgo su salud, o porque no le asignen un valor significativo en su escala de prioridades. Paradójicamente este tipo de afiliado desinteresado, pero compelido a participar en el mercado, es el más atractivo para las aseguradoras, pues no genera ningún costo y representa una fuente de ingresos constante.

De ahí se deriva otro de los incentivos perversos que genera la regulación contradictoria del sistema. Pues no solo las aseguradoras añoran al tipo de afiliado especialmente desinteresado en la prestación de los servicios, sino que denuestan a los que sí reclaman esta prestación. Ello se conjura con el insólito hecho de que se les permita ejercer parte de la regulación del sistema, pues los tiempos de espera y la autorización del acceso a los servicios son determinados y regulados por las propias aseguradoras. Que por eso mismo, generan todas las trabas burocráticas y tramitología innecesaria imaginable, dentro de su independencia administrativa, con para producir más dinero. En el entendido de que la cantidad de emolumentos que reciben por su número de afiliados permanece constante, mientras los servicios no se prestan.

Aquí de nuevo se manifiesta la aterradora realidad de quedarse con lo peor de ambos modelos producto de un sistema y una regulación constitucional ecléctica. Por una parte, se motiva a los actores privados del sistema a perseguir su propio interés de lucro, igualmente se pretende por medio de la coerción estatal suplir en términos de cobertura las demandas de la solidaridad, y por la otra se permite que se gestionen sistemas burocráticos inútiles e innecesarios (crítica fundamental del neoliberalismo a los Estados de bienestar) que derivan en la no prestación, o en la prestación ineficiente de los servicios.

Se tolera la ganancia privada, la creación de valor, el enriquecimiento por la prestación de los servicios, ubicando a las aseguradoras entre las empresas más grandes y rentables del país (Martínez, 2016, págs. 45-46) (Barrera, 2017, pág. 55), pero sin las prerrogativas que este tipo de intenciones tienen en un sistema de mercado. Pues no existen las contraprestaciones sociales que sirven como fundamento de esta tolerancia; no hay un abaratamiento de los servicios con base en la competencia de prestadores privados, por medio de la conjunción de las leyes de oferta y demanda, ni tampoco una prestación eficiente producto de la competencia de los actores.

En lo que tiene que ver con el libre desempeño de las leyes de oferta y de demanda para el abaratamiento de los precios por medio de la competencia, la defectuosa regulación del sistema de nuevo genera estragos. En primera instancia, los precios (la UPC) son fijados por el ente estatal,

por medio de resoluciones del Ministerio de Salud, al igual que los planes de beneficios que se cubren con estos recursos. Con lo cual se cercena la posibilidad de que las compañías compitan en el precio, la cantidad o calidad de servicios que prestan, como se supone debe suceder en el modelo de seguros privados. Además, gracias a la integración vertical que se permite en el sistema, las aseguradoras contratan servicios de empresas subsidiarias por encima de los costos competitivos de mercado, con el ánimo de procurarse en otros negocios las ganancias que se les niegan en el sistema de salud.

En lo que a la regulación del contenido particular de los planes de beneficios respecta, aparece y destaca el fenómeno de las tutelas. Puede que esta sea una de las condiciones más desastrosas del sistema ecléctico y se explica con base a la contradicción de sus principios rectores. Pues bien, los jueces de tutela -jueces constitucionales- están en la obligación, por vía del principio de solidaridad, a fallar en favor de quienes, ávidos de una prestación urgente y oportuna de servicios médicos, se ven abocados a reclamar sus servicios en los estrados judiciales, y por esta vía garantizar los derechos fundamentales en el marco de una Estado Social de Derecho. Mientras las EPS, con amparo en el principio de sostenibilidad financiera, aducen que el recobro de estas obligaciones no tiene que hacerse con cargo a la UPC, pues proviene de un actor estatal, en principio ajeno al sistema.

Entonces, por la pretensión de aplicar principios contradictorios de manera concomitante no se cumple lo dispuesto por ninguno, toda vez que, por el incentivo perverso de cobrar dos veces por el mismo servicio las EPS niegan sistemáticamente la prestación de los servicios denostando el principio de solidaridad; y por la garantía de los derechos asociados a la salud que obliga a los jueces a ordenar por vía de tutela la prestación de estos servicios, se viola el principio de sostenibilidad financiera, en su acepción de aversión al déficit, siempre que se comprometen recursos adicionales del presupuesto público para atender los servicios que el sistema desatiende

Igualmente se destroza la expectativa mercantil del cumplimiento de las obligaciones en las que se comprometen los comerciantes, pues las aseguradoras del sistema niegan sistemáticamente servicios que están incluidos de forma expresa en la “póliza” que se les cancela por medio de la UPC. Y se defrauda la confianza del consumidor quien paga por unos servicios y se ve abocado a acudir a la jurisdicción, de forma cotidiana, para lograr la contraprestación del pago ya efectuado.

La regulación estatal igualmente permite por varios medios prácticas anticomerciales como la integración vertical y los comportamientos rentistas. Torciendo la presunción ortodoxa de que la separación vertical de los negocios y funciones en el campo de la seguridad social, a la usanza de lo hecho con las empresas del sector eléctrico (separación de la generación, transporte, comercialización y distribución domiciliaria), implicaría que la especialización de funciones derivara en mayor productividad y eficiencia. Además de facilitar el ingreso de inversiones privadas muy poco entusiastas con la idea de participar en negocios estatales de colosal, compleja y costosa infraestructura.

También, limitando el porcentaje de utilidades que las EPS pueden generar en el ejercicio de sus actividades comerciales a un 10%, el regulador estatal incentiva a que este tipo de empresas busquen la producción de utilidades más cuantiosas por medio de la intervención de otros negocios

que no tienen el nivel de control estatal al que se ven sometidas. A la par que se violan las libertades individuales y la pretensión neoliberal de no intervención estatal en el mercado, por sus nocivos efectos en el sistema de precios.

En este sentido, de nuevo, salen a flote las incoherencias del sistema. Habida cuenta de que se crea un fuerte aparato regulador del mercado de la salud con el propósito de garantizar los derechos que de él se desprenden y el mejor aprovechamiento de los recursos posible, limitando en un tope el máximo de utilidades que se puedan derivar de la actividad de las EPS; pero se permite por una extraña lógica mercantil que los mismos grupos económicos procuren utilidades más altas con la gestación de negocios secundarios dependientes de los recursos del sistema. Aquí de nuevo, por la pretensión de implementar al tiempo dos lógicas contradictorias se termina en el peor de los mundos, pues con el ánimo de proteger la eficiencia en el uso de los recursos y la garantía de la prestación de un servicio, se termina creando un amplio entramado normativo que resulta en el peor aprovechamiento posible de los recursos, pagando servicios secundarios a precios no competitivos para que quienes actúan en el sistema se procuren de manera subrepticia las utilidades que se les niegan en su actividad principal.

A esta tendencia perniciosa de buscar la generación de rentabilidades superiores en otros sectores del mercado se suma la permisividad regulatoria frente al retraso en el pago de las obligaciones adeudadas, que estriba principalmente en la tolerancia a que en el reconocimiento tardío de las deudas no se implemente el cobro de un interés moratorio, que de forma efectiva sancione este comportamiento. Esta falta de reconocimiento del valor del dinero en el tiempo se manifiesta incluso cuando el Estado es el deudor moroso, pues obliga a sus acreedores a aceptar el pago de sus deudas sin el reconocimiento de los intereses de mora efectivamente causados, como ocurrió con la denominada “ley de punto final”. Al no estar presionados por el pago de un interés sancionatorio en las deudas adquiridas dentro del sistema, los actores privados con mayor acceso a recursos y liquidez -las EPS- se ven incentivados a retirar los dineros del sistema de salud en busca de utilidades financieras en otros sectores. Situación que general el pérfido problema de la cartera morosa del sistema, que crece de forma exponencial e incontrolada año tras año. Y que incentiva a que los prestadores de servicios, anticipando esta demora en el pago, se vean motivados a cobrar precios inflados para compensar las pérdidas que les generan las deudas prolongadas en el tiempo.

Por último, quizá una de las consecuencias más desastrosas de la ecléctica regulación estatal del sistema de salud es la promoción de una cultura de incumplimiento de las normas, lo que gesta una especie de confianza legítima de que cuando el cumplimiento de la normatividad resulte complicado u oneroso, en alguna medida, esta será eventualmente modificada por el regulador, antes que forzada a su acatamiento. Este fenómeno sucede principalmente en la regulación de los requisitos financieros y organizacionales de habilitación para la prestación de servicios. En donde, en resumen, lo que ha sucedido es un fenómeno de aplazamiento constante de la vigencia de las normas al acomodo de las necesidades de las aseguradoras.

Puede que en este punto se manifieste una de las implicaciones más absurdas en lo que a la implementación de principios constitucionales contradictorios concierne, pues en este caso es el propio Estado el adjudicatario de la incoherencia. Dado que, en principio con el ánimo de gestionar

la creación de un sistema de mercado en un estadio nuevo -el de la salud- instituyó una serie de requisitos habilitantes para que quienes participaran en él cumplieran unas condiciones mínimas que aseguraran la prestación y el ejercicio de los derechos que dimanaban del sistema, atendiendo los requisitos del principio de solidaridad. Esto también con arreglo a la lógica de la sostenibilidad financiera del sistema, pues para que el sistema no fuese deficitario era menester garantizar una solvencia económica mínima de quienes actuarían en él como aseguradores; para solventar el riesgo de que por culpa de la iliquidez de quienes tienen que pagar a los prestadores de servicios de salud, tuviera que utilizarse el presupuesto público para cubrir ese déficit de servicios prestados y no pagados.

Sin embargo, los resultados de este proceso fueron, y son, desastrosos. Ya que, cada vez que se acercaba el plazo para verificar las condiciones habilitantes financieras y de solvencia de las EPS; y sancionar, retirando del mercado a quienes no cumplieran las mínimas condiciones de participar en él (a la usanza de lo que ocurre en el sistema financiero), el Gobierno modificaba la norma, extendiendo el plazo de su cumplimiento o creando nuevos periodos de transición que hacían más laxas las condiciones para las aseguradoras. Ello conforme a un perverso y distorsionado entendimiento del principio de solidaridad y de la garantía de los derechos que dimanaban de la prestación de los servicios de salud, habida cuenta de que el riesgo de sustraer a una aseguradora del sistema, por el incumplimiento de los requisitos mínimos para participar en él, resultaba muy superior al de sostenerlas sin el cumplimiento de estos requisitos. Pues podría generarse una concentración excesiva de afiliados en pocas aseguradoras, poniendo en duda su capacidad de suplir esta demanda, o lo que es peor, dejar un número considerable de afiliados desasegurados y en el aire por la desaparición de alguna de estas empresas. Como resultado de esta investigación se encontró que debido a esta absurda tensión, al día de hoy, más de 25 años después de haber implementado el sistema, no existe la certeza del cumplimiento de los requisitos económicos y técnicos mínimos por parte de las EPS.

Incluso en contra de cualquier lógica económica, porque termina privilegiando los comportamientos desleales y rentistas, pues las pocas aseguradoras que se comportan conforme a lo establecido en la normativa compiten en desigualdad de condiciones con las que no lo hacen, con las que procuran rentabilidades superiores sacando los fondos del sistema y especulando en otros sectores. Con lo cual tienen todos los incentivos para dejar de comportarse de manera adecuada, y lo que es peor, quienes se comportan de forma impropia tienen todos los incentivos para seguir haciéndolo, pues no encuentran en la realidad ninguna sanción que les castigue su desatención a las normas. Lo más perturbador de este fenómeno es que es el Estado mismo el que promueve comportamientos anticompetitivos y desleales que en toda forma atentan contra el mercado que se supone fomentar.

Igualmente este fenómeno de normatividad tipo “sastre”, realizada al acomodo particular de las necesidades de las Aseguradoras, levanta serias dudas frente a la posibilidad de que exista una suerte de “captura regulatoria”. En donde de manera formal, quien se encarga de la regulación de las relaciones entre el sistema sea el ente estatal, pero que materialmente esta labor la ejerzan las aseguradoras por medio de la captura del aparato regulador.

En lo que respecta a la dimensión de la provisión de los servicios cabe aún destacar varias particularidades del sistema. En primera instancia el sistema colombiano permite que se conjuren en la provisión de servicios tanto los actores estatales, los societales, sin ánimo de lucro y los privados. Sin embargo, la participación mayoritaria es del sector privado, ya sea con o sin ánimo de lucro.

En este respecto, como los incentivos del sistema apuntan a la afiliación desabocada de personas y no a la prestación efectiva de servicios, el sistema no crea ningún incentivo para motivar el óptimo servicio de salud a quien lo demande, todo lo contrario, el sistema motiva la infame imposición de barreras de acceso a quienes efectivamente requieren los servicios de salud.

Lo que implica que en términos materiales el desempeño económico positivo de una EPS (número de afiliados a su cargo/número de UPC que recibe) no dependa de la calidad de sus servicios ni de la satisfacción de sus afiliados, sino del uso racional que le dé a los recursos de las UPC que recibe y de sus estrategias para afiliar cuantas más personas tenga en posibilidad. Es por ello que no existe una relación entre el número de afiliados que tienen las EPS y la satisfacción de sus usuarios beneficiarios (Dávila & Rueda, 2013). Y las EPS más exitosas no son las que mejor se encarguen de la provisión de los servicios.

Todo lo contrario, el sistema genera todos los incentivos posibles para que se preste el peor servicio posible. Pues bien, se desestimula la buena atención a los pacientes que de forma constante reclaman servicios de salud. Asimismo, teniendo un plan de beneficios unificado y una afiliación de carácter obligatoria, el sistema da muestras de aproximarse al modelo de los seguros estatales. Sin embargo, de forma extraña, se permite y fomenta que la mayoría de los prestadores pertenezcan al sector privado. Ello genera incoherencias al tener un sistema tendiente a una garantía igualitaria de oportunidades, capacidades y funcionamientos, con un amplio plan de beneficios implementado por la autoridad estatal; pero delegar en los privados, muchas veces con ánimo de lucro, y siempre motivados por la disminución de costos, la función de proveerlo. Aunada a la autonomía administrativa que les permite crear barreras burocráticas de acceso, derivando en un hecho casi folclórico del sistema colombiano, en donde la cobertura no se asimila con el acceso (Vargas et al., 2010) (Ayala, 2014).

Por último, en lo atinente a la financiación de los servicios se presentan varias situaciones de carácter contradictorio. No se tiene claridad acerca de quién es el que financia los servicios. En el régimen contributivo los afiliados pagan una contribución obligatoria que es recolectada mensualmente por las aseguradoras (EPS), a pesar de que estos dineros pertenezcan formal y legalmente al sistema general, es decir al Estado, según se dispone en el artículo 28 de la Ley 100; las aseguradoras hacen un cruce de cuentas con la administradora de recursos del sistema (ADRES antiguo Fosyga), en la que por el reconocimiento de las UPC de las afiliados se genera un saldo a favor o en contra de la entidad.

En ese sentido, no hay claridad total acerca de si la propiedad de los dineros que financian la prestación de servicios es pública o privada. Sin embargo materialmente quienes utilizan esos recursos, entre otras para procurarse rentabilidades ilegítimas por medio de la inversión en actividades diferentes a la salud, son las EPS. Con lo cual puede afirmarse que es un sistema de

financiación preeminentemente privada. Sin embargo, el papel de intermediación financiera que efectúan las EPS se ve cuestionado con figuras como el giro directo, implementadas de forma relativamente reciente, y que pretendiendo el pago por los servicios efectivamente prestados, en atención al principio de solidaridad, implicó que el Estado sea el directo pagador de la prestación de buena parte de los servicios.

Igualmente, la difusión del derecho de propiedad en actores como las cajas de compensación familiar, implica una ausencia de control por los verdaderos dueños del capital en estas empresas frente a los administradores de las mismas, lo que permite que estos busquen rentabilidad en los negocios secundarios que son mucho más grandes y están sujetos a menos controles por los entes estatales (Martínez, 2015, pág. 17), obviamente en perjuicio incluso del interés económico de las propias organizaciones.

Queda entonces evidenciado que la pregunta acerca de la moralidad en la salud reviste de una importancia fundamental, no solo por la inherente necesidad de todos los conjuntos normativos de guardar una lógica interna que los cohesione, sino por las implicancias sociales que tiene un fenómeno tan particular como el de la salud y su relación directa con la garantía de las oportunidades para los miembros de un grupo social.

De igual manera, se estableció que la respuesta, o respuestas, a la pregunta sobre la justicia en el sistema de salud colombiano puede decantarse por al menos dos soluciones loables basadas en principios de justicia diferentes. Que partiendo de premisas disímiles resuelven las preguntas fundamentales sobre el papel del Estado en la sociedad, la preeminencia entre libertad e igualdad y sobre las concepciones de lo justo, de manera opuesta y contradictoria.

Y por último se constató que, gran parte de los problemas evidenciados en un estudio detallado del sistema de salud pueden explicarse con arreglo a la proposición de que el sistema está regido por lógicas contradictorias, que persiguiendo objetivos disímiles, procuran en los actores del sistema comportamientos erráticos que finalmente derivan en una prestación, ineficiente, costosa e insatisfactoria de los servicios de salud.

Por ello puede afirmarse que según la evidencia presentada SGSSS hay un contraste de los modelos de Estado Social de Derecho y Estado Neoliberal manifestado en la existencia de los principios rectores de solidaridad y sostenibilidad financiera, que tienen como sustento teórico posturas ideológicas opuestas; con lo cual propenden por objetivos diferentes. Y al conjugarse en un mismo cuerpo generan un sistema de carácter ecléctico en su naturaleza cuyos resultados distan de las expectativas que se depositan en él.

Por un lado, el sistema carece de capacidad de garantizar a la salud como derecho, pues las lógicas que devienen del principio de sostenibilidad financiera y del Estado neoliberal implican la gestación de un mercado artificial en el que hay una contraprestación económica por los servicios que se reciben; permiten la participación y el enriquecimiento de las empresas del sector privado, condescendiendo que, por su autonomía administrativa, estas regulen todo lo concerniente al acceso puntual de los ciudadanos a los servicios de salud, por medio de la interposición de trabas burocráticas para entorpecer el expedito acceso a los servicios, o simplemente negando de forma sistemática los servicios, para no asumir con cargo a sus recursos los cobros de los mismos;

fomentan la prestación deficiente de los servicios, al igual que el denuesto por parte de las aseguradoras a los pacientes que constantemente están requiriendo atención médica; restringen el acceso efectivo a los servicios de salud; congestionan el sistema judicial por el constante recurso a la tutela; y en general genera un sistema con una atención deficiente, demorada e insatisfactoria.

Y por el otro, el sistema incumple los propósitos del mercado competitivo en lo que a la eficiente distribución de recursos respecta. Pues conforme a la garantía del principio de solidaridad y del modelo del Estado Social de Derecho, o a un viciado entendimiento de las mismas, se gesta un mercado con una constante intervención estatal; se permite la participación de actores muy alejados de la ortodoxia comercial, como las cajas de compensación familiar; se fomenta una falta de equivalencia entre el éxito comercial de las aseguradoras y la calidad de los servicios que prestan; se promueve la prestación ineficiente de los servicios, permitiendo prácticas anticompetitivas como la integración vertical y la búsqueda de rentas; se gestan situaciones que derivan en un encarecimiento general de los bienes y servicios, haciendo irrelevante la función de las leyes de oferta y demanda en el sistema; y se permite de forma abyecta la participación de empresas que no cumplen los requisitos mínimos de habilitación, en perjuicio de las que invierten recursos y capital para acatarlos. Y en general se promociona todo tipo de prácticas de competencia desleal; ello sin siquiera instar que siendo un sistema de obligatoria participación, tanto para proveedores como para consumidores, se cercena la principal característica de los modelos de mercado competitivo: la libertad individual.

## CONCLUSIONES

El ejercicio propuesto en el presente trabajo, conforme a lo propuesto por el método de la abducción, tuvo como premisa fundamental la evidencia irrefutable de una variedad de fallas en el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, al igual que su estado de crisis sistémica. La subsiguiente adscripción de este caso a un marco teórico que relacionaba los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera a los modelos de Estado Social de Derecho y Estado Neoliberal y las teorías de la justicia de Amartya Sen y Robert Nozick. Para luego proceder con la deducción de una tensión interna de sistema de salud causada por su condición ecléctica (Agudelo, 2018, pág. 55).

Frente a la constatación de estas realidades de bulto, y con la intención de evidenciar sus causas como fenómeno, se sostuvo como hipótesis primigenia -al compás de buena parte de la literatura académica y la jurisprudencia- que la razón fundamental detrás de las falencias en la prestación de los servicios de salud, y en general del errático funcionamiento del sistema, yacía en la prevalencia de la lógicas mercantiles por encima de la protección de los derechos que se relacionan con los servicios de salud. En otras palabras, se asumió que la mercantilización de las lógicas que regulan el sistema de salud, por vía de la implementación de un enfoque predominantemente económico,

con énfasis en el mercado, que buscaba la eficiencia financiera (Bazzani, 2011, pág. 13), obraba en desmedro de la equidad y la calidad en la prestación de los servicios.

Sin embargo, al inquirir de forma más profunda y metodológica en el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, principalmente con base en las teorías del “rational choice”, se logró probar de manera ineluctable que el SGSSS no solo no se comporta bajo las lógicas ortodoxas del libre mercado, sino que el comportamiento de sus actores principales, las características de las normas que lo regulan y la forma en la que estas interactúan dan pie para aseverar que este sistema reputa características completamente opuestas al libre mercado.

Varias son las razones que sustentan esta proposición. En primera instancia, se demostró que en términos generales los servicios de salud por antonomasia reputan defectos sustanciales que les impiden poder asimilarse a los productos y servicios que se comercializan con normalidad regidos por las leyes generales de la oferta y la demanda. Como se evidenció, el mercado de la salud manifiesta características particulares como la selección adversa, siendo que una de las particularidades propias de este mercado es que sus servicios no se centran en las necesidades o deseos de las personas, sino más bien en sus estados personales; con lo cual existe una sustancial diferencia en la información que puede llegar a jugar en contra de quien asegura, dado que los asegurados pueden ocultar información sustancial que permita una evaluación completa del riesgo, o en contra de los asegurados, pues las aseguradoras estarán incentivadas a asegurar únicamente a aquellos que no representen un riesgo sustancial, marginando a las personas de mayor edad o en condiciones de salud adversas.

Igualmente se demostró que el mercado de la salud reporta peculiaridades como un exacerbado riesgo moral, siempre que los profesionales de la salud cumplen el doble papel de agente controlador en favor de las aseguradoras y de profesionales con la función de satisfacer a sus clientes. En este respecto, ocurre constantemente que actúen en favor de unos y en perjuicio de otros, soslayando la necesidad de prescribir los tratamientos o medicamentos necesarios, con el ánimo de proteger los intereses de las aseguradoras; o bien, prescribiendo más tecnologías, tratamientos y medicamentos de los necesarios con el ánimo de satisfacer a sus pacientes (Arrow, 1963). Esto se relaciona directamente con el hecho evidenciado de que la demanda de los servicios médicos no es regular, a diferencia de la ropa o la comida; por el contrario, es irregular e impredecible, pues depende de los eventos de enfermedad. Igualmente es un mercado en el que el consumidor no puede probar el producto antes de consumirlo, pues el producto y la actividad de producción son equivalentes, lo que deriva en un aura de confianza superior en la relación contractual; además existe una alta incertidumbre en el producto debido a la inexperiencia previa y a la imposibilidad de hacer predicciones racionales sobre el mismo, en el entendido de que todos los procesos de recuperación médica difieren (Arrow, 1963).

Igualmente, se constató que la demanda de los servicios de salud es irregular puesto a que, a diferencia de lo que ocurre en otras esferas, la demanda de servicios de salud no es asimilable a la necesidad. Como precisa Philip Musgrove el deseo por la atención médica es aleatorio y no estable, depende de factores exógenos: enfermedades o accidentes (Musgrove, 1985, pág. 294), con lo cual

“demanda” en el mercado de la salud implica lo que un paciente desea y está dispuesto a pagar, mientras que la “necesidad” refiere a lo que el profesional de la salud estima que el paciente debería tener (Musgrove, 1985, pág. 295).

A parte de demostrar todas las características previamente mencionadas, relativas, si se quiere, a la generalidad de los sistemas de salud, producto de esta investigación se evidenciaron otras características propias del sistema de salud colombiano que impiden que se le considere como un sistema de mercado apegado a las lógicas de la ortodoxia liberal. Se destacan entre ellas la evidencia de que el “mercado de la salud” en Colombia no gozó de un surgimiento espontáneo, su nacimiento fue producto de la acción positiva del Estado y del Gobierno de la época que, embebido de una ideología neoliberal imperante en ese momento, supuso que la solución a los problemas de atención y cobertura en salud radicaba en crear un nuevo mercado, incluso por la fuerza.

Asimismo, se demostró cómo las resultas de la creación forzada de este mercado implicaron la violación de las libertades más básicas de los consumidores, pues se les obligó a participar en él a pesar incluso de su volición individual. Imponiendo al total de la población la obligación de afiliarse al sistema de salud siempre que mediase la existencia de una relación laboral. Todo con la intención de contrarrestar los riesgos inherentes de una inversión en un mercado con tan particulares características como el de la salud. En ese sentido, a pesar de la intención liberal de crear un mercado, por las características propias del sector en donde se procuró su instalación, se terminó soslayando la libertad de los ciudadanos de participar en él, o no, como consumidores, por medio de la coacción estatal.

Otro de los resultados de la investigación realizada, que respalda la idea de que el sistema de salud colombiano es todo menos un libre mercado, es la naturaleza de quienes terminaron siendo sus principales actores: las cajas de compensación familiar. Pues bien, al forzar la existencia mercado, y dada la flagrante falta de interés en la participación del sector privado, se autorizó por vía gubernamental la participación de estos actores que no se asimilan, y por mucho, al ideal del empresario auto interesado que persigue el lucro; en primera instancia porque legalmente están impedidas a tener ánimo de lucro, en segunda instancia, porque no tienen un dueño identificable, pues sus propiedad se difumina en miles de afiliados; y en tercera medida porque al carecer de propietario identificable sus administradores no tienen un control, ni a quién rendir cuentas. Todo ello sin obstar el hecho de que su participación en el mercado de la salud contraviene de forma directa la lógica de la parafiscalidad que constituye a este tipo de entidades.

Esto derivó además en un sistema de intercambio, con actores no motivados por el ánimo de lucro, en donde la moneda corriente era la unidad per cápita pagada por cada afiliado, con lo cual la principal motivación de quienes actúan en él no es la de la prestación eficiente de los servicios para motivar su demanda, sino la desaforada afiliación de personas. De manera que, el incentivo producido por la estructura del sistema se aleja de la óptima prestación de los servicios, al igual de que atenta contra las normas más básicas de la competencia. Esto último debido a la obligatoriedad de afiliarse impuesta por mandato legal a los “consumidores” quienes por esta vía pierden la libertad de no consumir.

Sin embargo, en el transcurso de la investigación se encontró que quizá una de las diferencias más sustanciales entre la operación ordinaria de los mercados y la forma en la que opera el sistema de salud colombiano es la inexistencia de asignación de valor al dinero en el tiempo. En otras palabras, la falta de reconocimiento de los intereses, ni monetarios ni moratorios, en el pago de las deudas que no se reconocen en su debido plazo.

A pesar de que la legislación comercial desde antaño ha impuesto como sanción al retraso en el pago de las obligaciones el reconocimiento de intereses moratorios, por algún motivo infame las obligaciones que se desprenden de la compensación por los servicios prestados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud carecen de esta garantía elemental. De ello derivan varios fenómenos que distorsionan las realidades económicas de los actores del sistema: en primera instancia, las aseguradoras que no reconocen sus obligaciones a tiempo, y no obtienen ningún tipo de sanción monetaria por no hacerlo, obtienen un beneficio económico injusto al buscar rentabilidades superiores especulando con esos dineros en otros sectores de la economía; en segunda instancia, las aseguradoras que cumplen con sus obligaciones en el tiempo debido tienen todos los incentivos para dejar de hacerlo, pues compiten en condiciones económicas desleales y desiguales con aquellas que obtienen rentabilidades superiores producto del no reconocimiento oportuno de sus obligaciones; en tercera instancia, como se probó resultado de la investigación realizada, existe una espiral creciente en lo que concierne a la cartera del sistema, que como en el fenómeno de la bola de nieve cada vez se hace más intratable; en cuarta instancia, esto ha forzado a la generación de medidas gubernamentales como el giro directo, que ponen en entredicho el papel de intermediación que cumplen las EPS en el sistema; y por último, esto repercute en el incremento del costo de los servicios de salud en términos generales, pues los prestadores del servicio se ven obligados a recargar los costos de este lucro cesante en el valor de los servicios que prestan, sabiendo que es imposible que les sea reconocido de otra manera.

Habiendo demostrado, producto del trabajo investigativo realizado, que el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud dista, y por mucho, de la forma en la que está supuesto a funcionar el libre mercado, se concluye de manera categórica que los problemas de los que adolece el sistema no pueden adueñarse a la mercantilización del mismo, o a la prevalencia de lógicas mercantiles o comerciales por sobre la protección de los derechos; habida cuenta de la inexistencia de estas lógicas en el funcionamiento real del sistema.

Con esta certeza resultó necesario inquirir más profundamente en los fundamentos más básicos del sistema para poder lograr un acercamiento a las razones que explicasen las permanentes fallas e incongruencias del sistema de salud colombiano. Si bien era evidente desde el principio de la investigación que el sistema colombiano de salud no operaba bajo la égida de un sistema público de salud, se había descubierto que tampoco lo hacía como un sistema de mercado; de manera que cobraban relevancia las incoherencias intrínsecas del sistema que apuntaban a horizontes diferentes, pues los actores que tienen relevancia en el mismo parecían de forma intermitente ponderar los derechos sobre el mercado y viceversa, sin ninguna concordancia aparente.

Se concluyó entonces que los problemas que adolece el sistema de salud colombiano habrían de estribar en una esfera más fundamental, si se quiere; en un estadio relativo a los principios que lo

rigen, que determinan los derroteros de su configuración y trazan los lineamientos mismos sobre los cuales se estructura normativamente como sistema. Así pues, en concordancia con lo advertido por la profesora Barrera, se coligió que “gran parte de los problemas que afronta el Sistema de Salud están asociados al contexto jurídico, económico y social, nacional e internacional, lo que conlleva que los principios constitucionales y el funcionamiento del sistema de salud no sigan la misma dirección” (Barrera, 2017, pág. 67).

Esta situación surge porque existió una clara paradoja en la concepción del Sistema General de Seguridad en Salud colombiano, entre lo planteado por organismos políticos internacionales y la misma carta de derechos de la Constitución, para los que la salud reputa la naturaleza de un derecho fundamental y por ende se encuentra inmersa dentro de la concepción del Estado Social de Derecho; y lo sugerido por los organismo económicos internacionales, quienes plantean a la salud como un servicio en el que se deben seguir los lineamientos de la racionalidad económica de mercado y recomiendan la progresiva retirada del Estado en su prestación, para abrir campo al sector privado, que consideran más eficiente y transparente. Estos planteamientos diferenciados confluyen primero en la reforma al Estado, seguida de la Constitución de 1991, luego en la institucionalización normativa de la salud por medio de la Ley 100 de 1993 y por último en las sentencias que ha promulgado la Corte Constitucional.

En palabras de Villar Borda:

La Constitución de 1991 lleva en sí misma una contradicción flagrante entre la proclamación del Estado social de derecho y la ampliación de los derechos sociales, de un lado, y el cuadro propicio para la formulación de un modelo económico y social neoliberal, del otro (Villar Borda, 2007, pág. 90)

Para este momento debe ser suficientemente claro para el lector que la crisis que adolece el sistema de salud colombiano no es ninguna de carácter coyuntural, sino que reputa una naturaleza estructural que parte del deficiente y contradictorio diseño constitucional del cual es resultado.

Alzate refrenda estas conclusiones señalando que los textos constitucionales incorporan no solamente los principios de justicia social, sino además los elementos nodales de la reestructuración capitalista, como la propiedad privada, la libertad de empresa, el libre mercado, la transformación del Estado en su retirada como prestador de servicios, y consecuente imposición del papel de guardián de los mercados. Avanzada que en su opinión no se detiene, sino que por vía de enmiendas constitucionales se afina como instrumento del capital, hasta incorporar el principio, o derecho fundamental, de la sostenibilidad financiera y fiscal; incluso como límite de los avances que por medio de la judicialización se habían logrado en términos de justicia y derechos sociales (Alzate, 2014, pág. 102).

Para este autor, el modelo de Estado Social se incluye en el texto constitucional, a manera de un “constitucionalismo aspiracional” como marcos de acción para la reivindicación política, mientras que al mismo tiempo la acumulación de propiedad por desposesión sigue avanzando, amparada también por un marco constitucional que desarrolla los ideales del progreso y el crecimiento económico (Alzate, 2014, pág. 102).

En lo que respecta propiamente a la salud, este autor asevera que:

En el texto de la Constitución y el proceso constituyente se dejó abierto el debate de la configuración de la salud como derecho o como servicio público. La salud recibió diversas categorizaciones en la ANC, en principio como derecho, y luego, de forma ambigua que oscilaba entre un servicio público al que se accede a través del mercado, pero al mismo tiempo, se le define de forma gaseosa como parte del derecho irrenunciable a la seguridad social. La configuración de la salud como derecho se debatió entre los constituyentes que afirmaban su naturaleza de derecho social, el cual está limitado a los desarrollos legislativos sobre su contenido y alcance, siguiendo los planteamientos del Gobierno Gaviria; mientras que por otra parte, otros constituyentes argumentaban que la salud se definió como un servicio público, bajo la nueva concepción volcada al mercado y la acumulación de capital por parte de empresas privadas (Alzate, 2014, pág. 138).

De manera que resulta evidente que tanto el texto constitucional en general, como las normas que regulan la seguridad social en salud adolecen de una tensión intrínseca entre, cuando menos, dos modelos de Estado disímiles: el modelo del Estado Social de Derecho y el modelo del Estado neoliberal. Estos dos modelos de Estado se manifiestan en lo que al sistema de salud concierne, en la redacción del Artículo 48 constitucional que regula lo referente al funcionamiento de la Seguridad Social. Y en la cual se regula a la Seguridad Social como un servicio público, un derecho irrenunciable en sujeción al principio de solidaridad; pero en el que se permite la participación de los particulares en la prestación de los servicios y se instituye un principio de sostenibilidad financiera como regulador del sistema.

Si bien se concluyó en el presente trabajo que las deficiencias del sistema de salud colombiano se adeudaban a la existencia de al menos dos modelos de Estado confrontados y contradictorios, materializados en los principios de solidaridad, por un lado, y de sostenibilidad financiera por otro. Resultaba menester darle contenido conceptual a esa constatación, para poder determinar la manera en la que este contraste de modelos de Estado contradictorios cobraba forma en el desarrollo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Conforme a la necesidad de plantear la discusión en términos categóricamente teóricos, el subsiguiente desarrollo del trabajo giró en torno a una disquisición sobre los fundamentos conceptuales de los modelos de Estado abordados y de los principios rectores del sistema de seguridad social, abordada desde una perspectiva de las teorías de la justicia.

En este sentido, en primera instancia se identificó de forma concluyente que ambos modelos de Estado están sustentados de fondo en un cuestionamiento más fundamental acerca de lo que se considera como justo en una sociedad. Pues bien, lo que se pretende con un modelo de Estado es la imposición de una idea determinada acerca de cómo debe regularse el comportamiento social, con base en unos principios rectores que materializan una idea concreta de justicia. En otras palabras, los modelos de Estado, concretados en instituciones, regulan la acción social encaminando a los miembros de un determinado conjunto hacia una idea de lo justo, sancionando los comportamientos que se le apartan y premiando a los que se le aproximan.

De manera que, como resultado del proceso investigativo realizado, se demostró de la existencia de una relación lógica de identidad entre el modelo de Estado Social de Derecho, como aquel en

el cual el Estado debe propender por una garantía positiva, no solo de las libertades individuales y políticas de los individuos, sino de sus derechos económicos, sociales y culturales; y la idea de justicia de carácter igualitario teorizada por Amartya Sen, con su demanda de igualdad en lo que respecta a las capacidades y a los funcionamientos, especialmente en lo que atañe a la salud. Con sustento principal en la concordancia conceptual entre la noción de capacidades esgrimida por Sen y los derechos fundamentales y colectivos, supuestos a ser garantizados por el Estado Social de Derecho (Carreño & Aristizábal, 2006, pág. 35).

Igualmente, se determinó una relación de causalidad entre las características del principio de solidaridad y el modelo del Estado Social de Derecho, en alusión a la necesidad de la colaboración y la coexistencia social para el logro de la realización de los individuos (Alonso, 2020, págs. 138-139); a la par de la pretensión de que la garantía del acceso igualitario a unas libertades mínimas que permitan solventar los riesgos asumidos en el intercambio social, en el caso de no poder ser cubiertos con los resultados del esfuerzo individual, debe recaer en los frutos de la interacción social (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2010). Para lograr concluir que existe una relación conceptual y lógica entre la teoría de justicia de Amartya Sen y el principio de solidaridad en la seguridad social. Equivalencia conceptual que estriba en la proposición de un modelo ideal de sistema de salud en donde las dimensiones de regulación, financiación y provisión de los servicios son asumidas por el Estado.

Análogamente se logró evidenciar de manera concluyente que el principio de sostenibilidad financiera, principalmente en su acepción de aversión al déficit, se puede colegir de las características propias del modelo de Estado neoliberal que a su vez deriva del modelo de Estado mínimo de Nozick, cimentado teóricamente en la identificación de los derechos individuales con el derecho de propiedad, protegido por los principios de adquisición, transferencia y rectificación.

Pues bien, con base en los planteamientos esgrimidos por Robert Nozick, fundamentados en la idea de una sociedad que respete por encima de todo los derechos y libertades individuales, se deriva un modelo concreto de Estado mínimo, del que se extrae una teoría retributiva de la justicia basada únicamente en los principios susodichos, de los que surge como consecuencia (por su pretensión de disminución del Estado a su mínima expresión dejando el espacio abierto para que sean las lógicas del mercado las encargadas de distribuir de forma justa y eficiente los resultados del intercambio social) el principio de sostenibilidad financiera en su asunción de aversión al déficit, que propone el desistimiento del uso de los recursos públicos para el sostenimiento del sistema de seguridad social. De este entramado conceptual, cuando se abordan los asuntos referentes a la prestación de servicios de salud, deriva un modelo ideal de seguros privados en donde las dimensiones de financiación, regulación y provisión de los servicios están dirigidas únicamente por las fuerzas del mercado, sin interferencia ni interacción del ente estatal.

El propósito de brindar un contenido conceptual, relacionado con la idea de lo justo, a los principios constitucionales que regulan el Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano, no solo resulta relevante en términos de la necesidad de encontrar su coherencia interna, sino que además reviste cardinal importancia por las implicaciones sociales propias que tiene un fenómeno

como la salud. Especialmente por su relación con las oportunidades de desarrollo y funcionamiento de los individuos en el entramado social (Daniels, 2008, pág. 43).

Asimismo, se concluyó que ambos principios son disímiles, opuestos, contradictorios e irreconciliables. Por el tratamiento diferenciado que ambos planteamientos otorgan a temas como la concepción y reclamo de la igualdad, el tamaño, funciones sociales y características del Estado, la pretensión de obtener una igualdad en términos materiales, la forma en la que deben, o no, redistribuirse los recursos en una sociedad, y la prestación y concepción del servicio público, entre otros.

De este modo se comprobó de forma suficiente que pretender conciliar ambos principios como rectores de un mismo sistema es ingenuo, debido a que no hay un solo criterio de justicia que determine la forma en la que se deben estructurar las normas que regulan el sistema. Y que al no haber un criterio unificado de justicia se producen normas disímiles entre sí que todos los actores deben acatar de forma concomitante, con lo cual, dependiendo el momento y el criterio utilizado por cada actor, se privilegia la observancia de unas en perjuicio de las otras.

La evidencia demostró que la existencia de dos criterios de adecuación del comportamiento, o criterios de justicia, diametralmente opuestos, que conviven de manera paradójica como lineamientos reguladores de un mismo sistema, genera un comportamiento errático, no solo de los actores que participan en este sistema, sino de las mismas normas que lo regulan. Pues al perseguir criterios de justicia diferentes derivan en una regulación ecléctica de los comportamientos sociales, que tiene como resultado unas pésimas prácticas en lo que al funcionamiento del sistema refiere, y por ende una deficiente prestación de los servicios.

Por lo cual el interrogante acerca las causas de buena parte de los problemas estructurales evidenciados en el sistema de salud, verbigracia: 1) la creación artificial y coercitiva de un mercado, que derivó en la preeminente participación de actores hartos alejados de la idea ortodoxa del empresario: las cajas de compensación familiar, con todas las implicaciones que ello generó en el sistema; 2) la insidiosa tendencia de las aseguradoras de utilizar los recursos del sistema para procurarse de manera subrepticia, en otros sectores, las utilidades que se les limitan en el sistema de salud; 3) la falta de incentivos para la prestación eficiente y satisfactoria de los servicios de salud, y la consecuente falta de relación entre el éxito económico de las EPS con la calidad de los servicios que prestan; 4) la adquisición de bienes y servicios muy por encima de los precios competitivos del mercado; 5) la interposición de innumerable trabas burocráticas a la prestación de los servicios; 6) la constante necesidad de acudir a la tutela para obtener la prestación de servicios, normalmente incluidos en los planes de beneficios, y la sucesiva congestión del sistema judicial que ello implica; 7) la promoción de una cultura de incumplimiento de las normas por parte del mismo Estado, y las dudas acerca de la captura regulatoria que este fenómeno levanta; 8) la creciente cartera morosa del sistema. Puede explicarse con arreglo a la proposición de que de que el sistema y su regulación están regidos por lógicas contradictorias, que persiguiendo objetivos disímiles, procuran en los actores del sistema comportamientos erráticos que finalmente derivan en una prestación, ineficiente, costosa e insatisfactoria de los servicios de salud.

Como colofón del análisis realizado se concluye, de acuerdo con la evidencia presentada, que el SGSSS colombiano es una suerte de híbrido mal realizado entre las lógicas de mercado y las del servicio público, que parten de principios teóricos distintos e irreconciliables; y su mixtura ecléctica manifestada en varios instrumentos normativos es la génesis del constante estado de crisis en el que se encuentra el sistema. Pues en cierto modo encarna lo peor de ambos mundos, resultando en un sistema de repartición de recursos públicos que lo único que logra es el enriquecimiento injustificado de actores privados; cuyo principal negocio no surge de la administración de los bienes y servicios de salud, sino, por los perversos incentivos existentes dentro del sistema, de la rentabilidad financiera que produce la administración de los colosales recursos del sistema y de los negocios subsidiarios en los que de forma parasitaria buscan las ganancias que se les niegan en el negocio de la salud.

De esta forma se concluye comprobando la tesis de que Sistema General de Seguridad Social en Salud los modelos de Estado Social de Derecho y Estado Neoliberal se contrastan en la existencia de los principios rectores de Solidaridad y Sostenibilidad Financiera, que tienen como sustento teórico posturas ideológicas opuestas; y que al conjugarse en un mismo cuerpo institucional y normativo generan un sistema de carácter ecléctico en su naturaleza cuyos resultados distan de las expectativas que deposita la sociedad en él, engendrando un estado de crisis permanente y un deficiente funcionamiento.

Por supuesto, sigue habiendo fallas fundamentales y estructurales del sistema de salud que no se explican con arreglo a la tesis señalada, ejemplo de ello es la carencia de un apropiado sistema de atención primaria; el hecho de que el sistema esté mayoritariamente estructurado en torno al tratamiento de las enfermedades, soslayando la importancia de las medidas de prevención; la gigantesca diferencia en los parámetros de atención y calidad de los servicios prestados entre los centros económicos y políticos del país y las periferias; la inexistencia de una aproximación local de atención a los problemas de salud, enfocada en las particularidades propias de las poblaciones y los territorios de la geografía nacional; la falta casi absoluta de inversión del sistema en la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos, tecnologías y regímenes para el tratamiento de enfermedades endémicas, que normalmente son ignoradas por la industria farmacéutica en atención a la inexistencia de un mercado atractivo; y muchas otras que escapan del objeto de estudio del presente trabajo investigativo. Pues el propósito fundamental de lo aquí realizado fue el de brindar herramientas conceptuales para un análisis de carácter general del sistema de salud, y cuyos resultados pueden servir de base para analizar de forma detallada estas situaciones en estudios subsiguientes.

Quedan sin embargo varios temas por tratar que se desprenden de la evidencia presentada en este trabajo, como las causas y consecuencias de que no se reconozca el valor del dinero en el tiempo en este particular mercado de la salud, las formas de evitar la dilación normativa en la exigencia del cumplimiento de los requisitos de solvencia por parte de las aseguradoras, las maneras de resolver la tendencia creciente que tiene la cartera morosa del sector salud, y la forma de constituir un sistema de seguridad social y de salud que sea coherente con un modelo claro de Estado. Temáticas que representan una importancia cardinal en el entendimiento del sistema de salud colombiano y cuya solución hará parte de una futura propuesta de reforma estructural. No obstante, ello excede

por mucho los objetivos que se trazaron en el desarrollo del presente trabajo investigativo, y el único consuelo de este autor es servir como inspiración para la gestación de nuevas y mejores investigaciones futuras en estos campos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo-Giraldo, O. A. (2018). El método jurídico: Entre la ciencia legal y las ciencias auxiliares del derecho. En *La pregunta por el método: Derecho y metodología de la investigación*. Universidad Católica de Colombia.
- Akerlof, G. A. (1970). The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488-500.  
<https://doi.org/10.2307/1879431>
- Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea Buenos Aires.
- Alonso, J. M. (2020). Seguridad Social y principio de solidaridad. *Revista de Derecho Político*, 108, 127-164.
- Alzate Mora, D. (2015). *Las formas jurídicas (pos)neoliberales desde Colombia: El sistema de salud en las dinámicas lucro-destructivas del derecho útil al capital* [Tesis Doctoral,

- Universidad del Rosario]. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10191>
- Arrow, K. J. (1963). Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *The American Economic Review*, 53(5), 941-973.
- Arrow, K. J. (1994). Methodological Individualism and Social Knowledge. *The American Economic Review*, 84(2), 1-9.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Finalidad social del estado: Seguridad social. *Gaceta Constitucional*, 78.  
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/323>
- Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas. (2018, julio 25). 39° Informe de seguimiento a la cartera hospitalaria con corte a 31 de diciembre de 2017. *ACHC Hospitalaria*, 119, 32-63.
- Ayala-García, J. (2014). *La salud en Colombia: Más cobertura pero menos acceso* (N.º 204). Banco de la República. <https://doi.org/10.32468/dtseru.204>
- Baldassarre, A. (2001). *Los derechos sociales*. Universidad Externado de Colombia.
- Barrera, E. L. (2017). *La Salud en Colombia: Entre el derecho a la salud y la racionalidad económica del mercado, 1993-2015*. U. Externado de Colombia.
- Batifoulier, P., & Domin, J.-P. (2015). Économie politique de la santé. Un exemple exemplaire. *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, 17, Article 17.  
<https://doi.org/10.4000/regulation.11361>
- Bazzani, R., Levcovitz, E., Bello, A. H., Salazar, O. R., & de Sotelo, C. R. (2011). Nuevos horizontes para la producción de conocimiento y las políticas en protección social en salud. En A. H. Bello & C. R. de Sotelo (Eds.), *Protección social en salud en América Latina y el Caribe* (I, pp. 11-32). Pontificia Universidad Javeriana; JSTOR.

<http://www.jstor.org/stable/j.ctt169zshp.4>

- Becker, G. S. (1993). Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *Journal of Political Economy*, 101(3), 385-409. JSTOR.
- Bedoya, C. L. (2010). Amartya Sen y el desarrollo humano. *Memorias*, 8(13), 277-288.
- Benfer, E. A. (2015). Health Justice: A Framework (and Call to Action) for the Elimination of Helath Inequity and Social Justice. *American University Law Review*, 65, 275-351.
- Böhm, K., Schmid, A., Götze, R., Landwehr, C., & Rothgang, H. (2013). Five types of OECD healthcare systems: Empirical results of a deductive classification. *Health policy*, 113(3), 258-269.
- Braybrooke, D. (1968). Let Needs Diminish That Preferences May Prosper. En D. Braybrooke (Ed.), *Studies in Moral Philosophy* (pp. 86-107). Oxford, Published by Blackwell with the Cooperation of the University of Pittsburgh.
- Cadena, F. C. (2006). Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas*, 55(112), 111-147.
- Cañon Ortegon, L. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*.  
<https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>
- Carreño, M. T., & Aristizábal, M. (2006). Pobreza y derechos sociales fundamentales. *Estudios de Derecho*, 63(142), 31-41.
- CEPAL. (2005). *Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: Su impacto en los principios de la seguridad social*. CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/3888-reformas-salud-america-latina-caribe-su-impacto-principios-la-seguridad-social>

Congreso de la República. (1993, diciembre 23). Ley 100. *Diario Oficial*. N.41148.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5248>

Congreso de la República. (2001, diciembre 21). Ley 715. *Diario Oficial*. N. 44654.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4452>

Congreso de la República. (2011, enero 19). Ley 1438. *Diario Oficial* 47957.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41355>

Congreso de la República. (2013, enero 2). Ley 1608. *Diario Oficial* 48661.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=51120>

Congreso de la República. (2015a, febrero 16). Ley 1751. *Diario Oficial* 49427.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=60733>

Congreso de la República. (2015b, junio 9). Ley 1753. *Diario Oficial*. N. 49538.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=61933>

Congreso de la República. (2019, mayo 25). Ley 1955. *Diario Oficial* 50964.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=93970>

Corte Constitucional. (1995, noviembre 30). *Sentencia C-566-95 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>

Corte Constitucional. (1997, abril 10). *Sentencia C-183-97 MP. José Gregorio Hernández*.  
<https://vlex.com.co/vid/-43560654>

Corte Constitucional. (2008, julio 31). *Sentencia T-760-08 MP. Manuel José Cepeda Espinosa*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

Corte Constitucional. (2010, junio 23). *Sentencia C-529-10 MP. Mauricio González Cuervo*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-529-10.htm>

Corte Constitucional. (2013, mayo 8). *Sentencia C-262-13 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.

- <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-262-13.htm>
- Corte Constitucional. (2014, mayo 29). *Sentencia C-313-14 MP. Gabriel Eduardo Mendoza*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>
- Daniels, N. (2008). *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge University Press;  
Cambridge Core. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511809514>
- Dávila Guerrero, C. E., & Rueda Prada, A. L. (2013). *La competencia en el modelo de  
aseguramiento en salud en Colombia / Carmen Eugenia Dávila Guerrero y Alfredo Luis  
Rueda Prada ; director Oscar Rodríguez Salazar*. (uec.227996). Biblioteca Universidad  
Externado de Colombia.  
<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.227996&site=eds-live>
- Defensoría del Pueblo. (2009). *La tutela y el derecho a la salud: Periodo, 2006-2008*.  
Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*.  
Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2019). *La Tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018*.  
Defensoría del Pueblo. [www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co):  
<https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Tutela-los-derechos-de-la-salud-2018.pdf>
- Docteur, E., & Oxley, H. (2003, diciembre 10). Health-Care Systems: Lessons from the Reform  
Experience. *OECD Health Working Papers*, 9. 10.2139/ssrn.1329305
- Drèze, J., & Sen, A. (1991). Public Action for Social Security: Foundations and Strategy. En  
*Social Security in Developing Countries*. Oxford University Press.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198233008.003.0001>

- El Espectador. (2015, agosto 19). *Es mentira decir que Colombia tiene crisis de salud pública: Minsalud*. [Text]. ELESPECTADOR.COM. <https://www.elespectador.com/salud/es-mentira-decir-que-colombia-tiene-crisis-de-salud-publica-minsalud-article-580344/>
- El Tiempo. (2019, julio 3). *Cajas de compensación aumentaron sus ingresos en más de 10 % en 2018*. El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/el-destape-de-las-cifras-de-las-cajas-de-compensacion-familiar-en-el-2018-383396>
- Ferrer, A. (2012). La construcción del Estado neoliberal en la Argentina. *Revista de trabajo*, 8(10), 99-106.
- Franco Giraldo, Á. (2011). *Ley 1438 de 2011: Entre superflua y disuasiva* [Universidad de Antioquia]. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/1504>
- Franco-Giraldo, Á. (2012). La última reforma del sistema general de seguridad social en salud colombiano. *Revista de Salud Pública*, 14(5), 865-877.
- Friedman, D. (1987). Problems in the provision of public goods. *Harv. JL & Pub. Pol'y*, 10, 505.
- Gañán, J. (2013). De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Monitor Estratégico*, 3(7).
- Garay Salamanca, L. J. (2010). Luces, sombras y paradojas de la construcción del estado social de derecho: Hacia una representación de la observancia de los derechos y de las contradicciones del estado social de derecho en Colombia. *Los Objetivos de Desarrollo del Milenio: Un compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Giddens, A. (1996). *Más allá de la izquierda y la derecha*. Ediciones Cátedra.
- Giraldo, C. G. (2007). *Protección o desprotección social?* Ediciones Desde Abajo.
- Gran Junta Médica Nacional. (2018). *Una Propuesta de Política Pública para la reforma al*

- sistema de Salud*. <https://www.conversemosdesalud.co/actualidad-en-salud/una-propuesta-de-politica-publica-para-la-reforma-al-sistema-de-salud/2/8/2018>
- Greif, A. (2012). The Maghribi traders: A reappraisal?1. *The Economic History Review*, 65(2), 445-469. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0289.2012.00645.x>
- Grupo de Economía de la Salud. (2017). Sostenibilidad financiera de los sistemas de salud: Alternativas y lecciones para Colombia. En *Observatorio Seguridad Social* (N.º 016170; Observatorio Seguridad Social, pp. 1-21). Grupo de Economía de la Salud. <https://ideas.repec.org/p/col/000111/016170.html>
- Gurvitch, G. (1932). *L'idée du droit social: Notion et système du droit social*. Recueil Sirey.
- Harvey, D. (2007). *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford University Press.
- Harvey, D. (2022). Reflections on an academic life. *Human Geography*, 15(1), 14-24.
- Hayek, F. A. (1945). The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*, 35(4), 519-530.
- Heller, H. (1997). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. <https://books.google.de/books?id=0BGBtwEACAAJ>
- Hernández-Álvarez, M. (2008). El concepto de equidad y el debate sobre lo justo en salud. *Revista de salud Pública*, 10, 72-82.
- Herrera Tapia, F. (2009). Apuntes sobre las instituciones y los programas de desarrollo rural en México: Del Estado benefactor al Estado neoliberal. *Estudios Sociales (Hermosillo, Son.)*, 17(33), 7-39.
- Hilgers, M. (2012). The historicity of the neoliberal state. *Social Anthropology*, 20(1), 80-94.
- Invamer. (2019). *Colombia Opina #4—2019*. <https://es.scribd.com/document/420558564/040400190000-COLOMBIA-OPINA-4-2019>

- Jaramillo, I. (1999). *El futuro de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993 cinco años después*. Fescol, Fundación Corona.
- Jaramillo, K. (2014). Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes. *Diálogos de Derecho y Política*, 13, 71-84.
- Karlan, D. S., & Morduch, J. (2021). *Microeconomics: Improve Your World*. McGraw-Hill.
- Katz, A. (1987). *Katz/Sander, Staatsrecht*. C.F. Müller GmbH.
- Lameire, N., Joffe, P., & Wiedemann, M. (1999). Healthcare systems—An international review: An overview. *Nephrology Dialysis Transplantation*, 14(suppl\_6), 3-9.
- Laski, H. J. (1932). *El Estado moderno: Sus instituciones políticas y económicas*. Librería Bosch.
- Marín-Zamora, C. (1998). El neoliberalismo. *Acta Académica*, 22(Mayo), 69-71.
- Martínez de Pisón Caveró, J. M. (1996). Libertad y Estado en la teoría neoliberal. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 241-264.
- Martínez, F. L. (2013). Colombia. En *Cobertura Universal en Salud: Lecciones internacionales aprendidas y elementos para su consolidación en México*. Organización Panamericana de la Salud.  
<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/6293/CoberturaUniversalSaludMexico2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martínez, F. L. (2015). *La regulación económica del sector salud Entre la ilusión de un mercado y el control absoluto del Estado*. Fedesalud. <http://fedesalud.org/wp-content/uploads/2015/10/La-regulacion-economica-del-sector-salud.pdf>
- Martínez, F. L. (2016). Más mercado, menos equidad: Efectos de la privatización del Sistema de

- Salud en Colombia. En N. Ardón (Ed.), *Memorias Congreso Internacional de Sistemas de Salud: Equidad, Calidad y Servicios de Salud*. Universidad Javeriana.
- Martínez, F. L. (2019). La Salud en «el juego del mercado». En D. Arévalo (Ed.), *Poder Político y mercado en las reformas a la seguridad social* (pp. 217-234). Universidad Nacional de Colombia.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2013). *Exposición de motivos del Proyecto de Ley “Por el cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. Ministerio de Salud.
- <https://www.minsalud.gov.co/Documents/Ley%20Reforma%20a%20la%20Salud/Exposicion-Motivos-%20Proyecto-leyredefinicion-sistema-General-SeguridadSocial-Salud%20pdf.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014, mayo 12). Conozca todo sobre el Giro Directo del Gobierno Nacional. *Boletín electrónico para los actores del sistema de salud en Colombia*, 54.
- [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/Enlace\\_MinSalud\\_53\\_ABCGiroDirecto%20def.pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/Enlace_MinSalud_53_ABCGiroDirecto%20def.pdf)
- Mirkine-Guetzévitch, B. (1934). *Modernas tendencias del derecho constitucional*. Editorial Reus.
- Morelli, S. (2012). Reflexiones sobre el control en el sector Salud. Sistema Nacional de Salud. Infinitamente rico en su miseria. *Economía Colombiana*, No. 336. *Revista de la Contraloría General de la República*, 111-114.
- Murtra, E. L. (1997). *Teoría Fiscal*. Universidad Externado de Colombia.
- Musgrove, P. (1985). Reflexiones sobre la demanda por salud en América Latina. *Cuadernos de*

- Economía*, 293-305.
- Niemeyer, G. (1997). Prólogo. En H. Herller, *Teoría del Estado* (pp. 1-26). Fondo de Cultura Económica.
- Nizama, M., & Nizama, L. M. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox juris*, 38(2), 69-90.
- North, D. C. (1989). Institutions and economic growth: An historical introduction. *World development*, 17(9), 1319-1332.
- Nozick, R. (1974). *Anarquía, Estado y Utopía*. Basic Books Inc.
- OECD. (1987). *Financing and delivering health care: A comparative analysis of OECD countries*. Paris : OECD.
- Organización Mundial de la Salud. (2000). *The World health report: 2000 : health systems : improving performance*. World Health Organization.  
<https://apps.who.int/iris/handle/10665/42281>
- Ortega Bolaños, J. A., & González, J. I. (2017). Concepciones de justicia en el sistema de salud colombiano. *Revista Colombiana de Bioética*, 12(2), 8-22.
- Portilla, O. C. (2005). Política social: Del Estado de Bienestar al Estado Neoliberal, las fallas recurrentes en su aplicación. *Espacios públicos*, 8(16), 100-116.
- Prechel, H., & Harms, J. (2007). Politics and Neoliberalism: Theory and Ideology. En H. Prechel, *Politics and Neoliberalism: Structure, process and outcome* (pp. 3-17). Linacre House. [https://doi.org/10.1016/S0895-9935\(07\)16013-7](https://doi.org/10.1016/S0895-9935(07)16013-7)
- Presidente de la República. (s. f.). Decreto 1711. *Diario Oficial 51533*. Recuperado 27 de julio de 2022, de  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=153746>

Presidente de la República. (1994a, junio 22). Decreto 1298. *Diario Oficial* 41.402.

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_1298\\_1994.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1298_1994.htm)

Presidente de la República. (1994b, julio 15). Decreto 1485. *Diario Oficial* 41443.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75979>

Presidente de la República. (1998, mayo 15). Decreto 882. *Diario Oficial No. 43.300.*

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Decreto-0882-de-1998.pdf>

Presidente de la República. (2007, marzo 2). Decreto 574. *Diario Oficial* 46558.

<https://vlex.com.co/vid/decreto-352546338>

Presidente de la República. (2011, marzo 31). Decreto 971. *Diario Oficial* 48028.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=42017>

Presidente de la República. (2014, diciembre 23). Decreto 2702. *Diario Oficial No. 49.374.*

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76017>

Presidente de la República. (2016, diciembre 22). Decreto 2117. *Diario Oficial No. 50095.*

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78760>

Presidente de la República. (2017, mayo 4). Decreto 718. *Diario Oficial No.50.223.*

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81413>

Presidente de la República. (2019, septiembre 13). Decreto 1683. *Diario Oficial* 51075.

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201683%20DEL%2013%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202019.pdf>

Presidente de la República. (2020, diciembre 31). Decreto 1811. *Diario Oficial* 51549.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=154327>

RAE. (2021). *Sistema*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario.

<https://dle.rae.es/sistema>

- Ramírez Moreno, J. (2010). La emergencia social en salud: De las contingencias regulatorias a la desilusión ciudadana. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 9(18), 124-143.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Restrepo, D., & Rodríguez, O. (2017). Fuentes doctrinarias y objetivos políticos de ajuste estructural en salud, 1970-2005. En *La protección social bajo el reino del mercado. Colección de Estudios sobre protección social (TomoIII)*. Universidad Nacional de Colombia.
- Restrepo Medina, M. A. (2009). Burocracia, gerencia pública y gobernanza. *Revista Diálogos de Saberes, ISSN 0124-0021, No. 30 (Enero-junio de 2009); pp. 167-185*.
- Restrepo Villa, R. (2007). A propósito de la Ley 1122 del 2007 Reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia: Esperanza, mito y realidad. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 25(1), 90-105.
- Ródenas, Á. (2017). *Lineamientos Metodológicos para La Investigación Jurídica No. 3. La investigación en filosofía del derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rodríguez, O. (2019). El discurso que legitimó la privatización de la seguridad social. En D. Arévalo (Ed.), *Poder Político y mercado en las reformas a la seguridad social*. Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, V. (2012). La naturaleza jurídica de las cajas de compensación en Colombia: Una visión frente a su control. *Justicia juris*, 8(1), 9-21.
- Ruiz-Rodríguez, M., Acosta-Ramírez, N., Rodríguez Villamizar, L. A., Uribe, L. M., & León-Franco, M. (2011). Experiencia de implementación de un modelo de Atención Primaria. *Revista de salud pública*, 13, 885-896.

- Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, 14, 317-358.
- Scott, J. (2000). Rational Choice Theory. En G. Browning, A. Halcli, & F. Webster, *Understanding Contemporary Society: Theories of the Present* (pp. 126-138). SAGE Publications Ltd. <https://doi.org/10.4135/9781446218310.n9>
- Semana. (2019, agosto 10). “Hay que parar el desangre de la salud”: Superintendente de Salud. *Semana.com* Últimas Noticias de Colombia y el Mundo. <https://www.semana.com/nacion/articulo/fabio-aristizabal-superintendente-de-salud-hablo-sobre-como-se-roban-la-plata-de-la-salud/627161/>
- Sen, A. (2002). ¿ Por qué la equidad en salud? *Revista Panamericana de salud pública*, 11(5-6), 302-309.
- Sen, A. (2010). *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza Editorial.
- Slayton, R., & Clark-Ginsberg, A. (2018). Beyond regulatory capture: Coproducing expertise for critical infrastructure protection. *Regulation & Governance*, 12(1), 115-130.
- Sotelo, I. (2010). *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Trotta.
- Suárez-Rozo, L. F., Puerto-García, S., Rodríguez-Moreno, L. M., & Ramírez-Moreno, J. (2017). La crisis del sistema de salud colombiano: Una aproximación desde la legitimidad y la regulación. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 16(32), 34-50.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2011, agosto 30). *Resolución 46111*. [https://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/normatividad/Publicaciones\\_Despacho\\_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES\\_COMPETENCIA\\_ANOS/2011/RESOLUCION\\_46111\\_DE\\_30\\_DE\\_AGOSTO\\_DE\\_2011\\_SANCION\\_ACEMI.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2011/RESOLUCION_46111_DE_30_DE_AGOSTO_DE_2011_SANCION_ACEMI.pdf)

Superintendencia de Salud. (2013). *Informe de Cartera del Sector Salud 2013*.

<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/SupervisionInstitucional/Cartera/Informe-cartera-por-venta-de-servicios-de-salud.pdf>

Superintendencia de Salud. (2019). *Informe de cartera del sector salud. 2018*.

<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Informe%20de%20cartera%20del%20sector%20salud%202018-II.pdf>

Superintendencia de Salud. (2020). *Informe de cartera del sector salud*.

<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Informe%20de%20cartera%20del%20secotr%20salud%202019-II.pdf>

Superintendencia de Salud. (2022a). *Informe de cartera del sector salud*.

[https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Informe\\_Cartera\\_Salud\\_2021-1.pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Informe_Cartera_Salud_2021-1.pdf)

Superintendencia de Salud. (2022b). *Informe de cartera del sector salud*.

<https://app.powerbi.com/view?r=https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieYjk4YjlkZjktNjE4YS00ZjRjLWJhM2QtNmEzMjA0YzBkMWI3IiwidCI6IjE3YzQwYzUxLWlxZGYtNGUyNS04Y2Q2LTlkMGQyNjc4ODMwMCIsmiMiOjR9>

Terry, M. (1990). *Hermenéutica*. Clie Barcelona.

Thwaites Rey, M. (2010). Después de la globalización neoliberal. ¿Qué Estado en América Latina? *Cuadernos del Pensamiento Crítico Latinoamericano*, 32.

Unión Europea. (1992). Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C191. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL&from=LV>

Universidad Nacional de Colombia. (2011). *Informe del cálculo de la Unidad de Pago por*

*Capitación. Nota técnica.*

- Vargas-Lorenzo, I., Vázquez-Navarrete, M. L., & Mogollón-Pérez, A. S. (2010). Acceso a la atención en salud en Colombia. *Revista de salud pública*, 12, 701-712.
- Vela Orbegozo, B. (2010). Adendo. Un debate para el siglo XX: ¿Estado interventor o estado intervenido? En *Contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el siglo XIX*. Universidad Externado de Colombia. <https://ulibros.com/contribucion-al-debate-sobre-la-formacion-del-estado-colombiano-en-el-siglo-xix-1g25y.html>
- Vélez Arango, A. L. (2007). Nuevas dimensiones del concepto de salud: El derecho a la salud en el estado social de derecho. *Hacia la Promoción de la Salud*, 12(1), 63-78.
- Vidal Gil, E. J. (1993). Sobre los derechos de solidaridad: Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 10, 89-110.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Rev. Derecho del Estado*, 20, 73.
- Wendt, C., Frisina, L., & Rothgang, H. (2009). Healthcare system types: A conceptual framework for comparison. *Social Policy & Administration*, 43(1), 70-90.
- Williams, B. (1962). The idea of equality. En P. Laslett & W. G. Runciman, *Philosophy, Politics and Society* 2. Basil Blackwell.
- Zúñiga-Fajuri, A. (2011). Teorías de la justicia distributiva: Una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud. *Convergencia*, 18(55), 191-211.